

16 DICEMBRE 2020

Quel pasticciaccio della questione di
giurisdizione. Parte seconda:
conclusioni di un convegno di studi

di Fabio Francario

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Siena

Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusioni di un convegno di studi*

di Fabio Francario

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Siena

Abstract [It]: Il contributo prende le mosse dalla necessità di offrire un corretto inquadramento ai problemi posti dall'ordinanza Cass. SS.UU. n. 19598 del 2020, la quale, com'è noto, ha dato nuova linfa al dibattito intorno alla questione di giurisdizione. A partire dalle considerazioni che non si possa dare per scontata la soluzione offerta, di volta in volta, dai singoli plessi giurisdizionali e dalle categorie professionali che si sono dedicati al tema e che è invece l'esatta focalizzazione del problema a offrire in sé la sua soluzione, si osserva che la tendenziale realizzazione del principio di concentrazione della tutela giurisdizionale ha fatto perdere di vista la specificità della tutela delle due situazioni giuridiche soggettive, diritti soggettivi e interessi legittimi; un tanto, a scapito del chiaro dettato costituzionale e con il rischio che queste restino ibridate in una forma indistinta che mutui i limiti di entrambe. Si auspica, pertanto, un superamento di tale ibridazione: superamento la cui occasione è offerta proprio dall'interrogativo di fondo che emerge dall'ordinanza in esame, relativo alla natura – prevalentemente strumentale o finale – da attribuire all'interesse legittimo alla luce dell'ordinamento eurounitario.

Abstract [En]: The contribution is based on the need to offer a correct framework to the problems posed by the Corte di Cassazione in the United Sections order n. 19598 of 2020, which gave renewed impetus to the debate around the issue of jurisdiction. Starting from the assumptions that the solution offered by individual jurisdictional structures and professional categories from time to time cannot be taken for granted, but rather originates from and requires the right framework of analysis, it is noted that the tendential implementation of the principle of concentration of judicial protection has obscured the specific identity of the protection of the two subjective legal situations - subjective rights and legitimate interests - to the detriment of the clear wording of the Constitution and with the risk of their hybridisation in an indistinct form with the disadvantages of both. Therefore, it is hoped that this hybridisation will be overcome through the basic question that emerges from the abovementioned order related to the nature – mainly instrumental or final – of the legitimate interest according to European law.

Sommario: **1.** Quali conclusioni per un convegno dedicato alla questione di giurisdizione nei termini posti dall'ord.za S.U 19598/2020? **2.** Le origini del problema nella sua consistenza attuale. La riscrittura del sistema di giustizia amministrativa operata dalle riforme che prendono avvio nel 1998 e approdano alla codificazione del 2010. **3.** I diritti soggettivi. **3.1.** I diritti soggettivi. **3.2.** Che posizione ha preso la Corte di Cassazione in questo scenario? **4.** Gli interessi legittimi. **5.** Evitare l'ibridazione.

* Articolo sottoposto a referaggio. L'articolo riproduce le conclusioni del convegno sul tema “*La questione di giurisdizione*”, tenuto il 9 dicembre 2020 nell'ambito delle tradizionali “*Giornate di studio sulla giustizia amministrativa*” tenute quest'anno in forma di webinar “*Modanella 2020*”.

1. Quali conclusioni per un convegno dedicato alla questione di giurisdizione nei termini posti dall'ord.za S.U 19598/2020?

Nella tradizione delle “*Giornate di studio sulla giustizia amministrativa*”, anche l'ultimo incontro della serie “*Modanella 2020*” su “*La questione di giurisdizione*” ha visto svolgersi un convegno organizzato non a tesi, ma a tema. Finalizzato non a sostenere una determinata tesi, ma al confronto tra voci diverse su un medesimo tema. Il dibattito ha mostrato come l'ord.za S.U. 19598/2020 si presti a molteplici e svariate interpretazioni e, nel tirarne le conclusioni, non posso e non voglio avere la presunzione di dire quale sia l'interpretazione preferibile, quale sarebbe la corretta soluzione del problema sollevato¹. Questo però significa che, in pratica, non potrò parlare di quello che hanno detto adesso le Sezioni Unite.

Ciò che posso quindi dire in conclusione del dibattito odierno è che penso che non si possa dare per scontata la soluzione al problema posto dall'ordinanza delle Sezioni Unite n. 19598/2020, presumendo che in punto di giurisdizione tutto ormai era stato già chiarito dalla Corte costituzionale con la sentenza 6/2018 e guardando quasi con fastidio al fatto che la Cassazione torni a rendere problematica “*la questione di giurisdizione*”. E che penso che, in generale, se si vuole risolvere seriamente e realmente un problema, bisogna innanzi tutto capirne le cause. Con riferimento al caso che ci facendo discutere penso quindi che, se non si muove dalla comprensione del problema di fondo che anima questa “ostinazione” delle Sezioni Unite nel porre il problema che i termini della questione di giurisdizione debbano oggi essere in qualche modo ripensati, qualsiasi soluzione che si proponga sul piano puramente esegetico, valorizzando o enfatizzando questa o quella espressione, questo o quel lemma impiegato dalla Corte costituzionale, dalla Cassazione, dal Consiglio di Stato o dalla CGUE in una sentenza piuttosto che in un'altra è destinata ad avere breve vita. Penso, in buona sostanza, che la soluzione dipenda non da arguzia o intelligenza esegetiche o dalla negazione dell'esistenza del problema, ma dalla sua (del problema) esatta focalizzazione. Ecco perché, a mio avviso, il problema non è tanto quello di prendere posizione a favore o contro la Cassazione (o, a seconda dei punti di vista, del Consiglio di Stato o della Corte costituzionale), quanto piuttosto quello di comprendere dove e perché esso (il problema) nasca. E conseguentemente interrogarsi su quanto e come ciascuna delle nostre rispettive categorie professionali di appartenenza (docenti universitari, consiglieri di stato, consiglieri di cassazione, giudici costituzionali) abbia contribuito ad originare il problema.

¹ Al riguardo sia consentito rinviare a F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di Piazza Cavour, Piazza del Quirinale e Piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in www.giustiziainsieme.it, 11 novembre 2020.

2. Le origini del problema nella sua consistenza attuale. La riscrittura del sistema di giustizia amministrativa operata dalle riforme che prendono avvio nel 1998 e approdano alla codificazione del 2010

Certamente questo difficile dialogo tra le Corti, nazionali e non solo, può essere letto in termini di antagonismo finalizzato all'affermazione di una primazia giudiziaria, o meglio, con specifico riferimento al rapporto Consiglio di Stato e Cassazione, per l'affermazione o meno di una piena ed assoluta equiparazione delle due giurisdizioni, amministrativa e ordinaria, con relativa nomofilachia "differenziata".

Se si cerca la soluzione di questo antagonismo sul piano del diritto positivo, dovendo lo scienziato del diritto fare riferimento innanzi tutto alle norme e alle loro fonti, sarebbe difficile negare che, pur se relativa, la primazia spetterebbe alla Cassazione: anche se solo per motivi di giurisdizione, sono le sentenze del Consiglio di Stato che s'impugnano in Cassazione e non viceversa.

Se se ne cercano invece le cause, non occorre risalire ai tempi del concordato D'Amelio – Romano e sarebbe del resto cosa fuori luogo. Le ragioni affondano infatti le radici nelle riforme, legislative e "giudiziarie", del 1998 – 2001, che finiscono poi con l'essere codificate nel 2010 dal c.p.a. e che, succintamente, possono essere riassunte nelle seguenti tappe:

- Il d. lgs. 31 marzo 1998 n. 80 ha dato l'avvio ad un disegno riformatore che, nelle intenzioni del legislatore, avrebbe dovuto rendere superata, obsoleta e priva di interesse la problematica delle situazioni giuridiche soggettive, attraverso l'introduzione del criterio dei blocchi di materie come nuovo criterio di riparto della giurisdizione e l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di condannare l'Amministrazione al risarcimento dei danni.
- Nel 1999 la storica sentenza 500 delle Sezioni Unite afferma la risarcibilità degli interessi legittimi; nel presupposto (della sussistenza della giurisdizione ordinaria e) dell'eliminazione della pregiudizialità del previo annullamento dell'atto illegittimo, rimedio (l'annullamento) che, nell'impianto della sentenza 500, viene sostituito da quello della disapplicazione la quale garantisce l'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento².

² Il problema dell'autonomia dell'azione risarcitoria è centrale nella sentenza 500/1999, che ritiene insussistente "la necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento ... in passato costantemente affermata per l'evidente ragione che solo in tal modo si perveniva all'emersione del diritto soggettivo, e quindi l'accesso alla tutela risarcitoria ex art. 2043 cc riservata ai soli diritti soggettivi"; giungendo alla conclusione che "qualora (in relazione ad un giudizio in corso) l'illegittimità dell'azione amministrativa non sia stata previamente accertata e dichiarata dal giudice amministrativo, il giudice ordinario ben potrà quindi svolgere tale accertamento al fine di ritenere o meno sussistente l'illecito, poiché l'illegittimità dell'azione amministrativa costituisce uno degli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2043 cc". Per più ampi riferimenti mi sia consentito rinviare a F. Francario, *Degradazione e pregiudizialità quali limiti all'autonomia dell'azione risarcitoria*, in *Dir. Amm.*, 3/2007 ripubblicato in *Garanzie degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019.

- Nel 2000 le norme che ampliano l'ambito delle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e che consentono allo stesso di condannare anche al risarcimento del danno, originariamente recate dagli artt 33, 34 e 35 del d.lvo 80/98, vengono dichiarate incostituzionali per eccesso di delega da Corte Cost. 17 luglio 2000 n. 292; ma vengono poi riprodotte dalla l. 21 luglio 2000 n. 205 con l'eliminazione del riconoscimento della possibilità di condannare al risarcimento del danno nei soli casi di giurisdizione esclusiva³.
- 4) Queste norme vengono infine trasfuse nel codice del processo amministrativo il quale precisa che l'azione risarcitoria può essere proposta tanto per diritti soggettivi, quanto per interessi legittimi, che nel secondo caso va proposta nel termine di 120 giorni e che il risarcimento va escluso se i danni si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti (1227 cod civ)(art 30 cpa);
- 5) Le norme sulla tutela risarcitoria, recate dalla l 205/2000, prima, e dal codice del processo amministrativo, dopo, vengono entrambe "salvate" dalla Corte costituzionale con le sentenze 204/2004 e 94/2017⁴; non anche quelle sul criterio (di riparto della giurisdizione) dei blocchi di materie, censurato dalla sentenza 204/2004 perché prescinde dalla natura delle situazioni soggettive coinvolte⁵.

³ In tal modo la domanda di risarcimento del danno, in origine questione sempre "riservata" all'autorità giudiziaria ordinaria anche nei casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, dopo aver rappresentato una questione che poteva essere conosciuta anche dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, è divenuta questione che può essere sempre conosciuta dal giudice amministrativo, anche quando è investito della sola giurisdizione di legittimità. L'evoluzione è meglio riassunta, nei termini essenziali di cui nel testo, in F. Francario, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2016.

⁴ La previsione della possibilità del giudice amministrativo di condannare al risarcimento del danno anche nelle ipotesi di sola giurisdizione generale di legittimità, e quindi a tutela di interessi legittimi, è uscita immune dal giudizio di costituzionalità operato dalla pronuncia Corte Cost. 6 luglio 2004 n. 204 e la secolare riserva al giudice ordinario delle «questioni patrimoniali consequenziali alla pronunzia di legittimità dell'atto o provvedimento contro cui si ricorre», di cui all'art 30 del TU delle leggi sul Consiglio di Stato (RD 26 giugno 1924 n. 1054), è stata così definitivamente eliminata: prima dalla sola giurisdizione esclusiva (d.lgs. 80/1998), poi dalla giurisdizione amministrativa tout court (l. 205/2000).

Con specifico riferimento al profilo del termine di proposizione dell'azione nel termine di 120 giorni per il risarcimento degli interessi legittimi, Corte cost. 22 02 2017 n. 94 afferma che "Il legislatore ha, dunque, delineato una disciplina che riconosce al danneggiato la facoltà di scegliere le modalità della tutela risarcitoria nei confronti dell'esercizio illegittimo della funzione pubblica, adottando un modello processuale che determina un significativo potenziamento della tutela, anche attraverso il riconoscimento di un'azione risarcitoria autonoma, con il conseguente abbandono del vincolo derivante dalla pregiudizialità amministrativa". Quella della pregiudizialità dell'annullamento è tuttavia una questione mai del tutto sopita, che continua ancor oggi a riproporsi praticamente nei medesimi termini in cui veniva posta anteriormente all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo negando la proponibilità dell'azione in assenza della previa impugnazione dell'atto amministrativo a prescindere dalla concreta incidenza sulla determinazione del risarcimento (v. ad es. nota redazionale a Cons Stato Sez. Terza, 13 05 2020 n.3040, *Il ritorno della pregiudiziale dell'annullamento per la tutela risarcitoria*, in www.giustiziainsieme.it, 22 maggio 2020).

⁵ La sentenza afferma chiaramente che i criteri ai quali deve ispirarsi la legge ordinaria quando voglia riservare una "particolare materia" alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non consentono "che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice "della" pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, secondo comma, Cost.)" e che il criterio dei blocchi di materie non è pertanto un criterio che possa ritenersi sufficiente ai fini del riparto di giurisdizione;

Insomma, sul finire degli anni novanta del secolo scorso avevamo un problema che nasceva dal fatto che i criteri applicati per risolvere i conflitti di giurisdizione avevano finito con il creare un groviglio teorico quasi inestricabile che rischiava di paralizzare il sistema, al quale (problema) si è sommata anche l'esigenza di rimpolpare in qualche modo l'ambito della giurisdizione amministrativa, che proprio in quegli anni viene privata della materia che fino a quel momento aveva rappresentato la parte quantitativamente più importante del contenzioso giurisdizionale amministrativo, il rapporto di lavoro del pubblico impiego, che viene privatizzato con connesso trasferimento del relativo contenzioso innanzi al giudice civile del lavoro⁶.

Il problema non lo abbiamo risolto. Con un'alzata d'ingegno tipicamente italiana, lo abbiamo soltanto aggirato: abbiamo moltiplicato quasi all'infinito i casi di giurisdizione esclusiva, spostando in pratica quanto più possibile la tutela dei diritti soggettivi dal giudice ordinario al giudice amministrativo quando parte in causa è una pubblica amministrazione. Spostamento che si perfeziona con l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di condannare anche al risarcimento del danno.

Questa riscrittura del sistema di giustizia amministrativa supera sì il giudizio di costituzionalità, tanto con la pronuncia Corte Cost. 6 luglio 2004 n. 204, quanto con la pronuncia 22 02 2017 n. 94, ma non senza riserve o condizioni. La differenziazione delle situazioni soggettive rimane ferma e può (e deve) giustificare tutela differenziata anche nell'ambito del processo amministrativo.

Pur con i limiti e le riserve suddette, l'allargamento della giurisdizione esclusiva viene comunque legittimato dalla Corte costituzionale e il giudice amministrativo viene così chiamato ad apprestare tutela anche a quelle situazioni di diritto soggettivo che prima ricevevano tutela da parte del giudice ordinario principalmente attraverso la tutela risarcitoria o dichiarativa.

Ora, a mio avviso, il problema di fondo posto da questo processo riformatore è che la (tendenziale) realizzazione del principio di concentrazione della tutela giurisdizionale ha fatto perdere di vista la specificità delle tutele delle due situazioni soggettive, che rischiano di rimanere ibridate in una forma indistinta che sembra mutuare il peggio (i limiti) dell'una e dell'altra. Una cosa è assicurare la ragionevole durata di un processo; altra trasformare forma e sostanza della tutela della situazione soggettiva.

non lo è se e in quanto prescinde dalla natura delle situazioni soggettive coinvolte e se ignora le condizioni minime richieste per la sussistenza della giurisdizione generale di legittimità

⁶ Non è forse nemmeno del tutto casuale che la sentenza Corte cost. 6/2018 chiuda una vicenda originata da una maldestra norma transitoria proprio del d lgs 80/1998 che aveva lasciato prive di tutela determinate situazioni soggettive.

3. I diritti soggettivi

3.1. I diritti soggettivi

Si può seriamente negare che lo spostamento della loro tutela innanzi al giudice amministrativo abbia posto, con buona pace dell'art 113 Cost., un problema di effettività della tutela giurisdizionale?

Non si può negare il problema limitandosi ad osservare che il c.p.a. ormai consente al giudice amministrativo di esercitare tutti i poteri propri già del giudice ordinario. Il problema è che il giudizio amministrativo è, e si è comunque dimostrato nella concreta applicazione, fisiologicamente inidoneo ad erogare la tutela risarcitoria. Il dato storico è di tale ed immediata evidenza per tutti gli operatori del diritto da non richiedere particolare dimostrazione ed affonda le sue radici nella perdurante assenza di una vera e propria istruttoria nella fisiologia del processo amministrativo.

Intendo con ciò dire che, anche successivamente all'adozione del codice del processo amministrativo, la disciplina permette al giudice amministrativo di poter continuare a definire comunque il giudizio in base ad un giudizio sulla ragionevolezza della decisione amministrativa e/o a valutazioni puramente equitative o indennitarie dei risarcimenti, estranee alla cultura giuridica della vera e propria tutela risarcitoria. Ripeto a scanso di ogni possibilità di equivoco che non intendo con ciò dire che il giudice amministrativo oggi come oggi non abbia il potere di accertamento diretto dei fatti. La disciplina dei mezzi di prova e dell'attività istruttoria recata dagli artt. 63 e ss del c.p.a. non lascia più dubbi al riguardo. Intendo dire che il sindacato sulla ragionevolezza della decisione amministrativa è ancora più che largamente impiegato come strumento alternativo all'accertamento diretto dei fatti, compromettendo la credibilità del sindacato giurisdizionale quantomeno in termini di equidistanza del giudice amministrativo dalle rappresentazioni delle parti⁷.

E a ciò si può aggiungere che alla constatazione che il giudice amministrativo abbia il potere di condannare al risarcimento del danno per equivalente o anche ad un fare specifico, si accompagna l'osservazione che questo potere spesso e volentieri può prescindere dalla domanda di parte per il suo esercizio⁸: alludo, per

⁷ Oltre ad essere un dato di comune esperienza per gli operatori del diritto, il profilo critico è generalmente sottolineato anche negli studi della dottrina sul tema. Alla lucida sintesi operata da M. A. Sandulli, *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*, in *Dir e Soc.*, 2/2020, 203 ss, per ulteriori riferimenti v. anche, tra gli altri, G. D'Angelo, *La cognizione del fatto nel processo amministrativo fra Costituzione, codice e ideologia del giudice*, in *Jus – online. Rivista di scienze giuridiche*, 3/2020, 11 ss; P. Lombardi, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva temperata*, in *Dir.proc. amm.*, 1/2016, 125 ss; S. Lucattini, *Fatti e processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 203 ss; L. Perfetti, *L'istruttoria nel processo e il principio di dispositivo*, in *Dir e proc amm.*, 2014, 46 ss; B. Marchetti, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir proc amm.*, 2014, 105 ss; M. Ramajoli, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, 145; F. Saitta, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in *Dir e proc amm.*, 2013, 126 ss)

⁸ Il tema è stato ampiamente trattato nell'edizione del 2018 delle "Giornate di studio sulla giustizia amministrativa" i cui atti sono raccolti nel volume F. Francario, M. A. Sandulli (a cura di), *Profili soggettivi e oggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

fare degli esempi, alla possibilità che in sede di cognizione, senza domanda di parte, il giudice può disporre “*le misure idonee ad assicurare l’esecuzione del giudicato*” (art 34 co. 1 lett e); al fatto che ha il potere di dichiarare o meno l’inefficacia del contratto quando annulla l’aggiudicazione definitiva di una gara pubblica (art 122 cpa); al fatto che, nelle condanne pecuniarie, può limitarsi a stabilire “*i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine*” (art 34 co. 4 c.p.a.).

Credo, in buona sostanza, non si possa negare la realtà delle cose e negare che il processo amministrativo sia inevitabilmente condizionato dalla rilevanza dell’interesse pubblico istituzionalmente affidato alle cure della pubblica amministrazione e che ciò abbia inevitabilmente incidenza sulla prevedibilità delle decisioni e limiti il sindacato giurisdizionale.

In questo contesto, il giudice amministrativo ha acquisito nell’ambito della sua giurisdizione i diritti soggettivi, ma la tutela si è persa in parte per strada.

3.2. Che posizione ha preso la Corte di Cassazione in questo scenario?

In realtà non ne ha presa una. Ne ha prese due. Anzi tre.

A) In primo luogo, ha rivitalizzato (con cui i limiti di cui *infra sub c*) la figura “classica” del rifiuto di giurisdizione, ritenendo censurabile l’arretramento che venisse fatto in via generale e astratta, in maniera aprioristica e non con riferimento alla specificità del caso concreto, della linea della giurisdizione fruibile dal cittadino. Nulla da eccepire.

B) Ha poi provato a dilatare la concezione del motivo di giurisdizione alle ipotesi dell’errore abnorme *in procedendo* o *in judicando*. Si tratta della teorizzazione della c.d. interpretazione evolutiva, criticata e censurata da Corte cost 6/2018.

C) Ma in realtà le Sezioni Unite hanno preso anche una terza posizione, che è stata quella di lasciare il rifiuto di giurisdizione (anche nella sua accezione classica, non solo nella sua interpretazione “evolutiva”) al livello di figura più teorica che pratica⁹. E questa è forse la cosa più grave, nel senso che ha contribuito ad acuire il problema e non a risolverlo, perché se le Sezioni Unite, più che teorizzarne interpretazioni evolutive, ne avessero fatta maggiore applicazione nel concreto dei casi (del rifiuto di giurisdizione), il giudice amministrativo avrebbe fatto sicuramente maggior attenzione a muoversi nel nuovo scenario che lo ha visto operare come giudice dei diritti.

Voglio con ciò dire che se il problema nasce, in buona sostanza, per i modi e termini in cui i diritti soggettivi vengono protetti dal giudice amministrativo a causa della ibridazione di cui si è detto sopra, esso si risolve evitando che al cambio di giurisdizione segua un mutamento qualitativo della tutela fruibile.

⁹ Cfr. M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell’ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*, in www.giustiziainsieme.it, 30 11 2020.

È sotto questo profilo che intendo dire che è quasi più grave che le Sezioni Unite non abbiano quasi mai concretamente applicato la figura (del rifiuto di giurisdizione), piuttosto che il fatto che ne abbiano teorizzato interpretazioni evolutive.

Insomma, se siamo al punto in cui siamo, è perché, dal canto loro, le Sezioni Unite hanno applicato poco o nulla la figura classica del rifiuto di giurisdizione; e perché il Consiglio di Stato, dal canto suo, si è spesso e volentieri rifiutato di erogare tutela risarcitoria nelle forme proprie della tutela civile dei diritti (e si è troppo spesso rifugiato nel sindacato di ragionevolezza, rifiutando l'accertamento diretto dei fatti). Per uscirne fuori, probabilmente basterebbe che le Sezioni Unite cassassero le decisioni dove c'è rifiuto aprioristico e tipizzato, formulato in via generale e astratta, di una certa situazione; e che il Consiglio di Stato fosse meno creativo e più attento alle categorie generali dell'Ordinamento quando si tratta tutelare diritti soggettivi e rinunciasse a plasmarle o adattarle alla specificità del processo amministrativo, cosa che ha un senso se si tratta d'interessi legittimi, non di diritti soggettivi. Questa a mio avviso è la strada giusta da seguire per risolvere concretamente il problema. Va senz'altro apprezzata in tal senso, ad esempio, la recentissima Ad. Plen 24/2020 sul termine di prescrizione, che ha evitato una di quelle ibridazioni che nel futuro prossimo venturo avrebbero altrimenti originato quasi sicuramente questioni di giurisdizione a non finire.

4. Gli interessi legittimi

Gli interessi legittimi. L'esigenza di rispondere al bisogno di tutela proprio delle situazioni di diritto soggettivo e delle domande risarcitorie ha comunque concentrato su tali profili l'attenzione e lo sforzo del giudice amministrativo e ha fatto perdere di vista l'esigenza di tutela delle situazioni non riducibili a tali schemi e che dovrebbero invece rappresentare il *proprium* della giurisdizione amministrativa, la tutela dell'interesse legittimo. Il processo di ibridazione ha appiattito la forma di tutela di questa situazione su quella del diritto soggettivo, patrimonializzandola (dandole cioè un contenuto necessariamente patrimoniale, come pretesa a che un bene della vita entri nel proprio patrimonio ovvero non ne esca).

Quanto ciò sia vero è presto testimoniato dalle recenti vicende che hanno interessato la tutela in materia di appalti, laddove si è cercato di riscrivere il sistema di tutela appiattendolo sulla tutela risarcitoria con esclusione di quella costitutiva di annullamento. Al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19, l'art. 4 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 alla fine si è limitato a prevedere l'estensione, ai giudizi promossi avverso le procedure di gara bandite entro il 31 dicembre 2021, dell'articolo 125 del c.p.a., il quale, nonostante manifesti un indubbio *favor* per la tutela risarcitoria, non giunge sino al punto di escludere in assoluto la tutela

d'annullamento¹⁰). Ma tutti ricordiamo molto bene come si sia molto discusso della possibilità di escludere del tutto la tutela costitutiva per lasciare spazio unicamente alla tutela risarcitoria¹¹. Probabilmente, anche per la ferma opposizione di buona parte della dottrina, alla fine il risultato è stato quello di estendere solo l'applicabilità dell'art 125 c.p.a., ma non dimentichiamo che da più parti è stato seriamente messo in discussione il fatto che l'art 113 Cost. offrisse copertura costituzionale al principio della giurisdizione generale di legittimità sostenendo che il legislatore potesse pertanto escludere, in determinate materie o per particolari categorie di atti, l'impugnazione in sede giurisdizionale. Segno più evidente della tendenza a ridurre il giudice amministrativo a giudice del risarcimento del danno non potrebbe esservi e non è detto che si riesca a resistere anche al prossimo attacco che, sempre in nome dell'esigenza di recuperare efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, c'è da aspettarselo, tenderà nuovamente a sterilizzare quanto più possibile la possibilità d'intervento del giudice amministrativo.

La vicenda occasionata dall'emergenza pandemica è emblematica e sintomatica del rischio insito nelle teorizzazioni che neghino la differenziazione tra le situazioni soggettive del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo e dei correlati bisogni di tutela: se il risarcimento diventa un modo come un altro per tutelare le situazioni d'interesse legittimo (il che si verifica nel momento in cui le due tutele, demolitoria e risarcitoria, divengono fungibili tra loro), dell'annullamento dell'atto illegittimo se ne può anche fare a meno.

Ciò che ci riserva il futuro è il ritorno allo *status quo ante* riforma Crispi del 1889? Ritorno al futuro?

5. Evitare l'ibridazione

Non è difficile immaginare che le presenti considerazioni andranno sicuramente incontro alla critica che insistere nel riproporre ancora la distinzione tra diritto e interesse è una posizione antistorica ormai superata dagli eventi. Senza insistere nel sottolineare che uno storicismo di maniera non può superare il chiaro dettato della Costituzione, almeno finché questa non sia oggetto di puntuale revisione, l'interrogativo posto in chiusura del precedente paragrafo dimostra esattamente il contrario. E' l'ibridazione che ci riporta al passato, non la distinzione delle due situazioni che devono essere lette come il portato di tutele differenziate in ragione di diversi bisogni di tutela del cittadino di fronte all'azione della pubblica amministrazione.

¹⁰ L'art 125 c.p.a., dettato con riferimento alle controversie relative a infrastrutture strategiche, dispone che *“la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente”*.

¹¹ Il dibattito è significativamente riassunto nel convegno dedicato dall'Associazione Italiana Professori Diritto Amministrativo – A.I.P.D.A al tema *“Poteri del giudice amministrativo ed efficienza della pubblica amministrazione in materia di appalti”* e tenuto in forma di webinar il 29 aprile 2020, visibile sul sito dell'Associazione e in www.giustiziasieme.it (21 maggio 2020).

Fa specie dover constatare che il rischio di questo arretramento della linea della tutela giurisdizionale sul fronte dell'interesse legittimo si manifesti nel nostro ordinamento nazionale nel momento in cui le Corti e i trattati internazionali riconoscono il diritto alla buona amministrazione come diritto fondamentale della persona¹².

Proprio la nostra cultura giuridica, che è stata la culla della teorizzazione dell'interesse legittimo, sembra ora quasi dimenticare che la Quarta Sezione era stata istituita nel 1889 per assicurare quella "Giustizia nell'Amministrazione" che lo schema tipico delle situazioni di diritto soggettivo non riusciva e non era in grado di assicurare.

Sotto questo profilo, anche e proprio come dottrina dovremmo iniziare a riflettere criticamente sui danni prodotti dal fatto di aver enfatizzato oltremodo la costruzione del processo amministrativo in termini di giudizio sulla fondatezza della "pretesa" vantata dal ricorrente, sulla "spettanza" del bene della vita, ponendo in secondo piano il fatto che nella generalità dei casi il conseguimento del bene della vita è pur sempre protetto in termini di probabilità e non di certezza. Trovo esemplari sotto questo profilo le parole di Riccardo Villata pronunciate in occasione del convegno celebrativo dei 130 anni della istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato: *"Il processo amministrativo, abbandonato "finalmente" il modello di processo all'atto, è divenuto giudizio sul rapporto. Nel dettaglio, è un giudizio di spettanza nel senso che accerta la fondatezza della pretesa al bene della vita, pretesa che può oggi soddisfare tramite l'azione divenuta atipica o meglio il ventaglio di azioni che il c.p.a. riconosce e di cui si deve se mai criticare i limiti (quelli apposti alle azioni di adempimento, di nullità, risarcitoria) superandoli per quanto possibile nell'applicazione. Ebbene, io non mi riconosco affatto in questa prospettiva, spero non solo perché con il trascorrere degli anni ai propri convincimenti sempre più ci si affeziona e si consolida l'ostilità ad accettare tesi di segno diverso"*¹³. Annullare il giudizio negativo di una commissione, annullare la *lex specialis* che impedisca la partecipazione a una gara, annullare la previsione di uno strumento urbanistico, accertare l'illegittimità del silenzio; in casi come questi casi e, più in generale, tutte le volte in cui l'esercizio della giurisdizione generale di legittimità lascia margini di scelta all'Amministrazione, non è possibile ravvisare l'obbligo di soddisfare in maniera immediata e diretta la pretesa al bene della vita cui si aspira.

¹² Il primo immediato riferimento è all'art 41 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: "Ogni persona ha diritto a che le questioni siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole" sul quale per tutti v. F. Aperio Bella, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2017, 220 ss e ivi per ulteriori riferimenti.

¹³ R.Villata, *Pluralità delle azioni ed effettività della tutela, Relazione al Convegno tenuto a Palazzo Spada il 20 novembre 2019 e dedicato ai 130 anni della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it. Con riferimento all'impiego della formula del giudizio di spettanza, Villata ricorda efficacemente come "l'autore – Falcon – di questa apprezzata formula divenuta di largo utilizzo ha avuto modo di precisare, rivendicando il valore dell'interesse legittimo quale fondamento di una raffinata tecnica di sindacato di legittimità del provvedimento, che "ciò che spetta non è in realtà che un nuovo, corretto esercizio della discrezionalità amministrativa" ovvero che la "spettanza è il risultato dell'esercizio del giudizio sul potere".



Sotto questo profilo le Sezioni Unite finiscono con il rappresentare una importante occasione. Non so se, forse, sia sfuggito di mano, ma il vero problema che pongono adesso le Sezioni Unite è se, muovendo dall'ordinamento comunitario, l'interesse legittimo debba essere inteso come una situazione prevalentemente strumentale, ovvero prevalentemente finale.