GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro

La questione di giurisdizione

di Fabio Francario

11 novembre 2020

Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)[i].

di Fabio Francario

Sommario: 1. Premessa – 2. La vicenda – 3.1. Due vicende emblematiche rimaste senza tutela: il diritto fondamentale all'accesso alla tutela giurisdizionale riconosciuto dalla CEDU; l'interesse (non immediatamente finale ma) strumentale – 4. Il rifiuto di giurisdizione come questione classica di giurisdizione – 5. Il problema dell'interpretazione evolutiva dell'interesse legittimo (ritorno al futuro) – 6. Un appuntamento rimandato.

1. Premessa

Mai definitivamente sopite, le dispute, dottrinali e giurisprudenziali, intorno alle questioni di giurisdizione ciclicamente si riaccendono facendo una gran confusione. Sembra quasi che più se ne discute, più la confusione cresca. Dal momento che stiamo vivendo uno di questi momenti, nell'affrontare il tema ritengo opportuna una premessa che chiarisca preliminarmente se e quali punti fermi vi siano nel nostro sistema costituzionale. Dunque, prima di tutto la Costituzione.

La riscrittura dell'art 111 Cost. operata con la revisione costituzionale del 1999, nel momento in cui ha inserito nell'articolato il nuovo primo comma ("*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*"), ha sicuramente offerto spunti per riconsiderare la problematica delle questioni di giurisdizione, ma non si può ancora guardare alla nuova norma come ad un punto fermo, essendo essa stessa praticamente al centro della discussione **[ii]**. Per stare ai punti fermi sicuramente offerti dalla Costituzione, tralasciando anche l'art 24 Cost., si può partire dal disposto dell'ultimo comma dell'articolo 111 e dal primo comma dell'art. 103, mantenuti fermi anche a seguito della revisione costituzionale operata nel 1999.

L'ultimo comma dell'art 111 Cost. chiarisce che l'attribuzione alla Corte di Cassazione della competenza a decidere i ricorsi proposti per motivi inerenti alla giurisdizione "*Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti*" non è un'invenzione creativa della corte medesima, ma il portato di una ben precisa disposizione costituzionale recata da tale articolo. Come tutte le norme, anche quella recata dall'ultimo comma dell'art 111 Cost. va ovviamente interpretata; ma è anche vero che l'interpretazione, oltre alle sue diverse possibili forme e tipologie, ha comunque il suo ovvio limite nel fatto che non può giungere al punto di vanificare la previsione normativa, svuotandola di contenuto. Quale che sia, la previsione deve pertanto avere un senso e deve averlo il fatto che la norma costituzionale attribuisce la decisione alla Corte di Cassazione. Dopo di che si apre lo spazio per la definizione dei criteri da impiegare per capire come e quando si prefiguri una questione di giurisdizione.

Sotto questo profilo, il secondo punto fermo è offerto dal disposto dell'art 103, primo comma: "*Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi*". Anche in tal caso, va ripetuta l'ovvia considerazione appena svolta sui limiti dell'interpretazione, che non trova spazio "*in claris*". Prima che si apra lo spazio per l'interpretazione, non si può negare che la Costituzione vede il giudice ordinario come il giudice naturale dei diritti soggettivi e quello amministrativo come il giudice naturale degli interessi legittimi**[iii]**. Il che riflette una *ratio* sufficientemente chiara e perfettamente comprensibile: se a fronte dell'attività amministrativa si volessero tutelati solo i diritti soggettivi in quanto tali, il giudice ordinario sarebbe più che sufficiente in quanto la tutela risarcitoria è quella che generalmente assiste le situazioni di diritto soggettivo nel sistema della tutela civile dei diritti**[iv]** e che può essere da questi pacificamente erogata anche nei confronti della pubblica amministrazione; il giudice amministrativo nasce per rispondere ad un bisogno di tutela, diverso da quello già soddisfatto attraverso la figura del diritto soggettivo, impiegando una tecnica di tutela adeguata ad assicurare la soddisfazione dell'interesse (legittimo) attraverso

l'annullamento della decisione amministrativa illegittima**[v]**.

Nell'indicare i punti fermi di qualsiasi operazione ricostruttiva mi limito a questi soli due articoli, anche se l'elencazione andrebbe immediatamente integrata almeno con il disposto dell'art 113 Cost. se si passa a considerare anche il profilo del livello minimo di tutela che deve essere garantito al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

Insisto sul fatto che questa distinzione tra diritto e interesse è un punto fermo dal quale deve muovere l'interpretazione, perché non mi risulta che le disposizioni costituzionali sul punto siano mai state riscritte o venute meno anche quando si è cercato di rimuovere il criterio fondamentale di riparto , come suol dirsi, a Costituzione invariata**[vi]**. Se poi l'interpretazione ignora o oblitera questo dato di partenza, l'operazione non mi pare ermeneuticamente corretta. Mi risulta anzi che, le volte in cui la Corte costituzionale è intervenuta in materia, la distinzione è stata sempre costantemente ribadita come criterio fondante la giurisdizione. Il riferimento corre immediatamente, per fare solo un esempio, alla ormai storica sentenza 204 del 2004, la quale ha precisato che il potere discrezionale del legislatore di ridistribuire le funzioni giurisdizionali tra i due ordini di giudici deve muoversi nei confini dettati dalla Costituzione e deve pertanto necessariamente "*considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte e non fondarsi esclusivamente sul dato oggettivo delle materie*"; con le ulteriori precisazioni che il "*necessario collegamento delle "materie" assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con la natura delle situazioni soggettive – e cioè con il parametro adottato dal Costituente come ordinario discrimine tra le giurisdizioni ordinaria ed amministrativa – è espresso dall'art 103"* e che *"in nessun caso il legislatore ordinario può far sì che la pubblica amministrazione sia, in quanto tale, assoggettata ad una particolare giurisdizione, ovvero sottratta alla giurisdizione alla quale soggiace "qualsiasi litigante privato": la specialità di un giudice può fondarsi esclusivamente sul fatto che questo sia chiamato ad assicurare la giustizia nell'amministrazione, e non mai sul mero fatto che parte in causa sia la pubblica amministrazione*".

Punto di partenza obbligato è dunque che, nel sistema di giustizia amministrativa dualistico voluto e riconosciuto dalla Costituzione, le questioni di giurisdizione si pongono in maniera direi quasi fisiologica e che spetta alla Corte di Cassazione decidere se e come una determinata tipologia d'interesse sia ritenuta meritevole di protezione da parte dell'Ordinamento e, conseguentemente, quale sia la giurisdizione competente a conoscere dell'eventuale controversia.

Fatta questa doverosa premessa, si può venire all'attualità del tema.

2. La vicenda

Viene proposto alle Sezioni Unite ricorso avverso una sentenza del Consiglio di Stato che ha riformato una sentenza TAR nella parte in cui quest'ultimo aveva rigettato nel merito i motivi di ricorso, proposti dal ricorrente avverso l'aggiudicazione di una gara d'appalto, dopo che nella stessa sentenza il medesimo TAR aveva già rigettato anche i motivi proposti avverso l'esclusione. Secondo il Consiglio di Stato la ricorrente, una volta accertata l'illegittimità della sua esclusione, doveva ritenersi "*portatrice di un interesse di mero fatto, analogo a quello di qualunque altro operatore economico del settore economico che non ha partecipato alla gara*"; ovverossia: non poteva vantare la titolarità di un interesse legittimo. Qui non ci si può trincerare dietro giri di parole, cercando di sostenere che è questione soltanto di assenza di presupposti processuali, di mancanza cioè di un interesse a ricorrere cha abbia i caratteri dell'attualità e dell'immediatezza. Affermare che il ricorrente è portatore di un interesse di mero fatto significa escludere che possa vantare la titolarità di un interesse che l'ordinamento ritiene meritevole di tutela e che possa quindi agire per chiederne la protezione in sede giurisdizionale**[vii]**.

Messa così, la questione sembra una piana questione di giurisdizione, senza che vi sia necessità d'invocare interpretazioni evolutive di sorta. Il fatto è che poi bisogna deciderla. E la Cassazione si trova di fronte al fatto che la situazione è ritenuta tutelabile dal diritto eurounitario, come interpretato dalla Corte di giustizia, che è comunque fonte di diritto obbiettivo per l'ordinamento nazionale; e al fatto che per il giudice amministrativo nazionale, il Consiglio di Stato, non lo è. E sembra quasi abdicare al suo ruolo di giudice della giurisdizione

Investite del ricorso per diniego di giurisdizione, le Sezioni Unite ritengono infatti necessario chiedere pregiudizialmente alla Corte di giustizia UE di pronunciarsi sulle tre seguenti questioni: se il rimedio del ricorso per cassazione per «difetto di potere giurisdizionale» possa essere utilizzato "*per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea (nella specie, in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici nei quali gli Stati membri hanno rinunciato ad esercitare loro poteri sovrani in senso incompatibile con tale diritto, con l'effetto di determinare il consolidamento di violazioni del diritto comunitario che potrebbero essere corrette tramite il predetto rimedio e di pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e l'effettività della tutela giurisdizionale delle*

situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria, in contrasto con l'esigenza che tale diritto riceva piena e sollecita attuazione da parte di ogni giudice, in modo vincolativamente conforme alla sua corretta interpretazione da parte della Corte di giustizia, tenuto conto dei limiti alla «autonomia procedurale» degli Stati membri nella conformazione degli istituti processuali"; se il ricorso per cassazione sia altresì "*proponibile come mezzo di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato che, decidendo controversie su questioni concernenti l'applicazione del diritto dell'Unione, omettano immotivatamente di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (in assenza delle condizioni, di stretta interpretazione, da essa tassativamente indicate (a partire dalla sentenza 6 ottobre 1982, Cilfit, C-238/81) che esonerano il giudice nazionale dal suddetto obbligo, in contrasto con il principio secondo cui sono incompatibili con il diritto dell'Unione le normative o prassi processuali nazionali, seppure di fonte legislativa o costituzionale, che prevedano una privazione, anche temporanea, della libertà del giudice nazionale (di ultimo grado e non) di effettuare il rinvio pregiudiziale, con l'effetto di usurpare la competenza esclusiva della Corte di giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario, di rendere irrimediabile (e favorire il consolidamento del) l'eventuale contrasto interpretativo tra il diritto applicato dal giudice nazionale e il diritto dell'Unione e di pregiudicare la uniforme applicazione e la effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione*"); infine, "*se i principi dichiarati dalla Corte di giustizia con le sentenze 5 settembre 2019, Lombardi, C-333/18; 5 aprile 2016, Puligienica, C-689/13; 4 luglio 2013, Fastweb, C-100/12, in relazione agli articoli 1, par. 1 e 3, e 2, par. 1, della direttiva 89/665/CEE, modificata dalla direttiva 2007/66/CE, siano applicabili nella fattispecie che è oggetto del procedimento principale, in cui, contestate dall'impresa concorrente l'esclusione da una procedura di gara di appalto e I 'aggiudicazione ad altra impresa, il Consiglio di Stato esamini nel merito il solo motivo di ricorso con cui l'impresa esclusa contesti il punteggio inferiore alla «soglia di sbarramento» attribuito alla propria offerta tecnica e, esaminando prioritariamente i ricorsi incidentali dell'amministrazione aggiudicatrice e dell'impresa aggiudicataria, li accolga dichiarando inammissibili (e ometta di esaminare nel merito) gli altri motivi del ricorso principale che contestino l'esito della gara per altre ragioni (per indeterminatezza dei criteri di valutazione delle offerte nel disciplinare di gara, mancata motivazione dei voti assegnati, illegittima nomina e composizione della commissione di gara), in applicazione di una prassi giurisprudenziale nazionale secondo la quale l'impresa che sia stata esclusa da una gara di appalto non sarebbe legittimata a proporre censure miranti a contestare l'aggiudicazione all'impresa concorrente, anche mediante la caducazione della procedura di gara, dovendosi valutare se sia compatibile con il diritto dell'Unione l'effetto di precludere all'impresa il diritto di sottoporre all'esame del giudice ogni ragione di contestazione dell'esito della gara, in una situazione in cui la sua esclusione non sia stata definitivamente*

accertata e in cui ciascun concorrente può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell'impossibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere alla scelta di un'offerta regolare e all'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione, alla quale ciascuno degli offerenti potrebbe partecipare".

Le questioni sono formulate in maniera articolata e complessa, ma si può ritenere che, in ultima analisi, si chiede alla Corte di giustizia di chiarire pregiudizialmente se l'ordinamento nazionale debba necessariamente prevedere rimedi interni per evitare che le pronunce giurisdizionali lascino prive di tutela situazioni soggettive di rilevanza comunitaria; se sotto questo profilo sia sindacabile anche l'omissione del necessario rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia**[viii]** e, infine, se per il diritto comunitario sia tutelabile l'interesse del concorrente, la cui esclusione non sia stata definitivamente accertata, a sottoporre all'esame del giudice ogni ragione di contestazione dell'esito della gara che possa portare alla constatazione dell'impossibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere regolarmente alla scelta di un'offerta e all'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione.

3.1. Due vicende emblematiche rimaste senza tutela: il diritto fondamentale all'accesso alla tutela giurisdizionale riconosciuto dalla CEDU; l'interesse (non immediatamente finale ma) strumentale

Convincimento diffuso nei primi commenti dottrinari apparsi sull'ordinanza delle Sezioni Unite n. 19598 del 18 settembre 2020 è che l'ordinanza rifletta una ostinazione della Corte di Cassazione di difficile comprensione e spiegazione alla luce del fatto che la Corte costituzionale con la sentenza n 6 del 2018 dovrebbe aver detto l'ultima parola sui limiti del sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stati per motivi di giurisdizione. Non manca chi afferma infatti che le Sezioni Unite tornano nuovamente sulla questione *"poco curanti di quello che deve considerarsi ormai un assetto costituzionale"***[ix]**, ovvero che le Sezioni Unite disattendono la Consulta"**[x]** o pongono in discussione la Costituzione *"così come interpretata dalla Corte costituzionale"* davanti al giudice europeo**[xi]**, ovvero ancora che *"L'attività creativa è semmai delle Sezioni unite, non del giudice amministrativo"***[xii]** oppure che si sarebbe di fronte all'ennesima manifestazione *"di un'attitudine espansionistica della Cassazione nei confronti del giudice amministrativo"***[xiii]**.

Questa sensazione di meraviglia o stupore, se non quasi di fastidio, affonda le radici nel convincimento che la Cassazione si pone in tal modo in netto contrasto con quanto avrebbe definitivamente chiarito la Corte costituzionale con la sentenza 6/2018; contrasto che

sembrerebbe del resto esplicitamente dichiarato dalla stessa ordinanza delle Sezioni Unite che reputa necessario investire della questione la Corte di giustizia facendo riferimento "*ad una prassi interpretativa … quale si evince dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 e dalla giurisprudenza nazionale successiva che, modificando il precedente orientamento, ha ritenuto che il rimedio del ricorso per cassazione, sotto il profilo del così detto difetto di potere giurisdizionale, non possa essere utilizzato per impugnare intenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di giustizia in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea*".

Facendo le opportune distinzioni, il contrasto può anche apparire meno radicale di quel che sembra, ma le due vicende sollevate dalle Sezioni Unite, la prima decisa da Corte cost 6/2018 e la seconda adesso rimessa alla Corte di Giustizia, sono emblematiche dell'attuale stato del nostro sistema di giustizia amministrativa, che sembra immerso in una situazione di perenne fluidità, a scapito delle garanzie di certezza che regole processuali ormai codificate dovrebbero assicurare. Non mi pare, però, che si possa dire che se colpe, se così si può dire, vi sono, queste siano tutte della Cassazione. Anzi, credo si possa dire che tutte e tre le nostre Corti Supreme, Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Consiglio di Stato, abbiano fatto un bel pasticcio, se è vero, come è, che, alla fine della storia (ammesso che questa storia possa mai aver fine), un diritto ritenuto fondamentale dalla Corte EDU è rimasto privo di giudice nel nostro ordinamento; così come sembrerebbe allo stato rimanere privo di giudice e di tutela un interesse che l'ordinamento eurounitario vuole invece senza ombra di dubbio protetto.

Nel bene e nel male, le due vicende (quella attualmente riemessa alla Corte di giustizia e quella decisa da Corte cost. 6/2018) sono comunque collegate ed è bene pertanto ricordare preliminarmente cosa sia successo anche nel primo caso.

3.2. La vicenda decisa da Corte cost 6/2018 è originata da una (sconsiderata) norma di legge che nel lontano 1998 dispone sulla giurisdizione nelle controversie di lavoro con le pubbliche amministrazioni, sopprimendo la possibilità di tutela giurisdizionale per alcuni diritti. In un primo tempo tutte e tre le nostre Supreme Corti, costituzionale civile e amministrativa, respingono le istanze di tutela di chi si era visto privato della possibilità di agire in giudizio (Cass. S.U. 30 01 2003 n. 1511 e 03 05 2005 n. 9101; Corte cost. 07 10 2005 n. 382 e ultima Ad.

Plen. 21 02 2007 n. 4 che dichiara il difetto – a questo punto assoluto, essendo già esclusa la giurisdizione ordinaria – di giurisdizione). La questione viene però portata all'attenzione della CEDU, che, con le sentenze Mottola e Staibano del 2014 dichiara che ciò è lesivo del diritto fondamentale al giusto processo (accesso al giudice). Ciò pone il problema delle sorti delle pronunce contrastanti già rese dal giudice nazionale e l'Adunanza Plenaria, investita del ricorso per revocazione proposto dai ricorrenti vittoriosi in Corte EDU, porta la questione alla Corte costituzionale per sentire dichiarare la incostituzionalità della mancata inclusione di tale ipotesi (di contrasto con pronuncia della Corte EDU) tra i casi di revocazione; incostituzionalità che la Corte costituzionale evita però di pronunciare ritenendo che sia il legislatore a dover intervenire per trovare la giusta composizione del conflitto

In altri casi in cui la sentenza del Consiglio di Stato non era ancora passata in giudicato per la pendenza del termine lungo, la declinatoria di giurisdizione viene impugnata in Cassazione per rifiuto di giurisdizione, anziché con ricorso per revocazione; ed è così che le Sezioni Unite (ord.za 8 4 2016 n. 6891) rimettono a loro volta la questione alla Corte costituzionale, che si pronuncia appunto con la sentenza 6 del 2018. Se la Corte avesse dichiarato l'illegittimità della sconsiderata norma recata dall'art 69 co. 7 del d. lgs. 165/2001, per contrasto con la norma interposta della Convenzione come già interpretata dalla CEDU, avremmo avuto sicuramente meno problemi. Si consuma invece un grosso pasticcio. Nonostante la norma oggetto del giudizio di costituzionalità fosse pacificamente ed esplicitamente una norma regolatrice della giurisdizione, le Sezioni Unite non si limitano a rappresentare il contrasto dell'art 69 co. 7 del d. lgs. 165/2001 con la norma interposta derivante dell'interpretazione della CEDU, ma ritengono di dover precisare che "*la situazione in questione rientra in uno di quei casi estremi in cui il giudice adotta una decisione anomala o abnorme, omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per errores in iudicando o in procedendo che danno luogo al superamento del limite esterno*"; e, dal canto suo, la Corte costituzionale, fuorviata da una tale argomentazione giuridica, ritiene non rilevante la questione imperniando anch'essa il proprio percorso motivazionale nella confutazione della tesi che il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione possa comprendere anche il sindacato su *errores in procedendo* o *in iudicando* qualificandosi come una interpretazione evolutiva poiché

ciò *"non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale"* (aggiungendo, dopo che aveva in precedenza evitato di emettere una pronuncia additiva quando questione praticamente identica era stata sollevata dall'Ad Plen., che il rimedio opportuno per rimuovere il contrasto con la sentenza CEDU sarebbe semmai quello della introduzione di un nuovo caso di revocazione!).

Comunque sia, sta di fatto che una dichiarazione fatta in via generale e astratta di difetto (assoluto) di giurisdizione nei confronti di un diritto ritenuto fondamentale dalla Corte EDU è rimasta così insindacabile**[xiv]**. Davvero un bel pasticcio, nel quale ognuna delle nostre Supreme Corti ci ha messo del suo, con buona pace dell'auspicato rimedio all'incertezza del diritto che dovrebbe scaturire dal "dialogo" tra le Corti.

3.3. Il caso attuale è frutto invece del difficile dialogo che il nostro Consiglio di Stato ha con la Corte di giustizia sulla tutelabilità di interessi non "finali", ma strumentali o procedimentali nelle gare pubbliche d'appalto. Volendo semplificare: sul modo d'intendere l'interesse legittimo

La giurisprudenza della Corte di giustizia Europea maturata sul tema del ricorso incidentale escludente ha ripetutamente precisato che l'interesse, o se si vuole il bene protetto, non è necessariamente solo quello patrimonialmente apprezzabile all'aggiudicazione della gara espletata, ma anche quello alla correttezza della procedura alla quale si sia partecipato. Sono note le decisioni Fastweb del 2013 (*4 luglio 2013, C-100/12*, Puligienica del 2016 (*5 aprile 2016, C-689/13)* e Lombardi del 2019 (*5 settembre 2019, C-333/18)*. Ci si limita a ricordare che l'ultima pronuncia viene resa su rimessione della questione da parte dell'Adunanza Plenaria (ord.za n. 6 dell'11 05 2018) che, trincerandosi dietro la confusione tra interesse ad agire e interesso protetto, riteneva fosse "*maggiormente armonico con il sistema processuale nazionale e con il principio di autonomia processuale incentrato sull' iniziativa delle parti (ed "in parte qua" comune a quello di numerosi Stati-Membri), che venisse precisato che l'interesse del ricorrente principale attinto da un ricorso incidentale escludente, in quanto limitato alla reiterazione della procedura di gara (con esclusione di profili concernenti la "regolarità delle procedure di gara"), dovrebbe essere valutato nella sua concretezza, e non con riferimento a ragioni astratte, dal Giudice adìto"* e che "*in quest'ottica, sarebbe opportuno che venisse rimesso agli ordinamenti processuali degli Stati Membri, in ossequio all'autonomia processuale loro riconosciuta, il compito di individuare le modalità di dimostrazione della concretezza del detto interesse, garantendo il diritto di difesa delle offerenti rimaste in gara e non evocate nel processo ed in armonia con i principi in materia di*

interesse concreto e attuale della parte al ricorso e in punto di onere della prova". Per tutta risposta, nella sentenza Lombardi, la Corte di giustizia afferma chiaramente che *"l'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest'ultimo, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorso";* precisando che *"il principio di autonomia processuale degli Stati membri ... non possa, comunque, giustificare disposizioni di diritto interno che rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione"* (compreso il diritto alla buona amministrazione). Per essere ancor più chiari, la Corte di giustizia, dopo aver richiamato (par. 22) il disposto dell'art 1 par. 1 terzo comma della direttiva 89/665 (cd direttiva ricorsi) sa norma del quale "*i ricorsi contro le decisioni adottate da un'amministrazione aggiudicatrice devono, per essere considerati efficaci, essere accessibili almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto*", precisa al successivo par. 24 "*che il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente escluso qualora la regolarità dell'offerta di ciascuno degli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento, dato che, in una situazione del genere, ciascuno dei concorrenti può far valere un* ***legittimo interesse*** *equivalente all'esclusione dell'offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell'impossibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un'offerta regolare*".

Costante dunque il tentativo del giudice amministrativo nazionale di negare la tutelabilità dell'interesse strumentale e non finale e di restringere il diritto d'azione avverso l'attività illegittima solo a chi possa trarne immediato e concreto vantaggio; altrettanto costante la posizione della Corte europea nel ritenere meritevole di tutela l'interesse anche solo strumentale, ravvisabile laddove la probabilità di conseguire il bene della vita cui si aspira è garantita dalla correttezza del procedimento amministrativo.

In caso di specie s'inscrive a pieno titolo in questo filone, in quanto il Consiglio di Stato nega la possibilità di ravvisare un interesse legittimo se l'interesse è soltanto strumentale alla ripetizione

della gara e ritiene che in tal caso si sia in presenza di un interesse di mero fatto.

4. Il rifiuto di giurisdizione come questione classica di giurisdizione

La presunta “ostinazione” delle Sezioni Unite muove dunque da queste due situazioni emblematiche, nelle quali si riscontra il rifiuto aprioristico, fatto in via generale e astratta, di tutelare situazioni giuridiche soggettive che l’ordinamento reputa invece meritevoli di tutela. Entrambi i casi potevano essere decisi come classiche questioni di giurisdizione, perché in entrambi i casi si discuteva di un asserito difetto assoluto di giurisdizione; da decidere previa risoluzione dell’incidente di costituzionalità della norma di legge che, in contrasto con sentenza CEDU, nega la tutelabilità della situazione soggettiva, in un caso; dichiarando se l’interesse è meritevole di tutela come interesse legittimo, nel secondo caso. Le questioni, tuttavia, non sono state prospettate dalle Sezioni Unite in questi termini, ma assumendo che si fosse in presenza di un *novum genus* frutto di una interpretazione evolutiva che implicava l’allargamento del novero delle questioni di giurisdizione classiche. Rimandando ad altra occasione la considerazione delle ragioni che spingono la Corte di Cassazione in questa direzione, diventa importante a questo punto fare una distinzione.

Una cosa è, infatti, che nei tempi più recenti le Sezioni Unite abbiano prospettato una nuova figura di “rifiuto di giurisdizione” nell’ambito di una interpretazione evolutiva finalizzata ad attrarre nell’orbita dei motivi di giurisdizione casi estremi in cui l’errore di diritto rende la decisione giurisdizionale abnorme e si traduce in un diniego sostanziale di giustizia. Altra che la figura del rifiuto è sempre esistita come classica questione di giurisdizione.

Nei tempi meno recenti la figura del rifiuto di giurisdizione non ha avuto particolare evidenza perché tradizionalmente il problema e il dibattito si sono focalizzati principalmente sulla distinzione tra diritto e interesse e sulla formulazione di criteri di volta in volta mutevoli su cui fondare la distinzione**[xv]**, ma ciò non deve far dimenticare che si è sempre pacificamente ritenuto che, a fianco al problema del conflitto relativo, virtuale o reale, tra giudice ordinario e amministrativo derivante dalla qualificazione della situazione soggettiva in termini di diritto o interesse, la questione di giurisdizione si potesse anche porre sotto il profilo del rifiuto di giurisdizione o dell’eccesso di potere giurisdizionale. Se solo si prende come termine di riferimento la classificazione operata (verrebbe da dire, in tempi non sospetti) da Mario Nigro, si

vede come la tipizzazione dei possibili motivi di giurisdizione non solo comprende espressamente la figura del rifiuto di giurisdizione, ma apre proprio con essa l'elencazione delle tre possibili ipotesi classiche : "*a) rifiuto di esercizio della potestà giurisdizionale sull'erroneo presupposto che la materia non possa essere oggetto, in modo assoluto, di funzione giurisdizionale o che non possa essere oggetto della funzione giurisdizionale propria dell'organo investito della domanda; b) invasione della sfera dell'altrui giurisdizione, cioè di quella attribuita ad altro giudice (giudice ordinario o giudice speciale); c) cd eccesso di potere giurisdizionale … … sconfinamento dell'attività giurisdizionale ordinaria o speciale nel campo dei poteri spettanti ad organi amministrativi o legislativi o costituzionali…*"***[xvi]**.

Per tradizione consolidata, motivo di giurisdizione è dunque non solo l'ipotesi del conflitto relativo di giurisdizione, reale o virtuale, tra giudice ordinario ed amministrativo; ma anche quella dell'eccesso di potere giurisdizionale, che si configura laddove il giudice amministrativo si sostituisce al legislatore o all'amministrazione tutelando situazioni soggettive che l'ordinamento non considera invece rilevanti come interessi protetti; nonché quella del rifiuto di giurisdizione, che si configura appunto laddove il giudice amministrativo nega in via generale e astratta la possibilità di tutelare un interesse che l'ordinamento vuole invece protetto**[xvii]**.

Rimane dunque pacifico che il rifiuto di giurisdizione (e l'eccesso di potere giurisdizionale) possano essere annoverati tra i motivi di giurisdizione e che le Sezioni Unite possano sindacare sotto questi profili le sentenze del Consiglio di Stato dichiarando, in astratto e senza pregiudicare le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità della domanda, che una determinata tipologia d'interesse sia meritevole di protezione giurisdizionale ovvero che non lo sia.

A scanso di equivoci vale la pena ricordare che ciò è esplicitamente ribadito nella stessa sentenza 6/2018 della Corte costituzionale: "*L'«eccesso di potere giudiziario», denunziabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l'avvento della Costituzione, va riferito, dunque, alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici*".

5. Il problema dell'interpretazione "evolutiva" dell'interesse legittimo (ritorno al futuro)

Le questioni si sarebbero potute dunque decidere secondo gli schemi classici, senza scomodare interpretazioni evolutive di sorta o creazione di nuovi generi. Anche sgombrando il campo dall'equivoco dell'interpretazione evolutiva, nel primo caso le Sezioni Unite non potevano però fare comunque a meno d'investire pregiudizialmente la Corte costituzionale, poiché il diniego assoluto di giurisdizione contrastante con la lesione del diritto fondamentale accertata dalla decisione CEDU aveva causa in una norma di legge. Nel caso attuale viene da osservare che le forche caudine dell'interpretazione evolutiva non hanno lasciato alla Corte di Cassazione altra via che quella di investire la Corte di giustizia della questione della tutelabilità degli interessi ritenuti meritevoli di tutela dall'ordinamento comunitario; ma, in questo caso, eliminando l'equivoco della interpretazione evolutiva, la decisione avrebbe potuto essere tranquillamente presa senza necessità alcuna di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Tranquillamente si fa per dire perché, se ciò fosse avvenuto, le Sezioni Unite si sarebbero comunque trovate di fronte ad una decisione non facile da prendere, stante l'ostinazione del Consiglio di Stato a negare la configurabilità di un interesse legittimo in casi come quello di specie e la conseguente necessità di definire positivamente quale sia l'effettiva consistenza di questa situazione giuridica soggettiva che ci fa discutere da più di un secolo.

Probabilmente si sarebbe resa necessaria un'altra decisione "storica", com'è stata quella sulla risarcibilità dell'interesse legittimo adottata nel 1999 sempre dalle Sezioni Unite, perché il vero tema posto sul tavolo della discussione da una questione di giurisdizione siffatta è proprio questo del chiarimento della natura e della consistenza dell'interesse legittimo. Nella sua essenza, il problema sembrerebbe riproporsi nell'assolutezza in cui era stato posto prima della Riforma Crispi e dell'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato nelle storiche parole del relatore della legge abolitiva del contenzioso amministrativo del 1865, Pasquale Stanislao Mancini, riferite al cittadino che non potesse vantare un vero e proprio diritto nei confronti della pubblica amministrazione, ma avesse nondimeno uno specifico "interesse" a contestare una decisione amministrativa: "*Ebbene, ch'ei si rassegni*"**[xviii]**. Ecco, siamo praticamente tornati innanzi al medesimo bivio, perché anche oggi si tratta di stabilire se il cittadino debba rassegnarsi o se sia giusto e doveroso tutelare l'interesse strumentale al corretto esercizio del potere; ovvero se l'interesse legittimo debba irrigidirsi sul carattere di una situazione finale o

possa o debba sfruttare l'elasticità propria di una situazione strumentale. Sotto questo profilo, l'appuntamento con il passato è comunque soltanto rimandato; nel senso che il futuro intreccio tra le pronunce Corte di giustizia e Cassazione e (se verrà investita) Corte costituzionale dovrà necessariamente fornire un chiarimento al riguardo. Le Sezioni Unite, in ultima analisi, hanno messo al centro della discussione una questione che non riguarda le decisioni abnormi del giudice amministrativo ma l'estensione della figura dell'interesse legittimo; questione che nel nostro ordinamento nazionale comunque non pare affatto scontata.

6. Un appuntamento rimandato

Si può conclusivamente osservare che, allo stato attuale, c'è sicuramente un netto contrasto tra Corte di giustizia e Consiglio di Stato sul modo d'intendere l'interesse legittimo, ma non mi pare che vi sia netto contrasto anche tra Corte di giustizia e Corte costituzionale

E' evidente che la Corte di giustizia sposa una concezione decisamente elastica dell'interesse legittimo come interesse meritevole di protezione nei confronti della pubblica amministrazione **[xix]**, ma anche la Corte costituzionale non è certamente irrigidita in una concezione puramente finalistica che possa escluderne la elasticità. Senza riandare necessariamente alla sentenza 204 del 2004, si può considerare anche solo la più recente sentenza 5 11 2019 n. 271 (resa con riferimento alle disposizioni, per quanto successivamente abrogate, recate dall'art. 120 comma 2 bis c.p.a. che oneravano le imprese partecipanti alle procedure di affidamento dei contratti pubblici d'impugnare immediatamente le ammissioni delle altre imprese partecipanti), nella quale la Corte costituzionale, nell'escludere che la giurisdizione amministrativa abbia i caratteri propri di una giurisdizione di tipo oggettivo, ha già anticipato che "*la giurisdizione amministrativa, nelle controversie tra amministrati e pubblico potere, sia primariamente rivolta alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive e solo mediatamente al ripristino della legalità dell'azione amministrativa, legalità che pertanto può e deve essere processualmente perseguita entro e non oltre il perimetro dato dalle esigenze di tutela giurisdizionale dei cittadini*"; ed ha precisato che "*se è vero che gli artt. 24, 103 e 113 Cost., in linea con le acquisizioni della giurisprudenza del Consiglio di Stato, hanno posto al centro della giurisdizione amministrativa l'interesse sostanziale al bene della vita, deve anche riconoscersi che attribuire rilevanza, in casi particolari, ad interessi strumentali può comportare un ampliamento della tutela attraverso una sua anticipazione e non è distonico rispetto ai ricordati precetti costituzionali, sempre che sussista un solido collegamento con l'interesse finale e non si tratti di un espediente per garantire la legalità*

in sé dell'azione amministrativa, anche al costo di alterare l'equilibrio del rapporto tra le parti proprio dei processi a carattere dispositivo".

Il richiamo al saldo collegamento con l'interesse finale richiama le lucide teorizzazioni dottrinarie che hanno da sempre sostenuto che il diritto soggettivo è il presupposto necessario per la qualificazione dell'interesse legittimo e che quanto differenzia le due situazioni sono in ultima analisi i modi e i limiti in cui l'interesse sostanziale riceve protezione: immediata e diretta nel diritto soggettivo; indiretta e mediata nell'interesse legittimo**[xx]**. Soddisfazione immediata e diretta della pretesa al bene della vita nel caso del diritto soggettivo; probabilità della soddisfazione della pretesa al bene della vita attraverso la garanzia di una corretta azione amministrativa nel caso dell'interesse legittimo. Sembra di leggere le sentenze della Corte di giustizia Europea sul tema del ricorso incidentale, senza che si debba agitare lo spauracchio di una giurisdizione di diritto oggettivo che nessuno vuole**[xxi]**. Allo stato, non mi pare che tra Corte di giustizia europea e Corte costituzionale vi sia un contrasto sul modo d'intendere l'interesse legittimo (e quindi il *proprium* della giurisdizione amministrativa nel nostro ordinamento nazionale) tale da preconizzare l'innalzamento di controlimiti a seguito della futura pronuncia della Corte di giustizia. La formulazione impiegata dalla Corte costituzionale così come l'attuale stato del dibattito anche dottrinario, escludono il carattere oggettivo della giurisdizione amministrativa ma non negano affatto il carattere strumentale dell'interesse legittimo e non escludono l'elasticità della figura. Certamente dopo la pronuncia delle Sezioni Unite si andrà necessariamente ad un chiarimento sull'effettiva natura e consistenza dell'interesse legittimo, ma è ancora tutto da vedere se questo porterà ad appiattire completamente la figura su quella del diritto soggettivo, ravvisandolo (l'interesse legittimo) solo ove sia in grado di garantire utilità finali; ovvero se conserverà e svilupperà quell'elasticità, auspicata e richiesta soprattutto dalla Corte di giustizia, tipica di una situazione strumentale correlata all'esercizio del potere amministrativo; di un potere che comunque, prima ancora di essere autoritativo, non può ritenersi proprio del soggetto titolare dell'interesse.

Per concludere sul punto, sono dell'avviso che le Sezioni Unite avrebbero potuto evitare di sollevare la pregiudiziale comunitaria e decidere la questione di giurisdizione come una classica ipotesi di rifiuto o diniego di giurisdizione, decidendola in conformità alla norma comunitaria derivante dall'interpretazione della Corte di giustizia che, in quanto tale, è fonte di diritto obbiettivo anche nell'ordinamento nazionale e che vuole protetto come interesse legittimo l'interesse di *chi abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto* e lamenti *l'impossibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un'offerta regolare*. La questione di giurisdizione non è stata decisa, ma l'appuntamento è stato

per ora soltanto rimandato.

[i] L'articolo riproduce il testo scritto dell'intervento al convegno organizzato dall'Università di Roma Tre – Giurisprudenza sul tema dei "*Limiti esterni di giurisdizione e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE (a proposito di Cass. S.U. n. 19598/2020)*".

[ii] La letteratura sul tema è ovviamente copiosa. Gli spunti sono efficacemente sintetizzati e riassunti nel *Memorandum sulle tre giurisdizioni superiori,* in *Foro It., V, 57 ss* con interventi di **A. Proto Pisani– G.Scarselli**, *La strana idea di consentire ai giudici amministrativi di comporre i collegi delle sezioni unite;* **G.Canzio**, *Le buone ragioni di un memorandum;* **A.Proto Pisani**, *Chiosa ad una recente conferenza tenuta a Roma il 18 dicembre 2017 presso il parlamento in tema di giustizia con la partecipazione di autorevolissime personalità;* **A. Carratta- G. Costantino – G. Ruffini**, *Per la salvaguardia delle prerogative costituzionali della Corte di Cassazione;* **Lamorgese A.**, *Note in margine al memorandum sulle giurisdizioni*; **E. Scoditti**., *Il mutamento costituzionale materiale su diritti soggettivi e giudice amministrativo e il sindacato della Corte di Cassazione;* **G. Amoroso,** *Le sezioni unite civili della Corte di cassazione a composizione allargata: considerazioni a margine del memorandum sulle tre giurisdizioni;* **F. Patroni Griffi**, *Per un dialogo tra le corti al sevizio del cittadino e non di giudici e giuristi;* **M. Luciani**, *Il memorandum delle giurisdizioni superiori e la discussione sulla certezza del diritto;* **A. Travi A.,** *Rapporti tra le giurisdizioni e interpretazione della Costituzione;* Consolo C., *La base partecipativa e l'aspirazione alla nomofilachia;* A. **Pajno**, *Un memorandum virtuoso;***G. D'Auria**, *Memorandum sulle giurisdizioni e Corte dei Conti;* **C.M. Barone – R. Pardolesi**, *Qualche minimale considerazione conclusiva.* Successivamente v. anche *Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo: i settori controversi e l'esigenza di speditezza del processo civile*, incontro di studi organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura in collaborazione con l'Ufficio Studi, massimario e formazione della giustizia amministrativa i cui atti sono pubblicati sul sito della giustizia amministrativa, sub voce "Convegni", *Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo: i settori controversi e l'esigenza di speditezza del processo civile,* Roma 16 marzo 2017. A seguito della recente ordinanza delle Sezioni Unite v. anche **A. Carratta, G. Costantino, G. Ruffini**, *Limiti esterni della giurisdizione: il contrasto tra Sezioni unite e Corte costituzionale arriva alla corte UE. Note a prima lettura di Cass sez un 18 settembre 2020 n. 19598, in* ***QG****, 2020.*

[iii] **E. Cannada – Bartoli**, *La tutela giudiziaria del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1968.

[iv] Cfr **A. Di Majo**, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987.

[v] Al riguardo si rinvia a **F. Francario**, *Osservazioni a margine dello studio di Franco Scoca sulla figura dell'interesse legittimo*, in *Garanzie degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa. Saggi sulla giustizia amministrativa*, Napoli, 2019, 497 ss e, a*mplius,* **F. Francario**, *Forme e tecniche di tutela del diritto soggettivo nei confronti della pubblica amministrazione*, in **S. Mazzamuto** (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989 ripubbl. in *Garanzie degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa*, cit., 317 ss. Sotto questo profilo è assoluta la convergenza con quanto osserva M. Mazzamuto che, pur critico nei confronti dell'affermazione del principio della giurisdizione unica sui diritti soggettivi, afferma che "*il giudice civile è inidoneo a trattare le controversie di diritto pubblico perchè il sistema pubblicistico si fonda su principi radicalmente diversi da quelli che caratterizzano il sistema di diritto privato*" e che la necessità del giudice speciale si spiega si spiega perché la questioni giuridiche non sono "*compatibili con l'ambientazione sistematica del giudice civile*"; cfr.: **M. Mazzamuto**, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice,* Napoli, 2008, 219. Diversamente dal Mazzamuto, si è dell'opinione che l'affermazione del principio della giurisdizione unica sui diritti soggettivi valga a rinforzare la comprensione della specialità della tutela erogata a vantaggio delle situazioni d'interesse legittimo, evitando che questa finisca con l'appiattirsi su quella tipica già delle situazioni di diritto soggettivo a scapito della garanzia che deve invece fornire nei rapporti di diritto pubblico.

[vi] Per tutti v. **V. Cerulli Irelli**, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 436 ss.

[vii] Per tutti v. **F.G. Scoca**, *Interessi protetti (dir. amm.)*, in *Enc Giur Treccani*, XVII, Roma, 1989, 1.

[viii] Ritiene che la questione dell'omesso rinvio assorbirebbe in realtà il primo quesito e che l'art 267 TFUE vada inteso come norma sulla giurisdizione (che giustificherebbe il sindacato della Corte di Cassazione sulla sentenza del Consiglio di Stato ma non il rinvio alla Corte di giustizia, che dovrebbe essere operato dal Consiglio di Stato "*ove ritenesse di non poter modificare la propria precedente impostazione alla luce della pronuncia della Corte di Cassazione*") **G. Greco**, *La violazione del diritto dell'Unione europea come possibile difetto di giurisdizione?*, in *Eurojus*, 4/2020.

[ix] **B. De Santis**, *Considerazioni di prima lettura sul rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia di Cass. S.U. n. 19598/2020,* in *Judicium.it,* 12 10 2020

[x] **M. Clarich**, *Giurisdizione: partita a poker tra Cassazione e Consulta sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Norme e Tributi, Il sole 24ore*, 14 ottobre 2020

[xi] Cfr. **B. Caravita Di Toritto**, *La Cassazione pone in discussione la Costituzione davanti al giudice europeo*? – Postilla a **S. Barbareschi – L.A. Caruso**, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione "fuori contesto": considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020 n. 19598*, in *Federalismi.it*, *paper* 4 11 2020.

[xii] **G. Tropea**, *ll Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» in Giustiziainsieme.it, 7 10 2020.*

[xiii] **M. Mazzamuto**, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?,* in corso di pubblicazione su *Riv it dir pubbl com.*

[xiv] L'evoluzione della complessa vicenda è seguita nella successione dei suoi momenti essenziali sopra riassunti in **F.Francario**, *La violazione del principio del giusto processo dichiarata dalla CEDU non è motivo di revocazione della sentenza passata in giudicato*, in *Federalismi.it,* 13/2017; *Il sindacato della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione*, in *Treccani, Libro dell'anno del diritto*, 2017 e *Diniego di giurisdizione,* in *Treccani, Libro dell'anno del diritto*, 2019 ai quali si rinvia per la più completa ricostruzione e per gli ulteriori riferimenti.

[xv] Il riferimento è alla distinzione, ad esempio, tra atti d'impero e di gestione; norme d'azione e relazione, carenza di potere e cattivo uso del potere e via discorrendo; per tutti al riguardo v. **E. Cannada Bartoli**, *Giurisdizione (conflitti di)*, in *Enc dir.,* XIX, Milano, 1970, 295ss.

[xvi] **M. Nigro**., *Giustizia amministrativa, 2 ° ed., 1979, 197*.

[xvii] Non si condivide ovviamente la tesi che vorrebbe esclusa dal sindacato sulla giurisdizione l'ipotesi del difetto assoluto di giurisdizione, nel presupposto che in tal caso si dovrebbe sollevare conflitto di attribuzione innanzi alla Corte costituzionale stante la riserva costituzionale di giurisdizione stabilita a favore del giudice speciale; in tal senso v.invece **M. Mazzamuto**, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm*., 4/2012, 1693 che richiama anche **V. Caianiello**, *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione,* in *Giur. It*., 1977,IV, 23 ss.

[xviii] Il passo è riportato in **A. Salandra,** *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1897, 350 "*Sia pure che I'autorità amministrativa abbia fallito alla sua missione, che non abbia provveduto con opportunità e saggezza, che non abbia saputo ottenere la massima somma di prosperità e di sicurezza pubblica mercé i suoi atti; sia pure che essa abbia, e forse anche senza*

motivi, rifiutato ad un cittadino una permissione, un vantaggio, un favore, che ogni ragione di prudenza e di buona economia consigliasse di accordargli; ovvero gli abbia ordinato di concorrere con soverchio e non necessario disagio allo scopo di un pubblico servigio, cui abbia potestà di provvedere con l'opera gratuita dei privati; sia pure che questo cittadino è stato in conseguenza ferito, e forse anche gravemente, nei propri interessi: che perciò? ... Che cosa ha sofferto il cittadino in tutte le ipotesi testé discorse? Semplicemente una lesione degl'interessi? Ebbene ch'ei si rassegni".

[xix] In tal senso da ultimo v. **D. Capotorto**, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso amministrativo in materia di appalti: "l'interesse meramente potenziale" nuovo paradigma dell'ordinamento processuale?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3/2020, 665 ss al quale si rinvia per gli ulteriori riferimenti dottrinari.

[xx] Per tutti si rinvia a **E. Cannada Bartoli**, *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Varese, 1972, 9 ss; **A. M. Sandulli**, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Napoli, 1989, 1202; **G. Miele**, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.* 1940, ripubbl. in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, 275 ss e **F.G. Scoca**, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017 al quale si rinvia per la compiuta ricostruzione delle diverse posizioni dottrinali. Mi limito ad osservare che il collegamento con la situazione di diritto soggettivo è evidente nei casi di interessi oppositivi, quando l'interesse del privato fronteggia provvedimenti ablatori o restrittivi o limitativi di diritti reali o personali che già rientrano nella sfera giuridica individuale. In questi casi l'interesse legittimo prende vita nel momento in cui il diritto viene a contatto con l'esercizio del potere amministrativo e viene protetto, prima e fuori del processo amministrativo già nel dialogo procedimentale con l'amministrazione, come interesse a conservare il bene oggetto del diritto soggettivo. Anche nel caso degli interessi pretensivi, il collegamento con la situazione di diritto soggettivo si rende evidente solo che se ne eviti la confusione con il bene della vita che si aspira a conseguire e che potrà essere oggetto immediato e diretto di una pretesa tutelabile come diritto soggettivo solo se beneficiari del provvedimento finale. Una volta chiarito che non si fa riferimento al diritto a conseguire l'appalto o a vincere un concorso pubblico o a ottenere una concessione, è difficile non rinvenire anche solo nella nostra Carta costituzionale un diritto o una libertà fondamentale dell'individuo (libertà d'iniziativa economica; libertà di circolazione; diritto al lavoro; diritto alla salute diritto all'istruzione etc.) che non legittimino una richiesta di partecipazione al procedimento finalizzato ad attribuire il bene della vita cui si aspira. Se poi l'interesse non ha alcuna situazione ritenuta meritevole di protezione da parte dell'ordinamento sulla quale appoggiarsi, vuol dire che si ricade nell'ipotesi di un mero interesse di fatto, non tutelabile né come diritto soggettivo, né come interesse legittimo. La condizione del "saldo collegamento"

postula la necessaria elasticità della figura dell'interesse legittimo.

[xxi] Andrebbe in realtà sottolineato al riguardo che la distinzione dall'interesse sostanziale protetto e la risoluzione dell'interesse legittimo nell'interesse alla legalità dell'azione amministrativa sul piano teorico avvengono proprio se e in quanto, in punto di rilevanza della situazione soggettiva, si ponga l'accento unicamente sull'interesse come presupposto processuale. Tra i contributi più recenti sul tema v. **S. Mirate**, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: un'analisi alla luce della dicotomia giurisdizione soggettiva/giurisdizione oggettiva*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3/2020, 602 ss ed ivi per gli ulteriori riferimenti dottrinari tra i quali si segnalano i contributi raccolti nel volume **F. Francario – M.A. Sandulli** (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzarolli*, Napoli, 2017.