

Una breve riflessione sull'interesse legittimo¹

Una monografia, così ricca ragionata e “appassionata” sull'interesse legittimo, può apparire un qualcosa di bizzarro. E intrattenerci a parlare del tema, può sembrare datato. In realtà, già all'indomani della legge abolitiva del contenzioso amministrativo e a tutt'oggi, e non solo in Italia, questa “bizzarra figura” attraversa il nostro diritto amministrativo, toccandone gli istituti fondamentali; è al centro della nostra giurisprudenza, non solo amministrativa, condizionando l'assetto delle tutele del cittadino nei confronti dei pubblici poteri; ce la ritroviamo in Costituzione; riempie le pagine di libri e riviste; condiziona in qualche modo anche la vita del fratello maggiore (e, apparentemente, più ricco e dotato), il diritto soggettivo. Tutto ciò, allo stato attuale. E allora ben venga questa riflessione di Franco Scoca, condotta con un taglio storico e dogmatico di grande spessore. Ma poiché rasenta l'ovvietà parlare del suo Autore, che è un vero Maestro, cogliamo quest'occasione per una riflessione “utile” sull'interesse legittimo, che non è affatto morto e che forse, dopo il diritto soggettivo, è tra le categorie più longeve della nostra cultura giuridica.

L'analitica disamina storica e dogmatica delle teorie sull'interesse legittimo, se consente all'Autore di escludere decisamente l'adesione a talune tesi, sembra consentirgli di cogliere ciò che di positivo esiste in ciascun orientamento dottrinario (non evidentemente tutti) per addivenire ad alcuni punti fermi sulla configurazione dell'interesse legittimo.

Questi i punti salienti su cui credo sia opportuno, in questa sede, riflettere. Li dico in ordine più o meno sparso, e sicuramente in maniera asistemica.

Il primo aspetto che mi sembra particolarmente interessante è il percorso, che l'Autore ripropone, che muove dalle teorie sull'interesse occasionalmente protetto e (interesse) alla legittimità del provvedimento per giungere alla costruzione di una situazione sostanziale. La contrarietà di Scoca alla tesi dell'interesse occasionalmente protetto, e poi alle concezioni processualistiche dell'interesse legittimo, è evidente. Nel richiamare l'ironica critica di Cannada Bartoli (tale teoria “pone tale figura sulla malferma base del...caso fortuito”), Scoca afferma decisamente che la teoria dell'interesse occasionalmente protetto “esclude che l'interesse legittimo possa, a rigore, essere considerato una situazione giuridica soggettiva” (p.93), in quanto ci troveremmo a fronte di un interesse di fatto che riceva dal diritto un riconoscimento e una tutela solo occasionali; ma se la soddisfazione di un interesse dipende dalla soddisfazione, prevista e tutelata, di un altro interesse, “non c'è che riconoscere che il secondo interesse è giuridicamente tutelato e che il primo non lo è affatto” (pp.91

¹ In occasione della presentazione del libro di F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*. Torino 2017 (Roma - Senato della Repubblica, Sala Zuccari - 12 giugno 2018)

e 92). Sul piano storico, Scoca sottolinea come, nel contesto della teoria dell'interesse occasionalmente protetto e delle tesi processualistiche, il carattere sostanziale dell'interesse legittimo prende corpo e assume fondamento a "mano a mano che la giurisprudenza del giudice amministrativo rende palese che l'oggetto della tutela è proprio l'interesse privato, e non l'interesse pubblico o la retta applicazione del diritto obiettivo; "mano a mano che, accanto alla violazione di legge (e all'incompetenza), prende piede l'eccesso di potere, soprattutto, ma non solo, nelle forme della disparità di trattamento, dell'illogicità manifesta e della ingiustizia manifesta; mano a mano che viene richiesta dal giudice una motivazione "sufficiente"; mano a mano, infine, che il giudizio viene esteso al fatto, utilizzando la figura sintomatica del travisamento dei fatti" (pp.110 e 111). E così, prosegue l'Autore, i criteri del sindacato "si trasformano in regole non scritte di diritto sostanziale" sui modi di esercizio del potere e, soprattutto, "sui modi in cui doveva tener conto delle esigenze dell'interesse privato coinvolto nella sua azione" (p.112). In altri termini, secondo Scoca (ma condivido pienamente), l'interesse del privato assume (storicamente e progressivamente) una "sostanza giuridica" e la consistenza di una situazione giuridica soggettiva preesistente al processo ad opera della "spinta fornita dalla giurisprudenza amministrativa" nonché –si badi- della, coerente con la giurisprudenza, elaborazione dottrinarie del procedimento amministrativo come luogo dove le regole create in sede processuale dovevano trovare applicazione nel momento sostanziale della considerazione e valutazione degli interessi pubblici e privati. A ciò si è accompagnato l'approfondimento della nozione di discrezionalità che "superando la vecchia concezione della <legittima indipendenza>, intesa come libertà dell'amministrazione limitata soltanto dalla legge, costringeva l'esercizio del potere al rispetto di criteri logici e teleologici, entro i quali trovava posto anche il rispetto degli interessi privati" (p.113). Sicché già alla vigilia della Costituzione la figura dell'interesse legittimo presentava i suoi caratteri sostanziali e "indipendenti" dall'interesse pubblico, che pure "conformava l'azione amministrativa". Ed è significativo che l'Autore (nt.211, p.114) riporti la "storica decisione" del 7 gennaio 1892 n. 3, in cui viene "finalmente imboccata la via dell'eccesso di potere" inteso come contrarietà allo *spirito* della legge.

Se questi sono i passaggi logici fondamentali del ragionamento di Scoca, analizziamo le varie questioni che sono toccate, per svolgere alcune riflessioni.

In primo luogo la questione del rapporto tra "interesse pubblico alla legittimità dell'atto" e interesse del privato. Scoca, già in altra sede e citando Romano Tassone, condivide l'esigenza del recupero di una intrinseca dimensione assiologica degli interessi del privato attraverso una configurazione dell'interesse legittimo idonea "alla corretta e adeguata sistemazione degli interessi materiali coinvolti nel cosiddetto problema amministrativo" (così Romano Tassone). Scoca, però (a differenza di Romano Tassone, la cui riflessione si è però prematuramente interrotta), ricava il carattere

sostanziale dell'interesse legittimo (anche, ma in considerevole parte) dalle facoltà attribuite al privato nel corso del procedimento: configurabili o meno come veri "diritti" (opzione dottrinarica, peraltro minoritaria, che Scoca mi sembra giustamente non condividere), queste facoltà costituiscono proiezione nel procedimento –che è comunque la sede sostanziale di "definizione" dell'interesse pubblico "primario" in relazione agli interessi "altri" e soprattutto quelli dei privati- delle "facoltà" (in quanto tali) inerenti a una situazione soggettiva sostanziale, che, proprio in virtù di tali "espressioni", oltre che di quelle processuali, assume la consistenza di vera e propria situazione giuridica (soggettiva). Naturalmente, la fisiologica collocazione dell'interesse legittimo nel procedimento non esclude che esso possa assumere consistenza anche al di fuori di un procedimento, come accade quando il potere sia esercitato senza che il privato sia stato coinvolto nel procedimento (es. bando di gara) o quando si faccia riferimento all'interesse legittimo del terzo (controinteressato, e non anche del "cointeressato", benché antagonista, a ottenere il medesimo provvedimento favorevole): ciò si spiega con la considerazione che "l'interesse legittimo è speculare al potere dell'amministrazione", comunque esso si manifesti (p.426).

Il carattere sostanziale della situazione non esclude che essa riceva tutela nel processo (anzi tale tutela, come dice Scoca, presuppone la situazione giuridica soggettiva), tutela che, proprio per l'evoluzione storica del nostro sistema di giustizia amministrativa, conforma il carattere sostanziale della figura soggettiva attraverso la proposizione di regole che, pur attenendo alla sede processuale del sindacato di legittimità e quindi essendo rivolte all'esercizio del potere, in realtà si riferiscono alla dimensione relazionale sostanziale tra potere pubblico e interesse del privato. In qualche modo, mi sentirei di dire, la progressiva acquisizione della parità delle parti nel processo si raggiunge anche ponendo, nel processo e nella legge, regole idonee a riequilibrare nel procedimento la posizione delle parti pubblica e privata, pur dovendosi comunque comprendere che, in un sistema a diritto amministrativo, la capacità del provvedimento di incidere unilateralmente –e legittimamente- sulla sfera giuridica del cittadino è una componente ineliminabile, che, proprio per questo, richiede un giudice capace di verificare "in profondità" se il potere sia stato legittimamente esercitato: nell'ambito di un processo in cui la posizione di preminenza dell'amministrazione, per contro, non è più, sul piano proprio della teoria giuridica, accettabile. Anzi, mi spingerei a dire che, nell'ambito di una concezione soggettiva del processo amministrativo, l'interesse alla legittimità, quasi per un contrappasso, è, esso sì, un interesse occasionalmente protetto, cioè protetto di riflesso in sede di tutela della situazione soggettiva di interesse legittimo.

Per Scoca, in definitiva, nel procedimento il privato introduce i suoi interessi sostanziali e vuole perseguire il massimo utile per sé (non certo per orientare l'azione amministrativa nel senso della legittimità). Nel procedimento il privato vuole influire e porre in discussione il merito dell'azione

amministrativa, mentre la legittimità ne resta fuori (p.408). La legittimità rientra in gioco sul terreno processuale ma, in questa sede, stabilisce solo il limite alla tutela (rispetto al merito) ma resta estranea al procedimento e non entra nel processo se riguardato nell'ottica dell'oggetto di tutela. L'interesse legittimo quindi ha natura e consistenza di una vera e propria situazione soggettiva, anche se l'ordinamento non assicura sempre e necessariamente la satisfattività di quella situazione: un po' come avviene per l'obbligazione di mezzi.

La impostazione di Scoca non è, a mio avviso, incompatibile, con gli orientamenti (Clarich) che sottolineano come nel diritto amministrativo si sia storicamente determinata, sul piano delle tutele, una "singolare inversione logica" tra situazione soggettiva e tutela, nel senso che – spesso, anche se non sempre, direi- l'emersione di una situazione soggettiva è stata il risultato della tutela accordata dal giudice; in altri termini, dal riconoscimento dell'azione si è venuta configurando una situazione giuridica soggettiva, secondo un modello di tipo romanistico, che ricalca una tecnica rimediale (*remedies precede rights*, ma anche "*Rechte sind rechtliche geschützte Interessen*", secondo l'insegnamento dello Jhering). Del resto, mi pare difficilmente revocabile in dubbio l'esistenza di un'emersione per via giurisprudenziale dall'indistinto giuridico – come direbbe Mario Nigro- di posizioni legittimanti e di interessi tutelabili. E' vero piuttosto che la genesi storica dell'interesse legittimo, come non-diritto pregiudicato da un provvedimento amministrativo, ha dato luogo, come rileva Scoca (p.404), a una sottolineatura processuale che per lunghi decenni ha rappresentato uno dei maggiori ostacoli frapposti al riconoscimento sostanziale della figura dell'interesse legittimo.

Un altro aspetto che Scoca pone in luce è quello del rapporto con la discrezionalità amministrativa; relazione che è centrale nella sua visione, in quanto è alla base della giustificazione teorica della possibilità che assuma consistenza di situazione soggettiva sostanziale un interesse a satisfattività non garantita. Egli infatti dice: "Tale tipo di tutela trovava (e trova) il suo campo elettivo di manifestazione proprio nelle ipotesi di poteri ad esercizio discrezionale" (p.409) e sottolinea la collocazione dell'interesse legittimo "unicamente nelle vicende di produzione giuridica. Serve a non perdere beni che sono oggetto di mire da parte dell'amministrazione (o di altri soggetti) ovvero ad acquisire beni che oggetto di mire da parte del suo titolare" (p.410).

L'Autore poi analizza diffusamente l'atteggiarsi e le vicende dell'interesse legittimo rispetto all'attività vincolata dell'amministrazione, sottolineando come il relativo dibattito sia stato (mal) influenzato dalla sua correlazione con le vicende del riparto di giurisdizione e sottolineando come la obiettiva incertezza del tema probabilmente risiede nel se si intenda dare prevalenza, ai fini della definizione della situazione soggettiva a fronte di attività vincolata, al potere cd. determinante o al potere cd. costitutivo, che senza dubbio permane anche nell'attività vincolata (p.438).

Ma il riferimento alla relazione tra situazione soggettiva e discrezionalità amministrativa ci consente anche, a mio avviso, una riflessione sul modo di atteggiarsi dell'interesse legittimo nei confronti del potere.

Due sono gli aspetti che vorrei sottolineare.

Il primo. La correlazione con il potere, il cui esercizio si inserisce inevitabilmente in una vicenda dinamica, influisce sulla struttura stessa della situazione soggettiva, che non si può comprendere al di fuori di tale diacronicità. Leonardo Ferrara ha avuto plasticamente modo di osservare che, tra detrattori e sostenitori dell'interesse legittimo, la differenza sta nello strumento ottico utilizzato: “i sostenitori usano una videocamera, i detrattori una fotocamera”, a sottolineare proprio la necessaria lettura dinamica dell'interesse legittimo.

Il secondo aspetto –già rilevato anche in passato dallo stesso Scoca e ribadito nel presente volume (p.458)- attiene alla relazione tra cittadino e amministrazione, il cd. rapporto amministrativo. Questo è caratterizzato da una relazione dinamica in cui coesistono due situazioni soggettive *entrambe attive*, potere e interesse legittimo, il cui svolgersi conduce alla definizione di un nuovo assetto di interessi “nel quale si colloca la soddisfazione dell'interesse pubblico e può trovare posto la soddisfazione dell'interesse privato” (Scoca): negare tale relazione e tale vicenda –come ancora osserva Ferrara- significherebbe “perdere la dimensione del procedimento amministrativo. E con essa verrebbe meno la possibilità di influenzare la pubblica amministrazione nella definizione dell'interesse pubblico”. Siamo opportunamente distanti da una tradizionale alternativa di contrapposizione della coppia diritto-obbligo e potere-soggezione, alla ricerca di una lettura orientata a cogliere il cuore del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione invece che collocarlo in uno schema dogmatico peraltro sorto con riferimento ad altri tipi di rapporti intersoggettivi.

Nell'esaminare la situazione in altri ordinamenti, Scoca sottolinea come la figura dell'interesse legittimo, sia pure sotto altro nome, alberghi in gran parte di essi: si pensi al “diritto soggettivo relazionale” nei confronti della pubblica amministrazione in Spagna di cui parla Luis Medina Alcoz (questi, in altra sede, ha raccontato lo smarrimento di due Maestri spagnoli del diritto amministrativo al convegno di Napoli del 1963 sull'interesse legittimo: “non avevano capito di cosa si stesse parlando”). Si pensi ancora al “diritto al corretto esercizio della discrezionalità” dell'ordinamento tedesco.

Il raffronto con l'esperienza tedesca, a tale riguardo, è particolarmente significativo. Non può essere approfondito in questa sede, in cui ci si limiterà a sottolineare il diverso approccio e a porre un interrogativo Il diverso approccio: nell'ordinamento tedesco, il diritto pubblico soggettivo opera come limite “esterno” al potere amministrativo, nel senso che il potere non può oltrepassare quel limite (all'interno del quale esso è però libero e insindacabile); nel nostro sistema, il diritto soggettivo

(perfino un diritto di libertà, come notò Giannini) non segna il limite, non delimita il campo del potere: la garanzia costituzionale opera, a vari livelli, con il combinato disposto della riserva di legge (che nega spazio al potere), della tipicità dei provvedimenti (che richiede il fondamento legislativo del potere) e dei vizi di legittimità (che richiedono il corretto esercizio del potere); il potere, in qualche modo, “conforma” situazioni soggettive del privato ed è a sua volta conformato da un sindacato giurisdizionale che può penetrare, oltre alla sussistenza, l’esercizio del potere al suo interno. L’interrogativo: sicuri che un ordinamento come quello tedesco sia in grado di offrire un maggior grado di tutela (e sia quindi più “liberale” e meno “autoritario”)?

Vorrei però sottolineare, sul versante della figura del diritto soggettivo, un fenomeno posto in luce da quella dottrina privatistica (Nicolussi) che richiama la rottura dell’unità del diritto soggettivo; tale fenomeno è colto per primo da Domenico Barbero, che scava un solco tra diritti reali e diritti di credito, questi ultimi descritti come “un’attesa tutelata... [a] che si verifichino le condizioni necessarie perché il proprio interesse sopra un bene possa essere un giorno in grado di soddisfarsi”: definizione, relativa allo schema creditizio, che Nicolussi vede ben attagliarsi all’interesse legittimo (anche se il Nicolussi rifiuta la configurabilità teorica, in diritto privato, dell’interesse legittimo, “in quanto tale posizione è legata a un’idea di supremazia che non può essere riferita ai poteri privati”) e suggerisce il parallelismo, sul piano corretto delle “forme e tecniche di tutela” (per dirla con Di Majo), con la distinzione civilistica tra regole di validità e regole di responsabilità, cui è possibile far corrispondere, nel diritto amministrativo, la distinzione tra azione impugnatoria e azione risarcitoria. Procedendo oltre, con analisi rigorosa quanto convincente, lo Studioso osserva che la violazione dell’obbligo di correttezza, quale si manifesta nel provvedimento illegittimo o nel provvedimento illegittimamente negato, può tradursi nella lesione di un interesse di protezione, che dà titolo al risarcimento, o nella lesione posta dall’ordinamento come regola per la validità dell’atto, con conseguente invalidità del provvedimento. Ma in entrambi i casi –e anche qui la notazione è rilevante per l’amministrativista, perché coglie un rilievo impropriamente messo in discussione a fronte dell’evoluzione della tutela- non si può sostenere la fungibilità tra azione di impugnazione, per l’invalidità dell’atto, e azione risarcitoria, “quasi a determinare la possibilità di una sanatoria privata del provvedimento illegittimo...in cambio del risarcimento”. Il Nicolussi conclude individuando “posizioni giuridiche di diritto comune strumentali alla tutela di un interesse di protezione del privato”, e sostiene che “solo nell’ambito del rapporto fra p.a. e cittadino emerge il diritto del secondo alla protezione, quale conformazione moderna dell’esercizio del potere, il quale non può più essere concepito come autoreferenziale e insensibile”. Conclusioni sostanzialmente condivisibili, ma a condizione che l’interesse da protezione non sia visto come incompatibile con la configurazione “sostanziale” dell’interesse legittimo. A ben guardare, e a voler essere sistematici senza essere

dogmatici, l'interesse legittimo può in definitiva essere riguardato –per dirla con Di Majo- come una forma di diversa rilevanza (e quindi tutela) attribuita pur sempre a interessi materiali del privato quando questi si trovino a coesistere con un interesse pubblico. In quest'ottica, nella consapevolezza del carattere eminentemente rimediabile del nostro sistema di tutela, credo si possa giungere ad affermare che centrale sia non più tanto la figura del diritto o dell'interesse, ma piuttosto la sfera giuridica del cittadino, che si compone di svariate situazioni soggettive, le quali, se lese dall'azione amministrativa, riceveranno tutela nelle sedi giudiziarie, nelle forme e nei modi più idonei a riparare la lesione della sfera giuridica nel suo complesso: alla ricerca –come direbbe Sordi- della “maggiore adeguatezza del giudice e del giudizio”.

Nella sua ricostruzione finale, Scoca trae le conclusioni del suo lungo *excursus* aderendo alle tesi prevalenti nella dottrina (e nella giurisprudenza), ma –come dire- mettendo insieme tutti gli aspetti analizzati, e non confutati, nel suo percorso. L'interesse legittimo è quindi una situazione giuridica soggettiva, ha carattere sostanziale, si svolge nel procedimento ed è diretta a influenzare nel merito l'esercizio del potere dell'amministrazione; è una figura di teoria generale che va “oltre il diritto amministrativo”; inoltre, mira all'ottenimento di un vantaggio che è privato e personale e, sotto questo punto di vista, direi quasi che è riflessa la tutela dell'interesse pubblico. E' una situazione diacronica, come si è detto, che coglie nella sua concretezza le vicende dinamiche del rapporto tra potere pubblico e cittadino. E sotto questo aspetto –l'Autore non lo dice ma credo lo sottintenda- è una figura che attiene al quanto di democrazia amministrativa presente nel nostro sistema.

Al termine della sua analitica dissertazione sull'interesse legittimo, l'Autore (p.483-485) sembra prestare convinta adesione alle conclusioni della Scuola fiorentina sugli “scostamenti” del nostro sistema di giustizia amministrativa (alcuni dei quali per la verità di consistenza diversa rispetto al passato: penso alla funzione consultiva e alla disciplina di *status*) rispetto alla giustizia ordinaria, nel nome di una giustizia senza aggettivi. E giustamente afferma l'ininfluenza della figura dell'interesse legittimo rispetto alla scelta di un sistema duale (ma meglio si direbbe plurale) o monista di giurisdizione (anche se- come rileva lo stesso Scoca all'inizio e si è detto- il sistema monista aveva impedito da noi e ha tardato in altri ordinamenti l'individuazione di una figura altra dal diritto soggettivo e il riconoscimento della relativa tutela). Ma il discorso sarebbe troppo lungo per poter essere avviato. E sarebbe magari auspicabile che, muovendo da questo sommario punto di partenza, l'infaticabile Autore possa dedicarvi un altro studio, poi da commentare, che però temo debba condurlo dalle raffinate costruzioni teoriche, pur colme di implicazioni pratiche, al ben più arido campo dell'organizzazione giudiziaria, che però ha anch'essa riflessi del pari nobili sugli assetti costituzionali e ordinamentali del nostro sistema giuridico.

Concluderei invece, per davvero, con le parole dell’Autore (p.394): “L’interesse legittimo riassume (in larga parte) la posizione in cui si trovano i privati nei confronti dell’amministrazione titolare di poteri autoritativi; per cui, dapprima con la sua (quasi evanescente) ipotizzazione, poi con la sua elevazione ad effettiva situazione soggettiva, infine con l’irrobustimento della sua consistenza di diritto positivo, ha segnato la progressiva evoluzione incrementale della figura del cittadino, nei suoi rapporti con la pubblica amministrazione”. E non credo di sbagliare dicendo –come dimostra Scoca in tutto il suo libro- che questa emersione “piena” del cittadino nei confronti del potere pubblico difficilmente si sarebbe realizzata –ma, direi, difficilmente si manterrebbe- senza l’opera del giudice amministrativo e della dottrina, per lungo tempo e a tutt’oggi concentrati a “isolare”, a fini di riconoscimento e tutela, gli interessi giuridici dei cittadini correlati all’esercizio del potere.

Filippo Patroni Griffi
Presidente aggiunto del Consiglio di Stato

Pubblicato il 27 agosto 2018