**La satisfattivita’ della tutela tra esauribilita’ del potere e perseguimento dell’interesse sostanziale: atti negativi, inerzia, interessi pretensivi**

1. Nelle pagine introduttive del suo fondamentale volume sulla Giustizia Amministrativa Mario Nigro si interroga sulle cause del sostanziale insuccesso della legge abolitrice del contenzioso ( all. E L. 2248/1865)

Data per scontata la tara originaria ( l’aver abbandonato alla mala volontà delle autorità gerarchiche tutte le posizioni soggettive non aventi pienezza di diritto) Nigro osserva che con la scelta della abolizione del contenzioso e contestuale devoluzione della tutela dei diritti al giudice ordinario sarebbero potute comunque accadere molte cose.

*“Sarebbe potuto accadere che i tribunali ordinari fornissero al cittadino una tutela effettiva e almeno tendenzialmente completa e, pur con le limitazioni che la legge poneva alla loro attività, si collocassero al centro del sistema, in posizione di generali, spregiudicati e indipendenti controllori della PA in funzione della conservazione dei diritti dei cittadini.”*

Invece, conclude il Maestro, non si ebbe nulla di tutto ciò.

Al di là di altre possibili concorrenti spiegazioni, la ragione principale sta nel fatto che i giudici ordinari erano intimamente aderenti all’ideologia dominante del tempo, secondo cui fra l’esigenza di soddisfazione dell’interesse pubblico e le ragioni di garanzia degli amministrati dovesse normalmente prevalere la prima.

In sostanza una concezione esasperata della divisione dei poteri che portò ( attraverso la distinzione tra atti di imperio e atti di gestione) il giudice civile ad arrestarsi di fronte agli atti autoritativi, a ritrarsi dalla tutela dei diritti “degradati” a interessi da ogni atto autoritativo, anche se da un atto illegittimo.

E ciò nonostante la frase di chiusura dell’art. 2 della legge ( sono devolute all’AGO le cause aventi ad oggetto diritti …ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo) potesse autorizzare una opposta interpretazione.

Né può dirsi che questa impostazione restrittiva di fondo sia stata imposta a viva forza dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato quale giudice dei conflitti, perché dopo il 1877 – subentrata nella funzione regolatrice la Cassazione romana – la distinzione tra atti iure imperii e quindi insindacabili e iure gestionis rimase ( sia pur con alcune attenuazioni marginali) sostanzialmente prevalente.

Di qui una riflessione di fondo: nell’evoluzione della giurisprudenza le formule normative e soprattutto i costrutti giurisprudenziali possono indicare obiettivi di fondo e le mete da raggiungere, rimuovere ostacoli prima insormontabili, insomma aprire agli operatori intere e vaste praterie.

Ma raggiungere quegli obiettivi, solcare quelle praterie è opera ardua, il percorso non è quasi mai rettilineo nemmeno per il viaggiatore più costante e indipendente, sia per la vis actrattiva della consolidata tradizione sia perché sovente il sistema ( pensiamo al succedersi delle modifiche normative in primis) fornisce contestualmente indicazioni in qualche modo contraddittorie ma delle quali non può comunque non tenersi conto.

Penso ad esempio alle disposizioni del DL 90 del 2014 ( sulle quali ritornerò) recanti limiti restrittivi alla nomina di commissario ad acta per portare ad esecuzione l’annullamento giurisdizionale di provvedimenti del CSM in tema di incarichi direttivi ai magistrati.

Ma anche limitandoci al nostro ambito giurisprudenziale, raramente una acquisizione di merito anche se rivoluzionaria ( per i problemi di rito il discorso é diverso) condiziona del tutto e immediatamente i successivi sviluppi.

Forse, nei tempi recenti, una tale forza dirompente può attribuirsi solo alla sentenza SSUU n. 500/1999, dopo la quale nessuno nella nostra giurisdizione amministrativa ( al di là dei problemi tecnici, pregiudiziale e quant’altro) ha mai più dubitato della risarcibilità degli interessi legittimi pretensivi.

Ma, di regola, tale forza espansiva del precedente innovativo dura fatica ad imporsi, ad interiorizzarsi nella coscienza del foro prima e dei giudici poi.

Pensiamo alla sentenza 601/1999 della IV Sezione, con la quale il compianto W. Catallozzi e il grande Stefano Baccarini ci insegnarono che la discrezionalità tecnica ( fino ad allora tranquillamente ascritta al merito dell’azione amministrativa) invece non ne condivide i connotati, non comportando alcuna valutazione di opportunità.

Con la conseguenza che le valutazioni tecniche sono soggette in sede giurisdizionale a un sindacato forte, quanto a correttezza della metodologia usata dalla PA , attendibilità della stessa e dei concreti risultati.

Siffatta radicale innovazione in realtà, a venti anni di distanza, fatica ancora a prendere piede da noi, benché mai ufficialmente ed espressamente contestata.

Benvero è in base ad essa che si è pervenuti a sindacare nell’intrinseco le valutazioni tecniche complesse, tipo quelle delle Autorità indipendenti, il che non è poca cosa.

Eppure ( nonostante il legislatore della L. n. 205 del 2000 ci abbia reso disponibile la C.T.U.) ancor continuiamo a sindacare solo ab estrinseco certe valutazioni tecniche non solo quando provenienti da organismi in qualche modo particolarmente qualificati ( questa è la giustificazione più corrente, pensiamo ai pareri del C.P.P.O. sulle cause di servizio) ma addirittura quando provenienti da normali organi di Amministrazione attiva ( pensiamo ai giudizi di non anomalia delle offerte nei pubblici appalti).

2. Dopo questa premessa passiamo ora, più nello specifico, a parlare della tutela degli interessi legittimi pretensivi ( cioè genericamente gli interessi di chi aspira ad ottenere un provvedimento ampliativo della sua sfera giuridica) a fronte di atti di diniego o dell’inerzia della PA.

Come è noto l’interesse legittimo ha costituito ( dopo che la Cassazione nel 1891 fissò il riparto di giurisdizione fra Giudice civile e Giudice amministrativo in base alla causa petendi e quindi alla distinzione tra diritti e interessi à apprecier ) l’oggetto di studi importantissimi, in sostanza – come insegna Scoca nel suo Trattato – la palestra in cui si è esercitata la migliore dottrina amministrativistica italiana del 900, da Cammeo e Ranelletti fino a Sandulli e Giannini.

Nella dogmatica tradizionale ( come scolpita appunto da Ranelletti, ma le varianti sono tantissime) il genus dell’interesse legittimo contiene due species tra loro profondamente differenziate: a) il diritto affievolito dal provvedimento b) l’interesse ( non correlato ad un preesistente diritto) occasionalmente protetto da una norma che per definizione non si occupa di lui ma invece disciplina l’azione amministrativa.

Solo col Nigro del 1976 prende piede una classificazione basata sul tipo di interesse materiale tutelato dalla norma cioè sul bene della vita che ne è l’oggetto, distinguendosi tra interessi il cui nucleo centrale è la conservazione del bene e interessi il cui nucleo materiale è l’interesse alla acquisizione del bene.

Ed è proprio il Nigro che battezza i primi come interessi oppositivi, il secondo gruppo come interessi pretensivi.

Ora, come notato da più parti, proprio questa nozione sostanzialistica ( di spettanza del bene della vita) è ripresa dalla sentenza SS.UU. n. 500/1999 la quale ne trae conseguentemente spunto per affermare che la lesione è risarcibile proprio perché riguarda il bene ( ablato o negato) cui l’interesse si correla.

Infatti secondo la citata pronuncia n. 500/1999, l’interesse legittimo è «la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amministrativo e consistente nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene.

In altri termini, l'interesse legittimo emerge nel momento in cui l'interesse del privato ad ottenere o a conservare un bene della vita viene a confronto con il potere amministrativo, e cioè con il potere della P.A. di soddisfare l'interesse (con provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dell'istante), o di sacrificarlo (con provvedimenti ablatori).

Si delinea così, in riferimento alle diverse forme della protezione, la distinzione, ormai acquisita e di uso corrente, tra "interessi oppositivi" ed "interessi pretensivi", secondo che la protezione sia conferita al fine di evitare un provvedimento sfavorevole ovvero per ottenere un provvedimento favorevole: i primi soddisfano istanze di conservazione della sfera giuridica personale e patrimoniale del soggetto; i secondi istanze di sviluppo della sfera giuridica personale e patrimoniale del soggetto.»

Come si vede, siamo ormai ben lontani dall’interesse occasionalmente protetto.

3. Ricordato ciò e procedendo – necessariamente - per salti, ricordiamo altresì che in generale, nel nostro giudizio amministrativo di legittimità fin dalle origini sempre campeggia ovviamente l’impugnazione dell’atto, del provvedimento mediante il quale l’amministrazione esprime la sua volontà nel caso concreto.

Nonostante l’elaborazione dogmatica sul concetto di interesse di cui si è detto, anche nel codice ( specie dopo la soppressione dell’art. 40 nel testo proposto dalla commissione preparatoria che introduceva l’azione di adempimento) indubbiamente l’azione di annullamento mantiene un ruolo sistematico di primo piano assoluto ( Clarich).

Ciò comporta, nel caso di interessi pretensivi, che la pronuncia costituiva del giudice amministrativo recante accoglimento del ricorso ( e quindi accertamento dell’illegittimità del diniego o dell’inerzia) normalmente non chiude la vicenda.

Diacronicamente, infatti, il giudizio amministrativo costituisce una parentesi nel flusso inesauribile del potere amministrativo che rimane in vita e deve esprimersi senza soluzione di continuità anche dopo l’annullamento dell’atto.

Ovviamente, il problema per gli interessi oppositivi non si pone perché le sentenze di annullamento dell’atto lesivo saranno in generale auto esecutive, salvo eventuale attività materiale di restituzione del bene e simili.

Nel caso dell’interesse pretensivo ( pensiamo al diniego di ammissione a un concorso o di rilascio di un permesso a costruire) in teoria invece l’annullamento dell’atto non comporta per la PA alcuna preclusione in sede di riedizione ( salvo ovviamente quella di reiterarlo per la ragione riconosciuta illegittima).

In tal senso l’art. 45 TU 1924 disponeva che l’annullamento dell’atto e l’accoglimento del ricorso fanno salvi gli ulteriori atti dell’amministrazione.

Analoga previsione ( l’esecuzione si fa in via amministrativa) era contenuta nel regolamento del 1907 all’art. 88.

Oggi, secondo l’art. 34 c. 2 del codice “*in nessun caso il giudice amministrativo può pronunciare in relazione a poteri amministrativi non ancora esercitati*”, disposizione che come ha notato argutamente il prof. Corso sembra in realtà echeggiare la legge rivoluzionaria francese del 1790 (I *giudici non potranno, a pena di prevaricazione, turbare, in qualunque modo, le attività degli organi amministrativi*…).

Però, una interpretazione letterale della norma, cioè una interpretazione volta ad affermare che nella riedizione del potere questo è totalmente libero e soprattutto inesauribile, sarebbe in primis certamente incostituzionale.

La Costituzione infatti ( artt. 103 e 113) demanda agli organi di giustizia amministrativa la tutela degli interessi legittimi, cioè la tutela sostanziale di una posizione giuridica soggettiva, tutela che rischierebbe di essere vanificata ove concepita formalmente come mero diritto all’ annullamento dell’atto.

Ma, a parte questo, l’interpretazione letterale che qui si rifiuta è in realtà distonica rispetto allo stesso impianto generale del codice.

Infatti il cardine del codice risiede nel principio di effettività e pienezza della tutela enunciato dall’art. 1 del codice ( ma vedi anche art. 34 sulla sentenza di condanna della p.a. all’adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio) e l’effettività della tutela della posizione sostanziale che è il fine del giudizio amministrativo sarebbe vanificata se l’amministrazione fosse libera di conculcare ripetutamente e sine die quella posizione sostanziale.

Come ha scritto Ermanno de Francisco il diritto di agire in giudizio ex art. 24 non è finalizzato a chiarire, magari dieci anni dopo, chi dei due contendenti aveva ragione, ma a verificare se il bene anelato spetta o meno al ricorrente.

A questa esigenza di interpretazione costituzionalmente orientata deve aggiungersi poi in primo luogo che lo stesso codice ( art. 31 c. 3) ammette che nei giudizi sul silenzio, sia pure nel solo caso dell’attività assolutamente vincolata, il giudice può pronunciare sulla fondatezza dell’istanza nonostante la P.A. non si sia ovviamente pronunciata, il che dimostra il carattere del tutto relativo del divieto ex art. 34 c. 2.

In secondo luogo, e soprattutto, da tutta la disciplina codicistica e in particolare dalla normativa sull’azione di ottemperanza alle sentenze amministrative risulta ribadito il vincolo conformativo contenuto nelle sentenze di annullamento, e quindi la possibilità di vincolare ( conformare) anche un potere non ancora speso.

In tal senso esplicito sul piano letterale è l’art. 113 che dichiara il TAR competente anche nel caso di sentenze di primo grado confermate in appello con motivazione che abbia lo stesso contenuto conformativo e dispositivo.

4. Tornando al nostro interesse pretensivo, può dunque avvenire – ed anzi è la situazione normale – che esso sia compresso da una pronuncia negativa dell’Amministrazione nella quale sia enucleata una sola ragione valida a sostenere il rigetto.

Per stare al caso semplice dell’attività sostanzialmente vincolata, ipotizziamo che la soddisfazione dell’interesse presuppone la ricorrenza di vari presupposti ma l’Amministrazione accerta solo la mancanza di uno di essi, praticando una sorta di assorbimento.

Tale impostazione amministrativa ovviamente complica le cose, ma tutto sommato è ritenuta legittima, in base a principi di economicità: sarebbe in fondo non ragionevolmente esigibile che la P.A. ( riscontrato che a suo parere il candidato ha presentato la domanda di partecipazione al concorso in ritardo) debba comunque esaminare funditus la pratica, verificando il possesso degli altri requisiti, ad esempio il titolo di studio o i requisiti morali.

Analogamente se il comune ritiene che un’area sia inedificabile per l’esistenza ad un vincolo assoluto, non sembra ragionevole pretendere che esamini comunque la domanda di permesso di costruire per verificare se il progetto rispetti le destinazioni di piano o i limiti di altezza, di volumetria etc..

Una volta impugnato l’atto di diniego, ovviamente potrebbe ipotizzarsi che nel relativo giudizio la P.A. che ha bandito il concorso o il comune che ha negato il permesso siano obbligati alla discovery, cioè ad esplicitare eventuali altri motivi idonei a supportare l’atto negativo.

Ciò consentirebbe di dislocare il giudizio su un piano sostanziale di spettanza ( avente cioè ad oggetto il rapporto complessivo e non l’ atto specifico) ma non è al momento possibile perché alla natura impugnatoria del giudizio di legittimità fa riscontro il mantra del divieto di integrazione postuma della motivazione: e quindi, salvo il caso in cui in sede cautelare sia stato ordinato in via propulsiva il riesame, la controversia rimane di solito definita nei suoi ( riduttivi) termini originari.

In realtà abbiamo amministrazioni ( penso al Gestore Servizi Energetici - GSE ma il discorso si estende a talune Autorità Indipendenti) le quali danno vita a un compiuto contraddittorio procedimentale e perciò nel provvedimento finale enucleano tutti i profili di inaccoglibilità della domanda: ma si tratta obiettivamente di eccezioni.

Dunque, annullato l’atto per violazione di legge e quindi con minimo effetto conformativo, in teoria l’Amministrazione si ritrova – dicevamo- nella posizione originaria, salvo il vincolo relativo all’accertamento di quello specifico presupposto che non può più essere rimesso in discussione.

Ma, assolutizzando questa impostazione, la reiterazione potrebbe proseguire all’infinito proprio perché l’effetto conformativo è minimo ( nell’esempio di scuola del concorso, prima si disconosce la validità del titolo di studio perché rilasciato da scuola non parificata, poi si contesta l’innalzamento dell’età per carico familiare, poi dopo le opportune indagini la sussistenza della moralità indiscussa etc.).

Nel caso di attività amministrativa avente contenuti discrezionali più ampi il problema è ancora più complesso: la prima pronuncia costitutiva di annullamento stigmatizzerà infatti un deficit funzionale ( di motivazione, istruttoria, travisamento etc.) del provvedimento ed avrà quindi un più accentuato contenuto conformativo. Ma l’amministrazione, se emenda il vizio, avrà un campo d’azione ancora largo, potendo ad esempio rimotivare anche rivalutando fatti e circostanze preesistenti e prima non presi in considerazione, e così via potenzialmente all’infinito.

5. Prima di addentrarci ad esaminare la soluzione elaborata dalla giurisprudenza, corre l’obbligo di ricordare che i risultati utili ottenuti dal ricorrente mediante la pronuncia costitutiva di annullamento dell’atto lesivo possono in realtà risultare frustrati anche ab externo se, dopo il primo giudizio, interviene una modifica del quadro normativo di riferimento.

Proprio perché, come si è detto, il potere amministrativo è giustamente inesauribile può ad esempio avvenire che, dopo l’annullamento del diniego di permesso di costruire a causa del supposto vincolo di inedificabilità, l’ente preposto al governo del territorio modifichi legittimamente la disciplina urbanistica della zona e introduca per essa una destinazione ( ad es. verde pubblico) comunque incompatibile con la pretesa del nostro amministrato.

Analogamente, per stare all’altro esempio, può avvenire che nelle more del giudizio l’ente che ha bandito il concorso modifichi in senso restrittivo i requisiti di accesso, così apparentemente frustrando le esigenze sostanziali del nostro concorrente ingiustamente escluso.

In questi casi la giurisprudenza ha elaborato misure correttive atte a proteggere in qualche misura il titolare dell’interesse.

Quindi ( Ap n. 1 del 1986) le varianti di piano sopravvenute all’annullamento saranno inapplicabili se posteriori alla notifica al sindaco della sentenza di annullamento.

Analogamente in tema di concorsi la normativa sopravvenuta alla scadenza del termine di presentazione delle domande non si applica e il concorso resta disciplinato dalle norme vigenti all’epoca del bando.

6. Tornando alla riedizione del potere, ricordo che nel suo volume sull’appello al Consiglio di Stato degli anni 80 Paleologo, nel capitolo dedicato alla sentenza come rimedio, auspicava che almeno nel provvedere di nuovo sull’affare dopo il primo annullamento l’organo pubblico sia tenuto a conoscere di ogni aspetto della materia cosicché un ulteriore annullamento giudiziale valga a concludere nella sostanza la controversia. Ma l’Autore dava obiettivamente atto che la giurisprudenza risultava sin lì orientata in realtà in senso opposto.

Dieci anni dopo, il quadro giurisprudenziale mutò decisamente: V Sez. n. 134 del 1999 per prima affermò che:

“In sede di riemanazione conseguente al giudicato d'annullamento, la p.a. soccombente è tenuta a riesaminare la questione controversa con un'attenzione tutta particolare….all'uopo esaminando "ex novo" l'affare nella sua interezza e sollevando tutte le questioni che ritiene rilevanti, senza possibilità di tornare a decidere dopo di ciò in modo sfavorevole, neppure in relazione a profili ancora non valutati.”

Da allora, in questi venti anni, questo criterio orientativo ( il giudicato derivante dal secondo annullamento copre il dedotto e il deducibile ex art. 2909 cod. civ.) è stato unanimemente condiviso in giurisprudenza, ed è stato anche curiosamente battezzato ( one shot temperato cioè due colpi o chances per l’amministrazione), per distinguerlo dall’one shot puro che sarebbe proprio di altri ordinamenti.

Si tratta di una conquista incisiva, suscettibile in generale di battere in breccia già nella sede della cognizione atteggiamenti amministrativi dilatori o ribellisticamente elusivi ed a maggior ragione utilizzabile normalmente in caso di ottemperanza, cioè laddove il giudice decide anche in merito.

Annullato il diniego in cognizione, dichiarata la nullità o l’illegittimità del secondo atto iterativo, la vicenda sarebbe dunque in teoria chiusa a vantaggio del ricorrente vittorioso.

Epperò si tratta di una acquisizione giurisprudenziale basata essenzialmente su criteri non dogmatici, su esigenze di ragionevole satisfattività della tutela e quindi suscettibile di esser declinata con intensità e pregnanza assai varie, in relazione alla natura della materia, all’effetto conformativo derivante dalla prima sentenza di cognizione e al rilievo degli interessi anche istituzionali coinvolti.

Dicevo effetto conformativo perché – evidentemente – tanto più la sentenza di cognizione sarà completa, senza eccessivi assorbimenti, tanto più sarà agevole portarla ad esecuzione.

Penso ad esempio al difetto di motivazione: se l’annullamento ( come non si dovrebbe mai fare) è generico ( “nudo” in gergo) il vincolo sarà minimo; se l’annullamento è adeguatamente “vestito” ( non hai motivato su questo o quel profilo) il vincolo sarà ben più penetrante.

Ma qui soprattutto giocheranno molto – ritorno alle riflessioni iniziali di Nigro – anche le impostazioni valoriali che guidano il giudice, il suo universo di riferimento: infatti, se io ritengo che solo il comune abbia una competenza istituzionale esclusiva a governare il territorio e se io ritengo che tale competenza riservata vada salvaguardata per quanto umanamente possibile, sarò portato ( ove ragionevole, cioè ove non sussistano evidenti malizie elusive) a considerare incolpevoli eventuali scostamenti dalla regola dell’one shot, anche in danno del ricorrente già due volte vittorioso.

7. In concreto vorrei richiamare tre tipi di esperienze giurisprudenziali che si confrontano con l’applicazione dell’one shot: a) alcune del tutto positive dal punto di vista della effettività, concernenti provvedimenti negativi del Ministero dell’Università b) alcune del tutto negative concernenti i giudizi di avanzamento degli ufficiali c) infine alcune relative a una delle materie più delicate e controverse, quella concernente il conferimento di incarichi direttivi ai magistrati.

8. Nel 2012 L’Agenzia nazionale di valutazione del Ministero dell’Università - ANVUR inserisce una rivista giuridica nella fascia B delle pubblicazioni scientifiche ( rating rilevante nei concorsi universitari per attribuire valore ad articoli o saggi). I responsabili della rivista impugnano, un’ordinanza cautelare del Tar ordina il riesame, ma l’ANVUR conferma: classe B.

VI Sez. n. 1584/2015 accoglie il ricorso nel merito e annulla la classificazione. L’ ANVUR riprovvede e per la terza volta conferma la classe B.

Gli interessati ricorrono in ottemperanza e VI Sez. n. 53/2016 accoglie: l’ultima deliberazione è elusiva del giudicato di cognizione, cioè non rispetta i criteri di valutazione ivi fissati. Proprio in virtù del criterio di one shot sarebbe improprio demandare alla PA una quarta riedizione e quindi la sentenza ( ricordo che siamo in ottemperanza) condanna direttamente il Ministero ad iscrivere la rivista in classe A.

Altrettanto significativa mi sembra una controversia parallela.

Altra rivista giuridica inserita in classe B propone ricorso. A seguito di ordinanza cautelare di riesame l’ANVUR conferma: classe B. Nel merito il Tar accoglie e annulla la deliberazione, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti.

La sentenza è appellata dal Ministero mentre il direttore della rivista propone appello incidentale, chiedendo che la P.A. sia condannata all’iscrizione in classe A.

VI Sez. n. 3737/2015 respinge l’appello principale. Invece accoglie appello incidentale così ragionando: non posso iscriverti direttamente perché non ho poteri di merito, ma essendosi il Ministero già negativamente e illegittimamente pronunciato due volte, esigenze di tutela mi inducono a demandare la valutazione finale ad un organo terzo ( una commissione di Presidi di facoltà di giurisprudenza).

In sostanza l’applicazione del criterio è dosata abbastanza sapientemente ma i risultati di tutela sostanziale mi sembrano del tutto satisfattivi.

9. Radicalmente opposto è invece l’orientamento della nostra giurisprudenza in tema di avanzamento ufficiali. Qui la regola dell’one shot è sostanzialmente ignorata, il pallino ritorna sempre e ineluttabilmente nelle mani della Commissione Superiore di Avanzamento, come ci provano i seguenti esempi.

Un ufficiale impugna il giudizio di avanzamento del 2009 al grado di generale di divisione. Dopo tre annullamenti la C.S.A. rivaluta per la quarta volta, attribuisce all’interessato 2 centesimi di punto in più ( migliorativi ma non sufficienti per la promozione) e la questione si chiude con la sentenza IV Sez. n. 6187/2019 che respinge l’ennesimo ricorso dello sconsolato pretermesso.

Con tutta probabilità in questo tipo di controversie giocano vari fattori che concorrono ( diciamolo in modo netto ) a rendere difficilmente sindacabile questo tipo di valutazioni: la nostra costruzione barocca dell’eccesso di potere in senso relativo, la peculiarità assoluta di una controversia concorsuale in cui il vero controinteressato non perde il posto e quindi quasi mai si costituisce; la sostanziale incomparabilità interna di certi percorsi professionali ( quello operativo o quello di stato maggiore); una prassi cinica e bara per cui tra il sesto graduato e il sedicesimo il voto si differenzia per pochi centesimi, rendendo impossibile al giudice discernere quale voce valutativa sia stata sovra o sottostimata e chi più ne ha..

Però certamente un atteggiamento nostro più severo almeno in ottemperanza ( penso alla nomina del Capo di stato maggiore come commissario ad acta dopo il secondo annullamento) potrebbe chiarire un quadro che resta invece troppo nebuloso.

Come diceva Montale *“ la realtà è che la storia non si snoda come una catena di anelli ininterrotta. La storia non è poi la devastante ruspa che si dice. Lascia sottopassaggi, cripte, buche e nascondigli.”.*

10. E tuttavia il settore principe nel quale la effettività del criterio dell’one shot sia pure ripetutamente temperato, la sua praticabilità istituzionale, la sua reale forza espansiva va ancora verificata è secondo me quello riguardante il conferimento di incarichi direttivi ai magistrati ordinari.

A parte la ovvia delicatezza della materia, il primo fattore ostativo alla pronta applicazione della regola si collega al sicuro rilievo costituzionale del C.S.M..

Nel 1995 questo Organo ( argomentando proprio dalla pienezza delle prerogative riconosciutegli dall’art. 105 Cost.) dubitò addirittura della possibilità per il giudice amministrativo di portare ad esecuzione sue pronunce di cognizione in tema di incarichi direttivi mediante la nomina di un commissario ad acta.

Ma la Corte costituzionale ( sentenze nn. 419 e 435 del 1995) disattese in radice tale impostazione, rilevando da un lato che l’esigenza di corretta esecuzione delle pronunce giurisdizionali è immanente al sistema costituzionale di tutela degli interessi legittimi; dall’altro che nessuna norma della Costituzione attribuiva al Consiglio Superiore l’ipotizzato privilegio.

Ma questo non è stato, evidentemente, sufficiente a stemperare il contrasto, rimasto vivo anche se latente.

Venti anni dopo, infatti, l’art. 2 c. 4 del D.L. “del fare” n. 90 del 2014 ( convertito da L. 114 del 2014) è nuovamente intervenuto sulla materia modificando l’art. 17 della legge n. 195 del 1958 ed ha tra l’altro previsto che «Per la tutela giurisdizionale nei confronti ( *dei provvedimenti concernenti il conferimento degli incarichi direttivi e semidirettiv*i ) si segue, per quanto applicabile, il rito abbreviato disciplinato dall'art. 119 del codice del processo amministrativo. Nel caso di azione di ottemperanza, il giudice amministrativo, qualora sia accolto il ricorso, ordina l'ottemperanza ed assegna al Consiglio superiore un termine per provvedere. Non si applicano.. etc.”.

In realtà il testo originario del decreto conteneva disposizioni molto più minacciose, in quanto limitanti il novero dei vizi denunciabili e riscontrabili in quelle delibere, disposizioni poi espunte in sede di conversione per evidente contrasto con l’art. 113 comma secondo Cost. secondo cui la tutela giurisdizionale non può essere limitata a particolari atti o mezzi di impugnazione.

Nonostante questo indubbio miglioramento, la novella ha comunque notevolissimi profili critici, ben messi in luce da Rosanna de Nictolis in un recente saggio.   
Dal nostro punto di vista merita riflessione particolare la disposizione che sembra precludere al Giudice amministrativo di nominare un commissario ad acta ( diverso dal C.S.M.) per l’esecuzione delle proprie sentenze di annullamento di nomine consiliari.

Di questa disposizione la nostra giurisprudenza ( IV Sez. n. 1551/2016 e soprattutto V Sez. n. 6038/2018) ha giustamente dato una interpretazione costituzionalmente orientata e in concreto assai restrittiva, ritenendo in sostanza che la norma – quando il giudice deve confrontarsi con ripetute pronunce del Consiglio Superiore ritenute tutte violative del giudicato – non precluda affatto in seconda battuta, per così dire, la nomina di un commissario ad acta ( di regola individuato secondo tradizione nel Vicepresidente del Consiglio stesso) per portare alla dovuta esecuzione la statuizione sostanziale contenuta nella sentenza di annullamento.

In ogni caso, ai fini della nostra rassegna, c’è comunque da registrare in materia una forte resistenza del Consiglio Superiore e del Legislatore a lasciare nelle mani del giudice amministrativo quella pienezza di poteri in sede di ottemperanza che l’ordinamento in generale gli riconosce.

In secondo luogo – e dal nostro punto di vista il rilievo è se possibile ancora più pregnante – anche la Corte di Cassazione in funzione regolatrice ha sovente nel passato mantenuto ( con riferimento a controversie concernenti il conferimento di incarichi direttivi superiori presso la Corte stessa ) un atteggiamento particolarmente severo nei confronti di ipotizzati travalicamenti da parte del giudice amministrativo dei confini esterni della propria giurisdizione.

Annullate ( prima in cognizione e poi in ottemperanza) tre pronunce del C.S.M. aventi sempre ad oggetto il conferimento dell’incarico di Procuratore generale aggiunto presso la Suprema Corte, il Consiglio di Stato – essendo nel frattempo i contendenti andati tutti in quiescenza – aveva ordinato al C.S.M. di procedere alla quarta rivalutazione “virtuale”, al fine di attribuire al ricorrente illegittimamente pretermesso l’eventuale ricostruzione di carriera ai fini previdenziali.

Adita dal C.S.M., la Corte ( SS.UU. n. 23302 del 2011) annullò quella sentenza di ottemperanza senza rinvio, per violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa.

L’ordine di rinnovo ora per allora, secondo il complesso insegnamento della Corte, eccedeva i limiti dell’ottemperanza, cioè debordava anche dai poteri di merito del giudice amministrativo.

Altro caso rimasto giustamente famoso all’interno della nostra comunità riguarda il conferimento dell’incarico di Primo presidente aggiunto della Suprema Corte.

Nel 2012 il Consiglio di Stato annullò la prima nomina, in sostanza per difetto di motivazione su una circostanza decisiva ( l’esperienza pregressa in sede di legittimità del concorrente vincitore, il quale aveva trascorso un ventennio nei ruoli dell’Avvocatura erariale).

Il C.S.M. riconfermò la scelta originaria. Nel 2014 ( in sede di cognizione) il Consiglio di Stato annullò la seconda nomina, rimandando al Consiglio per l’ennesima riedizione.

Il controinteressato impugnò tale sentenza avanti la Suprema Corte, che con sentenza SS.UU. n. 19787/2015 la cassò con rinvio per violazione dei limiti esterni della giurisdizione di legittimità: in sostanza secondo l’insegnamento della Corte spettava solo al C.S.M. valutare se i venti anni trascorsi all’Avvocatura da quel candidato potessero ritenersi equiparati ( quoad parametro dell’anzianità) al ventennio di effettivo servizio in Cassazione del ricorrente.

Ora, se si ha presente l’attenzione tutta particolare che il Consiglio di Stato giustamente presta ai caveat della Suprema Corte regolatrice, è facile comprendere – al di là dei tecnicismi – quale ostacolo quelle due pronunce delle Sezioni Unite possono costituire o aver costituito ai fini di una applicazione severa e spassionata della regola ( one shot) di cui stiamo discorrendo.

Ed è quindi facile comprendere perché in vari casi ( tra i recenti: incarico di Procuratore capo di Modena: tre annullamenti della stessa nomina sempre con rinvio al C.S.M.; Procuratore capo di Trani, due annullamenti sempre con rinvio al C.S.M.) la regola non sia stata applicata dal Consiglio di Stato.

In sostanza, allo stato dell’arte, l’one shot, sia pure temperatissimo, nel caso degli incarichi direttivi conferiti dal C.S.M. si applica sì, ma solo in ipotesi realmente eccezionali. ( per una di queste cfr. la citata sentenza V Sez. 6063 del 2018).

**Antonino Anastasi**

Presidente di sezione del Consiglio di Stato

Pubblicato il 9 gennaio 2020