

Roberto GAROFOLI Giulia FERRARI

POSIZIONI SOGGETTIVE e GIURISDIZIONE

Con *online*

- 📖 **Approfondimenti** avanzati
- ✍️ **Temi** svolti
- 🔪 **Giurisprudenza** per esteso

Edizione **2024**


Neldiritto
Editore

Cosicché, la norma giuridica attributiva del potere alla P.A. non si disinteressa degli interessi privati coinvolti nell'esercizio dell'attività amministrativa, ma li considera, li soppesa e li tutela.

Si tratta del resto di impostazione confermata dalla sempre più accentuata procedimentalizzazione dell'attività amministrativa, generalizzata con l'entrata in vigore della legge sul procedimento amministrativo (7 agosto 1990, n. 241), che per l'appunto riconosce al privato un complesso di poteri e facoltà (c.d. interessi partecipativi) volti ad indirizzare correttamente l'esercizio dei pubblici poteri, sicché l'Amministrazione possa contemperare l'interesse pubblico primario con gli interessi privati coinvolti nell'azione amministrativa¹⁴.

Il vero problema sta nel fatto che in molti casi la norma attributiva del potere si occupa degli interessi dei privati soltanto implicitamente ed indirettamente. Facendo leva sulla teoria dei blocchi normativi si afferma che, in tali ipotesi, spetta all'interprete chiarire la portata dell'interesse privato, attraverso un'opera ricostruttiva della disciplina applicabile e dei principi regolatori della materia, al fine di determinare quali siano gli interessi pubblici e privati considerati dalla norma attributiva del potere.

Volendo tirare le fila di questa sintetica ricostruzione del dibattito e dei suoi esiti, può dirsi che l'interesse legittimo, persa ogni connotazione ancillare rispetto all'interesse pubblico, ha assunto ormai un marcato connotato sostanziale, destinato a ridurre il divario rispetto alla posizione di diritto soggettivo, da cui pure l'interesse legittimo continua ontologicamente a distinguersi presupponendo il suo soddisfacimento l'intermediazione del potere.

L'indicata dimensione sostanziale dell'interesse legittimo può considerarsi ormai un dato acquisito nelle ricostruzioni non solo dottrinali, ma anche giurisprudenziali.

Cons. St., A.P., 23 marzo 2011, n. 3, nel prendere posizione sul tema relativo ai rapporti tra azione di annullamento e azione risarcitoria, ha al riguardo dato atto - all'esito di una compiuta ricostruzione dell'evoluzione che ha connotato negli ultimi anni il sistema di protezione delle posizioni di interesse legittimo - della ormai condivisa dimensione sostanziale dell'interesse legittimo, oltre che della *“centralità che il bene della vita assume nella struttura di detta situazione soggettiva”*. Hanno in specie osservato i Giudici della Plenaria che l'interesse legittimo non rileva come situazione meramente processuale, ossia quale titolo di legittimazione per la proposizione del ricorso al giudice amministrativo, né si risolve in un mero interesse alla legittimità dell'azione amministrativa in sé intesa, ma si rivela posizione schiettamente sostanziale, correlata, in modo intimo e inscindibile, ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui lesione (in termini di sacrificio o di insoddisfazione a seconda che si tratti di interesse oppositivo o pretensivo) può concretizzare un pregiudizio. Anche nei riguardi della situazione di interesse legittimo - ha ribadito il Consiglio di Stato - l'interesse effettivo che l'ordinamento intende proteggere è sempre l'interesse ad un bene della vita che l'ordinamento, sulla base di scelte costituzionalmente orientate confluite nel disegno codicistico, protegge con tecniche di tutela e forme di protezione non più limitate alla demolizione del provvedimento, ma miranti, ove possibile, alla soddisfazione completa della pretesa sostanziale.

La descritta evoluzione in senso sostanziale dell'interesse legittimo ha finito non poco per condizionare l'evoluzione del sistema di protezione approntato in suo favore dall'ordinamento.

Cons. St.,
A.P., 23
marzo
2011, n. 3



La connessa
evoluzione
del sistema
di
protezione

¹⁴ Per una recente riflessione in tema, VOLPE, *Quando l'amministrazione si avvicina poco alla volta...*, in *www.lexitalia.it*, 7 febbraio 2019.

Un'evoluzione, sviluppatasi in modo tumultuoso nell'ultimo decennio, che, anche sul versante delle forme di tutela, ha ridotto, se non del tutto abbattuto, il divario tra diritto soggettivo ed interesse legittimo.

Si consideri che il diritto soggettivo è stato storicamente considerato quale posizione soggettiva "maggiore" proprio in considerazione dell'apparato di protezione predisposto in suo favore dall'ordinamento.

Si è cioè evidenziato come solo il diritto fosse tutelato in modo pieno, potendo a sua protezione essere emesse pronunce reintegratorie e risarcitorie, dichiarative e costitutive; non anche l'interesse legittimo, oggetto della sola tutela di annullamento, oltre che di quella procedimentale, disciplinata dalla l. n. 241 del 1990.

Ebbene, proprio la rimarcata valenza sostanziale dell'interesse legittimo ha reso sempre più imperiosa l'esigenza di assicurare allo stesso una tutela parimenti piena, non circoscritta alla sola rimozione del provvedimento lesivo, ma al contrario idonea ad assicurare al titolare il conseguimento dell'utilità concreta (il bene della vita sostanziale) o, in mancanza, il ristoro delle conseguenze pregiudizievoli irrimediabilmente sofferte. All'evoluzione della configurazione teorica della posizione soggettiva è così corrisposto un significativo, e per certi versi dirompente, processo evolutivo delle tecniche di tutela e della struttura stessa del processo amministrativo, sempre più destinato a diventare luogo nel quale all'interesse legittimo è assicurata una tutela non più parziale e solo caducatoria, ma piena, concentrata e globale¹⁵.

In questa sede è sufficiente fare riferimento al riconoscimento della tutelabilità risarcitoria dei danni da lesione di interesse legittimo, tanto più se sperimentabile autonomamente, senza essere condizionata quindi sul piano processuale dalla previa impugnativa dell'atto amministrativo, come ora ormai ammesso dall'art. 30 c.p.a.; al superamento, con l'introduzione dell'azione di nullità *ex art. 21-septies*, l. n. 241 del 1990 (ora disciplinata dall'art. 31, comma 4, c.p.a.), dell'assunto dell'inammissibilità di una tutela dichiarativa; alla ripetuta introduzione di previsioni attestanti la graduale trasformazione dell'oggetto del giudizio amministrativo, costituito non più dal solo atto impugnato quanto dal rapporto sottostante, compito del giudice essendo sempre più quello di verificare il profilo sostanziale della spettanza o meno del bene sostanziale cui si correla l'interesse legittimo più che il solo profilo della violazione formale o procedimentale in cui sia incorsa l'amministrazione (v. il rilievo al riguardo assunto dall'art. 21 *octies*, l. n. 241 del 1990); alle novità introdotte dalla l. n. 80 del 2005 (ora confluite nell'art. 31, comma 3, c.p.a.) quanto alla valutabilità della fondatezza sostanziale della pretesa da parte del giudice del silenzio.

È quanto basta per ritenere che il ripensamento in senso sostanziale dell'interesse legittimo e la sua oramai condivisa configurazione quale posizione avente dignità non inferiore a quella da sempre riconosciuta al diritto soggettivo hanno implicato una graduale ma inevitabile e robusta ristrutturazione delle forme di protezione sperimentabili dinanzi al giudice deputato a "tutelarlo" ai sensi dell'art. 103 Cost.

1. 

1. 

¹⁵ Evoluzione ben illustrata dalla già citata Cons. St., A.P., 23 marzo 2011, n. 3, ove i giudici amministrativi hanno chiarito che "si sono aggiunte alla tutela di annullamento la tutela di condanna (risarcitoria e reintegratoria *ex art. 30*), la tutela dichiarativa (cfr. l'azione di nullità del provvedimento amministrativo *ex art. 31, comma 4*) e, nel rito in materia di silenzio-inadempimento, l'azione di condanna pubblicistica (c.d. azione di esatto adempimento) all'adozione del provvedimento, anche previo accertamento, nei casi consentiti, della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio (*art. 31, commi da 1 a 3*)". Con la precisazione che "il legislatore, sia pure in maniera non esplicita, ha ritenuto esperibile, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto. Ciò è desumibile dal combinato disposto dell'art. 30, comma 1, che fa riferimento all'azione di condanna senza una tipizzazione dei relativi contenuti (...) e dell'art. 34, comma 1, lett. c), ove si stabilisce che la sentenza di condanna deve prescrivere l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio".

Ha comportato, al contempo, quella trasformazione ormai da tempo in atto del giudizio amministrativo volta ad assicurare che in seno allo stesso il titolare della posizione soggettiva in questione possa ottenere non già una risposta solo parziale e spesso insufficiente alle sue istanze di tutela (come spesso accade con il solo annullamento per motivi formali o procedurali o con la mera declaratoria dell'intervenuta inosservanza da parte dell'amministrazione della tempistica procedimentale prescritta dalla disciplina di riferimento), ma, viceversa, piena (estesa alle implicazioni di tipo risarcitorio), sostanziale (volta a quindi anche ad orientare lo svolgersi dell'*agere* amministrativo successivo alla pronuncia giurisdizionale), tempestiva ed effettiva, come garantito dall'intervenuto irrobustimento delle tecniche di intervento interinale, cioè a carattere cautelare, sperimentabili innanzi al G.A.

3. La classificazione degli interessi legittimi: oppositivi e pretensivi, partecipativi e procedurali.

Quanto detto in merito all'intervenuto riconoscimento del rilievo sostanziale dell'interesse legittimo torna utile in sede di delimitazione dei confini esterni della nozione.

A tanto è utile procedere esaminando i tradizionali criteri proposti, in dottrina e giurisprudenza, per attendere alla classificazione degli interessi legittimi.

Ormai generalmente condivisa la distinzione tra interessi legittimi c.d. oppositivi o statici e interessi legittimi c.d. pretensivi o dinamici. Tale distinzione, ormai acquisita e di uso corrente, è di agevole comprensione: i primi soddisfano istanze di conservazione della sfera giuridica personale e patrimoniale del soggetto; i secondi, invece, istanze di ampliamento della sfera giuridica personale e patrimoniale.

Interesse oppositivo è quello di cui è titolare il proprietario a fronte del minacciato esercizio del potere espropriativo da parte dell'amministrazione; interesse pretensivo è quello di cui dispone lo stesso proprietario il quale intenda ottenere dall'amministrazione il rilascio del permesso di costruire.

Gli interessi pretensivi corrispondono ad una Pubblica amministrazione che non è più soltanto, per riprendere distinzioni ormai classiche, "*Eingriffsverwaltung*", deputata ad esercitare essenzialmente poteri che incidono negativamente nella sfera giuridica del destinatario sulla base di procedimenti d'ufficio, ma sempre più "*Leistungsverwaltung*", chiamata ad adottare provvedimenti ampliativi della sfera giuridica del destinatario all'esito di procedimenti su istanza di parte.

La distinzione assume un importante rilievo nel cogliere le ragioni della profonda trasformazione intervenuta nel sistema di tutela cautelare invocabile innanzi al giudice amministrativo che, concepito con esclusivo riferimento all'ipotesi in cui sia dedotta in giudizio la lesione di interessi oppositivi (nel qual caso l'intervento interinale utile è quello volto a neutralizzare l'efficacia esecutiva del provvedimento sfavorevole), è stato poi adattato e rimodellato in considerazione delle differenti esigenze avvertite allorché siano impugnati provvedimenti c.d. negativi, lesivi di interessi pretensivi.

Ipotesi, quest'ultima, in cui al giudice della cautela non si chiede di neutralizzare il provvedimento impugnato e di assicurare, quindi, la conservazione, in attesa della definizione del giudizio, della situazione in atto, quanto, al contrario, di intervenire con pronunce interinali a contenuto c.d. positivo o quanto meno propulsivo (si veda, per la trattazione delle questioni ancora aperte in tema di tutela cautelare degli interessi pretensivi, prima tra tutta quella relativa all'ammissibilità del c.d. *remand*).

Soprattutto, la distinzione tra interessi oppositivi e pretensivi può assumere un rilievo pratico se si tiene conto dell'indirizzo, inaugurato dalle Sezioni unite di Cassazione nella sentenza n. 500 del 1999 (ma non sempre condiviso nella successiva giurisprudenza amministrativa), che ricostruisce

Interessi legittimi oppositivi (o statici) e pretensivi (o dinamici)

Distinzione tra interessi oppositivi e pretensivi ed evoluzione del sistema di tutela cautelare

Distinzione tra interessi oppositivi e pretensivi e risarcimento del danno