

La pregiudiziale amministrativa. Storia di un sagace espediente, l'affievolimento, e delle sue conseguenze nel tortuoso cammino interpretativo verso la risarcibilità dell'interesse legittimo.

Autore: Sgueo Gianluca

In: Diritto amministrativo

1. Un sintetico confronto preliminare tra posizioni giuridiche soggettive di fronte alla Pubblica Amministrazione - 1.2 L'interesse legittimo e la sua attuale configurazione: la partecipazione procedimentale - 2. La foresta pietrificata e gli interventi della dottrina ad attenuarne la portata: l'affievolimento - 2.1 dall'affievolimento alla riemersione del diritto, passando per la pregiudiziale - 3. La sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Cassazione ed il venir meno della pregiudiziale amministrativa 4. L'articolo 7 della legge n. 205 del 2000 - 5. La sentenza n. 4 del 2003 del Consiglio di Stato e la pregiudizialità dell'azione di annullamento rispetto a quella di risarcimento - 6. Conclusioni

1. Un sintetico confronto preliminare tra posizioni giuridiche soggettive di fronte alla Pubblica Amministrazione. Il diritto soggettivo.

Per maturare un'adeguata comprensione del concetto di pregiudiziale amministrativa e delle fondamentali logiche che ne strutturano il concetto, è necessario intraprendere un percorso logico-interpretativo che ricostruisca nei tratti essenziali due concetti: il diritto soggettivo e l'interesse legittimo.

La distinzione tra due distinte posizioni giuridiche a fronte dell'attività dell'Amministrazione affonda le sue radici nel periodo immediatamente successivo all'unificazione del Regno d'Italia, quando sorse il problema di accorpate le legislazioni relative al contenzioso amministrativo che erano in vigore nei diversi Stati pre-unitari.

Con l'allegato E della Legge 20 marzo 1865, n. 2248 (d'ora in avanti, L.A.C.)[1] si decise, a tal fine, di abolire il sistema del contenzioso amministrativo. Si sciolsero pertanto tutti i tribunali speciali, fatta eccezione per il Consiglio di Stato e per la Corte dei Conti. Si attribuì giurisdizione in materia di diritti soggettivi ai tribunali ordinari. Infine, si elaborò una tutela dell'interesse legittimo non giurisdizionale, ma

giustiziale[2] e, parzialmente, procedimentale[3].

Dunque, il portatore di un diritto soggettivo diveniva titolare di una posizione giuridica di vantaggio conferitagli dall'ordinamento, che gli riconosceva determinate utilità in ordine ad un bene, nonché la protezione degli interessi afferenti al bene stesso, in modo pieno ed immediato[4]. La relativa tutela constava prevalentemente della rimozione degli effetti dannosi prodotti dall'atto illecito e nel conseguente risarcimento per la sofferenza subita: rimozione e riparazione, i due esiti più comuni di un procedimento giurisdizionale ordinario.

1.2 L'interesse legittimo e la sua attuale configurazione: la partecipazione procedimentale

Essendo la Pubblica Amministrazione preposta alla cura dell'interesse generale, non potendosi vincolare il raggiungimento del comune benessere alle pur rilevanti ragioni dei singoli, questi ultimi non vennero privati di tutela, ma destinati alla titolarità di una posizione tutoria differenziata: appunto, l'interesse legittimo.

Al contrario del diritto soggettivo però, questo non trovò una definizione compiuta nel nostro ordinamento. La Legge n. 5992 del 1889 infatti, con cui si istituì la IV sezione del Consiglio di Stato quale giudice espressamente preposto alla tutela dell'interesse, si limitò a reintrodurre una tutela di tipo giurisdizionale, senza offrirne una definizione completa.

Più tardi, con l'emanazione della Costituzione, se ne confermò il riconoscimento e se ne ribadì la dignità sostanziale in tre disposizioni: gli articoli 24, 103 e 113, riguardanti, rispettivamente, il diritto di difesa[5], la giurisdizione amministrativa[6] e la tutelabilità contro gli atti della pubblica amministrazione[7].

Questa circostanza, indusse la dottrina a discutere sulla definizione di interesse legittimo. Apparve da subito chiaro che i limiti effettivi alla tutela dell'interesse avrebbero potuto essere ricavati solamente laddove se ne fosse offerta una definizione appropriata e non generale. Laddove, in altre parole, se ne fosse chiarito il ruolo rispetto al diritto soggettivo.

Quattro sono state le principali teorie esposte. Di queste, pur se rapidamente, è bene offrirne una disamina. Anzitutto, la teoria c.d. "dell'interesse occasionalmente protetto", che ne lega la configurabilità alla coincidenza con un interesse pubblico. Dunque, una posizione giuridica soggettiva occasionale perché preposta a riparare le conseguenze dell'atto amministrativo illegittimo che crea conseguenze dannose per il privato[8].

In secondo luogo, la teoria processualistica, che invece identifica l'interesse legittimo con l'interesse a ricorrere in giudizio che si attribuisce al destinatario di un atto amministrativo viziato nella legittimità per ottenerne l'annullamento.

Ancora, la teoria dell'interesse strumentale alla legalità dell'azione amministrativa, che parte dal presupposto per cui l'interesse legittimo si identifica con la pretesa del singolo ad un esercizio legittimo dell'azione amministrativa[9].

Da ultimo, la teoria che oggi configura l'interesse legittimo e che viene comunemente accolta in giurisprudenza: quella che cioè, pur non negandone l'aspetto processuale, ritiene che si tratti di una posizione avente, ancor prima, una valenza sostanziale. Dunque, l'interesse legittimo sarebbe quella posizione che il soggetto che potrà essere interessato dagli effetti di un provvedimento amministrativo, già in sede procedimentale fa valere con i mezzi che il legislatore mette a sua disposizione. Che, qualora questi si dimostrassero non sufficienti ed il provvedimento risultasse ingiustamente lesivo della sfera soggettiva, allora consentirebbe di adire l'organo giurisdizionale competente per ottenerne l'annullamento[10].

2. La foresta pietrificata e gli interventi della dottrina ad attenuarne la portata: l'affievolimento

Questa la definizione di interesse legittimo che gli interpreti accolgono pacificamente. Quale, di conseguenza, la tutela?

A differenza del diritto soggettivo che, come si è detto, trova soddisfazione in sede giurisdizionale per il tramite del risarcimento al danno causato, la giurisprudenza ha lungamente negato una tutela di tipo risarcitorio, al punto che la dottrina coniò la significativa espressione di "foresta pietrificata"[11] per definire l'immutabilità di tale posizione interpretativa.

A fondamento della posizione della giurisprudenza civile era l'interpretazione restrittiva dell'articolo 2043 del codice civile. Più precisamente, secondo la concezione c.d. "soggettiva" dell'illecito aquiliano, per danno ingiusto avrebbe dovuto intendersi solo quello derivante dalla lesione di un diritto soggettivo. Inoltre, il rapporto di causalità tra fatto antiggiuridico e danno avrebbe dovuto avere carattere immediato, tale dunque da non poter essere ravvisato nell'ipotesi di interesse legittimo[12].

Ebbene, nel persistere di questo orientamento interpretativo, ed in assenza di significativi cenni della giurisprudenza civile ad accogliere le istanze provenienti dalla interpretazione dottrinarica, quest'ultima era ricorsa all'elaborazione di alcuni escamotages che avrebbero permesso, in ultima istanza, di offrire tutela risarcitoria anche all'interesse legittimo. La stessa giurisprudenza civile ne aveva - parzialmente - accolto la rilevanza, riuscendo così a far salva al tempo medesimo l'interpretazione tradizionale offerta dalla Cassazione.

Il principale tra questi costrutti interpretativi è quello del c.d. "affievolimento". È per il tramite di questo che può introdursi il discorso più specifico sulla pregiudiziale, che ne costituisce un riflesso sequenziale. In buona sostanza, secondo i fautori della teoria dell'affievolimento, il diritto soggettivo e l'interesse

legittimo coesisterebbero in capo al soggetto destinatario degli effetti di un atto amministrativo, con una significativa specificazione. A fronte cioè di questo atto, emanato dall'amministrazione a tutela dell'interesse pubblico, il diritto soggettivo non verrebbe espunto dall'ordinamento, ma subirebbe un affievolimento.

Trattandosi del prevalente interesse della collettività, la posizione giuridica soggettiva non sarebbe più assoluta, ma relativa al corretto esercizio dell'azione amministrativa[13]. Qualora, di conseguenza, la suddetta azione risultasse illegittimamente posta, ciò consentirebbe al privato di ottenere l'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo, veder riaffiorare la propria posizione di diritto soggettivo, e, pertanto, poter ottenere il risarcimento del danno subito.

2.1 dall'affievolimento alla riemersione del diritto, passando per la pregiudiziale

Ebbene, la circostanza di cui s'è detto determinava la possibilità per il privato di ottenere il risarcimento. Riemerso il diritto soggettivo indebitamente compresso - *rectius*: affievolito - nulla infatti impediva al soggetto di lamentare in opportuna sede (quella giurisdizionale) la lesione subita e chiedere il risarcimento.

Qual'era però il meccanismo "perverso" attraverso il quale avrebbe dovuto passare questa richiesta? Appunto, la pregiudiziale amministrativa. Ovvero la necessità che il privato adisse dapprima il giudice amministrativo, ottenesse l'annullamento e, solamente dopo averlo ottenuto, ricorresse in giudizio civile.

Ciò, fatte salve due considerazioni. Anzitutto quella relativa alle ipotesi in cui, ai sensi del Decreto legislativo n. 80 del 1998, il giudice amministrativo avesse esercitato giurisdizione esclusiva[14]. In tal caso infatti la deroga costituita dall'esclusività della giurisdizione avrebbe consentito di fare eccezione alla competenza del giudice ordinario sulla risarcibilità. In tutte le altre circostanze invece sarebbe stato sempre e comunque quest'ultimo a poter sindacare della risarcibilità, essendo l'unico organo a poter decretare in ordine alla lesione dell'articolo 2043 del codice civile.

In secondo luogo, facendosi salva dalle considerazioni appena esposte la categoria degli interessi pretensivi. Tutte le considerazioni svolte infatti riguardano esclusivamente la figura dell'interesse oppositivo. Cioè di quell'interesse che titola al soggetto nella cui sfera giuridica, come s'è detto, intervenga un provvedimento amministrativo illegittimo. L'interesse pretensivo invece, segnatamente quello legato all'attesa di un atto ampliativo della propria sfera giuridica da parte dell'amministrazione, non trovava alcuna risarcibilità perché non si applicava ad esso il meccanismo dell'affievolimento.

La motivazione è presto spiegata: può ben accadere che la Pubblica Amministrazione emani un provvedimento illegittimo in relazione ad un interesse pretensivo. Che, ad esempio, neghi una concessione all'apertura di un esercizio commerciale che invece non avrebbe potuto essere negata. L'eventuale

annullamento della decisione ad opera del giudice amministrativo, tuttavia, non comporta affatto la riemersione di un diritto soggettivo. Ciò perché in capo alla stessa amministrazione residua il potere di intervenire nuovamente, reiterando il contenuto del diniego, ma motivandolo diversamente.

Di conseguenza, il privato vedeva vanificata ogni possibilità di realizzare il proprio interesse al bene della vita od ottenere il risarcimento per equivalente cagionato dalla mancato o ritardato esercizio del diritto condizionato al rilascio dell'atto ampliativo della Pubblica Amministrazione[15].

3. La sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Cassazione ed il venir meno della pregiudiziale amministrativa

La sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, n. 500 del 1999, pone fine, allo stesso tempo, all'orientamento tradizionale (riconoscendo la risarcibilità dell'interesse legittimo) e, di conseguenza, alla pregiudiziale amministrativa.

Abbandonato il precedente sistema bifasico, la Cassazione offre una soluzione improntata alla praticità: se il giudice amministrativo non ha precedentemente accertato e dichiarato l'illegittimità dell'atto, afferma, potrà essere il giudice ordinario a svolgere questo accertamento. Ciò in virtù della reinterpretazione dell'articolo 2043 del codice civile, non più in qualità di norma posta a tutela delle sole posizioni di diritto soggettivo, bensì in ragione della sua configurazione di norma generale, che sanziona la lesione ingiusta, a prescindere dalla posizione giuridica soggettiva di interesse[16].

Benchè dunque la sentenza rivoluzionasse l'assetto consolidato dei rapporti tra le diverse posizioni giuridiche soggettive, non mancarono seri rilevi critici alla scelta operata, riassumibili in quattro principali argomentazioni. Anzitutto, nel rischio concreto che si determinasse un contrasto tra giudicati. Si deve tenere presente che l'iter logico che fonda la motivazione del giudice amministrativo si articola in modo ben diverso da quello del giudice ordinario. Il primo è attento ai profili di legittimità dell'atto, il secondo, invece, all'accogliibilità dell'istanza del privato. Ciò premesso, se si investe il giudice ordinario del potere di verificare la sussistenza della spettanza del bene della vita sottostante all'interesse leso[17], è probabile che quest'ultimo addivenga ad una soluzione diversa da quella che, al suo posto, avrebbe svolto il giudice amministrativo, appunto perché strutturata su diverse valutazioni. La situazione, paradossale, che ciò potrebbe determinare è quella di un giudizio amministrativo che confermi l'atto impugnato e di un giudizio ordinario che invece condanni l'amministrazione al risarcimento perché ha ritenuto fondata la lesione da parte di questa del bene della vita spettante al ricorrente.

La seconda osservazione critica attiene la possibilità di contrasto tra l'eventuale giudizio prognostico sull'illegittimità dell'atto ed il provvedimento amministrativo non impugnato presso il giudice amministrativo. Si tratta, anche in questo caso, di una questione particolarmente delicata. La critica rilevava che, per espressa disposizione di legge[18], il giudice ordinario non può annullare il

provvedimento amministrativo. Tale circostanza costituirebbe infatti una espressa ed ingiustificabile violazione del principio di separazione dei poteri elaborato da Montesquieu e che informa le democrazie moderne. Pertanto, affinché l'atto amministrativo possa essere eliminato dall'ordinamento è necessario il giudizio di un giudice amministrativo. Ebbene, se le parti non impugnano il provvedimento davanti a quest'ultimo, ma lo fanno solamente di fronte al giudice ordinario, che riconosce loro il risarcimento, potrebbe crearsi la situazione per cui l'atto continua a produrre effetti (presumibilmente lesivi, secondo le motivazioni del giudice ordinario) pur avendo ricevuto le parti un legittimo risarcimento per la lesione.

La terza osservazione critica aveva natura espressamente processuale. Poiché infatti l'articolo 102 del codice di rito non contempla il contro-interessato al provvedimento (ossia colui il quale abbia interesse a che il provvedimento resti in vigore) tra i litisconsorti necessari in ragione del fatto che il provvedimento giurisdizionale richiesto in sede risarcitoria non produce effetti diretti nella sua sfera giuridica, quest'ultimo rischia di non vedere riconosciute le sue ragioni. Si aggiunga a ciò il fatto che, qualora l'amministrazione agisca in sede di autotutela, ritirando l'atto per evitare la condanna al risarcimento, il contro-interessato sarebbe comunque privato della possibilità di far valere la propria posizione[19].

Infine, la quarta osservazione critica rilevava le problematiche derivanti dall'azione amministrativa successiva alla pronuncia del giudice ordinario. Qualora cioè la Pubblica Amministrazione neghi nuovamente il bene della vita cui aspira il privato che aveva ottenuto il riconoscimento risarcitorio del proprio interesse pretensivo presso il giudice ordinario. Ovvero, nell'ipotesi opposta: quando si attribuisca il bene della vita al privato che in precedenza aveva ottenuto il risarcimento per l'illegittimo diniego. Determinando, in questo caso, un'ipotesi di arricchimento indebito.

4. L'articolo 7 della legge n. 205 del 2000

In considerazione di queste rilevanti problematiche è intervenuto il legislatore, che, in sede di riforma del procedimento amministrativo, ha riscritto il terzo comma dell'articolo 7 della legge n. 1034 del 1971[20]. In ragione delle modifiche introdotte il T.A.R. è ora competente di tutte le questioni relative al risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, nonché gli altri diritti patrimoniali fondamentali.

Si tratta di un intervento di fondamentale importanza perché chiude definitivamente gli ultimi problemi che l'eliminazione della pregiudiziale amministrativa aveva posto e riscrive conseguentemente il riparto delle competenze giurisdizionali. Sotto il primo profilo, infatti, attribuendo alla giustizia amministrativa di primo grado il compito di risolvere le questioni sul risarcimento, si supera l'impostazione originaria della Cassazione, per cui sarebbe stato comunque il giudice ordinario ad essere competente del risarcimento (salve le limitate ipotesi di giurisdizione esclusiva).

Per quanto riguarda il secondo profilo poi, in stretta connessione con quanto appena detto, si riscrivono

integralmente i margini di competenza tra i due organi giurisdizionali, estendendo in modo significativo le competenze del giudice amministrativo[21].

5. La sentenza n4. del 2003 del Consiglio di Stato e la pregiudizialità dell'azione di annullamento rispetto a quella di risarcimento

Un ultimo, significativo intervento sulla materia della pregiudizialità l'ha svolto l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel 2003. Riconoscendo la sussistenza di un rapporto tra azione di annullamento ed azione di risarcimento, i giudici di Palazzo Spada hanno stabilito che il privato non possa chiedere il risarcimento del danno provocato dall'amministrazione se prima non chiede l'annullamento, causa del danno stesso. In altre parole, il privato ha due possibilità: chiedere o solo l'annullamento del provvedimento, oppure l'annullamento ed il risarcimento del danno. Non può, invece, chiedere solamente il risarcimento, essendo l'annullamento pregiudiziale rispetto a quello.

Le ragioni che sono alla base di questa decisione sono prevalentemente di natura processuale: mantenere cioè fermo il termine di sessanta giorni stabilito per l'impugnazione del provvedimento amministrativo. Se si consentisse l'azione di risarcimento (il cui termine di prescrizione è molto più ampio: cinque anni) disgiunta rispetto a quella di annullamento, si contrasterebbe con il principio di certezza del diritto, potendo il privato, ben oltre il termine di decadenza, mettere in discussione l'atto amministrativo[22].

Tale pregiudizialità opera tuttavia solamente in quelle circostanze in cui l'amministrazione abbia adottato un provvedimento espresso o nei casi in cui un suo comportamento sia equiparato ad un provvedimento (come accade nei casi di silenzio giuridicamente qualificati), mentre non può sussistere in tutti i casi in cui il privato sia leso non da un provvedimento, ma da un comportamento dell'amministrazione, non essendo possibile individuare un provvedimento da impugnare.

6. Conclusioni

Quella della pregiudiziale amministrativa ha costituito una vicenda emblematica nelle trasformazioni che hanno interessato lo svolgimento dell'attività amministrativa negli ultimi venti anni, sotto il profilo sostanziale e processuale. Si è assistito all'evoluzione del concetto di potere pubblico. Al passaggio da un'amministrazione autoritaria ed irraggiungibile nelle proprie decisioni - e dunque di un mero interesse, legittimo sì ma non equiparabile al diritto, in capo ai destinatari - ad un'amministrazione che ha incentivato un approccio collaborativo con l'utenza. Logica derivazione ne è stata la rivalutazione dell'interesse di questa, l'utenza, nei confronti di quella, l'amministrazione. Rilevanza procedimentale, trasparenza, motivazione e, appunto, risarcibilità.

L'impressione dello scrivente a fronte di una vicenda tanto affascinante quanto tortuosa, quella cioè della pregiudiziale amministrativa e del suo ammettere legittimazione risarcitoria senza tuttavia riconoscerla, è quella di un importante insegnamento. L'interpretazione può laddove il diktat e l'imperativo si frappongono all'avanzare del diritto, o, più precisamente, del legittimo interesse.

Gianluca Sgueo

[1] Sulla evoluzione del sistema di giustizia amministrativa in Italia si vedano Romano A., I caratteri originali della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione, in *Diritto processuale amministrativo*, 1994, pagg. 635 ss.; MAzzarolli F., Ragioni e peculiarità del sistema italiano di giustizia amministrativa, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, II, Milano, 2003, pagg. 1429 ss.

Sull'argomento anche Virga P., *Diritto amministrativo - atti e ricorsi*, II, Milano, 2000, pag. 163: "Il nostro sistema di giustizia amministrativa è il risultato di successive modificazioni attuate con leggi successive. (...) Con l'unificazione si affermò l'ideologia liberale della giurisdizione unica, secondo la quale, per tutte le controversie che potessero sorgere tra cittadino e pubblica amministrazione, unico giudice doveva essere il magistrato ordinario. Si arrivò alla legge 20 marzo 1865 n. 2248 all. E, detta anche abolitiva del contenzioso amministrativo, perché abolì i persistenti giudici speciali amministrativi. In forza di tale legge, tutte le controversie concernenti un diritto soggettivo, sia pubblico che privato, vennero devolute al giudice ordinario.

[2] I ricorsi giustiziali, cioè il ricorso gerarchico, l'opposizione ed il ricorso straordinario al Capo dello Stato, sono disciplinati nel D.P.R. n. 1199 del 1971, cui si rimanda per un approfondimento sulla funzione e regolazione.

[3] È dato rinvenire in questa fase la presenza di alcuni istituti che troveranno molto più tardi, con la legge del procedimento del 1990, il loro pieno riconoscimento attuativo. Si tratta in particolare dell'ammissione degli interessati a presentare deduzioni ed osservazioni scritte. Della facoltà di richiedere i pareri dei consigli amministrativi eventualmente previsti dalla legge ed infine dall'obbligo che si provvedesse con decreto scritto e motivato.

[4] La definizione è offerta da Caringella F., *Il diritto amministrativo*, I, Napoli, 2003, pagg. 182 ss.

[5] Il primo comma della disposizione recita espressamente che “Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”

[6] Il primo comma recita della disposizione, chiarisce che “Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della Pubblica Amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi”.

[7] Anche in quest’ultimo caso è il primo comma a fare menzione dell’interesse legittimo, stabilendo che “Contro gli atti della Pubblica Amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa”.

[8] L’esposizione della teoria è ascritta a Zanobini G., *Corso di diritto amministrativo*, II, pagg. 121 ss.

[9] Cfr. Virga P., *Diritto amministrativo - atti e ricorsi*, II, Milano, 2000, pag. 171: “L’interesse legittimo può definirsi come la pretesa alla legittimità dell’atto amministrativo, che viene riconosciuta a quel soggetto, che si trovi rispetto all’esercizio di un potere discrezionale dell’amministrazione in una particolare posizione legittimante. L’interesse legittimo quindi si risolve nella facoltà di pretendere che un altro soggetto (che, nella specie, è la pubblica amministrazione) eserciti legalmente il proprio potere”.

[10] Si tratta di una teoria elaborata inizialmente da Giannini M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 2000, Ripresa successivamente da Nigro *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, Il quale parla di “norma attributiva del potere”. Chiarisce cioè che è già la norma che attribuisce potere alla pubblica amministrazione di esercitare una successiva attività che deve preoccuparsi di coinvolgere gli interessi privati che da quella saranno intaccati, tutelandoli. In tal senso l’interesse legittimo non si legherebbe al principio di legalità, come sostenuto dai fautori della teoria dell’interesse strumentale alla legalità

dell'azione amministrativa. Al contrario, troverebbe fondamento nel principio di imparzialità. Infine, anche Galli R., Corso di diritto amministrativo, Padova, 2001, rinviene una conferma di questa teoria nella procedimentalizzazione dell'azione amministrativa operata dalla Legge n. 241 del 1990. Il procedimento diviene con essa il luogo di massima acquisizione e comparazione degli interessi pubblici e privati coinvolti dall'azione amministrativa e disciplinati contemporaneamente dalla norma attributiva del potere.

[11] Si veda, tra i tanti, Torchia L., La risarcibilità dell'interesse legittimo: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam, Bologna, 1999

[12] cfr. Cassese S., Corso di diritto amministrativo, Milano, 2004, pag. 368: "La condotta illecita dell'amministrazione produce un danno ingiusto quando in seguito ad essa risulta lesa una situazione soggettiva che l'ordinamento considera meritevole di tutela. LA giurisprudenza ha però per lungo tempo differenziato la tutela che si poteva accordare alle situazioni soggettive lese a seconda che esse fossero qualificate come diritti soggettivi o come interessi legittimi: il danno arrecato ad un diritto soggettivo era considerato risarcibile, mentre per il danno arrecato ad un interesse legittimo si escludeva la risarcibilità".

[13] Una tale impostazione comportava ovviamente un problema di fondo. Come conciliarla con la natura assoluta ed incomprimibile che, si è detto, caratterizzerebbe il diritto soggettivo? Ammetterne l'affievolimento avrebbe costituito una contraddizione in termini. La soluzione venne offerta distinguendo due categorie di diritti soggettivi: quelli perfetti e quelli condizionati. Dice, Caringella F., op. cit., pag. 183: "Si ha un diritto soggettivo perfetto ogni qualvolta una norma c.d. di relazione, rivolta cioè a disciplinare comportamenti intersoggettivi, attribuisca ad un soggetto un potere diretto ed immediato per la realizzazione di un proprio interesse cui corrisponde necessariamente un obbligo facente capo a soggetti determinati ovvero dalla collettività (...). Si hanno diritti condizionati qualora l'esercizio di essi è sottoposto a condizione che può essere risolutiva o sospensiva". In altre parole, escludendo la categoria dei diritti in attesa di espansione perché non strettamente pertinente al discorso in oggetto, la categoria dei diritti risolutivamente condizionali, avrebbe configurato sì dei diritti soggettivi, ma appunto affievoliti a posizione di interesse legittimo dall'esercizio di potere amministrativo.

[14] Il Decreto legislativo in questione, nel recepire la deroga contenuta nella Legge n. 59 del 1997, altresì conosciuta come Legge Bassanini, introduceva nelle materie dell'edilizia, dell'urbanistica e degli appalti pubblici la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Cioè la possibilità per quest'ultimo

di giudicare, in via eccezionale, sia sugli interessi legittimi che sui diritti soggettivi.

[15] Così Caringella F., op. cit., pag. 1050

[16] Ragioni di spazio impediscono di trattare con la dovuta attenzione l'intero contenuto della sentenza n. 500 del 1999. Basti dire che la Cassazione, dopo aver operato una ricognizione generale sull'evoluzione dell'ordinamento, dell'interpretazione dottrinarica, delle forzature da questa elaborate e dalla giurisprudenza avallate (non ultima quella operata con la teoria dell'affievolimento), dalle pressanti istanze provenienti dal diritto comunitario, dal legislatore e dalla Corte costituzionale (che più volte aveva invitato la giurisprudenza civile a riformulare i termini del proprio orientamento) opera la scelta che costituisce una svolta epocale: riconosce cioè il risarcimento dell'interesse legittimo. Quindi, la reinterpretazione dell'articolo 2043 è sicuramente il punto di partenza e di arrivo dell'intera motivazione, ma ad essa vanno legate tutte le ulteriori considerazioni svolte dalla Corte ed alle quali si rimanda per meglio comprendere la portata contenutistica della sentenza.

[17] Si badi che il giudice ordinario mai potrebbe annullare l'atto, restando questa spettanza esclusiva del giudice amministrativo. Questa circostanza, secondo quanto previsto dall'articolo 4 L.A.C., risponde alla necessità di evitare che l'organo giurisdizionale possa in alcun modo ingerire nell'esercizio di un potere diverso, quello amministrativo, secondo le derivazioni della teoria di Montesquieu.

[18] Cfr. Art. 4. L.A.C.

[19] Secondo la nota definizione di Benvenuti, l'autotutela identifica un procedimento di secondo grado con cui la pubblica amministrazione interviene per ridisciplinare una materia sulla quale era già precedentemente intervenuta, ad es. revocando il provvedimento. Trattandosi di potere autoritativo il privato non verrebbe coinvolto nel relativo procedimento.

[20] La legge che riforma il primo grado della giurisdizione amministrativa, introducendo i Tribunali Amministrativi Regionali in sostituzione delle precedenti Giunte Provinciali Amministrative.

[21] Ulteriore problema è quello che riguarda la sussistenza di giurisdizione in materia risarcitoria solamente in quelle ipotesi in cui siano stati gli effetti di un atto amministrativo illegittimo a causare un danno in capo al soggetto, permanendo invece la competenza in capo al giudice ordinario per le ipotesi in cui il risarcimento prescinda dall'annullamento dell'atto. La questione viene affrontata in modo compiuto da Caringella, op. cit., pag. 1048

[22] Cfr. Cassese S., op. cit., pagg.173 ss.

<https://www.diritto.it/la-pregiudiziale-amministrativa-storia-di-un-sagace-espediente-l-affievolimento-e-dell-e-sue-conseguenze-nel-tortuoso-cammino-interpretativo-verso-la-risarcibilita-dell-interesse-legittimo/>