

Caratteri e distinzioni degli interessi legittimi.

Autore:

In: Diritto amministrativo

Nell'attuale panorama normativo le posizioni giuridiche soggettive qualificabili in termini di interesse legittimo sono considerate su di un piano paritario con le analoghe posizioni di diritto soggettivo. Nel ripercorrere l'exkursus storico-giuridico che ha visto la nascita e l'introduzione nel nostro ordinamento degli interessi legittimi, abbiamo acclarato come di essi, almeno all'inizio, non veniva riconosciuta la valenza di una situazione di diritto, e, come tale, tutelabile per mezzo degli ordinari strumenti di tutela messi a disposizione dalla legge. Tanto ciò vero, che ancora nella legge n. 2248/1865, Allegato E, di interessi legittimi non si parlava ancora ed anzi, l'unico accenno ad essi era posto in termini di "affari", che non rientravano nella previsione dell'art. 2 della legge citata e che pertanto si vedevano privi, non solo di una tutela giurisdizionale, ma anche di una forma di riconoscimento come una situazione rilevante per il diritto. L'unica forma di tutela cui potevano accedere era quella rimessa ai c.d. rimedi giustiziali innanzi alla P.A.

Con il progredire del tempo e dell'evoluzione del pensiero giuridico, si è giunti ad una graduale maturazione del fenomeno, caratterizzata non solo dal riconoscimento legale della posizione di interessi legittimi, ma anche di una forma di tutela giurisdizionale, attraverso la creazione di una magistratura ad hoc, la quale ha visto accrescersi, nel corso dei decenni, il proprio ambito e i propri poteri, dalla fondamentale legge n. 5992/1889, con la quale si è proceduto alla istituzione della IV sezione del consiglio di Stato, fino alle recenti novelle del 2005, che hanno modificato in maniera profonda il diritto amministrativo. Bisogna, però, considerare che almeno nei primi anni della nascita del sistema amministrativo italiano, gli interessi legittimi non erano considerati come autonoma posizione soggettiva. Ciò era dovuto alla vetusta concezione autoritativa della struttura pubblica, gigante immanente nei confronti degli amministrati, che nulla potevano opporre ad essa, neppure il ricorso al giudice. Il riconoscimento della piena parità con la posizione dei diritti soggettivi venne solo con la costituzione repubblicana del 1948: l'art. 24 Cost., infatti, stabilisce al comma 1, che tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti o interessi legittimi, chiarendo, in tal modo, da un lato, la natura sostanziale degli stessi e, dall'altro, il riconoscimento della parità con i diritti soggettivi.

Se, però, sul piano sostanziale il riconoscimento della validità della posizione degli interessi era abbastanza pacifico, ancora resistevano forti ostacoli, dal punto di vista della tutela giurisdizionale, che si opponevano ad una parità piena ed effettiva. Infatti, il privato che lamentava una lesione dei propri interessi legittimi, in seguito ad un provvedimento amministrativo che avesse nociuto alla sua pretesa consistente nel conseguire o difendere un determinato bene della vita, si scontrava con una dura realtà quando, adito il giudice amministrativo, scopriva di poter disporre di un sistema di tutela non pieno, potendo conseguire, come utilità, solo una statuizione giudiziale che riconosceva come illegittimo la

determinazione amministrativa. E se ciò poteva bastare, almeno nelle grandi linee, ove lesa fosse la sua pretesa alla difesa di un determinato bene della vita, sicuramente insufficiente si rivelava nell'ipotesi in cui egli lamentava la mancata adozione, da parte dei pubblici poteri, di un provvedimento che gli permettesse di conseguire l'utilità agognata.

Quindi, era il profilo della tutela giurisdizionale quello maggiormente problematico e sul quale vivo era il contrasto tra i sostenitori di una concezione classica del processo amministrativo, finalizzato solo al sindacato della legittimità della scelta discrezionale della P.A. e coloro che invece con enfasi chiedevano una forma di tutela analoga a quella riconosciuta ai diritti soggettivi, tutelati in modo pieno ed effettivo. Il contrasto, del resto, affondava le sue radici nelle origini del pensiero giuridico italiano: da un lato, infatti, vi era l'imperante codice civile del 1865, costruito, essenzialmente, sulla proprietà, sui suoi strumenti di circolazione e di difesa e, dunque, sul diritto soggettivo (tutelato in modo pieno, con pronunce costitutive, dichiarative, reintegratorie e risarcitorie) come posizione giuridica riconosciuta ad ogni livello di tutela, e, dall'altro, vi era la struttura pubblica, verso la quale l'amministrato era inerme, non potendo disporre di altro strumento di tutela se non il ricorso (amministrativo) alla stessa P.A.

Ad ostacolare la formazione di un sistema di tutela analogo a quello spettante ai diritti soggettivi vi era, inoltre, il rispetto del fondamentale principio della separazione dei poteri, concepito dal Montesquieu, secondo un sistema che vedeva i tre poteri dello Stato (legislativo, esecutivo e giurisdizionale) indipendenti l'uno dall'altro, escludendosi ogni genere di invadenza dell'uno nella sfera propria degli altri. In questo modo, quindi, al giudice amministrativo era precluso attribuire ai ricorrenti una tutela completa, dovendosi egli limitare alla emanazione di una pronuncia di annullamento, con la quale il provvedimento impugnato veniva cancellato dal mondo del diritto e senza possibilità alcuna di valicare i confini dell'atto per penetrare nella sostanza del rapporto sottostante ad esso ed apprezzarne la fondatezza. Ciò comportava che, unica utilità che il privato era in grado di conseguire, si risolveva nella sentenza di annullamento di una scelta discrezionale della P.A. e, almeno nei primi tempi, neppure erano previsti divieti o limiti alla pubblica amministrazione che, riesercitando i propri poteri, ben poteva rinnovare il pregiudizio al privato, obbligandolo ad una nuova e costosa impugnativa, così come non previsti erano strumenti di tutela risarcitoria a fronte del danno di natura patrimoniale conseguente.

La distanza, sotto il profilo della tutela giurisdizionale, tra la posizione di interesse legittimo e di diritto soggettivo è stata colmata, nelle grandi linee, solo in tempi molto recenti, quando si è deciso, a partire dalle riforme Bassanini, di conferire alla struttura della pubblica amministrazione una immagine più rispondente ai tempi e alle rinnovate esigenze dei consociati. Ciò è maturato a seguito di significativi interventi giurisprudenziali, quale ad esempio la nota sentenza delle sezioni unite civili della cassazione n. 500/1999, con cui è stato sfatato il mito della irrisarcibilità della lesione degli interessi legittimi.

Proprio le implicazioni di questa sentenza sono particolarmente importanti, tanto da indurre il legislatore qualche mese dopo ad emanare la legge n. 205/2000, con cui è stata riconosciuta, a livello legislativo, la possibilità per i privati di accedere alla tutela risarcitoria. Ed ancora si segnalano, sul fronte dell'avvicinamento dei due sistemi di tutela, le significative pronunce delle sezioni unite civili della

cassazione nn. 13659 e 13660 del 2006 con cui è stato abbattuto un altro mito, vale a dire quello della necessaria pregiudizialità dell'annullamento del provvedimento illegittimo per accedere alla tutela risarcitoria, benchè una significativa parte della giurisprudenza amministrativa ancora opponga una strenua resistenza a tale riconoscimento. Infine, si segnalano le novelle approvate con le leggi n. 15 e 80 del 2005 che hanno apportato significativi cambiamenti al sistema del diritto amministrativo, riconoscendo al giudice amministrativo, almeno per le attività di carattere vincolato della P.A., il potere di conoscere anche della fondatezza della pretesa sottostante al provvedimento amministrativo e non solo della sua conformità al diritto, dando linfa a quella parte dei cultori della materia che premeva per la trasformazione del giudizio amministrativo, da processo dell'atto a processo del rapporto.

Particolare significato assume la legge n. 15/2005, la quale ha modificato la legge n. 241/1990 introducendo l'art. 21 octies, che al comma 2, esclude l'annullabilità del provvedimento quando esso, benchè viziato dal punto di vista formale o procedimentale, per la sua natura vincolata, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. E lo stesso vale quando non sia stato osservato l'obbligo di comunicare ai privati l'inizio del procedimento, ove si dimostri che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Si tratta di un intervento fondamentale, dal momento che apre le porte al riconoscimento da parte del legislatore che il processo amministrativo non è più solo l'occasione per sindacare l'operato dei pubblici poteri sotto il delicato profilo della rispondenza al diritto, ma anche uno snodo di rilievo che permette al giudice amministrativo di stabilire la correttezza effettiva dei pubblici poteri, che a sua volta implica un attento vaglio della posizione giuridica sostanziale sottostante all'atto oggetto dell'impugnativa. Questa norma legittima, pertanto, quella concezione sostanziale degli interessi legittimi, già emersa nella elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, che ha dato la spira alla trasformazione del processo amministrativo, da processo sull'atto a processo sul rapporto. L'intimo legame con la posizione giuridica soggettiva del ricorrente, sotto forma dell'interesse a conseguire un determinato bene della vita, viene evidenziata proprio dalla possibilità di negare l'annullamento del provvedimento amministrativo nel senso chiarito dalla norma di cui sopra. Infatti, nel momento in cui il giudice esclude la rilevanza del vizio formale o procedimentale, realizza il particolare effetto di negare anche la spettanza del bene della vita cui ambiva il ricorrente, ove non individui una peculiare relazione giuridica tra la violazione della norma in cui sia incorsa la P.A. con il soddisfacimento dell'interesse sostanziale da parte del privato.

Balza, allora, evidente la nuova nozione di interesse legittimo: non più mero interesse formale alla legittimità dell'operato dei pubblici poteri ove da essi derivi un accoglimento o un rigetto della pretesa del privato in ordine all'ottenimento di un determinato bene della vita bensì interesse a che quest'ultimo sia concesso o sottratto se non alle condizioni prefissate dall'ordinamento, dopo una adeguata comparazione degli interessi coinvolti nell'esercizio dell'attività amministrativa. In altri termini, il sacrificio della posizione dell'interesse privato deve essere controbilanciato da un uso corretto dei poteri amministrativi. In tali casi, benchè il bene della vita sia negato, non si determina una violazione delle regole che presidiano alla legalità dell'operato della P.A. e l'interesse legittimo del privato non soffre di alcuna

lesione.

Ciò posto, emerge una realtà del processo amministrativo completamente diversa rispetto al passato più o meno recente. Il provvedimento amministrativo non costituisce più il suo oggetto, e l'esame che il giudice fa sotto il profilo della sua rispondenza al diritto non realizza più l'unico tipo di tutela che egli può concedere ai soggetti che gliela chiedono. La configurazione dell'interesse legittimo come posizione giuridica soggettiva, avente valenza sostanziale, su un piano di parità con i diritti soggettivi, autorizza la ricostruzione del provvedimento amministrativo come l'occasione, come il presupposto di carattere processuale, per offrire al giudice la possibilità di sindacare l'operato della pubblica amministrazione sotto il profilo della correttezza e della sua rispondenza ad un risultato coerente con il provvedimento amministrativo, in seguito ad un giudizio di quest'ultimo come rispettoso dei principi di buona amministrazione.

Nella linea della trasformazione del processo amministrativo quale momento/occasione per la valutazione della fondatezza della pretesa si colloca pure la legge n. 80/2005 (di conversione del decreto legge n. 35/2005), che ha modificato l'art. 2 della legge n. 241/1990, sancendo, nel comma 1, il dovere per la P.A. di concludere con un provvedimento espresso i procedimenti attivati su istanza di parte. Questa disposizione deve, poi, essere letta in combinato disposto con il comma 5 dello stesso articolo, il quale testualmente afferma che "il giudice può conoscere della fondatezza della pretesa" nel quadro del giudizio del silenzio-inadempimento. Trattasi, com'è ovvio, di una novità rilevantissima che estende l'ambito della cognizione del giudicante, testimoniando la volontà del legislatore di non limitare quest'ultima al mero accertamento dell'obbligo di provvedere di cui al comma 1, ma di valutare anche la situazione sostanziale sottostante all'atto/provvedimento impugnato. Ed è inevitabile concludere nel senso che quest'ultimo giudizio avrà una incidenza fondamentale sul primo, costituendo il cuore della indagine che il giudice viene chiamato ad effettuare e che sancisce, espressamente, il processo amministrativo come processo del rapporto e non più "solo" processo dell'atto impugnato.

Questo processo è stato additato da taluni attenti osservatori come il segnale inequivocabile della definitiva trasformazione in senso sostanziale e sul piano concreto degli interessi legittimi, ai quali, in seguito a queste normative, viene data una struttura analoga al diritto soggettivo. Se, infatti, quest'ultimo racchiude in sé l'utilità che il suo titolare mira ad ottenere attraverso i poteri ad egli riconosciuto dall'ordinamento, è giocoforza concludere, alla luce di quanto sopra detto, che anche per gli interessi legittimi la soluzione non può che essere analoga. Sancendo, infatti, il dovere del giudice può conoscere della fondatezza della pretesa, pare evidente cogliere in questa affermazione la precisa indicazione di una utilità "interna" allo stesso interesse legittimo, essendo il bene/utilità della vita il vero obiettivo cui aspira il ricorrente, mentre la conformità al diritto dell'operato della P.A. diviene un aspetto meramente secondario della indagine giudiziale, costituendo il presupposto del primo.

Si può, quindi, affermare che, sebbene sia sempre necessaria la intermediazione di un atto della P.A. per consentire al privato di perseguire una regolazione ottimale della sua sfera di interessi, la posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo si colloca sempre più su un piano paritario con i diritti

soggettivi. Anzi, a ben guardare, si quasi pervenire all'affermazione, come qualche brillante autore ha sostenuto, che il rapporto tra la pubblica amministrazione e gli amministrati sia molto simile al rapporto di obbligazione, legittimando il privato ricorrente alla diretta rivendicazione del bene della vita in sede processuale, senza che vi sia bisogno di una necessaria intermediazione di un provvedimento positivo dell'amministrazione.

Non può che allora convenirsi con quanti sostengono che sul piano degli effetti, la distinzione tra diritto soggettivo e interessi legittimi si mostra quanto mai lacunosa, autorizzando, quasi del tutto, ad una commistione dai rilevanti effetti sotto il profilo della tutela giurisdizionale, il quale, tuttavia, specie per quanto attiene al riparto di giurisdizione, è ancora saldamente legato al tradizionale criterio della causa petendi (o petitum sostanziale). Quindi, fatta eccezione per le materia assegnate alla giurisdizione esclusiva, ove il giudice amministrativo può conoscere sia di interessi legittimi sia di diritti soggettivi, per stabilire se su una determinata controversia si radichi la giurisdizione del giudice ordinario o del giudice amministrativo sarà ancora una volta indispensabile chiarire se la posizione giuridica soggettiva vantata di cui il ricorrente chiede tutela sia qualificabile in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo.

La distinzione nel quadro delle situazioni giuridiche soggettive, fondata sulla dicotomia interessi legittimi-diritto soggettivo è espressione tipica del pensiero giuridico italiano. A livello comunitario invece, essa è praticamente sconosciuta. Il diritto comunitario, infatti, ignora questa distinzione, sia sotto il profilo sostanziale, sia sotto il profilo della tutela processuale. Ciò comporta conseguenze relevantissime sul piano del diritto interno, attesi i principi di primazia ed effettività del diritto comunitario, in virtù dei quali le posizioni giuridiche soggettive create in sede europea non possono soffrire di limitazioni, specie dal punto di vista della tutela, ove vengano trasfuse nel diritto interno, attraverso un'opera di riqualificazione. Quest'ultima, poi, riveste di particolare importanza, poiché secondo un meccanismo tipicamente italiano, ciò che in sede sopranazionale assume un dato senso, nel momento in cui penetra nel nostro ordinamento, viene soggetto ad un processo di adattamento alle leggi interne. Evidente, allora, il rischio, in seguito a questa riqualificazione, che una posizione creata dal diritto comunitario subisca compressioni nel momento in cui viene fatta rientrare in una delle nostre categorie di concetto, con conseguente abbassamento dello standard di protezione che gli viene assicurata in sede europea.

Queste considerazioni, però, non devono portare alla erronea conclusione che la qualificazione di interesse legittimo di una posizione giuridica soggettiva si configuri come incompatibile con il diritto comunitario, così come in aperto contrasto si troverebbe il sistema di tutela approntato dal nostro legislatore, fondato su una scissione, dal punto di vista del riparto di giurisdizione, delle relative posizioni soggettive.

In più di una occasione, la corte di giustizia europea ha stabilito il principio fondamentale secondo cui il diritto comunitario, nel momento in cui si erge al di sopra dei diritti nazionali dei singoli Stati membri, non può spingersi fino al punto di travalicare gli ambiti tradizionalmente riconosciuti ai legislatori nazionali di approntare i sistemi di tutela ritenuti più opportuni per garantire la protezione delle posizioni giuridiche soggettive riconosciute. Ciò significa che se dal punto di vista sostanziale, ogni ipotesi di contrasto

verrebbe inevitabilmente a soccombere in virtù dei ricordati principi di primazia e di effettività del diritto comunitario, dal punto di vista delle regole processuali, il legislatore è pienamente libero di stabilire, secondo canoni di opportunità compatibili con gli interessi fondamentali tutelati dalla Costituzione, un sistema di norme che si ponga in linea di continuità con questi ultimi, relativamente alle decisioni in materia di riparto di giurisdizione e di tutela delle posizioni giuridiche soggettive.

In altri termini, il diritto interno ha campo libero nell'opera di riqualificazione delle posizioni giuridiche soggettive ideate dal diritto comunitario, ma poi occorre verificare la compatibilità del sistema di tutela da esso approntato e valutarne la corrispondenza agli standard di tutela richiesti ed imposti in sede europea. In questa linea devono, peraltro, essere ricordati gli interventi innovatori degli ultimi anni, quali la legge n. 205/2000 e le riforme del 2005, che hanno operato modificazioni rilevanti all'impianto del processo amministrativo, come delineato dal pensiero giuridico tradizionale, conformandosi a livelli di tutela tipici del diritto comunitario.

Chiariti questi punti, può ora passarsi ad un esame più da vicino delle distinzioni che, in senso tradizionale, vengono richiamate allorchè si costruisca un discorso organico intorno alla categoria degli interessi legittimi. La dottrina più risalente individuava, a questo proposito, una terza categoria di posizioni giuridiche, definite diritti condizionati risolutivamente o sospensivamente. Si trattava, in realtà, di una categoria intermedia tra i diritti soggettivi e gli interessi legittimi, traendo spunto dal fenomeno dell'affievolimento per effetto di un provvedimento amministrativo, espressione del potere autoritativo della P.A., in virtù del quale una posizione originariamente di diritto soggettivo veniva a "degradare" in interesse legittimo ovvero una posizione originariamente di interesse legittimo che, per espandersi a diritto soggettivo, necessitava della emanazione di un dato atto dei pubblici poteri.

Secondo alcuni autori si sarebbe in presenza di una categoria autonoma, che si differenziava sia dai diritti soggettivi, sia dagli interessi legittimi. In realtà, questa conclusione non appare condivisibile, poiché i fautori di questa teoria si limitano ad illustrare le caratteristiche di un fenomeno - quello della degradazione di un diritto soggettivo ad interesse legittimo - ma non individuano elementi di carattere innovativo, tali da far concludere nel senso di trovarsi di fronte ad una situazione giuridica dei soggetti del tutto nuova. A maggior ragione, la dottrina prevalente nega l'esistenza di questa autonoma categoria di diritti condizionati, ritenendo di trovarsi innanzi ad una peculiare situazione caratterizzata dalla commistione di diritti soggettivi e di interessi legittimi.

Una parte della dottrina si è fatta propugnatrice della c.d. teoria della successione, in virtù della quale, in relazione ad una determinata situazione giuridica soggettiva, fino al momento in cui non viene emanato un provvedimento amministrativo affievolitivo, si ha un diritto soggettivo; dopo di questo momento, per effetto del conseguente affievolimento, si avrebbe un interesse legittimo. Una tesi criticata da quanti rilevavano come esso presupponesse una netta scissione temporale relativa alla configurazione delle posizioni giuridiche soggettive, messa in crisi, peraltro, dalla ovvia considerazione che il privato è titolare di un interesse legittimo anche prima della emanazione di un provvedimento amministrativo, che quindi non viene in essere nel momento in cui si manifesta il potere autoritativo della P.A.

Inoltre, giungere a siffatta conclusione, è stato osservato, si porrebbe nel nulla la stessa considerazione in termini sostanziali della situazione di interesse legittimo, la quale perderebbe la sua connotazione di parità con la situazione di diritto soggettivo, per porsi come sua trasfigurazione in seguito all'esercizio dei pubblici poteri. A tale conclusione si perviene esaminando le norme della legge n. 241/1990, le quali mettono in rilievo come il privato, sin dal primo contatto con i pubblici poteri, sia titolare, contestualmente, di un diritto soggettivo relativo al bene della vita che mira a conseguire o a proteggere e di un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri pubblici, i quali, nel perseguire i fini generali, vengono ad incidere sulla sfera giuridica di sua pertinenza. Al pari, quindi, dei diritti soggettivi, l'interesse legittimo costituisce una situazione sostanziale che troverà il suo sfogo nell'ambito del procedimento amministrativo, orientandone lo sviluppo. Con ciò dimostrando che il privato è titolare dell'interesse legittimo ancor prima della emanazione del provvedimento conclusivo del procedimento.

Un altro dato prezioso cui riferire un discorso incentrato sul riconoscimento della natura sostanziale dell'interesse legittimo si coglie nello sfaldamento del dogma della loro irrisarcibilità. Una volta, infatti, riconosciuto, per effetto della sentenza n. 500/1999 delle sezioni unite civili della corte di cassazione e della legge n. 205/2000, che agli interessi legittimi può essere attribuita la tutela risarcitoria, anche nella reintegrazione in forma specifica, non possono più esservi dubbi sulla loro natura di posizione sostanziale, autonoma e originaria rispetto all'estrinsecarsi dei poteri pubblici (nel senso che gli interessi legittimi prescindono dall'esistenza o meno di un provvedimento amministrativo che incida su diritti soggettivi determinandone l'affievolimento). Una siffatta conclusione assume una rilevanza ancora maggiore se si pone mente alla introduzione nel processo amministrativo dell'azione di nullità, di cui all'art. 21 septies della legge n. 241/1990. La nullità, come del resto l'annullabilità, orbita nel campo della invalidità e il suo accertamento implica l'esistenza di un provvedimento amministrativo in grado di ledere la sfera giuridica del destinatario e non di meri comportamenti materiali posti in essere in assenza di una norma di legge attributaria. La nullità, infatti, viveva precedentemente solo nel quadro delle elaborazioni del pensiero giuridico e nel diritto amministrativo veniva riferita ad una situazione di carenza di potere non suscettibile di recare nocimento alle posizioni giuridiche soggettive, accreditandosi, più che altro, come una ipotesi di inesistenza. La norma di cui sopra, invece, introduce la sua previsione nel tessuto del sistema normativo, associandola ad un provvedimento e non più ad un comportamento, cioè ad una situazione di "cattivo uso del potere" sottoposta alla giurisdizione del G.A. Attualmente, quindi, anche la nullità, al pari dell'annullabilità, può nuocere ad una situazione giuridica soggettiva, a fronte della quale non può che residuare un interesse legittimo, che coesiste con il diritto soggettivo a fronte del potere pubblico.

Ciò che caratterizzava maggiormente la categoria dei diritti condizionati era la loro configurazione di interessi legittimi "mascherati" da diritti soggettivi, nel tentativo, vano, di conciliare la tradizione classica delle posizioni soggettive con quella emergente dalle profonde necessità di tutela che affioravano sempre più dal tessuto sociale e ripetutamente venivano portate all'attenzione dei giudici. Del resto, anche la sentenza n. 500/1999 delle sezioni unite civili della cassazione aveva, sotto un certo profilo, detto molto meno di quanto ci si aspettasse, configurando il risarcimento del danno come espressione di un diritto soggettivo autonomo rispetto alla pretesa sostanziale fatta valere dal ricorrente. Ma il dato che più balzava all'attenzione dei cultori era l'im maturità di una distinzione nel quadro degli interessi legittimi

che non sapeva cogliere la profonda aspirazione dei medesimi ad elevarsi sullo stesso piano dei diritti soggettivi.

Per questo motivo, la categoria dei diritti condizionati (risolutivamente e sospensivamente) venne ben presto abbandonata a favore di quella fondata sulla dicotomia interessi oppositivi-interessi pretensivi: ove, nel primo caso, si faceva riferimento all'interesse dei privati volto ad opporsi ad un provvedimento incidente sulla loro sfera giuridica e minacciante un bene della vita che miravano a conservare; nel secondo caso, all'interesse direzionato verso una determinata utilità che poteva venire soddisfatta solo attraverso un provvedimento ampliativo della pubblica amministrazione. E val la pena sottolineare come, nel periodo antecedente alla sentenza n. 500/1999 delle sezioni unite civili della cassazione, agli interessi legittimi oppositivi veniva accordata quella tutela risarcitoria, oggi patrimonio generalizzato.

Il meccanismo usato era, ancora una volta, il tanto vetusto congegno dell'affievolimento: il privato si rivolgeva al giudice amministrativo per chiedere l'annullamento di un provvedimento amministrativo; ottenuta detta sentenza, la posizione giuridica soggettiva di cui era titolare, che per effetto del provvedimento era "affievolita" ad interesse legittimo, avvertiva un processo di riespansione all'antica posizione di diritto soggettivo e, in virtù della lesione subita, veniva ristorato attraverso una pronuncia del giudice ordinario secondo il principio del risarcimento ex art. 2043 c.c. Ma, come detto, con la pronuncia relevantissima del 1999 della cassazione, questa distinzione perse di interesse, almeno dal punto di vista sostanziale, perché con la successiva legge n. 205/2000 la tutela risarcitoria venne generalizzata ed estesa anche alla categoria degli interessi legittimi pretensivi.

Ciò nonostante, la distinzione conserva una sua rilevanza dal punto di vista della prova del danno risarcibile. Secondo un vetusto modo di concepire la categoria degli interessi legittimi, infatti, nel caso di interessi oppositivi, si ritiene sufficiente, per aspirare al risarcimento, dimostrare che il provvedimento impugnato fosse illegittimo. Il giudice che a tanto perviene, accorda la chiesta tutela senza scendere in un esame approfondito sulla spettanza del bene della vita. Questa impostazione è figlia della struttura di questo tipo di interessi. Infatti, negli interessi oppositivi, ove si impugna un provvedimento che minaccia un bene della vita che è già nella sfera di disponibilità dei privati, si ritiene che esso sia inglobato dal bene stesso; sicché è sufficiente dimostrare che il provvedimento non è conforme al diritto per ottenere il risarcimento di un danno, avendo tale illegittimità prodotto una lesione dell'interesse del privato volto a conservare il bene della vita.

Negli interessi pretensivi il discorso è diverso. In questo caso, l'interesse dei privati è quello di conseguire un dato bene, a sua volta legato alla emanazione di un provvedimento amministrativo che la P.A. ha negato: in ciò consiste il danno. Sicché l'attenzione e gli sforzi del ricorrente saranno volti ad ottenere, da un lato, una pronuncia che sancisca la illegittimità del diniego e, dall'altro, una condanna dell'amministrazione a venire incontro alla legittima aspirazione del privato. Ne consegue che per ottenere il risarcimento del danno subito per effetto della lesione dell'interesse pretensivo, il ricorrente dovrà dare la non facile prova della spettanza del bene della vita, con la inevitabile conseguenza che se, attesa la illegittimità del diniego amministrativo, detta spettanza non venisse provata, il privato si

vedrebbe negata la tutela risarcitoria.

La categoria degli interessi pretensivi assume un particolare rilievo nel quadro del giudizio sul silenzio amministrativo come rinnovato dall'art. 2 della legge n. 241/1990, che, in ordine agli atti vincolati, oltre a sancire il principio generale secondo cui il procedimento deve concludersi con un provvedimento espresso, stabilisce che il giudice può conoscere della fondatezza della pretesa del ricorrente. Con questo dettato normativo, quindi, il giudicante non è più vincolato all'esame della sostanza della posizione vantata dal ricorrente nei casi di interesse pretensivo, ma deve farlo anche per gli interessi oppositivi. Una conclusione avvalorata, ancora, dall'art. 21 octies della stessa legge che esclude l'annullamento quando, trattandosi di atti vincolati, siano irrilevanti vizi formali o procedurali, essendo l'atto giusto nella sostanza. Di qui la inutilità di una decisione di annullamento che frustrerebbe le esigenze alla cui tutela è preordinata l'attività della pubblica amministrazione.

Un'altra categoria di interessi legittimi su cui occorre spendere qualche parola di commento è quella degli interessi partecipativi. Con questo termine si sogliono riferire di quell'insieme di poteri e di facoltà riconosciute ai privati coinvolti, in modo più o meno intenso, nell'attività della pubblica amministrazione in occasione dello svolgimento di un procedimento. I privati vengono allora a costituire una parte interessata che è in grado di interloquire con i pubblici poteri, indirizzandone il percorso e contribuire, in maniera più o meno profonda, a quel giudizio di comparazione tra opposti interessi cui è chiamata la P.A. nel momento in cui le sue determinazioni involgono la sfera giuridica di soggetti (privati e pubblici) terzi. Le attività dei privati, in questo caso, si risolvono essenzialmente nella possibilità di avere accesso agli atti del procedimento in corso, nel presentare memorie scritte, nella produzione di documenti utili all'amministrazione per fondare il suo giudizio in vista della determinazione finale. Va detto, tuttavia, che questa categoria di interessi legittimi ha dato origine ad accesi dibattiti sul suo esatto inquadramento dogmatico e sulla sua tutela di natura giurisdizionale qualora detti interessi risultassero compresi oltre ciò che è consentito dalle norme del diritto.

Basti pensare alle discussioni intorno alla loro natura giuridica. Secondo la maggior parte degli autori si tratterebbero di posizioni giuridiche soggettive avente carattere "strumentale" rispetto alla realizzazione dell'interesse del privato. Si tratta, peraltro, pur sempre di un interesse legittimo, dal momento che il contributo fattivo del privato, titolare di una posizione incisa dalla manifestazione del potere amministrativo, è destinato a confluire nel provvedimento finale che costituisce la definitiva sistemazione dell'assetto di interessi che la pubblica amministrazione è stata chiamata a realizzare. Questa posizione non è, però, condivisa da altra dottrina, la quale definisce gli interessi in questione come veri e propri diritti soggettivi dei privati, che possono attivarli e farli valere nel procedimento secondo le modalità previste dalla legge. Secondo i fautori di questa teoria, quindi, non avrebbe rilievo la destinazione dell'attività dei privati nella determinazione finale della P.A., che invece conserverebbe una sua autonomia all'interno del procedimento, tutelabile con i rimedi previsti dalla legge.

Naturalmente, aderire all'una o all'altra delle richiamate teorie comporta conseguenze rilevanti sul piano pratico, specie della tutela giurisdizionale. Se, infatti, queste posizioni vengono considerate quali interessi

legittimi, pare ovvio concludere per il radicarsi della giurisdizione del G.A. sulle controversie che li vedessero protagonisti. Se, al contrario, si aderisce alla tesi della natura di diritti soggettivi degli stessi, si aprirebbero interrogativi rilevanti sul fronte del riparto della giurisdizione. E a questo proposito, pare opportuno citare di una ulteriore diatriba tra i sostenitori di quest'ultima posizione, vertente sul carattere autonomo o strumentale di questi pretesi diritti soggettivi. Così, avviene che alcuni autori considerano le posizioni partecipative come diritti soggettivi strumentali rispetto alla posizione di carattere sostanziale fatta valere nel procedimento. Ne deriva, secondo questa tesi, che le questioni legate al riparto di giurisdizione resterebbero estranee alla tutela di tali prerogative, risultando esse intimamente connesse con l'interesse sostanziale di cui il ricorrente chiede la tutela.

In tal caso, quindi, la giurisdizione verrebbe decisa facendo riferimento al vetusto criterio della causa petendi relativo alla posizione giuridica soggettiva identificata nell'interesse principale del ricorrente, frustrato dalla emanazione del provvedimento amministrativo. Altri autori invece, propendono per la natura di diritti soggettivi perfetti delle posizioni partecipative, rivendicandone l'autonomia rispetto alla posizione di base fatta valere nel ricorso. In tal modo, nascerebbero, in capo alla P.A., precisi obblighi di protezione, la cui violazione genererebbe una ipotesi di responsabilità contrattuale da contatto sociale qualificato, che sarebbe di pertinenza del giudice ordinario.

Quest'ultima posizione ha destato tra i cultori del diritto amministrativo relevantissime perplessità a cagione dei suoi riflessi sul delicato fronte della risoluzione delle questioni di giurisdizione. Non bisogna, infatti, dimenticare che, sebbene il privato venga chiamato a dare il suo contributo nel procedimento amministrativo, quest'ultimo, se riguardato dal punto di vista degli adempimenti cui è tenuta la P.A., non si trasforma in un complesso di attività cui il potere amministrativo deve svolgere come se avesse assunto le vesti di una parte privata di un rapporto di obbligazione. Ciò perché il potere amministrativo è sempre orientato e, a sua volta giustificato, proprio in vista del raggiungimento di fini generali della collettività ed il procedimento approntato per garantire questo risultato non può essere condizionato a tal punto dall'intervento dei privati da essere qualificato esso stesso come un procedimento civilistico perdente le sue originarie connotazioni pubblicistiche, da cui, peraltro, deriverebbe l'inevitabile corollario del radicamento sulle relative controversie della giurisdizione del giudice ordinario.

In definitiva, quindi, l'azione amministrativa, anche nel procedimento, è espressione di un potere amministrativo a fronte della quale, non può che esservi una posizione di interesse legittimo. Da questo punto di vista è agevole comprendere come interesse a partecipare al procedimento ed interesse alla impugnazione giudiziale del relativo provvedimento stazionino su binari differenti. In tal senso è stato escluso che il soggetto privato che partecipa ad un procedimento amministrativo non già in funzione della tutela di un determinato bene della vita bensì in veste meramente collaborativa in quanto portatore di specifiche conoscenze e competenze di interesse della procedura. Si ritiene, infatti, che anche in tale caso operi il principio dell'interesse ad agire secondo la disciplina di cui all'art. 100 c.p.c.

Strettamente connessi con gli interessi partecipativi, si pongono gli interessi procedimentali, con i quali si intendono quelle posizioni giuridiche soggettive aventi ad oggetto la pretesa a che il procedimento

amministrativo si concluda secondo la tempistica prestabilita, con la conseguente condanna di comportamenti ostruzionistici e dilatori che ne possono rallentare la definizione. Non può non sottacersi come proprio la recente legge n. 80/2005 abbia rafforzato il principio della certezza dei tempi procedurali, avendo avvertito come i privati la cui sfera di interessi sia incisa dalla manifestazione del potere amministrativo possano risentire del pregiudizio recato dal fatto che il procedimento che li vede parte interessata non si concluda entro i tempi stabiliti dalla normativa di legge.

Dott. Luigi Carfora

<https://www.diritto.it/caratteri-e-distinzioni-degli-interessi-legittimi/>