

Considerazioni simili sono poi estensibili all'**art. 47, 1 comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea** che, con precetto estensibile anche ai nostri interessi legittimi, ribadisce il carattere atipico dell'azione con lo stabilire che «*ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione sono stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice*».

In definitiva, dunque, devono ritenersi proponibili nel processo amministrativo tutte le azioni atipiche, ove necessarie per soddisfare esigenze di protezione che le tutele regolate non sono in grado di soddisfare in modo adeguato (si pensi all'azione di accertamento atipica reputata ammissibile dalla *decisione n. 29 luglio 2011, n. 15 del Consiglio di Stato*; vedi anche *Cons. St., Sez. IV, 2 febbraio 2017, n. 449*).

In un sistema avanzato di *civil law* come il nostro, vige il brocardo *ubi ius ibi remedium*, traducibile nel motto anglosassone: *rights precede remedies*. Anche in assenza di una norma specifica di tutela, quindi, ogni situazione considerata dall'ordinamento sostanziale deve godere di tutte le tecniche di tutela coerenti con le caratteristiche e la dignità della posizione stessa.

## 15. Il futuro dell'interesse legittimo

Già nel 1993 uno dei maestri del diritto amministrativo si domandava se la figura dell'interesse legittimo avesse un futuro. Giannini muoveva dal presupposto noto che la figura dell'interesse legittimo è conosciuta solo in Italia. Il fatto più curioso è che né nel diritto privato, né in quello processuale e, quel che più conta, in teoria generale del diritto si conosceva l'interesse legittimo e che la nozione è stata introdotta dopo il 1870 come una invenzione degli studiosi della pubblica amministrazione (SCOCA).

Insomma, **l'esigenza era quella di dare un nome a qualcosa** (la peculiare situazione giuridica soggettiva di cui si chiedeva la tutela davanti al giudice amministrativo).

**In effetti la nozione di interesse legittimo è stata per lungo tempo sconosciuta alla teoria generale del diritto** contemporanea, che ha sempre analizzato quattro situazioni giuridiche soggettive elementari:

- a) la pretesa, correlata ad un obbligo;
- b) la libertà, correlata alla mancanza di obblighi;
- c) il potere, correlato alla soggezione;
- d) l'immunità, correlata alla mancanza di potere.

Ma, in realtà, le cose non stanno più così.

**Domandarsi se l'interesse legittimo abbia un futuro, in realtà, è porsi un falso problema.**

Come argutamente osserva Scoca, **il diritto europeo è pienamente rispettoso degli inquadramenti teorici utilizzati negli ordinamenti degli Stati membri.**

Non solo. Quel che è bene chiarire è che, comunque la si metta, nei rapporti fra cittadino e amministrazione allorché non vi sia una norma che attribuisce un diritto, l'esercizio di potere si confronta con una situazione giuridica soggettiva peculiare, in qualunque modo la si voglia denominare. E, del resto, che esista una posizione che è volta ad ottenere che l'azione amministrativa sia corretta e che non ha consistenza di diritto soggettivo ma viene denominata interesse legittimo risulta ormai anche a livello dell'Unione Europea, come è dimostrato anche dal *considerando* 122 della direttiva sui contratti pubblici n. 24 del 2014 (GALLO).

Interrogarsi sul futuro dell'interesse legittimo è quindi, si ribadisce, un falso problema.

È vero che molti ordinamenti non contemplano la figura dell'interesse legittimo. Quegli stessi ordinamenti contemplano però il potere autoritativo.

Il problema allora è un altro. In Italia la figura astratta è stata tradotta in diritto positivo, in altri ordinamenti questa "traduzione" non vi è stata. Questo non significa che, anche in quegli ordinamenti, il problema dei rapporti tra autorità e cittadino non siano risolti.

Insomma, la figura teorica esiste (in Italia anche la figura giuridica) ciò che è assente è la traduzione della figura teorica in diritto positivo.

Il dibattito allora non è sul futuro dell'interesse legittimo ma sulla sua trasformazione, tuttora in atto.

L'ampliamento dello strumentario di tutela ha fatto pensare ad un passaggio del giudizio di legittimità verso un giudizio di spettanza; e ciò potrebbe condurre a ritenere che l'oggetto della tutela non sia più l'interesse legittimo, ossia l'interesse strumentale all'ottenimento, per opera dell'amministrazione, della soddisfazione dell'interesse sostanziale (il bene della vita), ma sia direttamente l'interesse sostanziale, definibile, in quanto tale, come diritto soggettivo o come aspettativa tutelata (SCOCA).

Ma in realtà è chiaro che **l'evoluzione del processo amministrativo verso il giudizio sul rapporto non ha per nulla comportato la modificazione della situazione soggettiva** che nel processo viene tutelata.

Peraltro, non è che parlando di diritti soggettivi, anziché di interessi legittimi, viene meno la carica autoritativa del provvedimento (GRECO). E, si rimarca ancora, non è che in altri ordinamenti non assume rilievo l'esercizio di potere.

Nell'ordinamento tedesco, per esempio, si parla sempre di diritti soggettivi, e si definisce l'atto amministrativo come "qualsiasi disposizione, decisione o altra misura autoritativa che un'autorità assume per regolare un singolo caso nel campo del diritto pubblico e che è rivolta a produrre effetti giuridici diretti verso

l'esterno". Vi è sempre la relazione con il potere. E si può notare l'assonanza di questa definizione con le acquisizioni teoriche che descrivono la differenza tra norma giuridica e provvedimento nel senso che le norme sono prescrizioni generali e astratte, il provvedimento altro non è se non una prescrizione, generale o singolare, concreta.

Se quindi gli interrogativi sul futuro dell'interesse legittimo si fondano sulle esigenze di uniformità con gli altri ordinamenti europei, le stesse sono già ampiamente soddisfatte dalla assimilabilità del regime dell'atto, che consente di poter parlare ormai di un diritto amministrativo europeo (GRECO).

**Il nocciolo della questione è costituito dagli strumenti di tutela, non dal nome della situazione giuridica soggettiva.** È un fuor d'opera affermare che per uniformarsi agli standard di tutela degli ordinamenti europei sia necessario abbandonare la figura dell'interesse legittimo.

Né deve fuorviare la diversità di qualificazione (che perlopiù si risolve in una differenza terminologica), come nel caso della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che sancisce il "diritto ad una buona amministrazione" (art. 41), indicando istituti che in Italia sono espressivi di talune facoltà correlate all'esercizio dell'interesse legittimo (diritto ad essere sentiti), ovvero di aspetti dell'atto amministrativo (obbligo di motivazione). Tutte questioni che non hanno ripercussione alcuna sullo standard di tutela.

## **16. L'interesse legittimo conserva la sua identità come posizione che dialoga con il potere precettivo unilaterale della p.a.**

D'altro canto, la piena omologazione delle tecniche di tutela di diritto e interesse non implica, come già detto prima, la trasformazione dello stesso in diritto soggettivo.

La tesi che predica tale metamorfosi, alludendo spesso alla categoria tedesca dei diritti pubblici soggettivi, confonde i due piani, profondamente distinti, della misura della tutela e dell'essenza della posizione.

È un errore di impostazione, in quanto, un interesse legittimo pienamente tutelato non diventa, sol per questo, un diritto soggettivo. La conformazione di una posizione soggettiva è un *prius*, logico, prima ancora che giuridico, rispetto all'intensità della protezione accordata dall'ordinamento e non può ricavare da quest'ultima la propria identità.

**La dilatazione della tutela accordata all'interesse legittimo lascia intatta l'“essenza della posizione”**, che continua a essere una posizione che dialoga con il potere precettivo, a esercizio unilaterale, della pubblica amministrazione (SCOCA). Detto altrimenti, il soddisfacimento dell'interesse al conseguimento (o alla protezione) del bene della vita non è accordato in via immediata dall'ordi-

namento giuridico, essendo all'uopo necessaria l'intermediazione dell'attività amministrativa a tal fine deputata. Ne deriva che l'interesse legittimo, pur se tutelato in modo pieno, resta un interesse legittimo, ossia una posizione che dialoga con l'esplicazione del *public power*.

**Non a caso l'art. 34, comma 2, c.p.a., pone quale limite generale alla tutela giurisdizionale degli interessi legittimi, che il giudice non possa pronunciarsi su poteri non ancora esercitati.**

**Il potere amministrativo** di cui è parlato nel Capitolo 1, lo si ripete, *resta il proprium dell'interesse legittimo, la cui tutela deve necessariamente transitare attraverso il suo esercizio.*

**Il giudice amministrativo**, alla stregua dell'art. 103 Cost. e prima ancora del principio illuministico della separazione dei poteri, **non è una pubblica amministrazione deputata all'esercizio del potere ma un organo volto a verificare la correttezza dell'esercizio del potere stesso.** Il sindacato giurisdizionale non potrà mai essere volto all'attribuzione immediata del bene della vita, mediante l'inammissibile esercizio diretto e sostitutivo del potere amministrativo, ma rigarderà sempre l'esercizio del potere pubblicistico, sia pure con un'intensità che, solo in caso di potere vincolato, si può tradurre nel riconoscimento della spettanza del bene della vita ingiustamente negato dall'amministrazione.

## CAPITOLO III

### *Il rapporto amministrativo*

SOMMARIO: 1. Il rapporto giuridico amministrativo come relazione intersoggettiva. – 2. La natura relazionale del rapporto amministrativo piena implica la dimensione attiva e passiva sia del potere che dell'interesse legittimo. – 2.1. L'interesse legittimo come interesse che dialoga con il potere pubblico. – 2.2. Il potere pubblico come potere giuridico che segue lo schema norma-fatto-potere-effetto. – 3. Il contatto amministrativo. – 4. Il rapporto giuridico procedimentale. – 4.1. Il confronto tra tesi strumentale e approccio teleologico. – 4.2. Il tema controverso della trasmissibilità dell'interesse legittimo. – 4.3. Modificazione o estinzione della posizione. – 5. Il giudizio sul rapporto. – 6. Dal rapporto all'accordo.

#### **1. Il rapporto giuridico amministrativo come relazione intersoggettiva**

Si è già osservato nei capitoli precedenti come la nozione di interesse legittimo acquisita negli ultimi anni da dottrina e giurisprudenza abbia concorso a determinare anche una **nuova nozione di potere pubblico, che perde in parte i suoi tradizionali caratteri di unilateralità e autoritarità, per assumere sempre più tratti di democraticità, consensualità e trasparenza.**

Di pari passo si è assistito al superamento della tradizionale coincidenza tra funzione amministrativa e potere pubblico, da un lato, attraverso la tendenza alla liberalizzazione di ampi settori economici, da cui la P.A. si ritrae lasciando spazio all'iniziativa privata libera; dall'altro, attraverso il ricorso sempre più frequente a strumenti consensuali di esercizio del potere, che, coinvolgendo il privato, risultino meno invasivi sulla sua sfera giuridica (si pensi, in via meramente esemplificativa, alla sostituzione dei modelli autorizzatori con quelli della denuncia o segnalazione certificata di inizio attività).

Questa duplice tendenza implica una **sensibile erosione dell'area dei poteri pubblici autoritativi** e ha avuto come necessaria conseguenza un diverso bilanciamento tra interesse pubblico e interesse privato, con un notevole sbilanciamento verso il secondo, nonché una nuova interpretazione dei rapporti intercorrenti tra la P.A. e cittadini.

La tradizionale concezione ottocentesca che concepiva lo Stato come entità istituzionalmente sovraordinata rispetto ai cittadini, relegati allo *status* di

soggetti sottoposti all'esercizio unilaterale e autoritario del potere in vista del superiore bene pubblico, conduceva ad escludere radicalmente la possibilità di scorgere nei rapporti con l'Autorità vincoli giuridici bilaterali.

In quest'ottica, **la legge poteva sì orientare e regolare l'esercizio del potere, attraverso norme c.d. d'azione, senza con ciò tuttavia determinare l'instaurarsi di una vera e propria relazione giuridica**, men che meno paritetica, tra il privato e la P.A. Il modello delle relazioni tra sfera pubblica e sfera privata era dunque strutturato secondo un sistema ontologicamente diverso da quello privatistico, retto dalle c.d. norme di relazione che, a fronte dell'originarsi di un rapporto giuridico tra privati (in forza di un contratto o comunque di un fatto idoneo a produrre obbligazioni secondo l'ordinamento), ne regolano lo svolgersi.

**La concezione moderna**, proprio alla luce della nuova dimensione soggettiva e sostanziale attribuita all'interesse legittimo, consente invece di fornire una **lettura dei rapporti pubblicistici in cui viene in rilievo una vera e propria relazione giuridica intersoggettiva, un rapporto giuridico amministrativo sostanziale nell'ambito del quale concorrono il potere pubblico, proiettato alla cura dell'interesse pubblico**, assimilabile descrittivamente a un diritto potestativo per la sua attitudine a modificare unilateralmente l'altrui sfera giuridica, **e la libertà del titolare dell'interesse legittimo**, a cui viene riconosciuta la facoltà di esercitare diritti e facoltà che gli consentono, in certa misura, di scegliere le forme procedimentali e processuali di tutela del suo interesse individuale, incidendo sull'esercizio del pubblico potere.

**Si supera l'idea di un diritto amministrativo come strumento del potere volto a regolare una "macchina dell'obbedienza" e s'affaccia un approccio democratico al problema del public power.**

D'altronde la dignità giuridica della dimensione relazionale del rapporto amministrativo trova conferma nel **dettato costituzionale**, dove l'affermazione dei principi di affidamento e buona fede e le risposte della giurisprudenza costituzionale all'esigenza di dare piena ed effettiva tutela al cittadino nei confronti dell'*agere* pubblico, nonché l'apertura ad istanze di protezione europee e internazionali, hanno consentito di attribuire alla posizione di interesse legittimo di cui il privato sia titolare un'ampia copertura costituzionale.

Ed è proprio nel rapporto amministrativo, che si attua **attraverso il procedimento**, che tali **istanze di protezione di matrice costituzionale della posizione sostanziale di interesse legittimo si concretizzano**.

Da ultimo, il riconoscimento del rapporto tra P.A. e privato quale rapporto giuridico amministrativo ha avuto l'avallo della **Corte Costituzionale** (pronunciata con *sent. 4 maggio 2017, n. 94*), che ha concorso a superare definitivamente l'idea di un diritto amministrativo come macchina del potere improntata

all'obbedienza dei consociati, pervenendo ad un approccio democratico all'esercizio del *public power*.

## **2. La natura relazionale del rapporto amministrativo implica la dimensione attiva e passiva sia del potere che dell'interesse legittimo**

In questa nuova dinamica relazionale, l'**interesse legittimo** non si sostanzia più in una **dimensione** esclusivamente **passiva**, dunque in una situazione di soggezione, rispetto agli effetti dell'esercizio unilaterale del potere pubblico, ma incarna anche una **dimensione attiva**, assurgendo a pretesa, azionabile attraverso facoltà procedimentali e processuali, all'esercizio corretto del potere ai fini della maggior tutela del bene della vita di cui il singolo sia titolare.

Il **rapporto intercorrente tra un soggetto e un bene** della vita costituisce, in quest'ottica, il **lato interno** della posizione sostanziale di interesse legittimo, ove invece **la relazione intercorrente tra soggetto e P.A.**, che pure ha come riferimento oggettivo il medesimo bene, costituisce il **lato esterno** di tale posizione, dando vita ad una particolare forma di rapporto giuridico, che determina una **pluralità di situazioni giuridiche attive**.

A questa duplice prospettiva di lettura dell'interesse legittimo corrisponde, d'altro canto, un'**analoga ambigua dimensione del potere pubblico**.

L'**Autorità pubblica** è anch'essa titolare di una **posizione giuridica soggettiva attiva**, che gli attribuisce il potere di produzione unilaterale di effetti sulla sfera giuridica dei privati, e di **posizioni giuridiche passive**, correlate ai doveri di comportamento che gravano sulla P.A., in forza della legge, che indirizza e limita il potere pubblico (vedi L. n.241/1990), condizionando la dinamica del rapporto amministrativo.

### *2.1. L'interesse legittimo come interesse che dialoga con il potere pubblico*

Si è già visto a tal proposito come le situazioni soggettive attive di cui persone fisiche ed enti privati sono titolari nei confronti della P.A. si riassumono nella **dicotomia diritto soggettivo-interesse legittimo**, secondo un modello che trova fondamento costituzionale negli artt. 24, 103 e 113 Cost., con importanti implicazioni tanto in punto di riparto di giurisdizione tra autorità giudiziaria ordinaria e giudice amministrativo, quanto in tema di tecniche di tutela e forme di protezione riconosciute al privato.

Rinviando al Capitolo 2 per l'approfondimento sulla nozione di interesse legittimo e sui suoi rapporti con il diritto soggettivo, valga qui ricordare che una situazione giuridica attiva può qualificarsi come vero e proprio **diritto soggettivo** ove, in virtù **dell'attribuzione diretta di un bene della vita** da parte di una

norma, la sua tutela **non necessita dell'intermediazione del potere pubblico**, essendo garantita in modo pieno, diretto ed immediato la soddisfazione dell'interesse giuridico di cui il privato sia titolare.

Alla titolarità del diritto soggettivo corrisponde in capo al resto della collettività una posizione di soggezione, che determina un dovere generico negativo di astensione da interferenze o turbative nell'esercizio del diritto da parte di chi ne sia titolare (nel caso dei diritti assoluti o della personalità) ovvero un obbligo giuridico positivo in capo a determinati membri di quella stessa comunità di tenere un certo comportamento a favore del titolare (nel caso dei diritti di credito) (CLARICH).

Viceversa, viene in rilievo una situazione d'**interesse legittimo** laddove il bene della vita al quale il titolare tenda, riconosciuto dall'ordinamento, non sia tuttavia garantito dalla legge in modo diretto ed immediato, necessitando **dell'intermediazione dell'esercizio del potere amministrativo**, regolato da norme tese al perseguimento dell'interesse pubblico.

A differenza che nei Paesi di *common law*, dove la P.A. persegue i suoi fini avvalendosi di poteri comuni agli altri soggetti dell'ordinamento, infatti, negli Stati "a diritto amministrativo", tra cui rientra anche il sistema italiano, l'Amministrazione gode di peculiari poteri, idonei a produrre effetti giuridici nella sfera dei cittadini senza il loro consenso.

Proprio a fronte del riconoscimento di tale potere, emergono le peculiarità della relazione tra P.A. e cittadini, necessariamente modellata sul potere amministrativo, di cui le amministrazioni dispongono in forza di legge, per lo svolgimento di una funzione amministrativa, che si estrinseca attraverso atti unilaterali, definiti provvedimenti amministrativi, dotati di imperatività, esecutività ed esecutorietà.

Nonostante si sia assistito alla già citata erosione dei caratteri di unilateralità ed autoritarità dell'azione pubblica, infatti, il potere amministrativo resta basato su una posizione di speciale sovraordinazione riconosciuta all'Autorità pubblica nell'ottica del perseguimento dell'interesse pubblico, sebbene nell'esercizio delle funzioni volte al perseguimento di tale interesse la P.A. sia sempre più avvinta da vincoli formali e sostanziali che ne limitano progressivamente il raggio di azione, in funzione di contemperare l'interesse pubblico con quello dei privati a tutelare il proprio interesse individuale.

## *2.2. Il potere pubblico come potere giuridico che segue lo schema norma-fatto-potere-effetto*

D'altronde, il potere pubblico presenta svariati aspetti che lo accomunano ad **altri poteri giuridici** contemplati dall'ordinamento, di cui esso rappresenta una peculiare *species*, qualificandosi come una forza attiva, idonea a produrre una



modificazione giuridica consentita da una norma, attraverso la quale **la P.A. svolge un'opera di mediazione tra la norma stessa attributiva del potere**, che non sarebbe idonea senza l'intervento della P.A. a produrre da sé sola l'effetto, e **l'effetto giuridico che intende perseguire**.

Generalmente, infatti, le relazioni giuridiche tra diritto soggettivo e obbligo possono essere ricondotte allo **schema norma-fatto-effetto**: la norma definisce in astratto la fattispecie e l'effetto giuridico che dal realizzarsi della prima si produce, così che tutte le volte in cui in concreto quella fattispecie si verifichi, in modo automatico si realizzerà anche quel determinato effetto giuridico.

Ma tali relazioni possono seguire anche uno schema parzialmente differente, ad esempio nel caso dei diritti potestativi, che seguono il **modello norma-fatto-potere-effetto**.

In questo caso viene meno l'automatismo del prodursi dell'effetto giuridico al concretizzarsi della fattispecie concreta sussumibile nella norma astratta: esso deve infatti essere necessariamente intermediato da un elemento ulteriore, l'esercizio del potere, con la logica conseguenza che il titolare del potere è dunque libero di decidere se provocare o meno l'effetto (CLARICH).

Il **potere amministrativo**, a ben vedere, **può essere ricondotto** proprio a questo secondo modello, tipico **del diritto potestativo**, essendo la produzione dell'effetto direttamente riconducibile all'espressione di volontà del titolare del potere unilaterale, necessario e sufficiente a produrre l'effetto giuridico contemplato dalla norma.

A fronte di tale parallelismo con il sistema civilistico, va osservato come d'altro canto non manchino delle peculiarità della figura del potere pubblico rispetto a quella del diritto potestativo.

In primo luogo, in ambito civilistico generalmente il diritto potestativo trae origine da rapporti consensuali tra privati, esso è dunque frutto della libertà negoziale di soggetti liberi nelle loro azioni. Inoltre, generalmente, la norma individua in modo rigoroso e specifico gli effetti dell'esercizio del potere, lasciando uno stretto margine di discrezionalità a chi lo esercita, il che incide sulla intensità del controllo giudiziale a cui l'esercizio di tale diritto è soggetto.

Diversamente, **il potere amministrativo si fonda non sulla volontà di contraenti privati, ma su quella del legislatore** che predetermina gli effetti dell'esercizio del potere, prescindendo dunque radicalmente da qualsivoglia espressione di consenso di chi ne sia attinto. Inoltre, il potere attribuito alla P.A. non è (come si è visto nei precedenti capitoli) necessariamente vincolato, lasciando ampi margini alla discrezionalità amministrativa per l'apprezzamento in concreto di valutazioni di opportunità e bilanciamento di interessi.