

piere, siano economiche, o, comunque, economicamente rilevanti e vantaggiose.

E ciò spiega le ricorrenti evoluzioni dell'ordinamento al riguardo: quando prevalgono valutazioni politiche favorevoli ad un maggiore interventismo del «pubblico» nella vita sociale, e quando si ritengono perciò più sopportabili gli oneri che conseguono dall'assoggettamento di attività private a provvedimenti dell'Amministrazione, si moltiplicano quelle che vengono subordinate alla disciplina di tipo autorizzatorio, e, magari, ulteriormente, addirittura alla disciplina di tipo concessorio cui si accennerà nel successivo paragrafo 14; quando viceversa prevalgono valutazioni politiche di segno opposto, come sicuramente è avvenuto con molta ampiezza in questi anni, si assiste ad una «liberalizzazione» di attività private, che implica una riduzione dei suddetti condizionamenti: successivamente, si accennerà all'eventualità del passaggio da un regime concessorio ad uno solo autorizzatorio, mentre qui si deve sottolineare soprattutto l'eventualità dell'eliminazione pure di quest'ultimo; e la si può illustrare col richiamo di un incisivo mutamento intervenuto nella disciplina di una materia, tra le tante che si potrebbero ricordare, alla quale si era prima già accennato, ugualmente a scopo esemplificativo: la disciplina del commercio, largamente «liberalizzata» dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114, nel senso che è stato eliminato pure il regime autorizzatorio, come forma di controllo all'ingresso nel mercato, almeno per il commercio al dettaglio, e, in particolare, per i c.d. «esercizi di vicinato».

13. Segue: i provvedimenti favorevoli; autorizzazioni e discrezionalità

Dei provvedimenti di carattere autorizzatorio, dell'esercizio dei poteri che ne sono esplicazione, la rimozione in un caso concreto del limite generale suddetto costituisce l'effetto tipico: tratto loro comune, che consente la costruzione di una corrispondente categoria da questo punto di vista unitaria, e che impone la loro ascrizione a questa.

Anche le autorizzazioni, e gli altri atti concettualmente loro affini, allora, producono effetti su situazioni giuridiche soggettive: sono costitutivi di tale specifico effetto. Né potrebbe essere diversamente: perché sono comunque provvedimenti; e che i provvedimenti producano effetti del genere, è, come si è già accennato, tratto caratterizzante la loro stessa definizione. L'osservazione sarà ripresa in seguito, a proposito delle concessioni: anche in riferimento alle quali, si richiama la connotazione come provvedimenti costitutivi, ma col diverso significato che si dirà; perché è tema ricorrente nella elaborazione tradizionale della materia dei provvedimenti favorevoli, il problema della distinzione da quelli di tipo autorizzatorio di quelli di tipo concessorio: la quale, però, spesso è intesa in modo diverso, e talvolta perfino negata.

È sulla base della tipicità, sotto il profilo precisato, dell'effetto prodotto dai provvedimenti cui si deve riconoscere carattere autorizzatorio, che pare possibile costruire unitariamente la loro categoria. Ma, d'altra parte, è indubbio che essi si presentano differenziati, e talvolta fortemente, sotto diversi e ulteriori aspetti. Così che soprattutto la dottrina ha delineato varie suddivisioni nell'ambito della categoria suddetta, anche se con esiti non accolti unanimemente. Di qui, le proposte, di nuovo non coincidenti, di corrispondenti diversificazioni anche delle denominazioni che vi si dovrebbero riferire. E a queste incertezze concettuali e terminologiche si è sovrapposta la ricorrente imprecisione del nostro legislatore, il quale, prevedendo e regolando autorizzazioni di varie specie, spesso ha usato di volta in volta termini non pertinenti agli effettivi caratteri delle ipotesi che veniva disciplinando. Di questa confusione delle parole e dei concetti, si è reso conto lo stesso legislatore che la ha largamente provocata; ed è bene illustrata dalla molto varia nomenclatura che esso ha utilizzato nella formulazione degli artt. 19 e 20 della legge sul procedimento amministrativo n. 241/90: disposizioni di grande importanza in materia, e sulle quali, perciò, si dovrà dare qui qualche cenno, sia pure solo come mera anticipazione della loro trattazione più approfondita nella successiva più appropriata sede. Tali disposizioni, dunque, per poter definire nel modo più esaustivo il proprio campo di applicazione, appunto l'intero ambito dei regimi di tipo autorizzatorio, hanno dovuto fare riferimento indiscriminato alle «...autorizzazione, licenza, abilitazione, nulla-osta, permesso o altro atto di consenso comunque denominato...».

Dal punto di vista dei caratteri dei poteri di cui sono espressione i provvedimenti di tipo autorizzatorio, è necessario che già qui si accenni, sia pure a larghi tratti, almeno ai più importanti dei profili in base ai quali essi si possono suddividere ulteriormente.

A questo proposito, si indicheranno, anzitutto, gli elementi che l'Amministrazione autorizzante, nell'esercizio di tali suoi poteri, deve fare oggetto delle sue valutazioni caso per caso. Elementi, i quali possono essere capacità, qualità o requisiti del soggetto da autorizzare: come è chiaramente esemplificato dal caso della patente di guida. O dati obiettivi, quantitativi o qualitativi o cronologici, localizzazione, modalità, e quant'altro, dell'attività da autorizzare: come è evidente nei casi dei permessi di costruire genericamente considerati nella loro varietà, o delle autorizzazioni al commercio, ormai relative solo alla media e grande distribuzione. O situazioni ambientali, o comunque i contesti nelle quali tale attività va ad inserirsi: di nuovo, per esempio, lo stato di urbanizzazione dei luoghi, o le condizioni del mercato.

Inoltre, gli interessi collettivi potenzialmente pregiudicati dall'attività da autorizzare, dal punto di vista dei quali l'Amministrazione deve compiere

le sue valutazioni caso per caso degli elementi suddetti. Che sono svariatisimi. Che, almeno tendenzialmente, vengono a comprendere l'intera gamma degli interessi che l'ordinamento rileva come pubblici: da quelli concernenti la sicurezza e l'ordine pubblico, la sanità e l'igiene, fino a quelli inerenti all'industria e al commercio, all'istruzione e alla tutela delle cose d'arte, e così via; in particolare, gli interessi alla tutela dell'ambiente, cui l'ordinamento medesimo dà una rilevanza sempre crescente.

Infine, la natura delle valutazioni che l'Amministrazione deve operare nelle varie ipotesi. Al riguardo, il problema più rilevante cui si deve accennare, concerne il tasso della loro discrezionalità. Nei poteri di tipo autorizzatorio, il loro esercizio è in linea di massima discrezionale, e solo raramente vincolato. Conseguentemente, non sembra condivisibile la tesi spesso sostenuta, specie in sede comunitaria, che questo vincolo nell'esercizio sia tratto costante o addirittura essenziale di tali poteri; a differenza dei poteri di tipo concessorio, di cui si dirà nel paragrafo successivo, i quali sarebbero sempre contrassegnati da discrezionalità. Viceversa, dal sempre ricorrente punto di vista della differenziazione dei poteri autorizzatori da quelli concessori, non è la mancanza o la presenza di discrezionalità che può fare la differenza: esistono poteri autorizzatori discrezionali, come, del resto, poteri concessori vincolati.

È vero, tuttavia, che, al pari dei poteri amministrativi in genere, vi sono poteri autorizzatori il cui esercizio sia discrezionale e altri il cui esercizio sia viceversa vincolato. E, nei primi, la discrezionalità può essere ristretta o ampia; e può trattarsi sia di discrezionalità amministrativa che di discrezionalità tecnica (o mista): nei limiti e nei modi nei quali questa altra nozione sia definibile, come si vedrà della successiva pertinente parte di questo *Manuale*.

È questo vario atteggiarsi della discrezionalità nell'esercizio dei poteri di tipo autorizzatorio, fino alla sua possibile totale mancanza, il fattore che più degli altri occorre qui considerare, per una riflessione finale sul significato della loro attribuzione all'Amministrazione da parte dell'ordinamento, e della sottoposizione ad essi di determinate attività individuali; e ciò anche alla luce non solo dei vantaggi ma anche dei costi che si è visto implicare, per i singoli come per la collettività un simile assetto dei loro rapporti reciproci.

Gli impegni e gli oneri conseguenti all'attribuzione all'Amministrazione di tali poteri, e alla sottoposizione ad essi di tali attività individuali, sono più comprensibili quando l'Amministrazione medesima che ne sia così titolare deve compiere una vera e propria valutazione caso per caso non solo della conformità a norma, della liceità, cioè, del comportamento che il privato intende intraprendere, ma della stessa opportunità di assentirgli o negargli il consenso che le ha richiesto, eventualmente, pre-

scrivendogli determinate modalità: dal punto di vista dei vari interessi pubblici di cui le sia commessa la cura; e ciò, in quanto il bilanciamento e la composizione di questi interessi pubblici con quelli privati contrapposti, non sia già effettuato dalla norma medesima, in modo compiuto e del tutto vincolante. Quando, cioè, l'Amministrazione può esercitare quei poteri medesimi, con margini non insignificanti di discrezionalità. E anche in questa ipotesi, l'imposizione di un simile assetto ai rapporti in materia, si giustifica solo quando sia di segno positivo la comparazione dei vantaggi e degli svantaggi complessivi, degli interventi dell'Amministrazione così resi necessari, della loro incidenza positiva almeno potenziale, e così via: dai punti di vista della importanza degli interessi pubblici e privati in giuoco, e dei costi, direttamente monetizzabili e non, per la parte pubblica come per quella privata.

Sta di fatto, però, che, talvolta, il bilanciamento e la composizione degli interessi dei soggetti privati all'esplicazione di situazioni di vantaggio che l'ordinamento comunque attribuisce loro in via generale, e quelli pubblici che potenzialmente vi possono collidere, è già stato disposto nella formulazione della norma: in modo compiuto e del tutto vincolante. Il che significa che è già la norma stessa che tipizza totalmente l'attività che il privato intende intraprendere, modulandone le modalità, e definendo i presupposti e i requisiti che di volta in volta pone come necessari o, al contrario preclusivi; e, quindi, qualificandola corrispondentemente come lecita o illecita: come si è accennato nella prima delle ipotesi delineate a mo' di esempio, delle ipotizzabili discipline della edificabilità dei suoli. Ma è possibile che pure in questo caso, l'ordinamento imponga al privato stesso di chiedere una preventiva autorizzazione: come si è visto essere possibile pure nella terza delle medesime ipotesi.

Nella quale, e sempre se l'attività consentita al privato è già stata tipizzata completamente da norme e da altri atti generali, il ruolo dell'Amministrazione non sarebbe più di vera e propria valutazione degli interessi pubblici e individuali in giuoco, e di determinazione discrezionale delle linee di loro composizione: si ridurrebbe a semplici accertamenti, a semplici verifiche del tutto vincolate, della rispondenza del progetto di attività proposto dal privato, alla sua tipizzazione normativa; e della sussistenza, o dell'assenza, dei presupposti oggettivi e dei requisiti soggettivi cui la norma medesima condiziona positivamente o negativamente la possibilità giuridica della sua esplicazione. Ma, allora, si ridurrebbero di molto gli spazi e i vantaggi di un previo intervento autorizzatorio dell'Amministrazione. E il suo mantenimento, ciò nonostante, sarebbe il frutto della scelta legislativamente, e, quindi, politicamente adottata, della preferenza di una verifica già *ex ante*, della conformità della progettata attività privata al paradigma normativo: malgrado i

suoi costi. Ciò che, ovviamente sarebbe giustificato solo dalla grande importanza che venisse attribuita agli interessi pubblici coinvolti.

Si è già detto che l'attuale evoluzione dell'ordinamento è nel senso della riduzione dell'intervento pubblico nella vita sociale, e della «liberalizzazione» delle attività individuali. Questa tendenza ha investito in pieno tutta la gamma dei poteri autorizzatori dell'Amministrazione, e, in particolar modo, quelli il cui esercizio sia vincolato nel significato appena precisato.

Di questi ultimi, l'art. 19 della l. 241/90 prima citato prevede addirittura la soppressione; e la prevede con formulazione addirittura generale; ciò che conferma il rilievo prima accennato, secondo il quale le autorizzazioni ben possono essere discrezionali: dal momento che quelle vincolate sono soppresse, o dovrebbero comunque tendere a scomparire, le sopravvissute dovrebbero presentare, tutte o quasi, questo carattere. La disposizione richiamata, di cui qui si semplifica molto il contenuto sotto vari profili ben più dettagliato, si riferisce ai casi nei quali il privato intende intraprendere una data attività, per la cui esplicazione, precedentemente alla entrata in vigore della norma stessa, doveva attendere un assenso preventivo ed espresso dell'Amministrazione; peraltro, come si è detto, non discrezionale, ma condizionato totalmente dalla sussistenza o assenza di presupposti e requisiti di facile accertamento. Ora, la disposizione medesima seguita a richiedergli il rispetto delle norme che delineano e condizionano l'attività che intende esplicare, perché possa essere qualificata come giuridicamente lecita. Ma, poi, gli sopprime il ben più gravoso onere di chiedere all'Amministrazione, di attendere e di ottenere l'atto di tipo autorizzatorio: gli addossa solo quello, assai meno oneroso, di comunicarle preventivamente la sua intenzione (di presentarle, cioè, la dichiarazione di inizio dell'attività – la c.d. d.i.a. –); e di attendere solo un breve lasso di tempo, che è consentito viceversa all'Amministrazione, per il compimento degli accertamenti e delle verifiche di residua sua competenza (e che essa deve osservare).

È evidente che la disposizione sopra richiamata, per le attività cui si riferisce, sopprime il precedente regime autorizzatorio, inteso come loro sottoposizione ad un previo e normalmente espresso consenso dell'Amministrazione. I poteri autorizzatori di questa, di cui un consenso siffatto sono espressione, nei confronti di quelle attività, sono aboliti; e le rimangono soltanto poteri solo inibitori (della prosecuzione dell'attività che, in seguito ai suoi accertamenti e verificazioni, fosse risultata illecita), e sanzionatori (di quella già svolta).

La medesima disposizione, inizialmente, devolveva ad un regolamento l'individuazione delle attività private nei confronti delle quali avrebbe dovuto essere attuata la descritta

soppressione del regime autorizzatorio, stabilendo solo il criterio che questa soppressione avrebbe dovuto riguardare ipotesi nelle quali le autorizzazioni da rilasciare fossero tendenzialmente vincolate. Conseguentemente, fu emanato il d.p.r. 26 aprile 1992, n. 300/92, con le annesse Tabelle A e B.

Però, per la scarsità e per la scarsa rilevanza dei casi inseriti in tale regolamento, la l. 24 dicembre 1993, n. 537, art. 2, commi 10° (che ha totalmente sostituito il testo originario dell'art. 19 della l. 241/90), e 11°, hanno capovolto tale impostazione. E, cioè, hanno disposto direttamente la soppressione del regime autorizzatorio nelle suddette ipotesi di autorizzazione vincolata, che hanno meglio definito, sia pure sempre in termini generali; riservando viceversa al regolamento, l'individuazione dei casi sottratti a questa radicale liberalizzazione, perché il consenso dell'Amministrazione dipende «...dall'esperimento di prove che comportino valutazioni tecniche discrezionali» (o perché esso è legislativamente richiesto a tutela di interessi collettivi consideranti particolarmente rilevanti, come quelli inerenti alla tutela delle cose d'arte, del paesaggio e dell'ambiente in genere). Conseguentemente, è stato emanato il d.p.r. 9 maggio 1994, n. 411, con l'allegata Tabella A, poi integrata dal d.p.r. 31 luglio 1996, n. 468. Va detto, però, che il modello del citato art. 19, è stato applicato anche da numerose disposizioni di settore, mentre altre ne hanno tenuto almeno conto.

Alla stessa evoluzione dell'ordinamento verso la c.d. liberalizzazione di determinate attività individuali, va ascritto pure il successivo art. 20 della medesima l. 241/90. Questa, tuttavia, nei diversi casi cui si riferisce, non è arrivato addirittura a sopprimere il regime autorizzatorio sopra delineato, almeno se inteso come condizionamento dell'esplicazione di una determinata attività individuale ad un preventivo consenso dell'Amministrazione. Però ne ha disposto un alleggerimento, d'altra parte assai importante praticamente: prevede, infatti, che tale consenso possa ritenersi rilasciato dall'Amministrazione stessa anche tacitamente, dopo il decorso di un termine stabilito per categorie di atti; adotta, cioè, il modulo del c.d. silenzio-assenso. Questa disposizione si riferisce a casi, nei quali l'autorizzazione non è vincolata (come nelle ipotesi considerate dal precedente art.19), ma, tuttavia, presenta limitati e limitatamente rilevanti margini di discrezionalità. A casi, inoltre, da individuarsi tuttora in un apposito regolamento: in simmetria con la formulazione originaria dell'articolo precedente, poi, come si è detto, capovolta.

I casi di applicazione del modulo suddetto furono individuati anzitutto nel medesimo d.p.r. 26 aprile 1992, n. 300, relativo all'art. 19 nel suo testo originario, ma all'annessa Tabella C. Anche se l'art. 20 non ha subito la modifica che ha investito l'art. 19, e che si è prima descritta, ne ha tuttavia subito dei riflessi. E in seguito a questa, in correlazione alla conseguente emanazione del d.p.r. 411/94 (poi integrato, come si è detto, dal d.p.r. n. 468/96), è stato emanato il nuovo regolamento dato col d.p.r. 9 maggio 1994, n. 407. Anche a questo proposito, peraltro, si deve fare rinvio ad numerose disposizioni di settore, che hanno esteso il modulo del c.d. silenzio assenso ad altri casi di provvedimenti di tipo autorizzatorio.

14. Segue: i provvedimenti favorevoli; le concessioni

L'altra tradizionale, grande categoria di provvedimenti favorevoli, comprende le concessioni: i provvedimenti, in genere, di carattere concessorio. I quali manifestano una positività più accentuata di quella rilevata a proposito delle autorizzazioni: perché non incidono, seppur favorevolmente, su situazioni di vantaggio individuali preesistenti; ma addirittura costituiscono o assegnano situazioni di vantaggio del genere: di cui il beneficiario di tali provvedimenti, cioè, non era già titolare.

Occorre subito chiarire due ambiguità terminologiche. Quando si definiscono le concessioni, e specie quando si vuole delineare la distinzione di esse dalle autorizzazioni, si sottolinea subito il loro effetto costitutivo. Al riguardo, si deve ripetere qui il rilievo già accennato a proposito delle autorizzazioni: pure queste, come ogni altro provvedimento hanno effetti costitutivi. E, quindi, l'affermazione che le concessioni, a differenza delle autorizzazioni, hanno effetto costitutivo, va intesa nel senso che esse hanno un *particolare* effetto costitutivo che dalle altre non deriva: l'attribuzione al loro beneficiario di situazioni giuridiche di cui non era precedentemente titolare. D'altra parte, pur nell'ambito delle concessioni che tutte dovrebbero avere il suddetto particolare effetto costitutivo, si distinguono le concessioni di nuovo definite costitutive, ovviamente in altro senso, in quanto creano *ex novo* la situazione che attribuiscono al beneficiario, dalle concessioni dette traslative, in quanto gli attribuiscono una situazione di cui prima era titolare la medesima Amministrazione concedente: come si dirà meglio in seguito.

Tali situazioni di vantaggio possono essere le più varie. Peraltro, l'art. 5 della l. 6 dicembre 1971, Istituzione dei tribunali amministrativi regionali, richiamava le concessioni di beni (*rectius*: di uso di beni), e di servizi (*rectius*: di esercizio di servizi) pubblici, al fine di devolvere i corrispondenti rapporti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Da questo punto di vista processuale, la disciplina della materia è stata completamente riformata dagli artt. 33, 34 e 35 del d.lgs. 80/98, «ratificati» dall'art. 7 della l. 205/00 (la cui portata, peraltro, è stata ridimensionata da Corte cost. n. 204/04). Ma poiché sicuramente le concessioni aventi tali oggetti sono le più importanti e diffuse, è soprattutto ad esse che si seguirà a fare riferimento in questa esposizione: pur dovendo sempre considerare che devono essere ascritti alla medesima categoria anche tante altre concessioni, che evidentemente esulano dalle due categorie delineate dalla disposizione adesso richiamata; e che comunque non vi possono essere compiutamente inquadrare: per esempio, la concessione della cittadinanza italiana per decreto; o la concessione per la costruzione, o per la costruzione e gestione di opere pubbliche; o la concessione edilizia: se, come si dirà, davvero fosse tale (e non lo è), il permesso comunale solo sulla base del quale il proprie-

tario di un'area fabbricabile vi può costruire (anche per ogni più dettagliata esposizione delle varie specie di concessioni, si deve rinviare alla parte di questo *Manuale* dedicata ai provvedimenti amministrativi e alle loro classificazioni).

Per la comprensione del fenomeno sostanziale, si deve cominciare col notare che la sottoposizione di situazioni giuridiche soggettive favorevoli ad un regime autorizzatorio, costituisce un modo relativamente misurato di contemperare gli interessi dei loro titolari, con gli interessi pubblici almeno potenzialmente contrastanti: perché questi non hanno precluso l'attribuzione a soggetti privati di quelle loro situazioni di vantaggio, così come sono state delimitate.

Così, per riprendere gli esempi precedenti, è vero che il proprietario di un'area può costruire, in un modo che pregiudichi gli interessi pubblici inerenti alla corretta, o amministrativamente preferita utilizzazione del territorio; ma, come si è prima spiegato, questa eventualità non è stata considerata politicamente sufficiente per arrivare a sottrarre al suo diritto di proprietà, tale sua facoltà: si è ritenuto che bastasse condizionare la sua concreta esplicazione, ad un previo consenso comunale di carattere autorizzatorio ⁽⁴⁾. E ragionamenti analoghi possono essere accennati, circa la tecnica giuridica mediante l'adozione della quale si è politicamente ovviato al rischio di una turbativa del mercato, insito nell'apertura per sola scelta di chi la promuove, di ogni nuovo negozio al minuto: apertura, che rientra pur sempre nella libertà individuale di iniziativa economica. O al pregiudizio della sicurezza del traffico, intrinseco nella guida di un autoveicolo indipendentemente dalle capacità del guidatore: guida, che rientra pur sempre nella libertà individuale di circolazione. Come in mille altri casi del genere.

Nella sottoposizione a regime solo autorizzatorio di situazioni soggettive di vantaggio, cioè, gli interessi pubblici potenzialmente pregiudicati dalla loro esplicazione, non arrivano ad elidere la protezione giuridica prioritaria di contrapposti interessi individuali, in cui tali situazioni consistono.

In parte, perché, nelle valutazioni e negli equilibri politici che hanno determinato gli assetti dell'ordinamento generale, quegli interessi individuali sono stati considerati più rilevanti di quelli collettivi contrapposti; o, se si preferisce, questi sono stati considerati meno rilevanti di quelli. Ma anche, e forse soprattutto, perché è stata ritenuta soddisfacente, la protezione che a questi interessi pubblici è possibile dare mediante la tecnica giuridica descritta.

Che si presenta praticabile, tra l'altro, solo quando essi siano considerati contrastanti non con le esemplificate situazioni giuridiche di vantaggio in quanto tali: tanto

⁽⁴⁾ È questa la ricostruzione che la sentenza della Corte cost. 30 gennaio 1980, n. 5, ha dato del diritto attualmente vigente in materia, e, in particolare, della l. 28 gennaio 1977, n. 10, norme per la edificabilità dei suoli, apparentemente ispirata ai diversi principi di cui si dirà nel paragrafo seguente.

che l'ordinamento le garantisce, può seguitare a garantirle come di pertinenza individuale; ma solo con loro concrete esplicazioni. Più esattamente: solo con determinate modalità soggettive e oggettive del loro esercizio: la localizzazione e le caratteristiche del fabbricato o del negozio, per esempio, o l'incapacità di chi guidi. Con la possibilità che con la protezione degli interessi collettivi suddetti, risulti compatibile pure quella che del regime autorizzatorio appare una implicazione pressoché inevitabile: l'appartenenza unicamente al titolare della situazione giuridica che consente l'esplicazione dell'attività individuale così, e solo così condizionata, dell'iniziativa per il suo svolgimento.

Diverso, anzi opposto, è l'assetto che l'ordinamento dà a interessi pubblici e a interessi individuali, nei settori che sottopone a regime viceversa concessorio. Giacché in tanto assegna, può assegnare all'Amministrazione poteri aventi addirittura tale carattere, in quanto, per contro, abbia sottratto all'autonomia individuale quelle situazioni giuridiche che essa, e solo essa, mediante il loro esercizio, può costituire e attribuire.

Quali siano le ragioni per le quali l'ordinamento imprime un diverso assetto alla disciplina di date attività, o situazioni favorevoli, quando le sottopone ad un regime addirittura concessorio, è facilmente intuibile: in base alle valutazioni e agli equilibri politici che hanno prevalso, gli interessi rilevanti come pubblici nel settore, sono risultati assolutamente dominanti rispetto a quelli individuali. E le esigenze della loro cura, incompatibili col solo condizionamento di attività private a previo consenso amministrativo: che è l'essenziale del regime soltanto autorizzatorio. In particolare, con quella sua implicazione che è già parsa pressoché inevitabile: l'appartenenza individuale della iniziativa del loro svolgimento. Per quelle valutazioni ed equilibri, quelle date attività e posizioni favorevoli, sono state attratte totalmente nella sfera dell'autonomia dell'Amministrazione: devolute dall'ordinamento a corrispondenti poteri di completa gestione che nello stesso tempo le attribuisce; di qui, l'elisione parimenti contemporanea, della loro appartenenza alla sfera dell'autonomia privata.

15. Segue: i provvedimenti favorevoli; le concessioni: in particolare, di beni e di servizi

La vicenda può essere illustrata, anzitutto, col riferimento alla utilizzazione dei beni pubblici: con accenni al riguardo, che costituiscono anticipazioni della specifica esposizione dei diversi regimi cui tali beni sono sottoposti, che sarà sviluppata nella parte di questo *Manuale* loro dedicata. Quando, per ragioni storiche risalenti anche molto nel tempo, o per scelte politiche più recenti, ha prevalso e prevale tutt'ora l'esigenza di gestione, o sfruttamento, o uso pubblico di beni appartenenti a date categorie, questi sono stati sottratti alla disponibilità da parte di soggetti privati, e devoluti a corrispondenti poteri dell'Amministrazione. Anche se con tecniche diverse.

Con la scelta della sottrazione addirittura al regime della proprietà privata così come è delineato dagli artt. 832 e ss. del codice civile, e della sottoposizione al diverso regime demaniale, di beni di cui è anche stabilita la necessaria appartenenza allo Stato o ad enti territoriali (c.d. demanio necessario: le spiagge, le rade, i porti, le acque pubbliche, ecc.; v. art. 822, primo comma, c.c.). O con la scelta di tale sottrazione, e di tale sottoposizione di altri beni che, però, possono appartenere pure ad altri soggetti pubblici e privati: ossia, solo nell'ipotesi che essi appartengano allo Stato e ad enti pubblici territoriali (c.d. demanio accidentale: strade, immobili di interesse storico, artistico, ecc.; v. art. 822, secondo comma, c.c.). O con la scelta della necessaria appartenenza di altri beni al patrimonio indisponibile dello Stato (per esempio, le miniere: art. 826, secondo comma, c.c.). E così via.

In tutti questi casi, l'uso di tali beni da parte di soggetti privati, quando non sia generale, deve avvenire sulla base di un provvedimento dell'Amministrazione: che non può che avere natura concessoria.

Per una migliore comprensione della distinzione del regime concessorio da quello autorizzatorio, in ordine alla disponibilità di beni, si può considerare la disciplina giuridica dei beni di interesse artistico e storico. Che, come si è detto, sono sottoposti al regime della demanialità: quindi, a quello concessorio, per quel che riguarda il loro uso da parte di soggetti diversi dall'ente cui appartengono. Ma solo se appartengono a enti pubblici territoriali: perché, in quanto rientranti nella categoria del demanio solo accidentale, possono appartenere anche ad altri enti pubblici, con conseguente loro sottoposizione al regime viceversa patrimoniale. Non solo: ma tali beni per la medesima ragione, possono appartenere pure a soggetti privati, rimanendo sottoposti, allora, al regime della proprietà privata; e il fenomeno, anzi, è comunissimo.

Naturalmente, anche in queste altre ipotesi sono rilevanti al riguardo interessi pubblici: in particolare, alla conservazione del bene. Ma è prevalsa la valutazione politica, per la quale, per la loro cura, è sufficiente condizionare a previo consenso delle autorità competenti, le iniziative del proprietario potenzialmente per loro pregiudizievoli (per esempio, per beni immobili: interventi di manutenzione, ristrutturazioni, ecc.). Quindi, con tali interessi pubblici alla conservazione di tali beni, è risultato compatibile il mantenimento della proprietà anche privata nei loro confronti: con la sottoposizione a regime autorizzatorio, dell'esercizio da parte del proprietario, di facoltà comprese normalmente nel suo diritto di proprietà, la cui esplicazione, normalmente è assoggettata solo alla disciplina urbanistica.

Se prevalessero valutazioni nel senso della esigenza di un più completo controllo pubblico delle forme di utilizzazione, gestione e manutenzione di tutti i beni riconosciuti di interesse storico o artistico (ma sarebbe uno sviluppo oggi impensabile, perché di segno completamente opposto alle tendenze «liberalizzatrici» attualmente del tutto prevalenti, come si è detto), la vicenda non potrebbe avere che uno sbocco: la necessità della loro appartenenza ad enti pubblici, probabilmente territoriali; e, sulla scia dell'attuale art. 822, secondo comma, c.c., con la loro sottoposizione, presumibilmente, a regime demaniale. In ogni caso, con la conseguenza che soggetti privati potrebbero sì avere, o seguitare ad avere diritti particolari di loro uso: ma solo sulla base di provvedimenti concessori di competenza dell'ente cui appartengono.

Analoghi ragionamenti possono essere accennati a proposito della concessione di servizi pubblici. La nozione di servizio pubblico è oggetto di forti dubbi e controversie, dei quali si darà conto nella pertinente parte di questo *Manuale*, e che, perciò, sarebbe incongruo affrontare già in questa sede. Molto semplicemente, quindi, si dirà che l'ordinamento, nell'attuale momento storico, anche per precise scelte costituzionali, tende a garantire ai soggetti privati la disponibilità di determinate prestazioni di attività e di beni: non importa qui se a prezzi che comprendano i costi, oppure, quasi sempre, a prezzi inferiori, se non addirittura gratuitamente. Talvolta, mediante i tradizionali apparati e mezzi pubblicistici: per esempio, l'istruzione e la sanità. Talaltra, con strutture e in forme imprenditoriali: a livello nazionale (per esempio, ferrovie, energia elettrica, ecc.), o a livello locale (trasporti urbani, acqua potabile, ecc.). In questa ipotesi, l'ente pubblico preposto al servizio, può provvedervi con strutture proprie: delle quali l'esempio più chiaro erano le aziende municipalizzate, e, poi, le aziende comunali speciali che in un certo senso ne sono state le eredi, oggi in via di trasformazione in società a partecipazione pubblica, maggioritaria o minoritaria. Ma può anche affidarlo a imprese private (per la disciplina dei servizi pubblici locali, v., ora, l'art. 22 della l. 8 giugno 1990, ordinamento delle autonomie locali, recepito nel d.lgs. 267/00, art. 113): mediante un suo provvedimento, il quale non può non avere, appunto, carattere concessorio.

Ma, si deve subito notare, anche in questo caso il ruolo dell'ente pubblico concedente rimane essenziale. Esso comunque deve garantire il servizio all'utenza: ossia deve garantire che il terzo concessionario glielo fornisca; e che glielo fornisca con modalità e a costi che è il medesimo ente pubblico concedente a dover stabilire. Tale ente, cioè, deve comunque conformare quella data attività economica che l'ordinamento tratta come un servizio pubblico. E, quindi, deve poter disporre di tutti i poteri di gestione a ciò necessari: con corrispondente sottrazione di questa alla libertà di iniziativa economica e all'autonomia dei soggetti privati. È in questa prospettiva che si comprende come il servizio pubblico possa poi essere restituito a tali soggetti privati: ma solo in un momento almeno logicamente successivo; solo per quel che riguarda il suo esercizio e non la sua titolarità; e solo in forza del suddetto provvedimento concessorio.

16. Segue: i provvedimenti favorevoli; autorizzazioni e concessioni: ulteriori precisazioni

Finora, la distinzione tra regime autorizzatorio e regime concessorio, è stata prospettata in termini di netta contrapposizione dell'uno all'altro. Ma solo per esigenze di chiarezza nell'esposizione: perché la nostra legislazio-

ne, tanto frammentaria e disorganica, oltre che, e perché, pesantemente pletorica, offre esempi di concreta disciplina di determinati settori, con tratti in un certo senso intermedi tra le due figure; con l'implicazione che può essere opinabile la loro qualificazione nell'uno o nell'altro senso. Così che la definizione di quei due regimi, in realtà si rivela essere piuttosto quella di modelli classificatori cui le numerosissime discipline settoriali appaiono conformi entro limiti di volta in volta variabili; in cui spesso solo tendenzialmente, perciò, possono venire ricomprese.

Questo rilievo può essere illustrato col raffronto tra la disciplina dell'ordinario commercio al minuto (anche di quella, più vincolistica, pre-vigente al già dichiarato d.legisl. 114/98), e la disciplina di quel che non a caso la legge (2 aprile 1968, n. 475), ha chiamato «servizio farmaceutico».

Nella prima ipotesi, la legge si limita a porre (del resto, come si è visto, in aree ormai più ridotte), una barriera d'ingresso al mercato, peraltro elastica, a protezione dai costi derivanti da un eccesso di concorrenza, dei consumatori, e, soprattutto, a salvaguardia dei bacini di utenza degli esercenti che già vi operano: che, d'altra parte, possono sempre chiudere quando vogliano il loro esercizio. I quali consumatori, inoltre, sono anche garantiti solo blandamente sotto il profilo della qualificazione professionale di chi presta loro l'attività commerciale (necessità della loro iscrizione in un registro sulla base di un esame di idoneità, ed, ora, anche a chi sia comunque provvisto dei requisiti indicati nell'art. 5 del d.lgs. 114/98), e sotto quello della distribuzione dei negozi dei vari generi sul territorio (affidata al giuoco della libera concorrenza, solo debolmente orientato, secondo il diritto pre-vigente, dai c.d. piani di sviluppo e di adeguamento della rete di vendita, e da altri istituti, ed ora dai c.d. indirizzi generali per l'insediamento delle attività commerciali, di cui all'art. 6 di detto decreto). Così che il permesso comunale all'apertura di un negozio, nei limiti nei quali sia ancor oggi richiesto, è pacificamente definito come autorizzazione.

L'ordinamento, per contro, sottopone a un ben più incisiva gestione pubblica una attività così rilevante e delicata come l'assistenza farmaceutica, di cui deve essere maggiormente garantita l'adeguatezza. La legge, infatti, dispone che il numero e la localizzazione delle farmacie siano determinati in modo rigido e stabile (mediante la c.d. pianta organica), nonché che la loro gestione sia affidata a soggetti professionalmente qualificati, e selezionati per concorso, attribuendo all'Amministrazione i corrispondenti poteri. La legge, ciò nonostante, qualifica espressamente come autorizzazione il consenso amministrativo solo in base al quale un soggetto privato può aprire e gestire una farmacia (art. 1 della già citata l. n. 475/68); e parte della dottrina concorda in questa definizione. Ma è proprio facendo leva sui ricordati caratteri sostanziali della disciplina del «servizio» farmaceutico, che altra parte della dottrina è di opinione opposta: ritiene, cioè, anche contro la lettera della norma, che tale consenso amministrativo abbia natura addirittura concessoria.

D'altra parte, la classificazione della concreta disciplina di un dato settore nel regime autorizzatorio oppure nel regime concessorio, può variare nel tempo: in correlazione della trasformazione dei tratti sostanziali, suoi e dell'intero ordinamento nel quale si iscrive.

In epoca precedente, e in correlazione con tendenze meno recenti del nostro ordinamento verso un rafforzamento del «pubblico» rispetto al «privato», è accaduto che un regime solo autorizzatorio di un determinato settore si evolvesse verso un regime addirittura concessorio.

Questo ulteriore rilievo può essere illustrato con la considerazione di un caso di una trasformazione del genere che, pur non essendosi completata, merita comunque di essere qui ricordata: sia per la sua grande rilevanza, che per il suo valore esemplificativo anche sotto altro aspetto della varietà e ricchezza di profili nella nozione di concessione amministrativa: perché non può essere ricondotto all'interno della bipartizione tra concessione di uso di beni e concessione di esercizio di servizi pubblici. È opportuno qui richiamare ancora una volta, cioè, l'evoluzione, più affermata che realizzata, del rapporto tra facoltà di costruire del proprietario di area edificabile, e suo diritto di proprietà.

Fino alla già citata l. 10/77, tale facoltà era comunemente ritenuta come facente parte di tale diritto: così che la licenza edilizia, come la legislazione del tempo denominava il permesso comunale sulla base del quale il proprietario dell'area poteva costruire, altrettanto comunemente era considerata solo come condizione per il suo esercizio, e definita come un provvedimento di carattere autorizzatorio.

La legge 10/77 ha qualificato tale permesso come concessione: volendo segnalare, con l'uso di questo termine, di aver «scorporato» la facoltà di costruire dal diritto del proprietario; con le ovvie (e volute) conseguenze in ordine alla riduzione del valore delle aree fabbricabili a quello derivante soprattutto dal loro sfruttamento agricolo, nonché dell'ammontare dell'indennizzo nel caso di loro espropriazione. Avendo inteso operare, cioè, una ridefinizione in tal senso del contenuto del diritto di proprietà che la Costituzione (art. 42, comma 2°), effettivamente devolve al legislatore: mediante un rafforzamento dei poteri di gestione del territorio attribuiti all'Amministrazione.

Ma, come si è detto, la Corte costituzionale con la sentenza n. 5/80 ha ritenuto che tale legge, in realtà, non avesse disposto una trasformazione così incisiva della disciplina del diritto di proprietà sulle aree fabbricabili: ossia, ha confermato la sottoposizione ad un regime che sostanzialmente è solo autorizzatorio, e non addirittura concessorio, della facoltà di costruirvi.

Ma nel quadro della attuale evoluzione del nostro ordinamento verso quella maggiore «liberalizzazione» delle attività private cui si è già accennato, la tendenza è del tutto opposta; e si moltiplicano i casi in cui può ben accadere che venga soppressa la titolarità pubblica di determinate categorie di beni e di servizi, e la loro restituzione alla autonomia e alla disponibilità dei privati. Con conseguenze molto precise dal punto di vista che qui rileva: col conseguente passaggio della disciplina del loro esercizio dal regime concessorio a quello autorizzatorio, ove il legislatore ritenesse che residuano interessi pubblici i quali richiedano perduranti poteri di intervento caso per caso dell'Amministrazione; o, in caso contrario, col superamento pure di quest'ultimo.

L'elaborazione tradizionale del concetto di concessione amministrati-

va, inoltre, individua, nell'ambito della categoria, due diverse specie. Anzitutto, le concessioni traslative: caratterizzate dal trasferimento al concessionario (ma con effetto comunque costitutivo), di uso di beni, di attività, di possibilità in genere già spettanti all'Amministrazione; di queste, la concessione dell'esercizio di quei pubblici servizi che l'Amministrazione potrebbe prestare viceversa direttamente, è un esempio chiaro. E le concessioni costitutive (quindi, in ogni caso, tali solo in senso stretto): caratterizzate dall'attribuzione per così dire a titolo originario, al concessionario, di fattori e posizioni del genere, delle quali, però, l'Amministrazione non aveva la disponibilità diretta; di queste, la concessione di beni pubblici è un esempio parimenti chiaro: almeno nei casi, e per le utilizzazioni, nei quali essa, in ordine a tali beni, aveva solo poteri di gestione, e non anche facoltà di uso proprio.

La distinzione tra le due categorie di concessioni ha un valore soprattutto descrittivo. E una certa rilevanza dal punto di vista dell'Amministrazione: che solo nella prima ipotesi, e non anche nella seconda, ha la possibilità dell'utilizzazione o dell'esercizio diretto, in alternativa all'attribuzione o all'affidamento a soggetti privati. Ma non incide sull'essenza della nozione unitaria: che si correla alla sussistenza in capo all'Amministrazione di poteri di gestione, con i quali può disciplinare le possibilità e le attività che concede al privato: poco importa se come soggetto che trasferisce o come soggetto che costituisce. E, ancor meno, ha rilevanza dal punto di vista del concessionario: perché, in ambedue i casi, tali possibilità e attività esulavano dalla sua sfera e autonomia giuridica, prima del rilascio della concessione; e perché, sempre in ambedue i casi, sono della medesima natura le situazioni di vantaggio di cui viene a disporre, dopo, e in forza di questo.

Soprattutto va chiarito un profilo della distinzione esaminata. O l'Amministrazione può trasferire ad altri uso di beni, o svolgimento di attività che potrebbe esplicare in proprio, in forza di un potere di dare assetto al settore che sia estraneo a quelli suoi gestionali di tali beni o attività: ma allora la concessione sarà comunque di tipo costitutivo. O l'Amministrazione può operare simili trasferimenti in forza di tali suoi poteri gestionali, come facoltà che le appartiene in quando gestrice: ma allora la sua concessione, pur correttamente definibile come traslativa, riguarderà in realtà solo l'esercizio di tali beni e attività, e non la loro titolarità, che le rimane sempre riservata dall'ordinamento, e intrasmissibile.

17. Poteri dell'Amministrazione, e situazioni giuridiche individuali

Dalla descrizione finora accennata, delle principali categorie dei poteri dell'Amministrazione, dovrebbe già risultare chiara questa esigenza concettuale: la definizione delle situazioni giuridiche individuali, che siano loro contrapposte, o almeno con loro connesse, non può procedere che contestualmente alla definizione di quei poteri medesimi: che, sicuramen-

te, le condizionano; ma da cui, non meno sicuramente, sono anche condizionati.

Di più. Non sarebbe esauriente una considerazione dei poteri dell'Amministrazione, e dei provvedimenti che ne sono espressione, la quale, pur tenendo conto pure di tali situazioni giuridiche individuali, fosse circoscritta solo ai loro tratti: non si estendesse fino a comprendere interamente anche gli assetti di base che l'ordinamento imprime nei vari settori nei quali essi operano. Non solo non avrebbe senso valutare i caratteri dei provvedimenti sfavorevoli, e dei corrispondenti poteri, se non si considerassero pure quelli delle situazioni di libertà e di vantaggio in genere, sui quali essi vengono a incidere. Ma non si comprenderebbe il significato dei poteri e dei provvedimenti di tipo autorizzatorio, se non li si collegassero col condizionamento alla loro previa emanazione, dell'esplicazione delle posizioni soggettive pur favorevoli cui si riferiscono; e dei provvedimenti e dei poteri di tipo concessorio, se non li si riconnetterebbero con la sottrazione originaria alla sfera giuridica e all'autonomia dei loro beneficiari, delle posizioni soggettive che attribuiscono loro. È comune, come si è detto, la classificazione dei provvedimenti amministrativi, secondo il segno positivo o negativo dei loro effetti potenziali; ma, in realtà, essi possono essere sfavorevoli, solo in quanto sia favorevole per i loro destinatari il preesistente assetto di base che l'ordinamento dà alle relazioni reciproche. E viceversa. Fino al punto che la positività potenziale di un provvedimento, è inversamente proporzionale alla negatività originaria della posizione del suo destinatario: in particolare, in tanto un provvedimento di carattere concessorio è più favorevole di un provvedimento di carattere autorizzatorio, in quanto la sottrazione all'autonomia individuale delle possibilità che il primo concede, è più sfavorevole della sola subordinazione a previo consenso amministrativo di quelle che il secondo autorizza.

Le situazioni giuridiche soggettive connesse con i poteri dell'Amministrazione, dunque, si possono definire solo in relazione con questi; e viceversa. Con questa ulteriore implicazione: la loro tipicità.

È comunemente rilevata, come si è detto più di una volta, la correlazione tra i poteri, e i provvedimenti, i negozi, gli atti giuridici in genere, che ne sono espressione. Tale correlazione deve essere estesa alla corrispondenza dei loro tratti: nel senso che a quelli degli uni, devono essere concettualmente sovrapponibili quelli degli altri. Così che, per esempio, alla nozione di elemento soggettivo del potere (la persona fisica o l'ente cui questo è attribuito) deve corrispondere la nozione di autore dell'atto che ne costituisce espressione; e alla nozione di oggetto di tale potere, quella di oggetto di tale atto; e così via. Meno frequentemente notato, ma non meno certo, è che tale correlazione, tale corrispondenza, devono es-

sere prolungate fino ad investire le situazioni giuridiche che con l'esercizio di tali poteri, con l'adozione di tali atti, vengono costituite o estinte; e anche quelle nelle quali tali situazioni, con l'uno e con l'altra, vengono trasformate. Di qui, la conseguente loro pari tipicità. Di nuovo: e viceversa.

In diritto privato, questa correlazione, questa corrispondenza sono particolarmente evidenti, *a contrario*, per i negozi mediante i quali vengono costituiti, modificati o estinti diritti reali: la tipicità dei tratti di questi diritti, sottolineata comunemente mediante il riferimento al loro c.d. *numerus clausus*, non può che riflettersi, ma anche essere il riflesso, della tipicità dei tratti di quei negozi; o, almeno, della tipicità dei loro tratti, che a tali effetti su tali diritti più immediatamente si riconnettono.

Viceversa, tale tipicità non è rintracciabile nelle situazioni soggettive comprese in rapporti obbligatori. Non lo è, in un certo senso, neppure in quelli costituiti da contratti la cui disciplina è definita dal codice civile: la quale regola soprattutto solo modelli contrattuali che le parti possono accogliere *in toto*, oppure modificare; che non li tipizza, quindi, col significato col quale tipizza i diritti reali e le loro vicende. E tanto meno lo è, allora, in quelli costituiti da contratti pattuiti, con la relativa libertà dell'elemento causale consentita dall'art. 1322, secondo comma, c.c. Ma ciò rafforza l'assunto: la (relativa) atipicità del negozio, e del potere di cui è espressione, rifluisce in una corrispondente (relativa) atipicità delle situazioni giuridiche soggettive che ne derivano; e, in senso opposto, ne è il riflesso. Del resto non può essere un dato casuale, e pare doversi ritenere in qualche modo connesso con i fattori appena accennati, che le possibilità di azione giuridica di diritto comune, almeno di solito, non siano denominate con riferimento ai singoli negozi e ai singoli contratti che ne sono espressione: non è consueto parlare del potere di fare una compravendita, o del potere di fare una locazione. Ma si considera un generico potere negoziale: di cui ciascuna possibilità di adottare e pattuire tali specifici tipi di negozi e contratti paiono solo particolari manifestazioni. E, quindi, sinteticamente, una generica capacità, una generica autonomia ugualmente aggettivate come negoziali: perché, allora, le possono tutte ricomprendere.

Mentre, per i soggetti privati, è consueto parlare di un loro generico potere, di una loro generica capacità, o autonomia negoziale, per le Amministrazioni l'uso terminologico è opposto. Perché al riferimento ad un loro generico potere provvedimentale, ad una loro generica capacità, o autonomia provvedimentale, si preferisce quello alle loro varie possibilità di agire giuridico, mediante il richiamo degli specifici poteri giuridici che esse concretano: il potere di espropriare, per esempio; o di autorizzare l'apertura di esercizi commerciali al minuto; o di concedere l'uso di beni pubblici, se non, addirittura, di beni appartenenti ad una particolare loro specie.

Giuoca in pieno, qui, la decisiva rilevanza che, per la determinazione dei poteri dell'Amministrazione, deve darsi al principio di legittimità già ricordato (cfr., in particolare, il par. 3 dell'*Introduzione*, e il par. 5 del capitolo 1 delle *Fonti*): inteso, soprattutto, nel senso che l'Amministrazione

ne ha i poteri, e solo i poteri che l'ordinamento le attribuisce, almeno al suo livello normativo costituito dalla legislazione. Da cui, come si è già accennato, e come risulterà in seguito più ampiamente e più chiaramente, deriva la scontata tipicità, la scontata necessaria tipicità di tali suoi poteri medesimi.

In forza della quale, peraltro, ulteriormente consegue, ulteriormente deve conseguire, la tipicità delle situazioni soggettive che col loro esercizio possono essere costituite, modificate o estinte. Così che non può che essere già tipizzata dalla legge, per esempio, la situazione del proprietario di un immobile, nei confronti del potere di espropriazione; o quella che residua dopo l'emanazione del relativo decreto di esproprio. O la posizione del proprietario di un'area fabbricabile, in relazione al condizionamento al previo rilascio della c.d. concessione di costruzione, ora permesso di costruire, della esplicazione della sua facoltà di costruire; o quella, ampliata, che consegue a questo. O la libertà soggettiva di iniziativa economica, a causa della sottrazione ad essa della possibilità di esercitare una attività che l'ordinamento disciplina come un pubblico servizio; e quella, ampliata, che risulta dall'assenso della concessione corrispondente. E così via.

In sintesi conclusiva: come i soggetti pubblici, per quel che riguarda la loro capacità specifica, hanno solo poteri tipici, l'ordinamento non può che tipizzare in modo corrispondente, le situazioni giuridiche che i soggetti privati possono vantare correlativamente: prima, e dopo, e in forza del loro esercizio.

La necessità di questa correlazione tra la tipizzazione dei poteri e dei provvedimenti unilaterali da un lato, e quella delle situazioni giuridiche soggettive connesse dall'altro, rende problematica la ricostruzione dei casi nei quali tali atti vengono sostituiti da altri, a carattere viceversa consensuale.

Queste difficoltà sono già rilevanti, nell'ipotesi degli accordi sostitutivi di provvedimenti, già previsti dal diritto positivo, dall'art. 11 della legge n. 241/90, che li ammette «*nei casi previsti dalla legge*» (ma questa limitazione dovrebbe cadere secondo il d.d.l. di modifica di questa, nel testo approvato dalla I Commissione permanente del Senato, il 21 luglio 2004): pur essendo tali accordi di diritto pubblico, e non di diritto comune. Infatti, dovrebbero essere delineati come atti consensuali costituenti causa alternativa ai provvedimenti unilaterali, di effetti analoghi a quelli tipici di questi. A meno che la stipulazione di essi – sempre come atti consensuali – dovrebbe essere vista anche come adozione di quei provvedimenti medesimi – atti viceversa unilaterali –, come esecuzione contestuale e implicita di tali accordi: un po' come la stipulazione di un contratto di compravendita avente immediati effetti reali, assorbe l'atto almeno una volta concettualmente unilaterale di cessione del bene.

Tali difficoltà, d'altra parte, sarebbero aumentate molto se fosse prevalso l'orientamento teso a imporre all'Amministrazione, o, almeno, a consentirle, l'uso di strumenti di diritto comune, prettamente consensuali, in sostituzione dell'esercizio di

poteri pubblicistici, tipicamente unilaterali: secondo una tendenza affiorata con forza nei lavori della riforma costituzionale elaborata dalla c.d. Commissione bilaterale, poi fallita; e anche nelle contrastate vicende che attraverso due legislature ha passato il d.d.l. sopra ricordato, ma via via sempre più sbiadendosi: significativamente, dal punto di vista qui considerato, nel testo del luglio del 2004 già citato, l'utilizzazione di strumenti privatistici da parte dell'Amministrazione è ammessa nell'adozione solo di «*atti di natura non autoritativa*».

18. Poteri amministrativi, diritti soggettivi e interessi legittimi individuali

Le situazioni giuridiche soggettive nel privato nel diritto amministrativo, e, più precisamente, quelle che esso può vantare nei confronti dell'Amministrazione, nella nostra elaborazione della materia sono delineate secondo la fondamentale bipartizione in diritti soggettivi e in interessi legittimi; e corrispondentemente classificate, pur tenendo conto di ulteriori loro varianti.

Di questo orientamento della nostra cultura giuridica in materia, vi è una causa chiara e certa: l'istituzione nel nostro ordinamento, di un sistema di giustizia amministrativa, articolato in due ordini di giudici che hanno giurisdizione nei confronti dell'Amministrazione: anche dell'Amministrazione come soggetto di diritto pubblico; e l'adozione di tale bipartizione come criterio di riparto di tale loro giurisdizione. Così dualistico, almeno, era tale nostro sistema, nella configurazione che assunse fin dall'ultimo decennio dell'800, e in quello successivo; e così basato su tale dipartizione, era quello che si sviluppò per quasi tutto l'arco del '900; ma oggi è largamente superato, specie per effetto degli artt. 33, 34 e 35 del d.lgs. 80/98, «ratificati» dall'art. 7 della l. 205/00.

Come si è già anticipato (v. il paragrafo 3 dell'*Introduzione*), e come sarà detto più ampiamente in seguito (v., soprattutto, i paragrafi dedicati a questo tema, nella parte di questo *Manuale* dedicata alla *Giustizia amministrativa*), infatti, l'*All. E* della l. 20 marzo 1865, n. 2248, *Abolizione del contenzioso amministrativo*, deve considerarsi tutt'ora come la pietra angolare del nostro sistema di giustizia amministrativa, la cui perdurante vigenza e rilevanza dominante è stata ribadita da Corte cost. n. 204/04, più volte citata. L'art. 2 di tale *Allegato*, cui le affermazioni di questa sentenza particolarmente si riferiscono, ha attribuito e attribuisce al giudice ordinario, al giudice di diritto comune dei rapporti tra i soggetti privati dell'ordinamento, anche la tutela delle situazioni giuridiche di questi nei confronti dell'Amministrazione, che si atteggiino come «*diritti civili e politici*»; e, si noti «*...ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o della autorità amministrativa*». È dalla interpretazione

giurisprudenziale e dalla elaborazione dottrinale di tale formula «*diritti civili e politici*», che è progressivamente derivato l'attuale concetto di «*diritto soggettivo*»: s'intende, nei confronti dell'Amministrazione stessa. Dei diritti soggettivi che, nei modi che si diranno, si contrappongono perfino ai suoi poteri pubblicistici, autoritari e imperativi: rimanendo pure per essi intangibili, almeno entro certi limiti.

D'altra parte, come già si disse allora, quel nostro sistema fu completato con la l. 31 marzo 1889, n. 5992. Che istituì la quarta sezione del Consiglio di Stato, dalla quale con lenta evoluzione derivò l'attuale organizzazione giurisdizionale amministrativa ⁽⁵⁾. E che le ha attribuito la competenza a «*...decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interessi di individui o di enti morali giuridici*». Ossia, sui ricorsi per vizi del provvedimento, che vengono correntemente sintetizzati nel concetto della sua illegittimità: come conseguenza della violazione da parte sua di una qualche norma, anche secondaria, che lo regoli; purché questa sia giuridica. Cui si contrappone il concetto della sua legittimità: come assenza in esso, di quei vizi stessi, come sua conformità ad ogni norma parimenti giuridica che lo disciplini.

Sembra che a tale concetto di illegittimità del provvedimento, che alla definizione delle norme pur giuridiche dalla cui violazione deriva, non possa non inerire un limite intrinseco: la norma citata, come quelle che successivamente la hanno riprodotta, hanno sempre fatto salva la giurisdizione del giudice ordinario, a tutela dei diritti soggettivi dal provvedimento lesi, o, comunque, al provvedimento connessi. Quindi, a tale concetto dovrebbe rimanere estranea la nozione di lesione di diritti soggettivi; e a quella definizione, le norme giuridiche che li proteggono sostanzialmente come tali.

Qui, peraltro, importa soprattutto sottolineare, che quelle norme hanno definito l'oggetto della giurisdizione del giudice amministrativo, in termini di obiettiva illegittimità del provvedimento sottoposto mediante il ricorso al suo sindacato. Dalla loro formulazione, cioè, non emerge come una situazione giuridica di carattere sostanziale, l'interesse individuale del quale il ricorrente a tale giudice chiede così tutela: da questo punto di vista, è lampante il contrasto con l'esplicito tenore dell'art. 2 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, col suo espresso riferimento ai «*diritti civili e politici*», a quelli che oggi chiamiamo diritti soggettivi. Ciò

⁽⁵⁾ Per una ricostruzione dell'evoluzione del nostro sistema di giustizia amministrativa, v., da ultimo, A. ROMANO, *Premessa*, in A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova 1992, nonché quello alla 2ª edizione del 2001.

nonostante, tutta l'evoluzione di tale giurisdizione amministrativa, e della sua elaborazione concettuale, si è sviluppata nel senso di una progressiva valorizzazione dei tratti sostanziali degli interessi individuali per la cui lesione da parte del provvedimento, il loro titolare lo impugna: fino alla loro costruzione parimenti come situazioni giuridiche soggettive ⁽⁶⁾. Accanto al diritto soggettivo, oggetto della tutela giurisdizionale del giudice ordinario, è così gradatamente emersa una situazione giuridica soggettiva in un certo senso simmetrica, la cui tutela, sia pure in una diversa struttura processuale ⁽⁷⁾, è affidata, viceversa, alla giurisdizione amministrativa. A tale situazione giuridica soggettiva, la dottrina, seguita dalla giurisprudenza, ha dato la denominazione di «interesse legittimo». Ma l'espressione stenta ad esse accolta dalla legislazione: anche se vi ha fatto riferimento addirittura la Costituzione (v. gli artt. 103, primo comma, e 113, primo comma). Tanto che ancora una importante legge ad essa successiva, ed anzi di attuazione del suo art. 125, originariamente secondo comma, come la l. n. 1034/71, *Istituzione dei tribunali amministrativi regionali*, per definire l'oggetto della giurisdizione amministrativa, ha preferito il linguaggio meno recente: sembra non casualmente, dato il diverso carattere e la diversa rilevanza processuale di tale situazione giuridica soggettiva stessa. E sulla stessalinea si è attestata anche la citata legislazione del 1998-2000, pur sotto altri aspetti tanto innovativa.

19. I diritti soggettivi e gli interessi legittimi

I caratteri dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi che i soggetti individuali possono vantare nei confronti dell'Amministrazione e dei suoi provvedimenti, i loro tratti differenziali, sono stati oggetto di una imponente elaborazione da parte della nostra cultura giuridica: di infinite dispute dottrinali e oscillazioni giurisprudenziali. E la considerazione del tema, anche se sarà poi ripreso nelle parti di questo *Manuale* dedicate alla *Giustizia amministrativa* (specie nel volume II), è qui ineludibile: seppur con la brevità che impone pure tale natura di questo volume.

D'altra parte, malgrado questa esigenza di sinteticità, a questo paragrafo si è dovuta premettere necessariamente la descrizione dei poteri dell'Amministrazione e delle loro principali categorie, nonché dei nessi che li collegano alle situazioni giuridiche individuali in genere. Giacché tanto i

⁽⁶⁾ Per questa evoluzione, v., *infra*, MAZZAROLLI, cap. 14.

⁽⁷⁾ Per le perduranti conseguenze sulla diversa struttura del processo amministrativo, rispetto a quella del processo civile, della diversa natura dell'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo, e della diversa rilevanza processuale dell'uno, nel primo, rispetto a quella del secondo, nell'altro, v., *infra*, MAZZAROLLI, *loc. cit.*

diritti soggettivi che gli interessi legittimi, si definiscono soprattutto nei loro confronti. E si connotano diversamente, soprattutto perché nei loro confronti vengono a collocarsi in posizioni diverse. Anzi, opposte. Nel senso che la sussistenza di un diritto soggettivo individuale in ordine ad un dato bene, preclude che su di questo possa sussistere un potere dell'Amministrazione; e viceversa. Ossia, questo diritto soggettivo esclude questo potere. E ne è escluso da questo. Mentre l'interesse legittimo è una situazione soggettiva individuale totalmente assoggettata al potere dell'Amministrazione: non sarebbe neppure configurabile, se non fosse configurabile questo potere medesimo, e questo suo assoggettamento a questo.

Per la concettualizzazione delle situazioni giuridiche soggettive, come si è detto (v. i precedenti par. 1 ss.), il diritto pubblico, e amministrativo in particolare, sono debitori soprattutto della dottrina privatistica. Ciò non toglie che anche la dottrina pubblicistica, e quella amministrativista in particolare, vi abbiano contribuito pure con propri apporti originali; alcuni dei quali, dovuti al bisogno di adattare a proprie esigenze concettuali, le nozioni così ricevute: di definirle in modo da far risaltare più nettamente, quei loro profili che dal loro punto di vista assumono una maggiore rilevanza. Così, per quel che riguarda la tradizionale figura del diritto soggettivo, gli amministrativisti hanno dovuto sottolineare un suo aspetto, che soprattutto per la loro materia è di importanza decisiva: il carattere assoluto della protezione che accorda all'interesse del suo titolare; il carattere assoluto della protezione di questo interesse, nella quale esso consiste.

Quando l'ordinamento protegge sostanzialmente in questo modo così assoluto un interesse individuale nei confronti dell'Amministrazione e dei suoi poteri, significa che non lo subordina agli interessi pur pubblici che tale Amministrazione, con l'esercizio di tali suoi poteri, deve istituzionalmente perseguire: agli interessi, pur pubblici, che a tale Amministrazione, attribuendole tali poteri, gli ha demandato e imposto di perseguire istituzionalmente.

Anzi, a tale interesse individuale, l'ordinamento stesso, entro i limiti nei quali lo protegge in quel modo così assoluto, rispetto a quegli interessi pubblici, assicura addirittura la prevalenza. L'Amministrazione, che quegli interessi pubblici istituzionalmente persegue, allora, di quell'interesse individuale neppure per la loro cura può disporre. E una volta che si sia concettualizzata come un potere giuridico la possibilità di agire parimenti giuridico in loro funzione che l'ordinamento generale le attribuisce, la traduzione in termini tecnici di questo assetto sostanziale della disciplina che l'ordinamento medesimo così imprime agli interessi in giuoco è, insieme, facile e obbligata: l'Amministrazione, pur nel suo ruolo istituzionale, nei confronti di quell'interesse individuale, non ha potere. O, meglio, e con

maggiore aderenza al quadro generale dei rapporti tra Amministrazione e soggetti individuali: quell'interesse è oltre i limiti del potere assegnatole.

Questo modo di descrivere la relazione che si viene a instaurare tra un potere dell'Amministrazione e un diritto soggettivo individuale, quindi, ha una implicazione ben precisa: richiede che si possa sempre tracciare una linea, ma anche impone sempre di tracciarla, la quale separi in modo esclusivo tale potere da tale diritto. Fino alla quale, vi è il potere amministrativo, e, perciò, non c'è spazio, non ci può essere, per un diritto soggettivo; e oltre alla quale, c'è il diritto soggettivo: e, perciò, non c'è spazio, non ci può essere, per un potere amministrativo. Linea che coincide perfettamente con quella fino alla quale l'ordinamento assicura la prevalenza sostanziale dell'interesse pubblico che l'Amministrazione deve istituzionalmente perseguire, su quello privato; e oltre la quale l'ordinamento, per contro, assicura la prevalenza sostanziale di questo su quello. Linea, che, ovviamente, è l'ordinamento medesimo ad aver stabilito: quando, in base e secondo le valutazioni politiche che hanno prevalso, ha attribuito il potere all'Amministrazione e il diritto al soggetto privato, e, quindi, ne ha fissato il limite reciproco.

Naturalmente, la ricostruzione in questi termini della relazione tra potere amministrativo e diritto soggettivo individuale, richiede il chiarimento di una questione decisiva: la spiegazione del perché e del come l'ordinamento possa proteggere interessi individuali contro, e, quindi, a preferenza degli interessi di cui, d'altra parte, demanda la cura all'Amministrazione; e che, se non altro per questo solo fattore, non possono non dirsi pubblici. Il problema deve essere risolto, con la considerazione già ripetutamente accennata fin dalla *Introduzione*, della grande ambiguità del concetto di «pubblico», e della molteplicità delle possibili articolazioni di questo carattere.

Che può inerire con diversa intensità a diverse componenti anche strutturali dell'ordinamento generale. «Pubblico» è, per definizione, e con la massima pregnanza, anzitutto lo Stato: nella interezza della sua personalità giuridica. Ma anche, e, anzi, prima ancora, l'ordinamento generale che, appunto, da esso prende il nome. Però, pure, e con pari sicurezza, sebbene già con una notevole parzialità, la «sua» Amministrazione. Come è pubblica l'Amministrazione globalmente intesa: comprendendo nel suo insieme anche quella non statale. E, da ultimo, perfino i suoi singoli enti (v., di questo Capitolo 4, la Sezione I, dedicata a *I soggetti di diritto amministrativo*). La medesima aggettivazione, dunque, ricorre ugualmente in riferimento a tutti questi fattori, pur se sono così diversi; ma anch'essa, allora, non può non avere, di volta in volta, toni e significati ben differenti.

Soprattutto, il carattere «pubblico» non può che graduarsi diversamente, in correlazione ai diversi livelli normativi dell'ordinamento cui si ricollega: nel senso che le norme di un livello subordinato, come le leggi rispetto alla Costituzione, e i regolamenti rispetto alle leggi, sono in funzione di interessi i quali, per quanto siano tutti del pari genericamente «pubblici»,

non possono che essere di rilievo minore di quelli in funzione dei quali si pone il livello normativo sovraordinato (v., sempre dell'*Introduzione*, il par. 3).

Questi nessi si atteggiavano in modo particolare nel rapporto tra le norme di un dato ordinamento e i relativi soggetti. Le Amministrazioni sono soggetti dell'ordinamento generale. Ma non sono i soli: perché sono parimenti soggetti di esso anche quelli privati. E, allora, la legislazione di tale ordinamento, che le soggettività, le capacità giuridiche di tutti i suoi soggetti riconosce o attribuisce, definendole e commisurandole, non può che porsi come la sintesi che politicamente ha prevalso, degli interessi di loro tutti. Con l'inevitabile implicazione che anche agli interessi delle Amministrazioni, per quanto pubblici, per quanto collettivi, per quanto superindividuali, deve necessariamente assegnare un ruolo di interessi solo di «parte»: di parte di un tutto; di parte, perché è di un tutto.

È così, allora, che può essere sciolta la questione affrontata: perché deve risultare ormai ovvio, che anche gli interessi di tali Amministrazioni, pur «pubblici», collettivi e superindividuali, ad un certo punto non prevalgono più, non possano prevalere più su quelli dei soggetti privati; oltre un certo punto, siano e debbano essere loro addirittura subordinati. In nome dei superiori interessi «pubblici» in funzione dei quali si pone la legislazione che dà assetto giuridico ai rapporti tra i titolari degli uni e degli altri: perché può dare questo assetto a questi rapporti di questi soggetti pubblici e privati, solo componendo in una sintesi superiore i loro contrastanti interessi.

Questa osservazione consente di chiarire meglio in che senso gli interessi individuali nei confronti dell'Amministrazione ricevono una tutela assoluta quando l'ordinamento li protegga sostanzialmente come diritti soggettivi: col rilievo che tale tutela è sì tale, ma solo nei confronti degli interessi «pubblici» soggettivati nelle Amministrazioni; solo nei loro confronti. Perché non lo è affatto, viceversa, nei confronti dei superiori interessi «pubblici» cui corrispondono gli assetti legislativi. Sono questi più elevati interessi, sono questi correlati assetti a definirla e ad assicurarla: ponendola in loro funzione. E tali interessi, tali assetti sono sempre mutevoli, in corrispondenza della costante mutevolezza delle valutazioni politiche che esprimono: di volta in volta ridefinendo le soggettività individuali rispetto a quelle pubbliche, e viceversa. E sempre mantenendole tutte in funzione propria: almeno, nei limiti nei quali esse non possano vantare basi addirittura costituzionali, e comunque a livelli in ogni caso superiori a quello legislativo dell'ordinamento medesimo.

20. Segue; in particolare: l'interesse legittimo

Se, dunque, è in questi termini che va ricostruito il concetto di diritto soggettivo individuale nel suo rapporto col potere dell'Amministrazione,

discorso opposto va fatto per l'interesse legittimo. Quando un interesse individuale è giuridicamente protetto nei confronti dell'Amministrazione solo come tale, e non come un diritto soggettivo; quando, cioè, esso non è protetto nel modo assoluto che si è detto, nei confronti degli interessi pubblici che l'Amministrazione medesima deve curare, la conseguenza rispetto alla sua rilevanza giuridica è inequivoca: la sua sorte è condizionata da questi. Cui viene così subordinato: nel senso che l'Amministrazione, curandoli, può sacrificarlo ad essi; anche se, ben s'intende, solo in quanto ed entro i limiti nei quali la loro cura lo richieda.

L'Amministrazione, quando agisca giuridicamente per la cura degli interessi pubblici che deve istituzionalmente perseguire, in tale ipotesi, allora, di tale interesse individuale ha la disponibilità. E, per riprendere con segno opposto le parole accennate prima a proposito del diritto soggettivo, una volta che si sia concettualizzata come un potere giuridico la possibilità di agire parimenti giuridico in loro funzione che l'ordinamento generale le attribuisce, la traduzione in termini tecnici di questo assetto sostanziale della disciplina che l'ordinamento medesimo così imprime agli interessi in giuoco è, insieme, facile e obbligata: l'Amministrazione, nel suo ruolo istituzionale, nei confronti di quell'interesse individuale, ha potere. Più precisamente: quell'interesse è entro i limiti del suo potere.

Questa ricomprensione da parte dell'ordinamento generale, degli interessi legittimi individuali nell'ambito dei poteri che attribuisce all'Amministrazione, d'altra parte non implica affatto che essi risultino privi di protezione sostanziale. Perché, come si sottolineò accentuatamente nell'*Introduzione* (v. il par. 3), l'ordinamento generale medesimo, riconoscendo o istituendo le Amministrazioni, definendo le loro soggettività e capacità con l'attribuzione dei loro poteri pubblicistici o di diritto comune, imprime loro un essenziale carattere funzionale. Per il quale tutte le loro scelte nell'esercizio di tali poteri, devono sempre porsi in funzione, anche se con intensità entro certi limiti variabile, degli interessi pubblici per la cui cura quei poteri stessi sono stati loro assegnati o riconosciuti: se non addirittura loro medesime sono state istituite o riconosciute. In particolare, per il quale i modi di tale esercizio, dopo essere stati circoscritti dall'esterno dalle norme dell'ordinamento generale che riconoscono o attribuiscono alle Amministrazioni tali poteri, e comunque li delimitano, sono ulteriormente regolate da disposizioni normative: legislative, statutarie o regolamentari, attinenti soprattutto all'organizzazione dell'Amministrazione, e ai procedimenti mediante i quali può arrivare ad adottare i suoi provvedimenti. E, ancora ulteriormente, dalle norme parimenti giuridiche anche se non formulate in tali disposizioni, le quali regolano le scelte discrezionali: che la giurisprudenza ha individuato,

quando ne ha colto la violazione mediante la costruzione e lo sviluppo del vizio di eccesso di potere; vizio, che pur concretando un uso genericamente cattivo di discrezionalità, è sempre di legittimità, e non di merito. Insomma, da tutte quelle norme, formulate o meno in disposizioni di livello primario o secondario, che, nella prospettiva della teoria istituzionale, si è proposto di ascrivere all'ordinamento particolare dell'Amministrazione (v. il par. 3 dell'*Introduzione*): con un maggiore approfondimento il cui accoglimento, peraltro, non è indispensabile per la chiarezza e la condivisibilità del ragionamento.

In conclusione, allora, l'interesse legittimo è una situazione giuridica soggettiva sostanziale che l'ordinamento generale non protegge prioritariamente rispetto agli interessi pubblici di cui demanda all'Amministrazione la cura; che, perciò, con le proprie norme di definizione dei poteri che le assegna a tal fine, ricomprende nei loro limiti; la cui sorte, quindi, è devoluta alle sue scelte nel loro esercizio; ma che, ciò nonostante, è protetta ugualmente già sul piano sostanziale, sia pure in questo diverso modo: perché l'Amministrazione, esercitando tali suoi poteri, è vincolata all'osservanza delle ulteriori norme funzionali cui è specificamente assoggettata. Con questi significati deve essere intesa la frase di G. MIELE secondo la quale «Nell'*interesse legittimo*...la posizione di vantaggio è la risultante delle norme che impongono al titolare di un potere l'osservanza di date modalità e condizioni nell'esercizio di esso; niente di più e di diverso»⁽⁸⁾.

L'importanza dell'interesse legittimo nel diritto amministrativo, non è data solo dalla circostanza per la quale un'intera componente del nostro sistema di giustizia amministrativa, tutta la giurisdizione amministrativa è stata organizzata per dargli tutela, appunto, giurisdizionale; anche se questo fattore sarebbe già di per se sufficiente. Giacché, anzi, esso sembra, più che una causa, un effetto: della grande rilevanza che questa particolare situazione soggettiva ha già sostanzialmente. Perché esso, se è il riflesso della normazione ulteriore cui specificamente l'Amministrazione è subordinata, della normazione che regola l'esercizio, e solo l'esercizio dei suoi poteri, si giova di tutto lo sviluppo e di tutta la complessità di questa: che, come si è visto, è imponente; tanto che poter essere configurata addirittura come un ordinamento giuridico distinto da quello generale, anche se da esso derivato: e sia pure in una prospettiva comprensibile solo all'interno della teoria istituzionale del diritto, e condivisibile nei limiti entro i quali la si condivide.

Questo fattore può spiegare anche un altro aspetto del concetto di interesse legitti-

⁽⁸⁾ *Principi di diritto amministrativo*, 2ª ediz., Padova 1952, pag. 56.

mo: il suo radicamento nella sola dottrina del diritto amministrativo. Vi sono stati tentativi per estenderne l'applicabilità anche ad altri rami del diritto, e, in particolare, al diritto privato ⁽⁹⁾. Ma, sembra, senza grandi risultati. La scarsità dei quali, dal punto di vista di tale dottrina, appare quasi scontata: perché solo nel diritto amministrativo esiste una normazione di tanta vastità e articolazione, che disciplini l'esercizio dei poteri «altrui», nel senso precisato dalla riportata frase di MIELE; la cui distinzione della normale trama delle norme che regolano i rapporti intersoggettivi sia, per di più, scandita con tanta nettezza.

L'interesse legittimo, d'altra parte, è una situazione sostanziale di vantaggio protetta soltanto in questo modo indiretto, che può dirsi tale solo entro limiti ben precisi: solo in quanto alle norme funzionali che vincolano l'esercizio dei poteri dell'Amministrazione, possa riconoscersi carattere giuridico. Tra le varie argomentazioni che si potrebbero portare a sostegno di questa notazione, se ne addurrà una sola: il richiamo della matrice concettuale della nozione di interesse legittimo. Questa, come si è già accennato, è stata elaborata e progressivamente definita per costruire come una situazione giuridica soggettiva l'interesse individuale che può trovare tutela nella giurisdizione amministrativa generale di legittimità: nella quale il provvedimento è giudicato per quel che riguarda la sua legittimità, la sua sola legittimità; anche se il sindacato che lo investe ivi svolto, comprende la sussistenza o meno in esso pure del vizio di eccesso di potere. Ora, un tratto certo e comunemente condiviso del concetto di legittimità del provvedimento, è, appunto, la giuridicità delle norme alla cui stregua questa va valutata.

Però, come verrà esposto più ampiamente nella pertinente parte di questo *Manuale*, non hanno questa natura tutte le norme cui l'Amministrazione si deve conformare nell'esplicazione della sua discrezionalità: perché essa deve tenere conto pure di regole di convenienza, buona Amministrazione, e così via, la cui giuridicità non è, o non è stata ancora individuata dalla giurisprudenza. Tanto che questa espunge tutte le loro violazioni da parte delle scelte amministrative discrezionali, dal relativo sindacato del giudice amministrativo, che sia di sola legittimità. E le confina nel sindacato sul merito: nei pochi casi nei quali i ricorsi amministrativi, e ancor più raramente quelli giurisdizionali siano estesi fino a ricomprenderlo.

Agli interessi individuali protetti indirettamente solo dal dovere dell'Amministrazione di osservare queste ulteriori regole non giuridiche, pur tuttavia non si può negare una qualche rilevanza giuridica sostanziale: in

⁽⁹⁾ Cfr. le osservazioni di CANNADA BARTOLI, voce *Interesse (dir.amm.)*, *Enc. dir.*, vol. XXII, pagg. 24, 25, col richiamo, tra gli altri scritti, della monografia di BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967.

parallelo, anche se ad un livello ben più basso, di quella notata per l'interesse legittimo; tanto più che per la loro tutela sono apprestati i pur scarsi e secondari ricorsi suddetti. La loro denominazione, comunque, è varia; qui si preferisce il termine di «interessi (solo) amministrativamente protetti»⁽¹⁰⁾. Ma la questione terminologica, come sempre, non ha grande rilevanza, quando sia chiara la sostanza della figura che in tal modo si vuole richiamare.

Da essi, devono rimanere ben distinti altri interessi che un provvedimento può eventualmente ledere: quelli che non sono protetti neppure in tale debole forma. Perché l'ordinamento non li soggettivizza giuridicamente come una situazione di vantaggio, appunto, soggettiva. Oppure perché non li collega giuridicamente al potere dell'Amministrazione di cui tale provvedimento fosse espressione. Di qui la loro irrilevanza giuridica. E la loro denominazione come interessi di (mero) fatto; o anche, talvolta, come interessi semplici. Pur se possano coesistere perfettamente col carattere pienamente giuridico, e perfino totalmente vincolante, delle norme che l'Amministrazione deve osservare, nell'adozione di quel provvedimento stesso.

Se sono varie, come si vede, le classificazioni che si possono tracciare tra gli interessi individuali in vario modo rilevanti nei confronti dei poteri dell'Amministrazione e del loro esercizio, non mancano le distinzioni che si possono delineare anche all'interno degli interessi legittimi veri e propri. Qui, per brevità, se ne comincia ad accennare solo ad una, che è particolarmente importante, e che è necessario acquisire subito al ragionamento, per poterlo proseguire con maggiore chiarezza: quella tra interessi legittimi c.d. «*oppositivi*», e interessi legittimi c.d. «*pretensivi*».

Ricorrono i primi, quando il soggetto era già titolare di una situazione giuridica di vantaggio, sacrificata dal provvedimento contro il quale, appunto, «si oppone»: l'esempio più chiaro è quello del proprietario, nei confronti dei provvedimenti variamente ablativi del suo bene. Come il diritto soggettivo del proprietario, finisca con l'atteggiarsi come un interesse legittimo nei confronti dei poteri dell'Amministrazione di cui questi costituiscono esercizio, lo si spiegherà nel paragrafo 22, quando si sottolineerà la relatività dell'una e dell'altra posizione. Ma fin da ora è da sottolineare un aspetto di questi complessi assetti che, peraltro, già sembra evidente: tale interesse legittimo oppositivo del proprietario, è situazione soggettiva da doversi tenere distinta da tale diritto soggettivo.

Ricorrono i secondi, quando il soggetto, appunto, «pretende» di acquisire una situazione di vantaggio di cui non è titolare. Più esattamente, non lo

⁽¹⁰⁾ SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 15ª ediz., Napoli 1989, pag. 138.

è ancora: perché, appunto, aspira ad acquisirla; e dovrebbe poterla acquisire, come effetto costitutivo del provvedimento, rispetto alla cui emanazione asserisce che il suo interesse sia addirittura legittimo: perché protetto dalle norme che regolano l'esercizio del corrispondente potere dell'Amministrazione. Anche a proposito di questo interesse legittimo pretensivo, deve essere accennata una notazione simmetrica a quella sopra svolta a proposito dell'interesse legittimo oppositivo. Esso è situazione giuridica soggettiva che deve essere tenuta ben distinta da quella che il provvedimento eventualmente positivo attribuirà all'istante: la quale avrà natura sostanziale di diritto soggettivo, sia pure quasi sempre prettamente di diritto amministrativo e non civile, come si è delineato nei precedenti paragrafi 4 e 5. Questo è ovvio. Meno evidente, peraltro, è che tale interesse legittimo è situazione giuridica soggettiva da tenere altrettanto ben distinta dall'aspettativa a quella eventualmente costituita dal provvedimento favorevole: la quale aspettativa è piuttosto omologa a quest'ultima.

La confusione dell'aspettativa della situazione giuridica soggettiva che sarà costituita da un eventuale provvedimento favorevole, con l'interesse legittimo pretensivo ad un corretto esercizio da parte dell'Amministrazione del potere di cui tale provvedimento è espressione, deriva da un equivoco assai diffuso, nel quale è caduta anche SS.UU. 500/99, assai nota per la sua affermazione che, in linea di principio, pure la lesione degli interessi legittimi potrebbe essere risarcibile. Eppure, la nettezza e la certezza della distinzione dell'interesse legittimo oppositivo dalla situazione giuridica soggettiva che l'opponente vuole salvare, dovrebbero suggerire con altrettanta evidenza l'esigenza di una simmetrica distinzione dell'interesse legittimo pretensivo dalla situazione giuridica soggettiva costituita dall'aspettativa della situazione potenzialmente da acquisire *ex novo*. Chi nella concettualizzazione di queste vicende e di questi assetti preferisce adottare la prospettiva della teoria istituzionale e nella pluralità degli ordinamenti giuridici, tende a definire gli interessi legittimi, oppositivi o pretensivi che siano, come situazioni giuridiche soggettive protette sostanzialmente da norme dell'ordinamento amministrativo. E se non si può dubitare che i diritti soggettivi difesi dal titolare degli interessi oppositivi siano situazioni giuridiche soggettive appartenenti all'ordinamento generale, si deve arrivare alla conclusione che solo nel quadro di quest'ultimo siano delineabili le aspettative del titolare di interessi pretensivi.

21. Segue; in particolare: la risarcibilità della lesione degli interessi legittimi

Si è discusso a lungo se la lesione di un interesse legittimo da parte dell'Amministrazione, fosse o no risarcibile.

Per decenni la Cassazione ha fermamente negato la sua risarcibilità: fino ad una sentenza che ha acquistato subito la massima notorietà, ossia la appena richiamata SS.UU. 500/99. E questo suo originario atteggiamen-

to negativo, era fortemente criticato dalla dottrina di gran lunga maggioritaria, che, viceversa, quella risarcibilità auspicava vivacemente da tempo.

Non bisogna credere, tuttavia, che la precedente giurisprudenza restrittiva della Cassazione impedisse sempre il ristoro del pregiudizio causato, almeno indirettamente, da un provvedimento illegittimo; solo illegittimo, cioè, nel senso che il sindacato su di esso rientra nella giurisdizione amministrativa generale di legittimità. La Cassazione, infatti, quando un provvedimento del genere incide su un diritto soggettivo, quando, quindi, questo viene ad atteggiarsi come un interesse legittimo di tipo oppositivo, teneva sì ferma la necessità della sua previa impugnazione davanti al giudice amministrativo; ma rilevava che la sua decisione di accoglimento del ricorso annulla il provvedimento con effetto retroattivo: nella situazione giuridica che ne deriva, cioè, esso è come non fosse mai stato emanato. Conseguentemente, la Cassazione notava che il diritto soggettivo leso riemerge *ex tunc*; ed è questo diritto soggettivo, la situazione giuridica che aveva in realtà pregiudicato l'Amministrazione; e lo aveva pregiudicato, sottraendo al titolare il bene, col suo comportamento di esecuzione dell'atto illegittimo. Per questo pregiudizio, la Cassazione accordava già il risarcimento, risolvendo così positivamente, nella sostanza, il problema della risarcibilità della lesione degli interessi legittimi, almeno di quelli oppositivi. Ma non li considerava risarcibili in quanto tali; perché arrivava alla conclusione soddisfattiva delle pretese risarcitorie dei loro titolari, attraverso i diversi passaggi logici indicati, e che, per chiarezza, è meglio ricapitolare: tali pretese dovevano essere azionate di fronte al giudice civile, ma potevano esserlo solo dopo che l'interessato aveva impugnato davanti al giudice amministrativo il provvedimento al quale si ricollegano, ottenendone l'annullamento con effetto *ex tunc*; la posizione soggettiva lesa dal provvedimento che aveva inciso sul diritto soggettivo, si doveva considerare conseguentemente, con valutazione *ex post*, che non avesse mai perso il carattere di diritto soggettivo pieno; il suo pregiudizio solo indirettamente andava ricondotto al provvedimento annullato, perché derivava immediatamente non da un atto, ma da un comportamento di fatto dell'Amministrazione (per esempio, nel caso tipico di un provvedimento ablativo di un bene, che fosse solo illegittimo, l'occupazione materiale del bene stesso), che, rispetto a tale provvedimento, si sarebbe presentato semmai come sua esecuzione.

Nella prospettiva di questo orientamento giurisprudenziale, e della vivace opposizione ad esso da parte della dottrina quasi totalitaria, un episodio assai importante della vicenda che si descrive, è costituito dalla emanazione della l. 19 febbraio 1992, n. 142, disposizione per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alla Comunità

europea (legge comunitaria per il 1991), il cui art. 13 disciplinava le conseguenze della violazione da parte dell'Amministrazione, delle norme comunitarie in materia di affidamento di appalti pubblici. La disposizione aveva confermato che i danni provocati da tale violazione all'impresa concorrente alla gara, sono risarcibili; né poteva essere diversamente, dal momento che è stringente in questo senso il vincolo comunitario, anche se questo lasciava (e lascia) agli ordinamenti nazionali la determinazione dei modi nei quali la domanda risarcitoria può trovare tutela giurisdizionale. A questo proposito, il legislatore italiano aveva anche ribadito che questa domanda rimaneva nella giurisdizione del giudice ordinario; ma pure che l'attore doveva aver prima ottenuto l'annullamento dell'atto lesivo da parte del giudice amministrativo: aveva mantenuto, cioè, l'onere per l'interessato di intentare due diversi processi, per ottenere soddisfazione della sua pretesa, conservando a quello amministrativo il carattere pregiudiziale. Infine, rimaneva il problema della definizione della situazione giuridica così lesa; e, al riguardo, la giurisprudenza e la dottrina pressoché totalitarie rimanevano sulla scia dell'orientamento tradizionale, secondo il quale, nei confronti del vincolo dell'Amministrazione all'osservanza delle norme di diritto interno sul procedimento di contrattazione c.d. a evidenza pubblica, l'impresa concorrente potrebbe vantare solo situazioni di interesse legittimo: rinunciando, così, a esplorare la possibilità che la loro formulazione in disposizioni ora comunitarie, avesse mutato la natura di quelle posizioni, elevandole a diritto soggettivo pieno. Pur da questa base di partenza comune, la dottrina e la giurisprudenza, specie della Cassazione, proseguivano la loro divaricazione: la prima vedeva nella nuova norma, la consacrazione legislativa della piena risarcibilità degli interessi legittimi, almeno in linea di principio; la seconda, considerava la medesima norma come speciale, e, quindi, derogatoria al principio generale, che rimaneva sempre quello secondo il quale la lesione degli interessi legittimi non sarebbe risarcibile; principio, di cui, anzi, proprio in tale disposizione, vedeva la conferma, per la sua specialità.

Il successivo, importante episodio della vicenda descritta, fu costituito dall'emanazione del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (in forza della delega disposta dalla l. 15 marzo 1997, n. 59, art. 11, comma 4°, lett. g), i cui artt. 33 e 34 hanno devoluto alla giurisdizione del giudice amministrativo (che avevano qualificato come esclusiva, ma con una estensione di cui Corte cost. 17 luglio 2000, n. 292 ha affermato l'incostituzionalità per eccesso di delega), le controversie in materia di servizi pubblici, di edilizia e di urbane; e che hanno attribuito a questo giudice, pure il potere, in tali materie, di «...disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto» (art. 35, comma 1°, che, altresì, col comma

5°, ha abrogato «...l'art. 13 della l. 19 febbraio 1992, n. 142, e ogni altra disposizione che prevede la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi nelle materie di cui al comma 1°»). Va particolarmente sottolineato che questa norma ha definito il danno provocato dall'Amministrazione, che è risarcibile, con l'aggettivo «ingiusto»; ha adottato, cioè, la stessa formula che leggiamo nell'art. 2043 c.c.: questo, ormai, deve così ritenersi come la fonte regolatrice della responsabilità aquiliana; come la fonte di questa responsabilità, che anche espressamente ha acquistato carattere del tutto generale: ossia, valevole per tutti i soggetti, non solo privati ma anche pubblici, dell'ordinamento.

È nel nuovo quadro dei riparti di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, secondo il quale è diventato questo, ed ha cessato di essere quello il giudice per così dire istituzionale sulle pretese risarcitorie nei confronti dell'Amministrazione, che va considerata la già citata, decisiva sentenza delle Sezioni unite della Cassazione, 22 luglio 1999. n. 500. Questa, anzitutto, analizza la precedente giurisprudenza della medesima Corte, interpretandola nel senso che aveva già avuto una certa evoluzione a favore della risarcibilità della lesione degli interessi legittimi (in quanto tali, ossia al di fuori della ricostruzione sopra delineata). E, poi, conclude sostenendo che i tempi sono ormai maturi per affermare che gli interessi legittimi sono divenuti situazioni la cui lesione è risarcibile, col superamento dell'opposto principio precedentemente difeso; ma limitandone la risarcibilità alle sole ipotesi nelle quali dalla lesione dell'interesse legittimo, consegua pure «...quella dell'interesse al bene della vita al quale...secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo».

Si può ritenere che, in definitiva, la Cassazione ha fatto propria la soluzione auspicata dalla dottrina, secondo la quale anche gli interessi legittimi sono risarcibili. E un ulteriore fattore che corrobora questa conclusione, è costituito dall'art. 7 della l. 21 luglio 2000, n. 205 (emanata, a botta e risposta, per «ratificare» gli artt. 33, 34 e 35 del d.lgs. 08/98, in quanto dichiarati incostituzionali per eccesso di delega da Corte cost. 17 luglio 200. n. 292): questo articolo, confermando il comma 4° dell'art. 35 del d.lgs. 80/98 (che, poi, a sua volta riscriveva l'art. 7 della legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali, n. 1034/71), e ribadendo che al giudice amministrativo spettano ormai i poteri di condanna risarcitoria, ha lasciato cadere l'aggettivo «esclusiva» aggiunto alla sua giurisdizione; quindi, glieli ha confermati in tutta l'estensione della sua giurisdizione medesima, compresa quella di legittimità; presupponendo, così, ed anzi disponendo per implicito, che sia risarcibile la lesione delle posizioni soggettive che vi trovano tutela: gli interessi legittimi, appunto.

Nella valutazione degli esiti della vicenda descritta, si devono accennare questi rilievi. Deve considerarsi che sicuramente, e molto opportunamente, è divenuto diritto positivo, la risarcibilità della lesione di una gamma di posizioni individuali nettamente più ampia di quella delle situazioni che tradizionalmente si definivano come diritti soggettivi. Rimane aperto il problema teorico, relativo alla precisazione dei profili dogmatici di questa evoluzione. Si potrebbe ancora discutere, cioè, se la risarcibilità della lesione di quelle più numerose posizioni derivi dall'accettazione del nuovo principio secondo il quale anche la lesione degli interessi legittimi è divenuta risarcibile. Oppure se la risarcibilità sempre di quelle più numerose posizioni consegua da una più profonda loro trasformazione sostanziale: esse, omai, sono percepite come diritti soggettivi pieni: per una loro evoluzione intrinseca, della quale lo stesso bisogno della risarcibilità della loro lesione, appare essere indice sicuro; con l'ulteriore conseguenza che tale loro lesione parrebbe derivare, piuttosto che direttamente dal provvedimento illegittimo, da un comportamento di fatto che vi si ricolleghi.

Comunque, è facile questa previsione: sarà la futura casistica giurisprudenziale, sicuramente anch'essa evolutiva, che dovrà selezionare i casi nei quali gli interessi sostanziali sottesi alle situazioni giuridiche soggettive violate, siano tali che il danno provocato dalla loro lesione possa essere ritenuto oppure no come «ingiusto» ai sensi dell'art. 2043 c.c.; si preferisca definire tali medesime come diritti soggettivi, oppure come interessi legittimi.

22. Provvedimenti sfavorevoli e diritti soggettivi

Fissati così i tratti generali delle situazioni giuridiche individuali, nel loro rapporto con i poteri dell'Amministrazione, è opportuno accennare a qualche altro rilievo su alcuni dei maggiori problemi che vi si ricollegano.

Sicuramente, il grande sviluppo della giurisdizione amministrativa esclusiva (v. il paragrafo 3 dell'*Introduzione*, e, soprattutto, la parte di questo *Manuale* dedicata alla *Giustizia amministrativa*), nonché l'affermarsi del principio della risarcibilità della lesione degli interessi legittimi (v. il precedente paragrafo 21), hanno ridotto la rilevanza della distinzione di questi dai diritti soggettivi; peraltro, questa è stata parzialmente ripristinata da Corte cost. n. 204/04 che ha ridimensionato tale giurisdizione esclusiva. Ma essa appare tuttora assai importante, soprattutto come strumento concettuale indispensabile per la ricostruzione dei rapporti sostanziali da Amministrazione e altri soggetti, e delle diversità del loro

atteggiarsi. Inoltre, la medesima distinzione è tuttora rilevante, per tracciare il riparto tra la giurisdizione del giudice ordinario, e quella del giudice amministrativo, al di fuori delle materie di giurisdizione esclusiva di questo come si è detto, ora circoscritto. Ma non solo: tale distinzione ha ancora rilievo, per delimitare le situazioni giuridiche la cui lesione sia risarcibile: come si è detto nel precedente paragrafo 21, la giurisprudenza della Cassazione era ferma nel ritenere che sia tale la violazione dei soli diritti soggettivi, e non anche quella degli interessi legittimi; è vero che essa, con la sentenza SS.UU 500/99 ha cambiato orientamento; ma anche questa pronuncia afferma che è risarcibile la lesione non di tutti gli interessi legittimi, ma solo di quelli aventi un determinato carattere sostanziale; e, quindi per lo stabilire se la lesione di una data situazione è o no risarcibile, è tutt'altro che indifferente il fattore se essa sia un interesse legittimo o un diritto soggettivo.

Inoltre, la nozione di interesse legittimo è tuttora da utilizzare, per distinguere quegli interesse individuali che siano così configurati sul piano sostanziale, dagli altri interessi individuali che, come si è visto, sono protetti sostanzialmente in modo più debole, oppure sono giuridicamente addirittura irrilevanti: al fine di individuare e circoscrivere la situazione giuridica sostanziale, legittimante al ricorso al giudice amministrativo (che non può essere meno consistente dell'interesse legittimo); almeno, per quel che riguarda la sua giurisdizione generale di (sola) legittimità.

Per dare maggior concretezza e precisione alle definizioni già delineate dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, peraltro, il ragionamento non può più essere unitario: deve articolarsi in relazione alle principali classificazioni prima accennate, dei poteri dell'Amministrazione cui tali situazioni giuridiche soggettive si correlano.

Per quel che riguarda, dunque, in primo luogo, le situazioni giuridiche individuali che si contrappongono ai poteri dell'Amministrazione di emanare provvedimenti sfavorevoli, la premessa di queste ulteriori osservazioni è posta in modo indiscutibile dalle conclusioni prima tratte: i provvedimenti che ne sono espressione, vengono a incidere su posizioni individuali di vantaggio cui non si può non riconoscere carattere di diritto soggettivo pieno. Si consideri il potere ablativo per eccellenza: quello di esproprio; non si dubiterà, allora, che sia di diritto soggettivo, e, anzi, del diritto soggettivo parimenti per eccellenza, la posizione proprietaria nei confronti della quale il relativo provvedimento produce il suo effetto tipico.

Ma, allora, l'analisi già del primo gruppo dei poteri dell'Amministrazione da esaminare, proprio di questo primo gruppo di questi poteri, fa risaltare subito come critico, quel passaggio del ragionamento che prima era parso tanto decisivo: l'affermazione della contraddittorietà della sussistenza contemporanea in ordine ad un dato bene, di un potere dell'Amministrazione

e di un diritto soggettivo individuale. Giacché tali poteri hanno per oggetto l'oggetto stesso di diritti: giacché il potere di espropriazione ha per oggetto l'oggetto stesso del diritto di proprietà.

La contraddizione può essere sciolta, con l'osservazione che il diritto soggettivo, come del resto l'interesse legittimo, sono situazioni giuridiche che non hanno valore assoluto: sono solo relative. Nel senso che si definiscono solo all'interno di una relazione: in particolare, della relazione con uno specifico potere amministrativo ⁽¹¹⁾. Così, non è logicamente contraddittorio delineare una data situazione giuridica soggettiva come protetta dall'ordinamento generale in modo assoluto, ossia come diritto soggettivo, per certi aspetti; e, per altri, solo subordinatamente agli interessi pubblici la cui cura è demandata all'Amministrazione, e ai poteri unilaterali e imperativi che a tal fine il medesimo ordinamento le attribuisce: ossia, come un interesse legittimo. Non è contraddittorio, quindi, configurare, per esempio, la proprietà, come un diritto soggettivo, e perfino come il diritto soggettivo per eccellenza, sotto tutti i profili altri che quello della sua relazione col potere di espropriazione: ossia, tranne che per questo profilo.

Che la qualificazione delle situazioni giuridiche individuali non possa essere che relativa, nel senso ora accennato, deve risultare evidente già sulla base di una osservazione del tutto banale: ciascuna di esse può essere oggetto di una pluralità di poteri amministrativi. Per esempio, i beni di proprietà privata sono oggetto, oltre che del potere di espropriazione, anche, tra gli altri, dei poteri di requisizione, di occupazione di urgenza a carattere temporaneo (in artt. 71 e ss. della legge generale sulle espropriazioni per pubblica utilità 25 giugno 1865 n. 2359), di occupazione d'urgenza preordinata all'espropriazione, ecc.; senza contare i poteri urbanistici di determinazione dell'uso del suolo, e quelli a tutela delle cose di interesse artistico e storico, il cui esercizio da parte dell'Amministrazione ha l'effetto di limitarne sotto vari aspetti la disponibilità.

La relatività delle situazioni soggettive individuali rispetto ai poteri dell'Amministrazione, va analizzata soprattutto in riferimento al rapporto di una sola di queste situazioni con uno solo di questi poteri: ricostruendo l'assetto che gli ha impresso l'ordinamento generale, quando ha attribuito ai rispettivi soggetti l'una e l'altro, fissando la loro reciproca delimitazione. Talvolta, peraltro, con questa variante: che la sovrapposizione del potere al diritto, è disposta da tale ordinamento, non come insita nella delimitazione originaria che imprime loro; ma come (eventuale) soprav-

⁽¹¹⁾ Per la soluzione del problema indicato, si segue la teoria della relatività delle posizioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo, che G. MIELE ha sostenuto in vari scritti; v., in proposito, anche per le indicazioni bibliografiche, A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano 1975, specialmente pagg. 203 e ss.

venienza, in conseguenza del sopraggiungere (o anche della sopravvenuta mancanza), di un dato presupposto.

L'esempio più chiaro di questa eventualità, e anche meno dubbio perché si basava su una giurisprudenza della Cassazione allora consolidata, si aveva, fino al 1998, proprio nel rapporto del potere di espropriazione col diritto di proprietà; perché sarebbe un atto che sopravviene nel corso della procedura espropriativa, ormai del resto quasi sempre solo implicitamente, a subordinare a fini pubblici la protezione sostanziale altrimenti assoluta, dell'interesse del proprietario. Sarebbe la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera per la cui costruzione l'Amministrazione deve disporre di un immobile di proprietà privata, che fonderebbe il suo potere di espropriarlo; con la conseguenza che le controversie sugli atti dell'Amministrazione che vi si basassero, sarebbero sfuggite alla giurisdizione civile, per rientrare in quella amministrativa, del resto di sola legittimità.

Tuttavia, l'art. 34, comma 1°, del d.lgs. 80/98 ("ratificato" dall'art. 7 della l. 205/00), ha esteso la giurisdizione amministrativa esclusiva, agli "*...atti, i provvedimenti e i comportamenti delle Amministrazioni pubbliche... in materia urbanistica ed edilizia*"; e l'interpretazione della norma vi aveva fatto rientrare anche le controversie in materia di espropriazione (ad esclusione, per esplicita previsione legislativa, di quelle relative alla determinazione e corresponsione dell'indennità). Così che le distinzioni sopraccennate avevano perso rilevanza, almeno ai fini della individuazione del giudice avente giurisdizione al riguardo: sicuramente era quello amministrativo, perché, come si è detto, la sua giurisdizione in materia è diventata esclusiva.

Senonché, la più volte citata sentenza della Corte cost. n. 204/04, ha espunto dalla disposizione riportata la parola "*... comportamenti...*". Così che le distinzioni suddette dovrebbero avere riacquisito una certa rilevanza, anche se al momento è troppo presto per poterla definire con esattezza, per la determinazione del giudice avente giurisdizione quando l'Amministrazione operi, appunto, in via di fatto: come avviene nelle ipotesi di c.d. *occupazione acquisitiva* e *occupazione usurpativa* (per la loro definizione, si rinvia alla parte di questo *Manuale* dedicata all'espropriazione).

Ad ogni modo, anche se, e in quanto, nel rapporto con uno specifico potere dell'Amministrazione, un diritto soggettivo non possa, o non possa più dirsi tale, esso mantiene il suo carattere di protezione assoluta che l'ordinamento generale accorda al relativo interesse individuale, non solo in tutte le sue relazioni con tutte le situazioni giuridiche dei soggetti di diritto comune; ma anche nei confronti dell'Amministrazione medesima: in tutte le sue manifestazioni, in tutte le sue attività giuridiche o di fatto, che a quel potere non possano ricollegarsi. E ciò, anche nell'ipotesi che si pone come più problematica, e che, per questo, dà luogo ad un maggiore contenzioso: quella nella quale tali attività, del ricollegarsi a tale potere abbiano almeno parvenza; o l'intenzione: se fosse possibile attribuire ad un ente motivazioni psicologiche.

Rientrano in questa ipotesi, anzitutto, i casi nei quali un provvedimento corrisponda in molti suoi elementi agli elementi di un potere, ma se

ne discosti almeno per uno: almeno per uno si collochi oltre i limiti che l'ordinamento generale assegna a questo potere stesso. Sia adottato, cioè, per questa ragione, in "carenza di potere". Per esempio, un decreto di espropriazione emanato da un ente le cui attribuzioni sono lontanissime dalla materia; o anche, sembra, in forma solo verbale; e, almeno secondo la giurisprudenza della Cassazione prima ricordata (peraltro anteriore all'estensione al riguardo della giurisdizione amministrativa esclusiva, poi ridimensionata da Corte cost. n. 204/04, richiamata tra poche righe), senza una previa dichiarazione di pubblica utilità, o dopo che siano scaduti i termini in essa fissati.

Ma nella medesima ipotesi rientrano anche i casi di comportamenti di fatto, che avrebbero dovuto trovare base in provvedimenti addirittura mai adottati. Per esempio, una occupazione di fatto di un'area di proprietà privata, che l'Amministrazione abbia compiuto senza la previa emanazione di un decreto di autorizzazione all'occupazione d'urgenza, che altrimenti la avrebbe legittimata: rispetto al quale, anzi, si sarebbe atteggiata come sua legittima esecuzione.

Anche in questa ipotesi, comunque, ricorre quella conseguenza processuale che si ricollega a tutte le altre più macroscopiche violazioni di un diritto soggettivo, il quale, però, seguiti a rimanere tale: il suo titolare che ne chieda tutela giurisdizionale, deve utilizzare quella garantita dal giudice ordinario: meglio, doveva: fino a che il già citato art. 34 del d.lgs. 80/98, "ratificato" dall'art. 7 della l. 205/00, ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le materie dell'edilizia e dell'urbanistica. A questo intervento legislativo, e alla parziale riemersione della situazione precedente, in seguito a Corte cost. 204/04, si è già accennato. Qui si deve aggiungere che questi riferimenti ai provvedimenti espropriativi, e ablativi in genere, mantengono ancora la loro validità non solo come illustrazione del ragionamento teorico proposto (esso si ancora delineabile in generale), ma anche e ancor più per la ricostruzione sul piano sostanziale del corrispondente rapporto tra Amministrazione espropriante e espropriando.

23. Provvedimenti sfavorevoli e interessi legittimi

Nei confronti di provvedimenti dell'Amministrazione che siano espressione di un potere di cui non superano i limiti, per contro, esplica intera la sua rilevanza giuridica il principio già precisato: per il quale, già prima della loro emanazione, il diritto soggettivo inciso non può atteggiarsi come tale nel suo rapporto con quel potere medesimo. E il suo titolare, allora, contro tali provvedimenti, non può, o non può più rivolgersi al

giudice ordinario: che, su di essi non ha, o non ha più giurisdizione. Questo non significa affatto, peraltro, che tale titolare, nei confronti di tali provvedimenti, della sua situazione soggettiva di vantaggio, non abbia, o non abbia più protezione sostanziale; e, conseguentemente, tutela giurisdizionale.

Sul piano sostanziale, infatti, giuoca qui in pieno il carattere funzionale dell'autonomia dell'Amministrazione, già tante volte rilevato. Per il quale, i suoi provvedimenti non solo non devono eccedere i limiti dei poteri di cui sono espressione: devono anche porsi in funzione degli interessi pubblici per la cui cura l'ordinamento generale glieli ha attribuiti. Ossia, devono rispettare l'ulteriore normativa che ne disciplina l'esercizio: le disposizioni legislative, statutarie e regolamentari aventi questo oggetto; e anche i criteri che la giurisprudenza qualifica giuridici, i quali regolano l'esplicazione della discrezionalità che da esse eventualmente residuasce. Il titolare di quella situazione di vantaggio, allora, riceverebbe la protezione sostanziale di questa, che deriva dal dovere dell'Amministrazione di esercitare il potere che vi incide, con l'osservanza di tutta tale ulteriore normativa; anche se godrebbe solo di questa protezione relativa, e non di quella assoluta. Secondo le considerazioni prima esposte, cioè, manterrebbe tale sua situazione, che, sul piano sostanziale viene protetta come un interesse legittimo: almeno come un interesse legittimo. Del quale potrebbe sempre chiedere tutela giurisdizionale: contro i provvedimenti che la ledessero da un lato, e che, dall'altro, violassero una qualsiasi delle norme funzionali suddette. Ma, stavolta, dovrebbe utilizzare quella garantita, viceversa, dal giudice amministrativo.

I diritti soggettivi che si contrappongono a provvedimenti sfavorevoli dell'Amministrazione, quando i relativi poteri abbiano lo stesso loro oggetto, nei loro confronti si atteggianno, dunque, come interessi legittimi. Si è identificata, quindi, una prima categoria di interessi legittimi: quella che in tali diritti trovano fondamento ⁽¹²⁾. E che questi interessi legittimi trovino fondamento addirittura in diritti soggettivi, è fattore tutt'altro che irrilevante per il loro completo regime giuridico: perché tale loro base acquista rilievo sotto vari profili.

Tra gli altri, in primo luogo, quello che forse era già il più importante, prima della sentenza della Cassazione S.U. 500/99: la risarcibilità dei danni che al loro titolare avesse arrecato un provvedimento che, pure, del potere di cui fosse esercizio non eccedesse i limiti ⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ Almeno per questa categoria di interessi legittimi, quindi, pare incontrovertibile la tesi che CANNADA BARTOLI ha sostenuto in termini generali, nello scritto dal significativo titolo *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, Riv. trim. dir. pubbl., 1953, 334.

⁽¹³⁾ Sotto questo profilo, merita di essere di nuovo già ricordata qui la vicenda relativa alla

Certo, il titolare dell'interesse leso da un provvedimento così giuridicamente qualificabile, contro di esso, non potrebbe vantare un diritto soggettivo pieno: perché non lo poteva vantare già contro il potere di cui è espressione. Né, conseguentemente, per ottenere tutela giurisdizionale potrebbe rivolgersi al giudice ordinario: giacché egli potrebbe solo affermare che tale provvedimento viola norme giuridiche soltanto funzionali all'interesse pubblico. Tale titolare, perciò, contro tale provvedimento, come contro il potere di cui è espressione, potrebbe vantare contro solo un interesse legittimo, e, conseguentemente, per ottenere tutela giurisdizionale, dovrebbe rivolgersi al giudice amministrativo.

Ma se questo ritenesse fondato il suo ricorso, annullerebbe il provvedimento suddetto. Con questa importante implicazione: l'attività dell'Amministrazione, in particolare il suo comportamento di fatto (per esempio, l'occupazione di un bene privato sulla base di una espropriazione illegittima), non potrebbe più essere considerato legittimato da un provvedimento che potesse essere ritenuto espressione di un suo potere.

Tale sua attività, tale suo comportamento, allora, verrebbero a incidere non più su di un interesse legittimo, ma su un diritto: su suoi aspetti sotto i quali si atteggia, seguita ad atteggiarsi come tale. Se si vuole, dopo la decisione di annullamento del giudice amministrativo, demolitoria di quel

determinazione del risarcimento di espropriazione illecita-allegittima, descritta poche pagine sopra.

Come si è accennato nel precedente paragrafo 15, la determinazione della indennità per l'espropriazione di aree fabbricabili è disciplinata dall'art. 5bis inserito nel d.l. 11 luglio 1992, n. 333, dalla relativa legge di conversione 8 agosto 1992, n. 359, la cui applicazione porta ad un ammontare dell'indennità stessa nettamente inferiore alla metà del valore che i terreni espropriati avrebbero sul mercato.

Il comma 65 dell'art. 1° della l. 28 dicembre 1995, n. 549, misure di razionalizzazione della finanza pubblica, aveva esteso la disciplina suddetta anche alla determinazione del risarcimento del danno subito dal proprietario dell'area edificabile per la sua perdita in seguito ad illecito commesso dall'amministrazione (ciò che può avvenire se l'area stessa era stata occupata già originariamente in via di fatto, o in base ad un decreto di occupazione d'urgenza al quale non abbia seguito un decreto di esproprio, o in altri casi ancora, quando su di essa sia stata costruita un'opera pubblica).

La Corte costituzionale, con la sentenza citata, tuttavia, ha dichiarato la illegittimità costituzionale di tale disposizione, pur avendo ammesso che il legislatore non è costituzionalmente vincolato a prevedere che l'entità del risarcimento equivalga al pregiudizio subito dal danneggiato, costituisca cioè una sua riparazione integrale: perché ha affermato, tra l'altro, che comunque è in violazione del principio di uguaglianza, parificare l'indennità per una espropriazione lecita, al risarcimento del danno subito per appropriazione di fatto illecita.

A questa sentenza della Corte costituzionale, il legislatore ha risposto quasi immediatamente con l'art. 3, comma 65°, della l. 23 dicembre 1996, n. 662, misure di razionalizzazione della finanza pubblica art. 3, comma 65°. La nuova disposizione ha aumentato la misura del risarcimento del danno, rispetto a quella dell'indennizzo, aggiungendovi un 10% (e togliendovi una sottrazione del 40%, di cui qui non si può parlare in dettaglio). E Corte cost. 30 aprile 1999, n. 148, la ha dichiarata non incostituzionale, malgrado quello che potrebbe essere considerato un vizio di fondo della sua impostazione: il fattore di base per il calcolo del risarcimento da espropriazione illecita, rimane pur sempre costituito dall'ammontare dell'indennità per espropriazione lecita, in contraddizione con l'affermata eterogeneità delle due ipotesi.

provvedimento, questo diritto riemergerebbe nella sua pienezza. Si sarebbe aperta la strada, così, ad una successiva azione risarcitoria: naturalmente, allora davanti al giudice ordinario (oggi, direttamente davanti al giudice amministrativo). Che la Cassazione pacificamente riteneva fondata. Che la aveva già ritenuta fondata, senza contraddire alla sua precedente consolidata giurisprudenza ricordata nel precedente paragrafo 21, secondo la quale sarebbe stata risarcibile solo la lesione dei diritti soggettivi, e non anche quella degli interessi legittimi.

Inoltre, la base in diritti soggettivi degli interessi legittimi di questa prima categoria, ne determina il contenuto e la direzione: essi tendono al mantenimento delle situazioni di vantaggio che il loro titolare già ha; di situazioni di vantaggio, peraltro, che possono essere pregiudicate da provvedimenti espressione di poteri cui sono sottoposte. Tali interessi legittimi, allora, si contrappongono a tali poteri e a tali provvedimenti. Perciò, come si è già accennato (par. 20), è diventata di uso comune la loro denominazione come di interessi legittimi "oppositivi".

Per i quali, d'altra parte, è più efficace la tutela giurisdizionale che il nostro sistema di giustizia amministrativa assicura loro. Il nostro processo amministrativo tipico, infatti, come si è già accennato, è di annullamento: l'effetto essenziale della decisione giurisdizionale amministrativa che sia di accoglimento del ricorso, è la demolizione del provvedimento così impugnato; demolizione che, per di più, ha effetto retroattivo. Ora, l'annullamento di un provvedimento che aveva disposto di un diritto, già di per sé dovrebbe ripristinare la precedente situazione giuridica, per di più con effetto *ex tunc*: l'annullamento di una espropriazione, per esempio, già di per sé restaura il diritto di proprietà, come se non fosse mai venuto meno. E aprire la strada al ripristino pure della situazione di fatto: alla restituzione del bene, cioè, nell'esempio ora indicato; almeno in linea di principio: anche se, di solito, solo in linea di principio. Ma, in ogni caso, il proprietario che non riuscisse a recuperare il suo bene, secondo l'eventualità in pratica di gran lunga più frequente, allora potrebbe esperire una fondata azione risarcitoria, una volta, successivamente, davanti al giudice ordinario, ed ora, contestualmente, davanti a quello amministrativo.

24. Provvedimenti sfavorevoli e gli interessi diffusi, collettivi e di associazioni

La legittimazione al ricorso al giudice amministrativo, almeno nella sua giurisdizione generale di legittimità, peraltro, è assicurata dal nostro sistema di giustizia amministrativa, solo a tutela di interessi legittimi che siano davvero tali: nel senso, come si è prima precisato (v. la parte conclusiva

del precedente par. 20), che questi sono configurabili, solo quando siano giuridiche le norme dal dovere alla cui osservanza da parte dell'Amministrazione sono relativamente garantiti. Perché esse, come si è già accennato, se si risolvessero solo in criteri di buona Amministrazione, di convenienza, ecc., cui non potesse essere riconosciuta giuridicità in senso proprio, non potrebbero avere questa rilevanza: potrebbero proteggere interessi individuali sul piano sostanziale, sempre di riflesso, ma solo ancora più debolmente: come c.d. interessi amministrativamente protetti; che, poi, sono tutelabili, oltre che con alcuni ricorsi amministrativi, con quello al giudice amministrativo, soltanto nei pochi e recessivi casi nei quali la sua giurisdizione sia estesa anche al merito.

Soprattutto, si devono richiamare qui le considerazioni allora svolte, circa l'esigenza, per la configurabilità dell'interesse legittimo, che l'interesse individuale sia giuridicamente soggettivizzato dall'ordinamento; e dall'ordinamento giuridicamente connesso con un potere dell'Amministrazione. Considerazioni che, qui, devono essere adattate alle particolarità degli interessi legittimi oppositivi: nel senso che vanno riferite ai caratteri delle situazioni di vantaggio su cui questi si basano.

Spesso vi sono interessi individuali che sono rilevanti con sicurezza solo in fatto; ma di cui è problematica la loro definizione pure come situazioni giuridiche soggettive. Anzitutto, gli interessi che, pur essendo individuali, sono comuni ad una generalità di soggetti: i c.d. interessi diffusi, che possono essere bene esemplificati da quelli degli abitanti di una intera zona, al mantenimento della fruizione di particolari assetti del territorio, o di particolari condizioni ambientali favorevoli. E quelli che sono comuni almeno agli appartenenti ad una intera categoria: i c.d. interessi collettivi, che possono essere bene esemplificati da quelli degli iscritti ad un albo professionale, al mantenimento degli spazi e dei livelli garantiti alla loro professione, contro ampliamenti della competenza di iscritti ad altri albi, per così dire contigui, o addirittura di quelli non iscritti ad alcun albo. In ambedue le ipotesi, s'intende, nei confronti di poteri amministrativi e di conseguenti provvedimenti che quegli assetti e quelle condizioni, quegli spazi e quei livelli pregiudichino.

Inoltre, la moltiplicazione dei soggetti individuali cui pertengono medesimi interessi, provoca la manifestazione di fenomeni associativi, molto frequenti specie da un paio di decenni: stimola alla formazione di strutture, che, in forme molto diverse, e, in particolare, con stabilità, e con propagazione e radicamento territoriali molto vari, colleghino tali soggetti, e si diano carico esse, in loro sostituzione o supporto, del perseguimento degli interessi loro comuni. Giacché, come è intuitivo, un'azione così organizzata a tutela di questi, è molto più facile e meno onerosa di quella che altrimenti graverebbe solo sul singolo. Ma l'esistenza di questo fenomeno,

e ancor più questo suo sviluppo, viene a porre, e a moltiplicare, altri problemi di configurabilità delle situazioni giuridiche soggettive: di configurabilità come tali, della protezione da parte dell'ordinamento, dell'interesse del quale le associazioni suddette si facciano così portatrici in proprio: in quanto ne siano, o comunque ne possano diventare titolari esse medesime, e non solo i loro associati.

Il più frequente angolo visuale dal quale tutti questi problemi emergono, è la delimitazione della situazione giuridica soggettiva legittimante al ricorso al giudice amministrativo (di sola legittimità). Anche se il tema, perciò, dovrà essere trattato soprattutto nella parte di questo *Manuale* dedicata alla *Giustizia amministrativa*, è indispensabile accennare qui ad alcune osservazioni in proposito, sia pure in stretto raccordo con quello che allora sarà precisato: a quelle concernenti i profili che più intrinsecamente sono legati al piano del diritto sostanziale. Ed in relazione agli interessi legittimi ora più particolarmente descritti: agli interessi legittimi oppositivi; perché è soprattutto in connessione con questi, che tali profili acquistano rilevanza. Pur se si ricolleghino comunque alla figura dell'interesse legittimo in generale: e, perciò, possano emergere, talvolta, anche in connessione con gli altri interessi legittimi, di tipo pretensivo.

La rilevazione anche della giuridicità della pertinenza soggettiva di determinati interessi fattualmente individuali, e la precisazione della loro sottoposizione ad un potere dell'Amministrazione, dalla quale deriva la loro protezione come interessi legittimi, sono operazioni logiche che appartengono al piano del diritto sostanziale. E da condursi sulla base degli assetti, appunto sostanziali, che l'ordinamento imprime agli interessi e alle posizioni in giuoco. I quali sono tutt'altro che fissi e immutabili: che, al contrario, sono in continua evoluzione. E non solo per le variazioni delle specifiche disposizioni nei quali fossero formulati: anche, e ancor più, per i riflessi di trasformazioni dell'atteggiarsi dell'ordinamento in sue componenti anche apparentemente remote; e di qui, quindi, anche suo complessivo. E per le evoluzioni della cultura che l'ordinamento medesimo, con questi suoi atteggiamenti e con le loro mutazioni, viene a esprimere; ma anche attraverso la quale viene ricostruito dall'interprete: solo attraverso la quale dall'interprete può venire ricostruito.

In questi decenni, si è accentuata la percezione della pertinenza soggettiva anche giuridica di larghe gamme di interessi individuali precedentemente considerati di mero fatto, e dei loro nessi parimenti giuridici con poteri dell'Amministrazione. Questo orientamento, peraltro tutt'altro che comunemente condiviso, ha riguardato soprattutto gli interessi prima ricordati: quelli dei soggetti insediati in una data zona, al mantenimento delle sue caratteristiche urbanistiche e ambientali, nei confronti dei poteri dell'Amministrazione di determinare l'uso del territorio, e di promuovere o

regolare attività che anche di riflesso possano pregiudicare l'ambiente. E questo orientamento si è sviluppato soprattutto attraverso dibattiti dottrinali e contrasti giurisprudenziali: senza interventi definitivi del legislatore. Fortunatamente: perché questo, quando non opera con gli strumenti suoi propri di determinazione di discipline oggettive, fa quasi sempre solo del nominalismo.

Tocca all'interprete, e solo all'interprete, infatti, valutare se un interesse individuale di fatto, sia anche protetto sul piano sostanziale dall'ordinamento come una situazione giuridica soggettiva: e, quindi, nei confronti dell'esercizio di un potere di disporre che attribuisce all'Amministrazione, come un interesse legittimo. Anche se con valutazioni che, ben s'intende, può condurre alla stregua, e solo alla stregua, di quelle discipline oggettive: la cui determinazione è riservata solo all'ordinamento medesimo. E anche se con risultati nei quali non può non rimanere sempre insopprimibile un certo grado di opinabilità.

Le conseguenze di tali loro risultati sul piano della tutela giurisdizionale, d'altra parte sono del tutto scontate: al titolare di un interesse di fatto che dovesse essere qualificato anche come legittimo, spetterebbe comunque la legittimazione a ricorrere al giudice amministrativo, in base gli artt. 24, 103 e 113 Cost. Ed una disposizione legislativa che, viceversa, gliela precludesse, sarebbe incostituzionale: per contrasto con queste disposizioni di livello superiore.

Mentre al titolare di un interesse che dovesse essere considerato solo di mero fatto, tale legittimazione, viceversa, dovrebbe essere negata. Almeno, in linea di principio. Ossia, a meno che il legislatore, come talvolta è accaduto, non sia intervenuto con disposizioni speciali, attribuendo in particolari ipotesi a determinati soggetti, normalmente di tipo associativo, una legittimazione processuale indipendente da una problematica titolarità di una corrispondente situazione sostanziale da tutelare.

Il legislatore, infatti, se non è intervenuto nominalisticamente sul piano sostanziale, su quello delle tutele giurisdizionali ha però attribuito alcune volte con norme esplicite legittimazioni processuali del genere. Tra i vari esempi che si potrebbero addurre, si citeranno solo quelli più noti e importanti. Per quel che riguarda la legittimazione processuale così attribuita a singoli individui, così, si può citare l'art. 31, nono comma, della legge urbanistica 17 agosto 1942, n. 1150, nel testo modificato dalla l. 6 agosto 1967, n. 765: "Chiunque può...ricorrere contro il rilascio della licenza edilizia in quanto in contrasto con le disposizioni di leggi o dei regolamenti..."; che la giurisprudenza ha interpretato nel senso che tale legittimazione, malgrado che la norma sia stata formulata in modo così generalizzante, in realtà va circoscritta solo a chi è insediato stabilmente nella zona nella quale dovrebbe eseguirsi la nuova costruzione. E, per quel che riguarda la legittimazione processuale così attribuita a soggetti collettivi, si può richiamare l'art. 18, quinto comma, della legge 8 luglio 1986, n. 349, istituzione del ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambien-

tale, che la prevede a favore di associazioni di protezione ambientale riconosciute con decreto ministeriale ai sensi del precedente art. 13.

Si può discutere quale sia la effettiva portata di queste norme, come di tutte le altre dello stesso genere. Ma non pare opinabile che essa debba essere determinata secondo una rigida alternativa: del resto già intuibile sulla base delle precedenti considerazioni.

L'interprete che arrivasse a ricostruire già sul piano sostanziale come situazioni giuridiche soggettive e come interessi legittimi quelli di tali soggetti individuali o collettivi, dovrebbe riconoscere loro la legittimazione processuale come conseguente da questo solo fattore: indipendentemente da una disposizione che la attribuisse loro, o dalla sua abrogazione; e, come si è detto, dovrebbe considerare incostituzionale una norma che a loro la negasse. In caso contrario, dovrebbe definire tale loro legittimazione, come strettamente di derivazione legislativa: prodotta solo da un intervento del legislatore sul piano delle tutele giurisdizionali, e solo nei limiti della formulazione della norma così emanata. Intervento, d'altra parte, che non sembra essere costituzionalmente precluso. La legittimazione che attribuisce, peraltro, sarebbe priva di fondamento sul piano del diritto sostanziale. Con l'implicazione che cadrebbe, se venisse abrogata la disposizione che la avesse disposta: senza che questa sua abrogazione possa far sorgere fondatamente questioni di costituzionalità.

25. Provvedimenti favorevoli, diritti soggettivi e interessi legittimi. Le situazioni costituite dalle concessioni

Le altre situazioni giuridiche soggettive che occorre ora considerare, sono quelle che si contrappongono, stavolta, ai provvedimenti favorevoli e ai poteri di cui questi sono espressione; e le considerazioni da svolgere al riguardo, devono essere ulteriormente articolate: secondo che tali poteri e provvedimenti siano di carattere autorizzatorio oppure di carattere concessorio.

L'esposizione risulterà più chiara se comincerà da questi ultimi, perché le situazioni soggettive che vi si riconnettono, rispetto a quelle già delineate, contrapposte ai poteri e ai provvedimenti sfavorevoli, presentano le maggiori analogie da un lato, e, dall'altro, le più nette contrapposizioni.

Quanto alle analogie, si noterà che le situazioni giuridiche soggettive costituite da provvedimenti di tipo concessorio, presentano tratti simili a quelli delle analoghe situazioni privatistiche pregiudicate da provvedimenti sfavorevoli. Si era riconosciuto che la concettualizzazione delle situazioni giuridiche soggettive è dovuta soprattutto alla dottrina del diritto privato (v. i precedenti paragrafi 2 ss.). Ma si era subito affermato che, ciò nono-

stante, la sua applicabilità non può essere circoscritta a questo solo diritto: deve essere estesa alla ricostruzione dell'intero ordinamento generale di cui esso fa parte, e, quindi, anche al suo diritto pubblico in genere, e al suo diritto amministrativo in particolare.

Conseguentemente, devono essere configurate nei medesimi termini, le protezioni sostanziali che l'ordinamento generale accorda agli interessi individuali nel diritto amministrativo: anche se siano propri solo di questo diritto, e non anche di quello comune; e pure se, quindi, vengano tutelate con tratti in qualche misura peculiari. Non solo: anche le situazioni soggettive che ne risultano, possono e devono essere qualificate del pari addirittura come di diritto soggettivo pieno. Naturalmente, ad una precisa condizione: quando della corrispondente figura privatistica presentino i caratteri sotto questo profilo essenziali; in particolare, quando anche esse si presentino tutelate in modo assoluto, rispetto ai poteri dell'Amministrazione, e salvo la loro relatività, rispetto a qualcuno di essi, e dei provvedimenti che ne siano leciti, anche se illegittima espressione (il punto sarà ripreso tra poco). E, invero, devono essere considerate tali, oltre che le situazioni soggettive individuali che con i medesimi caratteri derivino direttamente *ex lege*, anche quelle che sono costituite da provvedimenti, soprattutto quando questi abbiano natura concessoria.

È l'ordinamento generale, e solo l'ordinamento generale che le delinea; e con norme che svolgono lo specifico ruolo di dare assetto a rapporti giuridici intersoggettivi. E che le tipizza; del resto, in correlazione alle tipizzazioni che imprime ai poteri che attribuisce all'Amministrazione, e ai provvedimenti da questi espressi, da cui esse derivano.

Anche nei confronti di tali situazioni giuridiche soggettive, di tali diritti soggettivi, d'altra parte, l'ordinamento generale attribuisce all'Amministrazione poteri di emanare provvedimenti sfavorevoli: sia di annullamento, di revoca o comunque di eliminazione, dei provvedimenti concessori che le avevano costituite; che di decadenza, di risoluzione e simili, i quali investano direttamente i rapporti che ne erano derivati, e, quindi, quelle situazioni medesime.

Con questa precisazione: solo raramente i poteri di adottare provvedimenti sfavorevoli, che l'ordinamento attribuisce all'Amministrazione nei confronti di situazioni soggettive di vantaggio di diritto privato, sono i medesimi di quelli che possono riguardare le simili situazioni peculiari del diritto amministrativo: giacché essi sono modellati secondo troppo intrinseche correlazioni con le prime.

D'altra parte, l'ordinamento può prevedere per l'Amministrazione, altri e specifici poteri negativi nei confronti delle situazioni soggettive di vantaggio derivanti da provvedimenti concessori: in correlazione altrettanto intrinseca con queste; in particolare, con la specifica loro matrice. Perché tali situazioni derivano da provvedimenti, e ineriscono

al rapporto che ne consegue: almeno, quando perduri nel tempo. E l'ordinamento, quindi, può attribuire all'Amministrazione poteri particolari nei confronti dell'atto che le costituisce, in quanto ne è l'autorità emanante; e nell'ambito del durevole rapporto che ne deriva: perché in questo seguita ad emergere come autorità concedente.

Per queste ragioni, le situazioni giuridiche di vantaggio che la concessione costituisce a favore del concessionario, possono venire pregiudicate soprattutto dai poteri che spettano in generale all'Amministrazione stessa, nei confronti dei propri atti. Perciò, dai poteri di annullamento della concessione per sua illegittimità; e di sua revoca per motivi di pubblico interesse, normalmente sopravvenuti: almeno molto spesso, anche se quasi sempre con limitazioni di vario genere.

Inoltre, all'Amministrazione che costituisce un rapporto che abbia una qualche durata, normalmente l'ordinamento riserva poteri per la sua gestione. E, specificamente, all'Amministrazione che adotta una concessione da cui derivi un rapporto del genere, quello di pronuncia della decadenza di essa. E ciò, anzitutto, per il mutare delle circostanze oggettive nel quadro delle quali fu assentita; in particolare, per la perdita da parte del concessionario di suoi necessari requisiti; ecc. E, poi, per altri poteri dell'Amministrazione specifici per la materia, come quelli di riscatto, di risoluzione, ecc. Si potrebbe continuare nelle esemplificazioni, ma non è questa la sede di questo *Manuale* nella quale si possa scendere a troppi dettagli sul tema.

In ogni caso, peraltro, le situazioni di vantaggio del concessionario, considerate in sé e per sé, come nel loro rapporto con i suddetti poteri dell'Amministrazione, risultano atteggiarsi nello stesso modo nel quale si pongono i diritti soggettivi privatistici, in sé e per sé, come nel loro rapporto con i poteri attribuiti all'Amministrazione medesima, di adottare provvedimenti che li pregiudichino. Nel rapporto tra tali situazioni e tali poteri, in linea di massima sono riscontrabili integralmente, le connotazioni prima rilevate nel rapporto da doversi ora considerare simmetrico, tra le situazioni soggettive di diritto comune, e i poteri amministrativi per esse di segno negativo. In particolare, quella relatività prima sottolineata: per la quale tali situazioni vengono ad atteggiarsi come diritti pieni; ma tranne che nella relazione con tali poteri: perché in essa si atteggianno solo come interessi legittimi.

Da questo loro duplice modo di porsi, secondo i criteri prima delineati, deriva la duplicità e l'alternativa delle giurisdizioni alle quali il loro titolare può chiedere tutela contro i provvedimenti espressione di quei poteri, che le ledano: rispettivamente, la giurisdizione civile o quella amministrativa. O, meglio: derivava. Giacché in questa materia è stato particolarmente esteso l'ampliamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che il legislatore ha disposto: anzitutto, col già ricordato art. 5 della l. 1034/71, istitutiva dei tribunali amministrativi regionali, che, nella sua formulazione originaria, aveva per oggetto le concessioni di beni e servizi pubblici; e, con l'art. 33 del d.legisl. 80/98, "ratificato" dall'art. 7 della l. 205/00, che assorbe le concessioni di servizi

pubblici, nella ben più ampia materia dei “servizi pubblici” in generale, sulla totalità della quale estende la giurisdizione amministrativa esclusiva suddetta (sopprimendo, correlativamente, il riferimento ai “servizi pubblici”, nell’art. 5 della l. 1034/71, la cui portata, nel testo ora vigente, risulta circoscritta alle concessioni dei soli beni pubblici).

Va aggiunto, peraltro, che l’ampia formula di tale art. 33 (e di tale art. 7), è stata incisivamente ridimensionata da Corte cost. n. 204/04, anche se in termini che non possono essere qui precisati, perché di pertinenza di successive parti di questo *Manuale*.

In ogni caso, la Cassazione, già prima della sentenza S.U. 500/99, affermava la risarcibilità della loro lesione (anche se, nell’ipotesi in cui la lesione medesima derivasse da un provvedimento assoggettato al sindacato riservato al giudice amministrativo, attribuiva al giudice civile la giurisdizione per disporla, solo dopo il suo annullamento da parte di esso; per il superamento di questa pregiudizialità, v. il precedente paragrafo 21 di questa stessa sezione, e, soprattutto, la parte di questo *Manuale* dedicata alla *Giustizia amministrativa*). E, anzi, questo già precedente orientamento della Cassazione favorevole alla risarcibilità delle lesioni delle situazioni giuridiche soggettive derivanti da concessioni, è un argomento di non poco conto a favore del loro carattere di diritti soggettivi pieni: dato che lo ha sostenuto già quando ancora negava la risarcibilità della lesione degli interessi legittimi (v., *supra*, il paragrafo 21).

26. Segue. Le aspettative di concessione

Se il massimo dell’analogia con le situazioni giuridiche soggettive privatistiche incise da provvedimenti sfavorevoli può essere rintracciato nelle situazioni giuridiche costituite da provvedimenti concessori, ovviamente già rilasciati, il massimo della contrapposizione con esse deve essere individuato nelle posizioni di chi, viceversa, può solo tendere al loro rilascio. Posizioni che possono essere le più diverse, secondo le varie ipotesi di concessioni e del loro oggetto. Ma che, per essere orientate comunque verso l’ottenimento del provvedimento favorevole, almeno in linea di principio non possono non presentare sempre un profilo: quello di atteggiarsi come un’aspettativa di esso.

Nella ricostruzione dei tratti delle aspettative di concessioni, e, quindi, degli interessi pretensivi che vi si connettono (si riprenderà tra poche pagine l’esigenza che queste due nozioni siano tenute distinte), conviene considerare separatamente due diversi versanti: da un lato, il vincolo dell’Amministrazione ad assentire tali provvedimenti; dall’altro, gli elementi giuridici in cui esse consistono.

Quanto al primo aspetto, il vincolo dell'Amministrazione più rilevante, è quello che si dirà sostanziale: che ha per oggetto, in positivo, l'assenso, o il diniego del provvedimento. Ma ne è individuabile pure un altro, che, in un certo senso, è preliminare: quello, che si dirà strumentale, di valutare se assentirlo o no. Ossia, il c.d. vincolo a provvedere: se in senso positivo o in senso negativo, risulterà dalle valutazioni che l'Amministrazione dovrà compiere in proposito. E poiché i provvedimenti favorevoli, per regola che però ammette qualche eccezione, sono adottati dall'Amministrazione su istanza di quel che sarebbe il loro beneficiario, tale vincolo strumentale generico viene a precisarsi come il vincolo di prendere in considerazione tale istanze, e di darvi comunque una risposta: anche se negativa. Le due ipotesi di vincolo strumentale a provvedere, d'ufficio e su istanza, ben s'intende in generale, e non solo in riferimento alle concessioni, sono ora regolate entrambe dagli artt. 2 e 3 della legge sul procedimento amministrativo 7 agosto 1990, n. 241: che dispone che, in ambedue i casi, l'Amministrazione debba concludere i procedimenti con un provvedimento esplicito, motivato, e adottato entro un termine predeterminato per categorie di essi.

La l. 205/00, a presidio del dovere dell'Amministrazione di provvedere, e, in prospettiva e potenzialmente, di provvedere in senso positivo, ha dedicato una specifica disciplina: l'art. 2, rubricato *Ricorso avverso il silenzio dell'Amministrazione*, applicabile, ovviamente, soprattutto avverso quello che abbia tenuto su una istanza di provvedimento favorevole; la disposizione prevede una procedura particolarmente accelerata, che si può concludere con un ordine di provvedere che il giudice impartisce all'Amministrazione, dalla cui inottemperanza deriva la conseguenza che il giudice stesso nomina un commissario che provveda in suo luogo. Si è dibattuto se il giudice, applicando tale disciplina, debba limitarsi a statuire che l'Amministrazione debba dare una risposta purchessia, riservando ad essa, o, in seconda battuta, al commissario suddetto, ogni valutazione circa il suo contenuto, positivo o negativo; oppure, almeno quando già risulti dagli atti che l'Amministrazione ha anche il dovere sostanziale di assenso di cui ora si dirà, già il giudice medesimo possa dichiarare che essa deve adottare il provvedimento positivo. Il problema è stato risolto secondo la prima e più restrittiva soluzione, da Cons. Stato, *ad. plen.*, 9 gennaio 2002, n. 1.

Per quel che riguarda il vincolo sostanziale dell'Amministrazione ad assentire il provvedimento favorevole, si deve considerare in primo luogo se ad esso possa contrapporsi un vero e proprio diritto soggettivo ad ottenerlo di chi lo ha chiesto. Tuttavia, occorre anzitutto distinguere l'eventuale diritto dell'istante ad ottenere la concessione che richiede, da altri diritti che i soggetti privati possono rivendicare nei confronti dei poteri amministrativi di tipo concessorio: i quali si connettono ai limiti che l'ordinamento pone loro. È evidente, infatti, che si atteggiavano come tali, tutte le posizioni di soggetti privati, su attività e beni che si collochino al di fuori dell'area

soggetta a poteri amministrativi di tale tipo: perché allora appartengono, almeno astrattamente, alla loro sfera giuridica e alla loro autonomia.

Anche i poteri concessori, come tutti i poteri dell'Amministrazione, sono fondati su disposizioni legislative che, attribuendoglieli, li delimitano; e li delimitano, determinando gli assetti delle relazioni intersoggettive implicate. Perché l'essenziale di un potere del genere, come si è visto, sta nell'attribuzione al concessionario di date possibilità di esplicare una data attività considerata come un servizio pubblico, o di usare beni pubblici considerati demaniali o patrimoniali indisponibili, e così via; possibilità che altrimenti a soggetti privati sarebbe preclusa. E, allora, il più significativo dei limiti dei poteri amministrativi di tipo concessorio concerne la delimitazione delle attività, dei beni, dei loro modi di esplicazione e di uso, che possono essere il loro oggetto: giacché al di là di tale limite stesso, comincia l'autonomia, la sfera giuridica che l'ordinamento generale già considera pertinente a quei soggetti privati stessi. Così che, chi neghi che su date attività, su dati beni, o su date loro esplicazioni o usi l'Amministrazione abbia un potere concessorio, viene ad affermare che essi, almeno in astratto, già rientrano in quella sua autonomia, e già appartengono, a quella sua sfera giuridica: contestando la sussistenza nei loro confronti di quel potere, viene a rivendicare la sussistenza nei loro confronti di un proprio diritto soggettivo; va da sé, senza che si possa escludere per ciò solo, che il suo esercizio possa essere sottoposto eventualmente ad un regime viceversa solo autorizzatorio.

D'altra parte, chi richieda all'Amministrazione una determinata concessione, già viene ad ammettere che l'attività, il bene, o quant'altro in ordine al quale la domanda, non appartenga di per sé alla sua autonomia, alla sua sfera giuridica, ma, appunto, possa solo essere oggetto, a suo favore, di un provvedimento avente una così forte connotazione costitutiva. Anche da questo punto di vista, tuttavia, è profilabile un suo diritto soggettivo; ma solo in termini ben diversi: non come una rivendicazione così radicale come quella prima prospettata, di autonomia, di pertinenza alla propria sfera giuridica di attività o beni, ma come affermazione della sussistenza di un vero e proprio obbligo dell'Amministrazione ad assentirgli il provvedimento favorevole richiestole. Effettivamente, talvolta l'ordinamento può imporre ad essa di assentire all'istante la concessione che le ha domandato, in corrispondenza di una protezione assoluta nel senso prima precisato, dell'interesse, o, meglio, dell'aspettativa dell'istante medesimo ad ottenerla. Ed è così che questa potrebbe venire ad atteggiarsi ugualmente come un diritto soggettivo (v., *infra*, la parte di questo *Manuale* dedicata alla *Giustizia amministrativa*).

Ma questa ipotesi ricorre in casi rari, ed appare comunque di problematica definizione. Perché il vincolo sostanziale dell'Amministrazione ad assentire la concessione, quasi sempre si atteggia come correlato non all'interesse o all'aspettativa del richiedente, ma a quelli pubblici che essa deve perseguire: non come un suo obbligo nei confronti del singolo istante, ma come un suo dovere funzionale, nei confronti di tutti i cittadini.

E le regole formulate in disposizioni che disciplinano la sua scelta, allora, si atteggianno come norme di azione riguardanti solo l'esercizio del suo potere, secondo moduli concettuali più volte ricordati: la cui violazione può dare luogo solo all'incompetenza e alla violazione di legge come vizi di legittimità del provvedimento. Anzi: come si è già accennato (v., *supra*, par. 13) di solito (anche se, va sottolineato, non necessariamente), l'esercizio di poteri di tipo concessorio presenta aspetti di discrezionalità; tali disposizioni, cioè, lo disciplinano non totalmente, lasciando dei margini di scelta che l'Amministrazione può compiere con valutazioni di opportunità caso per caso: che sono rette, sotto il profilo giuridico, solo da quei criteri la cui violazione può dare luogo al vizio di eccesso di potere, del pari di legittimità.

È chiaro, dunque che, tranne i casi eccezionali cui si è prima accennato, l'interesse del potenziale beneficiario della concessione ad ottenerla, è protetto giuridicamente sul piano sostanziale dall'ordinamento, solo mediante l'imposizione all'Amministrazione del dovere di osservare tali disposizioni e tali criteri: solo mediante vincoli posti all'esercizio di un potere altrui. Quindi, di nuovo, solo come un interesse legittimo.

Gli interessi legittimi del genere, d'altra parte, sono di segno contrario di quelli prima considerati, nei confronti dei poteri e dei provvedimenti sfavorevoli: che allora si denominarono, secondo l'uso più comune, "oppositivi". Perché non mirano, come questi, alla conservazione di situazioni giuridiche già pertinenti alla sfera giuridica, all'autonomia del loro titolare: opponendosi a poteri e a provvedimenti che le pregiudichino. Ma tendono, viceversa, all'acquisizione di situazioni di vantaggio che ancora non appartengono al loro titolare: che solo l'Amministrazione, esercitando i propri poteri concessori, gli può attribuire; perciò, come si è già accennato (par. 20), nell'uso altrettanto comune, sono denominati "pretensivi". Il loro titolare, tuttavia, nel caso nel quale il provvedimento sulla sua domanda sia negativo, dovrà comunque chiederne tutela giurisdizionale al giudice amministrativo; in ogni caso: anche indipendentemente dalla sussistenza o meno, al riguardo, di una sua giurisdizione addirittura esclusiva.

E la tutela giurisdizionale che il nostro sistema di giustizia amministrativa può loro assicurare, è, o almeno era meno efficace di quella garantita agli altri: come si può dire in sintesi, anticipando la più ampia esposizione al riguardo, che in questo *Manuale* deve trovare luogo, naturalmente, nella parte di *Giustizia amministrativa*. Perché il nostro processo amministrativo, come si è ricordato già più volte, è nato come di tipo annullatorio, anche se attualmente legislazione, giurisprudenza e dottrina sono tese a fargli superare i relativi limiti. Quindi, è perfettamente in grado di demolire l'eventuale provvedimento di diniego di concessione. Ma la sua eliminazione, a differenza di quella dei provvedimenti sfavorevoli in genere, e ablativi in particolare, non è soddisfattiva, in linea di diritto e ancor più in quella di fatto, dell'interesse e dell'aspettativa per la cui

soddisfazione il ricorrente ha agito. Gli interessi "pretensivi", in antitesi a quelli "oppositivi", possono essere soddisfatti solo con l'ulteriore emanazione di un provvedimento positivo: della concessione richiesta; ma l'adozione di questo, peraltro, è riservata all'Amministrazione. E, per il principio di separatezza della giurisdizione dall'Amministrazione, non può, o, forse, non poteva essere disposta direttamente dal giudice amministrativo: almeno, finché questo non fosse arrivato ad operare come giudice dell'ottemperanza ad un proprio precedente giudicato. D'altra parte, come si è più volte ricordato, l'art. 35 del d.lgs. 80/98, "ratificato" dall'art. 7 della medesima l. 205/00, ha attribuito al giudice amministrativo, nelle materie nelle quali ha giurisdizione esclusiva, il potere di disporre "... anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto": e l'art. 7, comma 3°, della legge 1034/71, nel resto ora vigente in seguito alla riscrittura disposta dall'art. 7, comma 4°, della medesima l. 205/00, ha ampliato questo più incisivo potere decisorio del giudice amministrativo, anche per le materie di sua giurisdizione di sola legittimità. Non è escluso, anche se al momento appare quanto meno incerto, che questo, allora, possa utilizzare la nuova norma, almeno in casi estremi, per decidere sul rilascio del provvedimento favorevole, se non addirittura per disporlo, già a conclusione del giudizio di cognizione, senza dover attendere quello per l'ottemperanza al giudicato (come pure si è espressa qualche isolata e radicale pronuncia).

Ma perché il titolare di una aspettativa, di un interesse pretensivo, possa impugnare davanti a tale giudice i provvedimenti che lo pregiudichino, non basta, come si è visto, che sia disciplinato giuridicamente l'esercizio del potere che ha portato alla loro emanazione: occorre anche che l'ordinamento attribuisca a tale interesse una rilevanza giuridica. Ossia, che lo protegga appunto come un interesse legittimo, togliendogli il carattere di interesse di mero fatto. E, cioè, che lo soggettivizzi giuridicamente, e giuridicamente lo connetta a quel potere medesimo. Perché il titolare di una aspettativa di concessione possa impugnare il provvedimento che le neghi soddisfazione, allora, è necessario darle consistenza giuridica anche sotto questo secondo profilo.

D'altra parte, la definizione della aspettativa di concessione, non è operata dal legislatore, almeno con norme generali. E i già richiamati artt. 2 e 3 della legge sul procedimento amministrativo, che, in termini ancor più generali, si riferiscono all'obbligo dell'Amministrazione di provvedere, stabiliscono quali siano i suoi contenuti, ma non determinano quando sorga; e, quindi, ancor meno precisano la posizione giuridica dell'interessato che vi si correla.

Non solo per questa ragione, comunque, è difficile delineare i tratti giuridici della specifica aspettativa di concessione. In proposito, si possono accennare solo alcune considerazioni generiche; e senza indugiare troppo su quelle loro articolazioni, che richiederebbe la gradazione prima accennata del contrapposto dovere dell'Amministrazione di provvedere: da quello solo strumentale a quello addirittura sostanziale. Sicuramente, devono costituire tale aspettativa, i requisiti soggettivi del suo titolare, che

sono richiesti perché la concessione gli sia assentita. Ma non solo: è necessario che essi si inquadrino in un contesto, fattuale e giuridico, nel quale sussistano tutti i presupposti, appunto di fatto e di diritto, che siano ugualmente necessari perché l'Amministrazione possa o addirittura debba provvedere, e provvedere in modo positivo. Tra di questi, va menzionato specialmente il fattore temporale. Talvolta, è l'interessato che ha la scelta del momento nel quale sollecitare la concessione: presentando una propria istanza; ciò che può accadere, per esempio, nelle concessioni di uso di beni demaniali. Ma, più spesso, è la legge, o la scelta viceversa dell'Amministrazione, a fissare i tempi e i periodi nei quali questa possa, o addirittura debba valutare se assentire o meno determinate concessioni, come è la regola per quelle di esercizio di un servizio pubblico; e, allora, la tempestività della istanza anche in questi casi eventualmente necessaria, diventa condizione per il suo accoglimento; se non, addirittura, per la sua stessa presa in considerazione.

È questa relativa scarsa consistenza giuridica della aspettativa di concessione, la ragione per la quale la Cassazione negava la risarcibilità della loro lesione, prima della più volte citata sentenza SS.UU. 500/99; e l'ampliamento più notevole delle situazioni giuridiche la cui lesione è risarcibile, che questa pronuncia ha innovativamente portato, è la risarcibilità, almeno potenziale, della lesione delle aspettative suddette.

Che, però, intende come interessi legittimi di tipo pretensivo; ma, come si è già cercato di chiarire, questa identificazione è l'esito di un equivoco. Non si può confondere l'interesse oppositivo, con la situazione sostanziale, normalmente avente consistenza di diritto soggettivo che con esso si vuole tutelare. E la medesima distinzione va fatta anche per gli interessi pretensivi: correlati, come quelli oppositivi, all'esercizio del potere dell'Amministrazione; perché sono altra cosa da essi, l'aspettativa non tanto del provvedimento favorevole derivante da tale esercizio, ma della situazione soggettiva favorevole, normalmente del diritto soggettivo, che questo atto costituirebbe: aspettativa omologa e correlata a questa situazione favorevole medesima.

27. Autorizzazioni, diritti soggettivi e interessi legittimi

Le situazioni giuridiche soggettive connesse con i poteri e i provvedimenti di tipo autorizzatorio, partecipano ora di quelle connesse con provvedimenti sfavorevoli, ora di quelle connesse con provvedimenti concessori. Perciò, dopo aver svolto le precedenti considerazioni, la loro descrizione può essere compiuta per rapidi richiami di esse, e, quindi, essere assai breve.

Per quel che riguarda le aspettative del titolare del diritto soggettivo di poterlo esplicare liberamente, e gli interessi pretesivi al rilascio delle relative autorizzazioni, devono essere richiamati integralmente i rilievi appena ora accennati, sulle aspettative di concessione, e sugli interessi pretensivi all'esercizio positivo dei pertinenti poteri dell'Amministrazione. In particolare: nei confronti dei vari tipi di vincoli di provvedere che gravano sull'Amministrazione, circa la consistenza normalmente di interesse legittimo della rilevanza che l'ordinamento accorda alla posizione del potenziale beneficiario dell'autorizzazione; e a proposito del suo carattere di interesse legittimo di tipo "pretensivo". Rispetto alla altrettanto normale sussistenza della giurisdizione amministrativa di legittimità sul ricorso di tale potenziale beneficiario, contro provvedimenti che, viceversa, siano di diniego: con le già segnalate relative carenze di effettività della tutela che il giudice amministrativo può assicurare al titolare di interessi legittimi "pretensivi"; e anche nei confronti della vicenda attraverso la quale la Cassazione è arrivata a riconoscere, peraltro tardivamente, la risarcibilità della loro lesione.

Quest'ultimo aspetto richiede qualche approfondimento. Infatti, come si è già notato, la Cassazione, in tanto poteva escludere la risarcibilità dei danni derivanti da un diniego di concessione, in base al principio, che affermava precedentemente, della risarcibilità dei soli diritti soggettivi, in quanto disconoscesse (e disconosca), questo carattere alla relativa aspettative. Ma, come si ricorderà (v., *supra*, paragrafo 12), quando si sono delineati i tratti generali delle autorizzazioni, si era valorizzata la rilevanza giuridica della situazione di base sulla quale esse vengono ad incidere favorevolmente. Si era osservato, cioè, che la facoltà che, secondo la dottrina tradizionale, è condizionata da tale provvedimento, inerisce a posizioni di libertà, di vantaggio in genere, che l'ordinamento prevede già come di pertinenza alla sfera giuridica, all'autonomia del loro titolare; a posizione cui dovrebbe riconoscersi perciò, almeno in linea di principio, natura di diritto soggettivo. L'orientamento secondo il quale la Cassazione negava la risarcibilità dei danni derivanti dal diniego, per esempio, di una autorizzazione di costruzione, o di una autorizzazione al commercio, allora, si sarebbe potuto spiegare solo se si isolasse, per esempio, la facoltà di costruire o di commerciare, dal più comprensivo diritto di proprietà sull'area fabbricabile, e dalla generale libertà di iniziativa economica: escludendo che esse partecipino della natura di queste. L'operazione logica è discutibile; e, comunque, la irrisarcibilità della lesione delle aspettative di autorizzazione era risultato ancor meno soddisfacente della irrisarcibilità della lesione delle aspettative di concessione.

Per quel che riguarda, poi, le nuove situazioni costituite da provvedimenti di tipo autorizzatorio, esse sicuramente hanno natura di diritto soggettivo: in analogia, da un lato, con quelle costituite da provvedimenti di tipo concessorio, e, dall'altro, con le posizioni di base cui ineriscono le facoltà autorizzate, già pertinenti alla sfera giuridica, all'autonomia del

loro beneficiario. E anche se dovessero essere considerate isolatamente da queste. Al riguardo, allora, devono essere richiamate tutte le considerazioni prima svolte, relativamente alle situazioni giuridiche soggettive incise da provvedimenti sfavorevoli: in particolare, a quelle costituite da concessioni. Delle implicazioni allora tratte in proposito, qui se ne deve sottolineare una: la risarcibilità delle loro lesioni; che la Cassazione riconosceva già prima della sentenza SU 500/99: ossia, quando ancora negava la risarcibilità della lesione delle aspettative di autorizzazione.