

SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE DEI PRIVATI

2019

Prof. Andrea Crismani

Posizioni giuridiche soggettiva del privato nei confronti della PA

complesso dei diritti, poteri, obblighi etc. di cui un soggetto giuridico può potenzialmente essere titolare

Le posizioni soggettive si distinguono in attive (o di vantaggio) e passive (o di svantaggio).

Le **situazioni di vantaggio** costituiscono esercizio di libertà o di discrezionalità, mentre le **situazioni di svantaggio** danno luogo a posizioni di assoggettamento, limitative della libertà dell'individuo.

LE POSIZIONI SOGGETTIVE ATTIVE:

I) il diritto soggettivo

II) il diritto potestativo;

III) la potestà;

IV) l'interesse legittimo

V) l'aspettativa;

VI) l'interesse semplice

LE POSIZIONI SOGGETTIVE PASSIVE

I) l'obbligo;

II) l'onere;

III) la soggezione;

IV) il dovere generico di astensione

Il diritto soggettivo è la **posizione giuridica di vantaggio** che l'ordinamento giuridico conferisce ad un soggetto, riconoscendogli determinate utilità in ordine ad un bene, nonché la tutela degli interessi afferenti al bene stesso **in modo pieno ed immediato**.

I DIRITTI POTESATIVI

sono situazioni giuridiche attive che consentono al titolare, mediante una manifestazione unilaterale di volontà, di incidere sulla sfera giuridica di un terzo, senza che questo possa opporsi (es.: diritto di affrancazione dell'enfiteuta, art. 971 c.c.; recesso unilaterale, art. 1373 c.c., diritto di chiedere lo scioglimento della comunione, art. 1111 c.c.). Il terzo quindi si trova in una posizione passiva di soggezione.

LE POTESTA'

rappresentano poteri attribuiti ad un soggetto per la realizzazione di interessi che non fanno capo direttamente a lui: come esempio di tale posizione Soggettiva si ricordi il potere del rappresentante, che può agire e compiere atti giuridici in nome e per conto non proprio ma del soggetto che egli rappresenta (può, ad esempio, acquistare un bene per lui).

La natura di tale posizione soggettiva comporta che chi ne è investito è vincolato alla tutela degli interessi per cui la potestà è attribuita: si parla perciò di potestà-dovere, o *munus*.

L'ASPETTATIVA

è la posizione in cui si trova il soggetto a favore del quale viene maturando un diritto soggettivo. Può essere anche definita come una posizione di attesa cui l'ordinamento attribuisce rilevanza giuridica favorendone la conservazione e l'attitudine a trasformarsi in diritto soggettivo. Tanto è vero che l'art. 1356 c.c. concede al titolare di un'aspettativa il potere di compiere atti conservativi a tutela del diritto sotto condizione sospensiva.

(si pensi ad un'eredità lasciata ad un soggetto a condizione che si laurei: prima della laurea, questi potrà compiere atti conservativi e cautelari del suo diritto).

L'OBBLIGO

può definirsi come il dovere di tenere un comportamento di contenuto specifico che risulti funzionalmente rivolto alla realizzazione di un interesse particolare facente capo ad un determinato soggetto.

Tale dovere è dunque correlato ad un diritto soggettivo altrui, nell'ambito di un rapporto giuridico.

ONERE

si intende il comportamento, imposto ad un soggetto come condizione necessaria per l'esercizio di un proprio diritto.

Ad esempio per poter partecipare ad un concorso pubblico gli interessati avranno l'onere di presentare la relativa domanda entro un certo termine, scaduto il quale il loro diritto decade.

LA SOGGEZIONE

è una posizione giuridica soggettiva passiva, correlativa all'esercizio di un diritto potestativo di cui altro soggetto sia titolare. La soggezione è caratterizzata da un ruolo meramente passivo, in quanto, a differenza del dovere, non richiede una attività di cooperazione o di adempimento.

Dovere giuridico di astensione

consiste nella situazione giuridica di chi si deve limitare a rispettare una situazione di supremazia altrui.

DIRITTO SOGGETTIVO

si intende il potere di agire (“*ágere–licéere*”) riconosciuto ad un soggetto al fine di soddisfare un interesse che l’ordinamento ritiene meritevole di tutela.

Il diritto soggettivo ha come contenuto facoltà, pretese e poteri di varia natura.

DIRITTI RELATIVI E ASSOLUTI

In alcuni tipi di diritti il contenuto si sostanzia soprattutto in una pretesa ad un determinato comportamento da parte del soggetto obbligato, perché l'interesse del titolare si realizza appunto mediante tale comportamento (es. diritto di credito).

In altri casi, invece, come nel diritto di proprietà, assumono prevalente rilievo le facoltà, perché l'interesse tutelato e soddisfatto mediante l'utilizzazione indisturbata del bene (che ne è l'oggetto) da parte del titolare del diritto, mentre la pretesa verso altri soggetti è meramente strumentale rispetto alla facoltà di utilizzazione diretta.

Diritti soggettivi perfetti

sono quelli attribuiti in maniera diretta ed incondizionata al soggetto; il loro esercizio è libero, non condizionato ad alcun intervento autorizzatorio della P.A. la quale non può neppure incidere sfavorevolmente su di essi, comprimendoli o estinguendoli con un proprio provvedimento;

Diritti resistenti – non degradabili (es. salute, immigrazione)

— **diritti soggettivi condizionati**: sono quelli il cui esercizio è subordinato ad un provvedimento amministrativo permissivo (o autorizzatorio) ovvero sui quali la P.A. può incidere sfavorevolmente comprimendoli o estinguendoli con un proprio provvedimento. In relazione a tali due ipotesi avremo dunque, rispettivamente, **diritti in attesa di espansione e diritti suscettibili di affievolimento.**

DIRITTI SOSPENSIVAMENTE CONDIZIONATI

O IN ATTESA DI ESPANSIONE sono quei diritti il cui esercizio è inizialmente limitato da un ostacolo giuridico, per la cui rimozione è necessario un provvedimento amministrativo permissivo (cd. autorizzazione) che, rimuovendo tale ostacolo, consenta al diritto di espandersi ed acquistare la sua pienezza.

È il caso del diritto di edificare sul proprio fondo, per il cui esercizio occorre il rilascio della licenza edilizia (atto autorizzativo) o del diritto all'esercizio della professione, per il cui espletamento occorre l'iscrizione nel relativo albo.

DIRITTI RISOLUTIVAMENTE CONDIZIONATI

sono quei diritti che potenzialmente potrebbero scontrarsi con l'esercizio unilaterale ed autoritativo di una potestà amministrativa, ed affievolire ad interessi legittimi.

La P.A., infatti, nel perseguimento dei suoi fini pubblici può essere, ostacolata dai diritti di privati; in questi casi la legge può attribuire alla P.A. il potere di sacrificare tali diritti individuali a vantaggio dell'interesse collettivo, per cui i diritti stessi, davanti a tale potere, "affievoliscono" ad interessi legittimi.

Così il diritto del proprietario espropriato affievolisce ad interesse legittimo qualora la P.A. eserciti legittimamente il potere di esproprio riconosciuto dalla Costituzione (art. 42) e dalla legge. (NON è del tutto esatto sostenere questa posizione...)

Diritto soggettivo e interesse legittimo

La figura del diritto soggettivo è oggetto di particolare attenzione, al fine di distinguerla da quella dell'interesse legittimo, in quanto la ripartizione della giurisdizione fra il **giudice ordinario** e il **giudice amministrativo**, nelle controversie coinvolgenti la Pubblica Amministrazione è stabilita dalla legge (L. 2248/1865), in base alla natura della *posizione giuridica soggettiva* lesa; infatti:

- se chi agisce è titolare di un **diritto soggettivo** nei confronti della pubblica amministrazione, è tenuto ad adire il **giudice ordinario**, salvi i casi in cui il diritto soggettivo si è costituito in una materia devoluta dalla legge alla competenza giurisdizionale esclusiva del G.A.;
- se chi agisce, invece, è titolare di un **interesse legittimo** nei confronti della P.A., può ricorrere soltanto innanzi al **giudice amministrativo**.

Interesse legittimo

Nasce nel 1889

- **Ledda: è la rifrazione di un fantasma**
- **F. Cordero: è la personificazione di un'ombra**
- **Berti: grande geniale inganno**
- **Nigro: misteriosa e tormentata figura**

L'interesse legittimo è una **situazione giuridica soggettiva di vantaggio**, conferente **la pretesa alla legittimità dell'attività amministrativa**, riconosciuta a quel soggetto che, rispetto ad un dato potere della P.A., si trovi in una particolare posizione differenziata rispetto agli altri soggetti (cd. **posizione legittimante**).

Più precisamente, esso viene definito come la **posizione giuridica soggettiva riconosciuta ai privati grazie alle quale essi incidono sull'attività amministrativa condizionandola, anche attraverso la partecipazione al procedimento per tutelare un bene pertinente alla loro sfera di interessi (NIGRO)**.

È una situazione

- **Giuridica** in quanto si sostanzia in un *potere giuridico* avente la struttura della *pretesa*
- **Soggettiva** in quanto riconosciuta al singolo soggetto a tutela di un suo *interesse materiale*
- **Sostanziale** (storicamente era solo processuale) in quanto preesiste alla eventuale lesione di essa
- **Risarcibile** (fino al 1999 non lo era)
- **Autonoma** rispetto all'azione giurisdizionale derivante dall'eventuale lesione.

I parametri

I **parametri** che caratterizzano la figura dell'interesse legittimo sono:

- la **differenziazione**, cioè è titolare di un interesse legittimo colui che, rispetto all'esercizio di un potere pubblico, si trovi in una posizione differenziata rispetto a quella della generalità degli altri soggetti;
- la **qualificazione**, nel senso che la *norma* preordinata a disciplinare l'esercizio del potere della P.A. per il perseguimento dell'*interesse pubblico primario* ha **indirettamente** preso in considerazione, e quindi protetto, un *interesse sostanziale individuale* connesso o coincidente con l'interesse pubblico.

- Non è solo interesse di ordine processuale
- È una situazione sostanziale
- Interesse di reazione contro il provvedimento
- Ha tutela prima e fuori dal processo
- Già nel procedimento amministrativo o negli strumenti e garanzie da esso concessi

L'interesse legittimo è necessariamente correlato all'esercizio del potere amministrativo, come disciplinato dalla norma cd.di azione: il provvedimento amministrativo subentra comunque, o come oggetto di un'aspirazione (domanda di concessione di suolo pubblico per installarvi un'edicola) o come oggetto di una ripulsa (impugnazione del decreto di espropriazione).

Tipologia

Nell'ambito della categoria degli interessi legittimi, in base **al tipo di interesse materiale protetto (NIGRO)**, si distingue tra:

- **interessi legittimi pretensivi:** si sostanziano in una pretesa del privato a che l'amministrazione adotti un determinato provvedimento o ponga in essere un dato comportamento; collaborativi, stimolano la PA, orienta la scelta al fine di conseguire il fine della vita

— **interessi legittimi oppositivi:**
legittimano il privato ad opporsi
all'adozione di atti e comportamenti da
parte della pubblica amministrazione, che
sarebbero pregiudizievoli per la propria
sfera giuridica.

Contrapposizione, contestazione dell'azione
della PA, compressione del diritto

Una diversa dottrina (GIANNINI) seguita dalla giurisprudenza distingue tra:

- **interesse sostanziale**: considera il momento in cui l'interesse del privato ad ottenere o a conservare un bene della vita, viene a confronto con il potere della P.A. di soddisfare l'interesse o di sacrificarlo;

— **interesse procedimentale**: è l'interesse del privato che emerge nel corso di un procedimento amministrativo. Tali interessi possono essere fatti valere in giudizio al fine di eliminare quegli atti e quei comportamenti preclusivi della prosecuzione del procedimento.

Tutela

- Extraprocedimentale (accesso ai documenti)
- Procedimentale ex l. 241/90
- Amministrativa - ricorsi
- Autotutela – della stessa PA
- Processuale amministrativa di legittimità
- Processuale amministrativa o ordinaria di liceità
- Processuale ordinaria di disapplicazione

procedimentale

- I poteri e le facoltà si esplicano principalmente all'interno del procedimento.
- Doveri comportamentali: buona fede, imparzialità, ragionevolezza, proporzionalità, esatta rappresentazione dei fatti, completa acquisizione degli interessi rilevanti.
- Pretesa affinché PA eserciti il potere

amministrativa

- La tutela amministrativa è attuata dalla stessa amministrazione attraverso un procedimento amministrativo (cosiddetto di secondo grado) instaurato a seguito di un ricorso dell'interessato (ricorso amministrativo)

Ricorsi amministrativi

è l'istanza diretta ad ottenere l'annullamento, la revoca o la riforma di un atto amministrativo con il rispetto delle forme e dei termini previsti dalla Legge.

tipologia

Ricorsi ordinari (ricorso gerarchico ed in opposizione):

- hanno per oggetto un provvedimento non definitivo;
- il ricorso è ammissibile sia per motivi di merito che di legittimità.

Ricorsi straordinari (ricorso straordinario al Presidente della Repubblica):

- hanno per oggetto un provvedimento definitivo (per natura o per legge) ;
- il ricorso è ammissibile solo per motivi di legittimità.

Ricorsi impugnatori:

- hanno ad oggetto un atto amministrativo
- sono di carattere generale

Ricorsi non impugnatori:

- hanno ad oggetto un comportamento
- sono eccezionali ed atipici

ES. ricorsi ai consigli comunali, provinciali e regionali in tema di decadenza dei loro componenti.

giurisdizione amministrativa

è organizzato secondo il modello della doppia giurisdizione, secondo cui:

- il giudice ordinario conosce delle lesioni dei diritti soggettivi con il potere di disapplicare l'atto illegittimo
- il giudice amministrativo conosce delle lesioni dell'interesse legittimo con il potere di annullare l'atto illegittimo

Come si riparisce?

Sono state elaborate varie teorie al riguardo:

- distinzione tra attività di gestione e attività d'imperio;
- distinzione tra attività discrezionale e attività vincolata;
- teoria della domanda ("petitum");
- teoria della norma violata;
- teoria della prospettazione;
- teoria della natura della posizione giuridica ("causa petendi").

Differenze tra interesse legittimo e diritto soggettivo

Grado di protezione:

il diritto soggettivo consta di poteri atti a soddisfare sempre e pienamente l'interesse, mentre l'interesse legittimo è tutelato in via mediata in funzione dell'interesse pubblico.

Forme di protezione:

come detto *supra*

il diritto soggettivo legittima il privato ad ottenere solo condanne reintegratorie o risarcitorie;

l'interesse legittimo legittima:

- a) la richiesta di annullamento al g.a.;
- b) la richiesta di annullamento mediante ricorso amm.vo;
- c) potere di partecipare al procedimento amm.vo;
- d) potere di dare inizio al procedimento amm.vo

L'individuazione della giurisdizione del g.o. o del g.a. secondo il criterio della causa petendi

Tutte le volte che si lamenta il **cattivo uso del potere** dell'amministrazione, si fa valere un interesse legittimo e la giurisdizione è del giudice amministrativo, mentre si ha questione di diritto soggettivo e giurisdizione del giudice ordinario quando si contesta la stessa **esistenza del potere**.

La giurisdizione del giudice amministrativo

- 1) **giurisdizione generale di legittimità**, relativa alla sola conformità dell'atto ai principi e alle norme dell'ordinamento giuridico. Il giudice può solo annullare l'atto ;
- 2) **giurisdizione speciale di merito**, in cui il giudice può sindacare anche l'opportunità e la convenienza dell'atto. Il giudice può annullare l'atto, ma anche riformarlo o sostituirlo in tutto o in parte;
- 3) **giurisdizione esclusiva**, in cui il giudice conosce anche diritti soggettivi.

Le azioni nel c.p.a

Tipicità e atipicità delle azioni nel c.p.a. L'azione di annullamento. L'azione di mero accertamento. L'azione di nullità. L'azione avverso il silenzio della p.a. L'azione di condanna. L'azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto, nei limiti dell'art.31 comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio (art. 34, comma 1, lett. c, c.p.a.) . Giudizio di ottemperanza, giudizio di accesso ai documenti, giudizio sulla sorte del contratto.

Risarcibilità – illiceità

Riconducendo la responsabilità della P.A. al modello aquiliano dell'art. 2043 c.c., **la Cassazione con sentenza n. 500/99 ha escluso**, sul piano dell'elemento oggettivo dell'illecito, **che l'illegittimità dell'atto sia sufficiente a dimostrare la responsabilità** dei soggetti pubblici.

(Più modelli di responsabilità)

A tal proposito, è noto il diverso grado di innovatività di tale pronuncia a seconda del carattere oppositivo ovvero pretensivo dell'interesse offeso.

risarcibilità interesse oppositivo

Nell'eventualità che il potere pubblico incida su un interesse oppositivo – che presuppone, si ricorda, la preesistenza di una posizione giuridica di vantaggio in capo al privato – il GA ha ammesso la risarcibilità del danno subito dal privato derivandolo dalla semplice illegittimità del provvedimento.

In tal caso, infatti, **la lesione dell'interesse alla conservazione del bene implica ex se l'accertamento del danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043 c.c. senza, cioè, necessità di valutazioni ulteriori.**

risarcibilità interessi pretensivi

Per ciò che concerne gli interessi pretensivi, la più volte ricordata sentenza n. 500/99 ha distinto nettamente il piano dell'*illegittimità dell'atto* da quello dell'*illiceità del comportamento* prevedendo espressamente che il giudice, a fronte di una domanda risarcitoria, debba necessariamente effettuare un **giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita**, al fine di valutare la legittimità sostanziale della pretesa del privato.

Poteri del giudice

sorto il problema di verificare se e come il giudice del risarcimento possa sostituirsi, sia pure nell'ottica prognostica, nel valutare la fondatezza della pretesa del privato.

La critica più pregnante si riferisce al fatto che in “in base al principio della separazione dei poteri, tale ricostruzione porterebbe a negare *tout court* il ristoro del privato, data l'impossibilità per il giudice di sostituirsi all'amministrazione nell'effettuare scelte riservate alla sua funzione”.

diversi poteri di cui la P.A. risulta titolare nell'esplicazione delle proprie potestà.

A tal proposito, infatti, **occorre distinguere tra attività *vincolata*, attività *tecnico-discrezionale* ed attività *discrezionale pura*** con la doverosa premessa che il giudizio sulla spettanza muta i caratteri del processo amministrativo trasformando lo stesso da *giudizio sull'atto* a *giudizio sul rapporto*

attività vincolata

qualora l'attività illegittima della pubblica amministrazione concerna **provvedimenti vincolati** il giudice del risarcimento, accertata la sussistenza dei presupposti di legge, può certamente stabilire che, dati specifici presupposti, l'amministrazione avrebbe dovuto accordare il bene della vita.

discrezionalità tecnica

- Per il caso di attività connotata da **discrezionalità tecnica**, in linea con gli ultimi sviluppi giurisprudenziali che hanno sganciato tale tipo di attività dal merito amministrativo, si ammette un sindacato del giudice “intrinseco” benché “debole” e, dunque, non sostitutivo

Segue 2 posizioni contrastanti

TEORIA 1

Per un primo filone interpretativo il giudizio sulla spettanza sarebbe ugualmente precluso, in quanto il giudice non si limiterebbe a censurare la valutazione effettuata dalla P.A., ma compirebbe egli stesso *ex novo* la valutazione tecnica comportando ciò un irrimediabile *vulnus* al supremo *principio della separazione dei poteri*.

TEORIA 2

Altra parte degli interpreti, all'opposto, ammette un simile sindacato, dal momento che, in tal caso, il giudice, lungi dall'incidere sul concreto dispiegarsi dell'attività amministrativa, compirebbe le proprie valutazioni tecniche, con l'ausilio dello strumento della consulenza tecnica – introdotta nel nostro ordinamento già dalla L. n. 205/00 ora contenuta nel Cpa –, al solo fine di accertare la spettanza del ristoro patrimoniale.

più complesso si presenta il giudizio sulla spettanza nel caso di **discrezionalità pura** (ossia **amministrativa**) della pubblica amministrazione dacché, in tal caso, la valutazione del giudice andrebbe ad incidere sul “nocciolo duro” della funzione amministrativa.

In tale evenienza, infatti, ove si ammettesse la possibilità per l'organo giudicante di vagliare scelte che attengono al merito amministrativo (ossia, all'opportunità e convenienza del provvedimento) si verificherebbe un'indebita ingerenza da parte del primo nella sfera esclusiva riservata all'amministrazione: il tutto in aperto contrasto con il noto principio di separazione dei poteri.

Teoria 1

Secondo una prima impostazione il g.a. potrà compiere il giudizio prognostico, al solo fine di risarcire il danno per equivalente, per verificare la spettanza del bene della vita all'interessato, essendo onere processuale della p.a. resistente dedurre in giudizio le ragioni ostative ulteriori rispetto a quella reputata illegittima.

In sostanza, l'indagine del g.a. implicherebbe una ripetizione, ai soli fini risarcitori, della procedura finalizzata all'accertamento della sussistenza dei presupposti per il rilascio dell'agognato provvedimento.

Teoria 2

Altro orientamento nega la possibilità per il g.a. di compiere il giudizio prognostico, ma ritiene che il risarcimento del danno da lesione di interesse pretensivo **possa essere concesso in presenza di seria probabilità di soddisfacimento dell'interesse pretensivo** da parte dell'amministrazione nel caso avesse posto in essere un'attività non inficiata da illegittimità. La *chance* viene, quindi, in rilievo in funzione eziologica, come onere in capo al danneggiato di dimostrare di possedere una possibilità superiore al 50% di ottenere il bene della via dall'amministrazione; ovvero in chiave ontologica, ove la percentuale sia inferiore (con correlativo coefficiente di riduzione dell'entità del danno) e si individui come bene leso non il risultato finale perso ma la perdita della possibilità di ottenerlo (su questa china si pone, da ultimo, **Cass., sez. unite, 26 gennaio 2009, n. 1850**).

Teoria 3

Terzo orientamento esclude ogni possibilità di risarcimento in presenza di attività discrezionale, e fa salve sole le ipotesi in cui l'amministrazione rieditando il potere abbia riconosciuto la spettanza del bene della vita, nel qual caso si avrà un danno da ritardo ovvero nel caso in cui il giudicato eroda di fatto qualsivoglia margine di discrezionalità dell'amministrazione.

Teoria 4

carattere radicalmente negativo - giurisprudenza minoritaria - giunge ad escludere qualsiasi possibilità di risarcimento dell'interesse legittimo pretensivo in ragione della struttura della posizione giuridica *de qua*. L'interesse pretensivo, secondo questa tesi, assicura solo che il bene della vita sarà negato o concesso nel rispetto di determinate regole e non garantisce il rispetto del bene in questione. Pertanto, conclusosi il procedimento a valle del giudizio impugnatorio con la concessione o con la legittima negazione dello stesso con un nuovo provvedimento, non vi è più spazio per far valere posizioni giuridiche garantite e deve escludersi l'esistenza di un pregiudizio risarcibile.

Danno da ritardo

- il tempo è un bene della vita in sé considerato? oppure lo stesso
- ha valore solo nella misura in cui è connesso alla spettanza del bene anelato?
- Si distinguono 3 casi

Caso 1

caso in cui il privato chieda un provvedimento favorevole alla pubblica amministrazione e la stessa ritardi nella sua emanazione.

si può subire un **danno per avere ottenuto in ritardo il provvedimento attributivo del bene della vita anelato?**

In tale evenienza, sul piano dell'elemento oggettivo nulla osta all'ammissibilità di una tutela risarcitoria, atteso che il conseguimento "tardivo" del provvedimento favorevole vale certamente a colorare di illegittimità il ritardo serbato dalla P.A., salvo poi verificare il ricorrere dell'elemento soggettivo *sub specie* di dolo o colpa.

In tale ipotesi, cioè, il rilascio tardivo del provvedimento richiesto dimostrerebbe *ex se* la spettanza del bene della vita dispensando, quindi, il giudice da qualsiasi giudizio prognostico.

Caso 2 e Caso 3

Il problema si complica nell'eventualità del mancato conseguimento del bene della vita in ragione della

pura inerzia (caso 2)

o del

diniego tardivo (caso 3)

in tal caso il privato potrebbe rivendicare non solo il **rilascio del provvedimento favorevole**, ma anche il **ristoro dell'incertezza nella quale è dovuto restare** in attesa di una “qualsiasi” risposta da parte del soggetto pubblico: è il c.d. “**danno da mero ritardo**”.

In questo secondo caso il privato chiede che gli venga risarcito l'interesse ad una rapida e corretta definizione del procedimento amministrativo, **a prescindere** dalla dimostrazione della fondatezza della pretesa sostanziale, per il comportamento ambiguo serbato dall'amministrazione.

Soluzione? 2 teorie +1

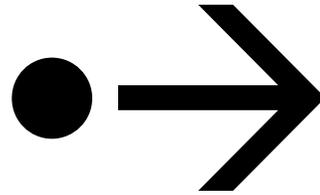
1. il privato avrebbe diritto al ristoro del danno soltanto allorquando dimostri la fondatezza della pretesa sostanziale Ad Plen. 7/2005;
2. risarcimento andrebbe riconosciuto anche nel caso in cui non gli spetti il bene anelato poiché “...l'affidamento del privato alla certezza dei tempi dell'azione amministrativa sembra...essere interesse meritevole di tutela in sé considerato...”.

- 3.** Dalla teoria 2 si potrebbe distinguere in base all'eventuale livello di infondatezza della domanda proposta, atteso che nel caso di “manifesta” infondatezza della stessa si potrebbe ritenere:
- a) che non scatti l'obbligo di provvedere in capo alla P.A.;
 - b) che non maturi alcun affidamento in capo al privato.

Per concludere sul punto:

nell'attuale realtà economica e nella moderna concezione del c.d. rapporto amministrativo si deve ritenere che, specie alla luce dei principi UE, anche **il tempo sia un bene** e che, **quindi, la sua lesione implichi un danno risarcibile** (in presenza degli ulteriori presupposti), **a prescindere dalla spettanza del provvedimento.**

CASI di distinzione tra interesse legittimo e diritto soggettivo



1

il giudizio amministrativo **non ammette l'espletamento di un'azione generale e atipica di accertamento** se la posizione per la quale si agisce è di **interesse legittimo, invece è ammissibile nel caso del diritto soggettivo.**

Ed invero, l'interesse legittimo non nasce da un rapporto paritetico tra Amministrazione e amministrato, sicchè non spetta al giudice risolvere il conflitto di interessi tra le parti, dettando la regola puntuale nel caso concreto, bensì all'Amministrazione, titolare del potere sull'amministrato. Inoltre, il giudizio che il giudice amministrativo è chiamato a dare non è sul rapporto tra Amministrazione e amministrato, ma sulla correttezza dell'atto amministrativo in cui si è estrinsecato l'esercizio del potere, sicché l'eventuale giudizio negativo assume la forma della pronuncia caducatoria. Infine, all'esito del pronunciamento giurisdizionale possono residuare margini di discrezionalità in capo all'Amministrazione, che non possono essere esercitati dal g.a. senza incorrere nella violazione del divieto ex art. 34, comma 2, c.p.a., a tenore del quale in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati (cfr. T.A.R. Veneto, sez. I, 16 dicembre 2016, n. 1380-T.A.R. Lazio - Roma - Sentenza 17 febbraio 2017 , n. 2574).

2

Il Comune esce dalla fondazione: quale giurisdizione?

Il T.A.R. si è pronunciato sulla qualificazione dell'atto con cui un'Amministrazione comunale decida di recedere da una fondazione, precisando le relative conseguenze sulla giurisdizione. con l'atto di recesso, il Comune esercita i poteri privatistici di recesso previsti dall'art. 24 c.c.: in particolare, il provvedimento si configura come espressione di una facoltà inerente la qualità di membro della fondazione e dunque come manifestazione di una volontà essenzialmente privatistica.

Pertanto la cognizione su di esso esula dalla giurisdizione generale di legittimità del G.A.; né la fattispecie è riconducibile ad alcuna ipotesi di giurisdizione esclusiva. Ai sensi dell'art. 1, comma 1-bis, della L. n. 241/1990, infatti, la p.A., "nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente".

In secondo luogo, il Collegio ha osservato che l'impugnazione di tale atto è rivolta a dimostrare l'illegittimità del recesso del Comune dalla fondazione e, di conseguenza, la permanente validità dell'adesione comunale alla stessa: l'azione è, quindi, diretta a tutelare il **diritto soggettivo** perfetto all'esecuzione della partecipazione comunale.

In altre parole, essa non ha ad oggetto l'esercizio di una pubblica funzione da parte dal Comune, ma soltanto il rapporto convenzionale intercorrente tra le parti e le relative e reciproche posizioni di **diritto soggettivo** e di obbligo, con conseguente devoluzione della controversia alla cognizione dell'Autorità giudiziaria ordinaria.

T.A.R. Veneto - Venezia - Sentenza 2 febbraio 2017 , n. 116

3

Ordinanza di rimozione degli impianti pubblicitari abusivi:
quale giurisdizione?

Il GA rileva che l'impugnazione di una violazione amministrativa o di un verbale di accertamento esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo, poiché la situazione giuridica di cui si chiede tutela ha la consistenza di **diritto soggettivo** e l'esercizio dell'attività sanzionatoria non è espressione di attività discrezionale ma vincolata dell'Amministrazione, perché retta dal principio di legalità, sicché, ove l'amministrazione accerti che un comportamento integri gli estremi di un illecito previsto da una norma di legge, deve applicare la sanzione, senza alcun margine di scelta. T.A.R. Lazio - Roma - Sentenza 10 febbraio 2017 , n. 2274

4

Controversie in materia di iscrizione agli albi professionali: a chi la giurisdizione?

La tutela del diritto alla iscrizione all'albo professionale, costituendo espressione di una posizione di **diritto soggettivo**, è azionabile dinnanzi al giudice ordinario .

il rapporto tra colui che aspira all'iscrizione all'albo professionale e l'ordine preposto alla tenuta dell'albo medesimo si identifica con la dicotomia **diritto soggettivo** - obbligo, anziché con quella interesse legittimo - potere pubblico.

4.2

Infatti, l'ordine professionale non ha facoltà di valutare se la chiesta iscrizione corrisponda all'interesse pubblico, ma ha solo il compito di verificare se in realtà l'aspirante sia nel possesso dei requisiti appositamente voluti dalla legge, in quanto tale possesso è condizione necessaria e sufficiente per ottenere l'iscrizione, la quale deve essere disposta se quei requisiti sussistono e deve essere invece negata nel caso contrario.

Né potrebbe essere diversamente, perché lo svolgimento di una qualunque attività professionale è espressione della generale situazione di libertà assicurata dall'ordinamento italiano ad ogni cittadino (art. 4 Cost.) in ordine alla scelta del lavoro. Cass.Civile - Sez. Unite / Ordinanza 15 marzo 2017 n. 6821

5

Diniego di rilascio della patente di guida: a chi la giurisdizione?

Sul Giudice competente a conoscere delle controversie relative ai provvedimenti con i quali la pubblica amministrazione, rilevata la insussistenza dei requisiti previsti dall'art. 120 del D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285, nega la patente di guida.

Con la pronuncia in commento i Giudici della Quinta Sezione del Consiglio di Stato hanno confermato, in linea con un orientamento consolidato non solo della giurisprudenza amministrativa ma anche della Suprema Corte di Cassazione, che i provvedimenti adottati a norma dell'art. 120 del Codice della Strada (Non possono conseguire la patente di guida i delinquenti abituali, professionali o per tendenza e) non sono espressione di discrezionalità amministrativa, bensì **sono atti vincolati** sia nel presupposto (esistenza delle situazioni ivi elencate), sia nel contenuto (impossibilità del rilascio della patente).

5.2

Da ciò ne deriva che essi sfuggono alla cognizione del Giudice amministrativo e restano soggetti alla giurisdizione del Giudice ordinario, dal momento che la parte interessata da tali provvedimenti subisce un pregiudizio che investe una posizione di **diritto soggettivo** che non degrada ad interesse legittimo per effetto della loro adozione.

Consiglio di Stato - Sentenza 29 agosto 2016 , n. 3712

6

Giurisdizione in materia di provvedimenti sulla richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno

La posizione dello straniero di fronte al mancato rinnovo del permesso di soggiorno per il rigetto, da parte della Commissione territoriale competente, della domanda di riconoscimento dello "status" di rifugiato, è una posizione di **diritto soggettivo**, con conseguenze in fatto di riparto di giurisdizione.

Tale posizione ha natura di **diritto soggettivo**, da annoverarsi tra i diritti umani fondamentali garantiti dagli art. 2 Cost. e 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, e, pertanto, non degradabile ad interesse legittimo per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, cui può demandarsi solo l'accertamento dei presupposti di fatto legittimanti la protezione umanitaria, nell'esercizio di una mera discrezionalità tecnica, essendo il bilanciamento degli interessi e delle situazioni costituzionalmente tutelate riservato al legislatore.

7

Conferimento di incarichi ambulatoriali: profili di giurisdizione

- Tale procedura, risolvendosi nell'individuazione dei medici aventi diritto secondo un ordine di priorità determinato, non costituisce il frutto di una scelta comparativa "di carattere concorsuale", poiché non è previsto lo svolgimento di prove o selezioni sulla base di una *lex specialis*, né sono effettuate valutazioni tecniche, né, infine, è prevista la compilazione di una graduatoria finale.
- Al contrario, tale procedura è rappresentata dalla predisposizione della relativa "graduatoria periodica" realizzata unicamente in base alla valutazione dei titoli alla luce dei rigorosi criteri di priorità dettagliatamente predeterminati e descritti dall'Accordo Collettivo Nazionale, senza che residui l'esercizio di alcun potere discrezionale e/o autoritativo da parte della P.A.

7.2

- L'Amministrazione, pertanto, è chiamata ad una mera verifica del possesso o meno delle capacità professionali richieste sulla scorta della documentazione prodotta dagli aspiranti al turno.
A fronte di tali procedure non si configura, pertanto, una posizione di interesse legittimo, ma una posizione di **diritto soggettivo** dei soggetti aspiranti a fronte della quale non sussiste la giurisdizione amministrativa.
- Unica eccezione è rappresentata dalla possibilità che l'assegnazione del turno comporti il passaggio ad un'area superiore. Ciò comporterebbe la sussistenza della residuale giurisdizione del giudice amministrativo che, oltre che nei casi di procedure concorsuali finalizzate all' "assunzione" dei dipendenti delle P.A., può pronunciarsi anche in caso di passaggio una qualifica funzionale alla qualifica superiore (cd. progressione verticale o passaggio d'area).
- T.A.R. Calabria - Reggio Calabria / Sentenza 5 maggio 2017 n. 429

8

Nomina e revoca amministratori delle società partecipate: in caso di controversia è competente il giudice ordinario

Sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto le vicende concernenti la revoca degli amministratori di società per azioni di cui la P.A. sia anche unico socio.

costituendo gli atti impugnati espressione non già di potestà amministrativa bensì dei poteri alla medesima dalla legge attribuiti e trasfusi nello Statuto della società per azioni, e quindi manifestazione di una volontà essenzialmente privatistica, sicché la posizione soggettiva degli amministratori revocati - che non svolgono né esercitano un pubblico servizio - è configurabile in termini di **diritto soggettivo**,

Cassazione Civile - Sez. Unite / Ordinanza 14 settembre 2017 n. 21299

9

- **scorrimento in graduatoria: è un diritto?**
- Una graduatoria concorsuale ancora efficace non attribuisce agli idonei un diritto soggettivo all'assunzione per il solo fatto della vacanza e della disponibilità di posti in organico (corrispondenti alla qualifica e/o alla categoria della graduatoria concorsuale), atteso che l'amministrazione non è obbligata alla loro copertura, dovendo, per contro, assumere una decisione sul piano organizzatorio, direttamente correlata agli eventuali limiti normativi alle assunzioni, alle disponibilità di bilancio, alle scelte programmatiche compiute dagli organi di indirizzo e a ogni altro elemento di fatto o di diritto rilevante, per stabilire se procedere o meno al reclutamento di personale.

9.2

- Una volta poi che abbia deciso di procedere alla copertura dei posti vacanti, l'amministrazione è sicuramente tenuta a rendere manifeste e comprensibili le ragioni che la inducano ad optare per l'una o l'altra forma di reclutamento, dovendo tener conto del generale principio di favore dell'ordinamento per l'utilizzazione delle graduatorie degli idonei in ragione della evidente finalità di contenimento della spesa pubblica, principio che recede solo in presenza di speciali discipline di settore o di particolari circostanze di fatto o di ragioni di interesse pubblico prevalente, che devono in ogni caso essere puntualmente indicate.
- T.A.R. - T.A.R. Calabria - Catanzaro - Sentenza 20 ottobre 2016 , n. 1983

10

- **Medici convenzionati: quale giurisdizione?**
- I rapporti tra Aziende sanitarie e medici convenzionati non rappresentano un rapporto di pubblico impiego, con conseguenze in merito alla sussistenza della giurisdizione amministrativa sulle relative controversie.
- Il T.A.R. Bologna ha affermato che le controversie relative all'instaurazione di un rapporto di lavoro di tipo convenzionale con una pubblica amministrazione sono devolute alla cognizione del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro.

10.1

- A) il rapporto tra AUSL e medici convenzionati, regolato dagli accordi collettivi, esula dal pubblico impiego per difetto del requisito del vincolo di subordinazione e rientra nell'ambito della prestazione d'opera professionale svolta con carattere di parasubordinazione;
- B) la predisposizione della graduatoria avverrebbe sulla base di titoli accademici e di studio o di servizio prestabiliti, con riferimento ai rispettivi punteggi fissi predeterminati, al di fuori di qualsiasi valutazione comparativa o, comunque, di carattere discrezionale; ad essa, pertanto, corrisponderebbero posizioni non di interesse legittimo ma di **diritto soggettivo** dei soggetti aspiranti T.A.R. Emilia Romagna - Bologna - Sentenza 13 gennaio 2017 , n. 24

11

Controversie in materia di rimborso della spesa erogata per l'acquisto di farmaci: profili di giurisdizione

Ove si controverta sulla pretesa al rimborso della spesa erogata per l'acquisto di farmaci intesi indispensabili per la cura di una patologia, solo successivamente ricompresi nel prontuario farmaceutico nazionale, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo?

verte su un **diritto soggettivo** di credito collegato al diritto alla salute, garantito dall'art. 32 Cost..

Cassazione Civile - Sez. Unite - Ordinanza 2 agosto 2016
, n. 16067

12

Domanda di danni conseguente
all'annullamento (LEGITTIMO)
dell'aggiudicazione della gara d'appalto: a
chi la giurisdizione?

12.1

l'erronea scelta del contraente di un contratto di appalto, divenuto inefficace e "tamquam non esset" per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione da parte del giudice amministrativo, espone la P.A. al risarcimento dei danni per le perdite e i mancati guadagni subiti dal privato aggiudicatario; tale responsabilità ha origine nella violazione del dovere di buona fede e correttezza, avendo l'Amministrazione indetto la gara e dato esecuzione ad un'aggiudicazione apparentemente legittima che ha provocato la lesione dell'interesse del privato, non qualificabile come interesse legittimo, ma assimilabile a un **diritto soggettivo**, avente ad oggetto l'affidamento incolpevole nella regolarità e legittimità dell'aggiudicazione.

13

- **Incremento dei prezzi relativi a lavori pubblici: quando la posizione dell'appaltatore è di interesse legittimo e quando di diritto soggettivo?**
- deve distinguersi a seconda che l'istanza del privato riguardi la concessione stessa della revisione, rimessa ad una valutazione tecnico - discrezionale della p.A. al cospetto della quale la posizione vantata dal privato assume la consistenza **dell'interesse legittimo**
- oppure, diversamente, si collochi in una fase successiva alla scelta discrezionale, positivamente fatta dall'Amministrazione, di accordare la revisione a seguito del consistente incremento dei prezzi relativi all'opera dedotta in appalto, per effetto della quale si ha la costituzione di un vero **diritto soggettivo** alla percezione del corrispettivo. ...allorquando il committente abbia positivamente esercitato il potere di accordare la revisione dei prezzi relativi all'opera dedotta in appalto e, quindi, si controverte unicamente sul "quantum".

- **Revisione dei canoni di appalto: DIRITTO SOGGETTIVO O INTERESSE LEGITTIMO?**
- la differenza è molto sottile e **dipende dalla natura della fonte** che prevede la revisione, se, cioè, dalla legge (in questo caso g.a.) o direttamente dalle clausole del contratto (in quest'altro caso g.o.).
- solo per meccanismi di adeguamento del canone d'appalto aventi fonte di rango normativo sono configurabili poteri dell'amministrazione appaltante di apprezzamento discrezionale di carattere autoritativo, i quali costituiscono il necessario fondamento della giurisdizione amministrativa.
- All'opposta conclusione deve invece pervenirsi laddove la clausola revisionale sia stata autonomamente pattuita dalle parti ed inserita nel contenuto del contratto d'appalto, perché le pretese da essa discendenti sorgono nell'ambito di una relazione bilaterale paritaria avente fonte nel vincolo negoziale e nella quale l'amministrazione è priva di poteri di supremazia speciale nei confronti del contraente privato. Consiglio di Stato - Sentenza 12 febbraio 2016 , n. 621

14

- **Trascrizione di matrimoni contratti all'estero: la giurisdizione cambia in base al soggetto ricorrente**
- Il T.A.R. Milano opera un'importante distinzione per determinare la sussistenza di giurisdizione amministrativa sull'annullamento dei provvedimenti prefettizi in materia di trascrizione di matrimoni contratti all'estero.
- Laddove ad impugnare il provvedimento prefettizio con cui si dispone la cancellazione della trascrizione di matrimoni contratti all'estero nel registro di stato civile sia una persona fisica, la giurisdizione appartiene al giudice ordinario; laddove, invece, a ricorrere contro l'atto prefettizio sia il Comune la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo.
- il Comune e il Sindaco non risultano titolari di un **diritto soggettivo** alla corretta tenuta dei registri dello stato civile, in quanto non si tratta di persone fisiche che vedono alterato il proprio status personale, ma si è al cospetto di soggetti pubblici che hanno un interesse qualificato alla corretta gestione di un servizio tipicamente statale, loro delegato. Trattandosi di un rapporto di diritto pubblico - ossia intercorrente tra soggetti pubblici (Comune e Ministero/Prefettura) ed avente ad oggetto potestà di tipo pubblicistico (tenuta dei registri dello stato civile) - non può che sussistere la giurisdizione del giudice amministrativo
T.A.R. Lombardia - Milano - Sentenza 29 settembre 2015 , n. 2037

15

- **Annulamento in autotutela del titolo edilizio illegittimo: obbligo di una comparativa deliberazione sull'interesse pubblico?**
- L'obbligo di una preventiva comparazione con l'interesse pubblico al mantenimento del titolo, che non può mai mancare nel caso di esercizio di autotutela, può ritenersi recessivo nel caso di violazione delle norme sulla distanza fra gli edifici?
- A questo interrogativo i Giudici della Quarta Sezione del Consiglio di Stato hanno mostrato, in ultimo, di dare risposta affermativa. Nella decisione in commento, infatti, il Collegio osserva come, con riferimento al rispetto delle distanze fra costruzioni o di queste con i confini, costituisca oramai *jus receptum* il principio per cui in subiecta materia vige il regime della c.d. "doppia tutela", con la conseguenza, quindi, che il soggetto che assume di essere stato danneggiato dalla violazione delle norme in materia è titolare, da un lato, del **diritto soggettivo** al risarcimento del danno o alla riduzione in pristino nei confronti dell'autore dell'attività edilizia illecita (con competenza del Giudice ordinario) e, dall'altra, dell'interesse legittimo alla rimozione del provvedimento invalido dell'amministrazione, quando tale attività sia stata autorizzata, consentita e permessa (conosciuto dal Giudice amministrativo). A fronte di una fondata denuncia di malgoverno delle disposizioni che regolano le distanze tra edifici, quindi, all'Amministrazione non resta che attivare le verifiche del caso ed eventualmente annullare in autotutela il titolo rilasciato, senza la necessità di una preventiva comparazione con l'interesse pubblico al mantenimento del titolo, posto che tale valutazione deve considerarsi comunque recessiva rispetto al ripristino della legalità. Non si tratta, dunque, di dare "rilievo unicamente all'interesse di una parte" (come infondatamente sostenuto da parte appellata nel caso di specie) quanto, piuttosto, di applicare le norme di legge, a fronte di due interessi speculari e pari ordinati integranti posizioni di **diritto soggettivo**.
- Consiglio di Stato - Sentenza 31 marzo 2015 , n. 1692

16

- **Revoca contributi attività produttive: potere o non potere ?**

il riparto di giurisdizione tra Giudice ordinario e Giudice amministrativo deve essere attuato distinguendo le ipotesi in cui il contributo o la sovvenzione è riconosciuto direttamente dalla legge e alla p.A. è demandato esclusivamente il controllo in ordine all'effettiva sussistenza dei presupposti puntualmente indicati dalla legge stessa da quelle in cui la legge attribuisce invece alla p.A. il potere di riconoscere l'ausilio previa valutazione comparativa degli interessi pubblici e privati in relazione all'interesse pubblico primario apprezzando discrezionalmente l'an, il quid ed il quo modo dell'erogazione

- T.A.R. Sicilia - Catania - Sentenza 6 dicembre 2013 , n. 2926

Interessi semplici

Sono quegli interessi, detti anche *amministrativamente protetti*, vantati dal cittadino nei confronti della P.A. a che questa, nell'esercizio del suo potere discrezionale, osservi le regole di **buona amministrazione**, di **opportunità e convenienza** (cd. **merito amministrativo**). Essi sono tutelabili solo amministrativamente attraverso lo strumento del *ricorso gerarchico*, salvo i casi tassativamente indicati dalla legge in cui il privato può adire il G.A. per vizi di merito.

Interessi di fatto

Gli interessi di fatto possono essere definiti come quelle **situazioni giuridiche soggettive non protette**, cui, cioè, l'ordinamento non accorda alcuna tutela.

Tipici interessi di fatto sono quelli vantati da tutti all'osservanza da parte dell'amministrazione dei doveri pubblici posti a vantaggio della collettività indifferenziata (es.: illuminazione, manutenzione delle strade).

Sono interessi, dunque, che, essendo privi del carattere della differenziazione, tipico dell'interesse legittimo, non ricevono alcun tipo di tutela.

interessi diffusi (o adespoti)

interessi diffusi (o adespoti) sono quelli comuni a tutti gli individui di una formazione sociale non organizzata e non individuabile autonomamente. Si tratta, cioè, di interessi relativi a beni insuscettibili di appropriazione individuale (es. ambiente, salute, qualità della vita) e, per questo, definiti «adespoti», cioè *senza portatori, privi di titolari*;

interessi collettivi

interessi collettivi (o di categoria) sono, invece, quelli che *hanno come portatore un ente esponenziale di un gruppo non occasionale*, della più varia natura giuridica (es. ordini professionali, associazioni private riconosciute, associazioni di fatto), ma autonomamente individuabile.

L'*interesse collettivo* è:

- **differenziato**, in quanto fa capo ad un soggetto individuato e cioè ad una *organizzazione di tipo associativo* che si distingue tanto dalla collettività che dai singoli partecipanti; da ciò consegue che la lesione dell'interesse collettivo legittima al ricorso solo l'organizzazione e non i singoli che di essa fanno parte;
- **qualificato**: nel senso che è previsto e considerato sia pure indirettamente, dal diritto oggettivo.

Tutela degli interessi collettivi

Discusso è il problema della *tutelabilità* davanti al giudice degli interessi collettivi.

Dottrina e giurisprudenza, pur se con periodici tentennamenti, *sono pervenute al riconoscimento* della tutelabilità giurisdizionale degli interessi diffusi, purché *siano imputabili a gruppi sociali determinati*. A quest'ultima categoria soltanto viene dato il nome di «**interessi collettivi**».