

## 9. La rilettura del criterio della causa petendi: la teoria del rapporto giuridico e lo schema logico norma-potere-effetto

La comprensione del sistema attorno al quale si impernia il riparto di giurisdizione muove necessariamente dal rinnovato esame delle situazioni giuridiche soggettive, più spinto – in adesione all’arresto costituzionale – alla ricerca dei rapporti tra potere e interesse legittimo o, eccezionalmente, diritto soggettivo.

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
<b>Potere</b>	<b>Norma</b>	<b>Effetto</b>

Nello schema del rapporto autoritativo l’effetto è il provvedimento amministrativo. Il provvedimento comprime la sfera giuridica del destinatario quando ha contenuto restrittivo o, nei procedimenti ad istanza di parte, quando è negativo.

Nelle funzioni restrittive l’interesse legittimo apparentemente nasce solo con l’adozione del provvedimento.

Nei provvedimenti di espropriazione l’effetto è il trasferimento coattivo del diritto reale, nei provvedimenti sanzionatori l’effetto è la nascita di un obbligo, nei provvedimenti esecutivi l’effetto è la nascita di posizione di soggezione. In tutte queste situazioni la situazione di interesse legittimo si colloca a valle del rapporto giuridico, prima del provvedimento esiste solo il diritto soggettivo.

Analogo fenomeno si percepisce nelle funzioni ampliative: l’interesse legittimo sorge solo se il provvedimento è sfavorevole. Un provvedimento ampliativo genera una posizione di diritto soggettivo, rimuovendo un limite al suo esercizio o attribuendo un diritto prima inesistente.

L’interesse legittimo, dunque, sembra figurare come effetto dello schema di produzione del rapporto giuridico. In ciò riflette lo schema di produzione del diritto soggettivo, che è sempre l’effetto di un fatto (negoziale o non) qualificato dalla norma.

In realtà le cose non stanno affatto così. Se l’interesse legittimo nascesse con il provvedimento amministrativo si avrebbe il paradosso per cui una posizione soggettiva attiva è il prodotto di un atto giuridico sfavorevole (se favorevole, come visto, l’interesse legittimo non sorge).

L’interesse legittimo, invece, è proprio la situazione che l’ordinamento attribuisce al destinatario di un provvedimento amministrativo per orientare la sua adozione in senso a sé favorevole, e viene in rilievo prima che lo stesso sia emanato, sin dal momento in cui il procedimento è aperto.

Esso nasce dalla norma di legge. Più precisamente nella Costituzione è individuato un compito che poi la legge tipizza assegnando alla P.A. il potere funzionale, cioè quello di stabilire nella situazione concreta quale sia la soluzione ottimale per il perseguimento dell’interesse generale. Su tale punto

risiede il fulcro della questione: l'interesse generale è la sintesi di tutti gli interessi<sup>1</sup>, pubblici e privati, che nell'esercizio del proprio compito nel caso concreto l'amministrazione considerare.

Senza dubbio nell'ambito dell'interesse generale l'interesse pubblico è dominante, ma ci sono anche quelli privati. Questi ultimi sono qualificati dalla norma e sono in contatto con il potere, in posizione di impulso o di freno rispetto al suo esercizio<sup>2</sup>. In entrambi i casi, cioè, l'interesse legittimo serve ad orientare l'esercizio del potere: è la forma di partecipazione del privato alla produzione dell'effetto, che si realizza concretamente nel procedimento amministrativo (forma della funzione amministrativa) dunque ben prima dell'adozione del provvedimento, che, anzi, condiziona. Pertanto la sua tutela è riconosciuta solo quando il provvedimento è illegittimo, cioè lo viola (il che non accade in tutti i casi di lesione, ma solo quando la lesione si verifica, appunto, per un esercizio del potere difforme dalla legalità).

L'interesse legittimo è, in definitiva, un *prius* del provvedimento, al quale ultimo è deputato di realizzare nel caso concreto l'interesse generale (sintesi di tutti gli interessi pubblici e privati), rispettando l'interesse legittimo (forma di protezione dell'interesse individuale nei confronti del potere amministrativo).

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
<b>Potere</b>	<b>Norma</b>	<b>Effetto</b>
Interesse legittimo	Interessi pubblici e privati	Interesse generale

La giurisdizione amministrativa si configura, allora, come controllo del giudice sull'esercizio del potere attraverso l'interesse legittimo.

L'interesse legittimo è un concetto che ha un senso in quanto la P.A. sia titolare ed eserciti, sia pure (ed anzi soprattutto) illegittimamente, un potere.

Ciò è particolarmente evidente quando, avviato il procedimento restrittivo, il privato conservi ancora la titolarità di un diritto soggettivo e, al tempo stesso, attivi la posizione di interesse legittimo che l'ordinamento gli assegna rispetto a quel procedimento. Nel procedimento espropriativo, ad esempio, anteriormente all'espropriazione il proprietario mantiene una difesa piena nelle relazioni con i privati e può contrastare l'aggressione fatta da terzi al suo diritto tramite

---

<sup>1</sup> Non bisogna dimenticare che secondo l'art. 1 Cost. la sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione. L'interesse generale è quindi quello non dello Stato, ma quello del popolo, *id est* della collettività.

<sup>2</sup> L'interesse privato è qualificato – come interesse legittimo – in sede di fattispecie astratta, espressamente o implicitamente. Espressamente nelle funzioni ampliative, dove ha rilievo primario (la norma struttura il potere *sull'interesse* – anche se non *per l'interesse* – del privato); implicitamente nelle funzioni restrittive, dove ha rilievo secondario (la norma struttura il potere sull'interesse pubblico, l'interesse del privato è nelle norme che disciplinano l'incidenza di quel potere sul diritto soggettivo).

le azioni previste dal codice civile. Invece, nei confronti della P.A. – sempre che la stessa non stia agendo al di fuori dei propri poteri – il diritto di proprietà non può essere utilmente fatto valere (salvo che la determinazione dell'indennizzo), mentre a venire in rilievo è l'interesse legittimo<sup>3</sup>.

Nei procedimenti ampliativi il privato è titolare da subito di un interesse legittimo pretensivo, che connota giuridicamente l'interesse del singolo a conseguire una posizione soggettiva attiva utilizzabile nelle relazioni con i privati.

In entrambe le ipotesi l'interesse legittimo serve a coordinare l'interesse privato rispetto a quello pubblico, in base alle norme che disciplinano il potere volto al perseguimento dell'interesse generale.

Per converso vi è diritto soggettivo quando non è necessario coordinare l'interesse privato con quello pubblico, perchè la P.A. agisce nel perseguimento dell'interesse generale attraverso strumenti che non comprimono la sfera giuridica del privato (negozi e comportamenti, provvedimenti vincolati nell'interesse individuale).

Dunque il criterio costituzionale del riparto di giurisdizione, fondato sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, trova corrispondenza nella dogmatica delle situazioni giuridiche, ancorata alla qualificazione normativa dell'interesse protetto e allo schema logico attraverso cui il rapporto giuridico in cui tale situazione opera viene in essere. Rappresentata graficamente la distribuzione della giurisdizione è la seguente.

<b>ATTIVITA' DELLA P.A.</b>	<b>SITUAZIONE SOGGETTIVA</b>	<b>GIURISDIZIONE</b>
I livello (autoritativa)	interesse legittimo	G.A.
II livello (paritetica)	diritto soggettivo	G.O.
I livello connessa a II livello (intermedia )	intreccio tra interesse legittimo e diritto soggettivo	G.A. esclusiva

La giurisprudenza civile e amministrativa posteriore alla sentenza 204/04 appare orientata in senso conforme, sia pure con argomentazioni in parte divergenti tra loro e non compiutamente sintonizzate sulla teoria del rapporto giuridico<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Il potere espropriativo non si confronta con l'art. 832 c.c. ma con le norme che ne fissano i presupposti di legittimità e il procedimento. L'interesse a conservare il bene della vita oggetto del diritto di proprietà non è definito con lo schema del rapporto giuridico di proprietà, ma dalle norme che disciplinano il potere di espropriazione.

<sup>4</sup> Sullo sfondo si avverte la scarsa propensione dei giuristi ad interpretare l'ordinamento sulla base di categorie logico-scientifiche, piuttosto che di concetti ascrivibili al sapere umanistico, più agevolmente tramandabili, ma assai meno rigorosi e, perciò stesso, forieri del rischio di manipolazione delle norme. Conseguenze di ciò è la tendenza, assai

La Corte di Cassazione, in un fondamentale arresto a Sezioni Unite<sup>5</sup>, ha sostenuto che, ai fini del riparto di giurisdizione alla stregua del criterio ordinario, rilevano due momenti ed in particolare «la situazione soggettiva del cittadino considerata nel suo aspetto statico e gli effetti che l'ordinamento ricollega all'azione amministrativa una volta che questa sia esercitata».

La Suprema Corte, nel momento in cui ritiene che sul piano della tutela risarcitoria l'ordinamento non può trattare diversamente diritti soggettivi e interessi legittimi (pena la violazione dei principi di cui agli artt. 24, 111 e 113 Cost.), muove dalla premessa che gli uni sono «interessi che trovano protezione diretta nell'ordinamento», gli altri sono «interessi che trovano protezione attraverso l'intermediazione del potere amministrativo».

Ne consegue che, allorquando la posizione di partenza del privato di fronte all'attività amministrativa è di interesse legittimo (interessi pretensivi) sussiste la giurisdizione amministrativa. Quando è di diritto soggettivo occorre considerare quali sono gli effetti su di esso dell'azione amministrativa. In tale ultima ipotesi «quante volte si sia in presenza di atti riferibili oltre che ad una pubblica amministrazione a soggetti ad essa equiparati ai fini della tutela giudiziaria del destinatario del provvedimento e l'atto sia capace di esplicare i propri effetti perchè il potere non incontra ostacolo in diritti incompressibili della persona, la tutela giudiziaria deve dunque essere chiesta al giudice amministrativo». Infatti, il destinatario del provvedimento è titolare di un interesse legittimo oppositivo, che è la posizione che viene in rilievo dinanzi al potere amministrativo.

Per converso «la tutela giurisdizionale contro l'agire legittimo della pubblica amministrazione spetta al giudice ordinario, quante volte il diritto del privato non sopporti compressione per effetto di un potere esercitato in modo legittimo o, se lo sopporti, quante volte l'azione della pubblica amministrazione non trovi rispondenza in un precedente esercizio del potere, che sia riconoscibile come tale, perché a sua volta deliberato nei modi in presenza dei requisiti richiesti per valere come atto o provvedimento e non come mera via di fatto».

Tracciando le conclusioni, dinanzi all'attività amministrativa:

a) la giurisdizione del giudice amministrativo – sia essa di legittimità o esclusiva – sussiste in presenza di un concreto esercizio del potere, riconoscibile per tale in base al procedimento svolto ed alle forme adottate, in consonanza con le norme che lo regolano;

---

presente nella letteratura giuridica moderna, così come nelle sentenze delle giurisdizioni superiori, a insistere su lunghe trattazioni descrittive, inidonee a risolvere il problema centrale della conoscenza umana: la dimostrazione.

<sup>5</sup> Cass. S.U. n. 13659 del 2006, in cui è stata affermata la giurisdizione amministrativa sulla domanda di risarcimento del danno da attività amministrativa illegittima, convergendo sulla posizione che il Consiglio di Stato aveva assunto sin dall'entrata in vigore della legge 205 del 2000, ma divergendone in parte quanto alle ragioni, con ricadute sul problema della cd. pregiudiziale amministrativa.

b) la giurisdizione del giudice ordinario sussiste nelle ipotesi di attività paritetica, attività lesiva di diritti fondamentali, danni indirettamente causati dal cattivo o mancato esercizio di poteri amministrativi, comportamenti materiali.

Da questa partizione si evince come i comportamenti sono attribuiti alla giurisdizione ordinaria, salvo che non presentino un collegamento con il potere<sup>6</sup>, nel qual caso possono essere attribuiti alla giurisdizione amministrativa (esclusiva).

Il Consiglio di Stato, in un'altrettanto nota decisione in Adunanza Plenaria<sup>7</sup>, pur prendendo atto del comune richiamo ai principi stabiliti dalla Corte Costituzionale in tema di ambito della giurisdizione amministrativa esclusiva e della cognizione del giudice amministrativo sul diritto al risarcimento dei danni connesso al sindacato sulla legittimità dell'azione pubblica, ritiene permanente il contrasto con la giurisprudenza della Cassazione, ravvisandolo:

- 1) nell'implicita conferma della teoria della carenza di potere in concreto come ipotesi in cui sussiste la giurisdizione ordinaria<sup>8</sup>;
- 2) nella costruzione di una categoria di diritti incompressibili assoluta e perciò sempre da comprendere nell'ambito della giurisdizione ordinaria<sup>9</sup>;
- 3) nella negazione della pregiudiziale amministrativa ai fini del risarcimento del danno.

Tralasciando l'ultimo punto, che sarà oggetto di trattazione nell'apposita sede, il conflitto non va enfatizzato.

---

<sup>6</sup> Un collegamento che non c'è, ad esempio, nell'ipotesi di danni alla persona o cose cagionati nell'erogazione di servizi pubblici o nello svolgimento di attività puramente materiali.

<sup>7</sup> Cons. Stato, Ad. Pl., n. 12 del 2007.

<sup>8</sup> «Quanto al primo la Corte Suprema configura la giurisdizione ordinaria non solo, com'è pacifico, nei casi in cui l'amministrazione agisce in via di fatto, ma anche nei casi in cui la dichiarazione di pubblica utilità risulti "radicalmente nulla" per omessa indicazione dei termini per l'espropriazione o per scadenza degli stessi, ovvero per imprecisioni nella indicazione delle aree, o di decreto di espropriazione emesso fuori termine (ipotesi di vizi più gravi, che impedirebbero di rilevare la connessione tra l'attività materiale e l'esercizio di una potestà pubblica). La perplessità che tale indirizzo suscita non attiene soltanto alla identificazione di una categoria di speciali vizi che non sembra trovare conforto positivo e che anzi contrasta con le disposizioni analiticamente introdotte nel corpo della legge 241/90 con legge 15/05 ma nella sostituzione del criterio della riferibilità dell'esercizio del potere all'agire autoritativo, con il criterio del sindacato concreto della legittimità del provvedimento della cui applicazione si tratta, che non si vede come possa tal volta competere al giudice ordinario e tal altra al giudice amministrativo».

<sup>9</sup> «La distinzione proposta dalla Corte di Cassazione (S.U. 1 agosto 2006, n. 17461) che rivendica la giurisdizione del giudice ordinario in ogni caso quando si sia in presenza di «posizioni soggettive a nucleo rigido» (es. in tema di salute e di ambiente) che, a differenza di quelle «a nucleo variabile», sarebbero assolutamente incompressibili è espressamente contraddetta dalla Corte Costituzionale (sentenza 27 aprile 2007, n. 140) e positivamente smentita dall'art. 21 c. 8 della Legge 1034/71, che prevede provvedimenti cautelari del giudice amministrativo anche in tema di «interessi essenziali della persona quali il diritto alla salute, alla integrità dell'ambiente, ovvero ad altri beni di primario rilievo costituzionale». È ben vero che allo stato si riscontra positivamente in relazione a talune situazioni soggettive del genere di quelle indicate e di altre ancora una ordinaria e prevalente giurisdizione del giudice civile; tuttavia è seriamente controvertibile una tesi che, muovendo dalla categoria dei diritti soggettivi incompressibili e varcando la soglia della sola descrittività, sancisca aprioristicamente limiti assoluti e non costituzionalmente posti alla giurisdizione amministrativa».

Con riguardo al primo punto, infatti, la teoria della carenza di potere appare l'unico reale dissenso nell'ambito della classica concezione dell'affievolimento del diritto soggettivo a interesse legittimo, che la stessa pronuncia del Consiglio di Stato non ripudia affatto<sup>10</sup>.

Con riguardo al secondo punto vi è da prendere atto, come tra breve vedremo, di una successiva svolta della Corte di Cassazione, che ammette la giurisdizione amministrativa (esclusiva) anche nelle ipotesi di diritti incompressibili.

Il vero punto di attrito – emerso in ordine all'interpretazione degli artt. 33 e 34 Dlgs. 80/98 – riguarda l'estensione della giurisdizione esclusiva, che muove da una diversa ricostruzione del rapporto tra potere e atti paritetici e comportamenti, atteso che il Consiglio di Stato attribuisce rilievo anche a nessi mediati (riconoscendo, in ipotesi di connessione diretta, già la giurisdizione di legittimità). Altro punto critico riguarda i provvedimenti vincolati.

In definitiva, sono oggetto di discussione quelle situazioni in cui il potere si presenta scolorito (carenza di potere in concreto, atti vincolati, diritti fondamentali) o distante dal segmento del rapporto oggetto di controversia (rapporti mediatamente collegati alla funzione amministrativa).

Nel proseguimento della trattazione, fedelmente all'impostazione seguita nel capitolo<sup>11</sup>, si procederà ad un'analisi del riparto di giurisdizione tenendo conto del modello teorico delineato, fondato sul concetto di potere, più che delle ricostruzioni giurisprudenziali, ancora non sistematiche e divise tra i diversi criteri di identificazione della *causa petendi*.

## **10. Applicazioni del modello logico**

Se il fondamento della distribuzione di competenza tra giudice ordinario e giudice amministrativo e della legittimità costituzionale della devoluzione di specifiche controversie alla giurisdizione amministrativa esclusiva risiede nel concetto di potere, allora occorre considerare tutte le tipologie di situazioni in cui la P.A. è titolare di un potere, quale che ne sia la configurazione. Al riguardo può operarsi una classificazione tra:

1) poteri privati: posizioni di forza riconducibili alla capacità di diritto privato;

---

<sup>10</sup> «Ai fini della concreta verifica di questa è necessario poi ribadire che configurano situazioni soggettive di interesse legittimo non solo quelle che come tali originariamente nascono in capo al loro titolare sibbene anche quelle che pur qualificandosi genericamente ed in astratto di diritto soggettivo siano, in presenza di una norma che ciò consenta e di un procedimento ovvero di un provvedimento in tal senso indirizzato, successivamente apprezzabili in concreto come di interesse legittimo. Certo è necessario che procedimento e provvedimento siano svolti e decisi da un'autorità a ciò competente, senza che concorrano violazioni di legge, senza che intervengano sviamenti e note carenze. Questi, tuttavia, sono puntualmente i vizi rimessi allo scrutinio della giurisdizione amministrativa, individuabile anche in base al fondamentale criterio della riconducibilità della lesione sofferta all'esercizio del potere autoritativo in astratto conferito all'autorità».

<sup>11</sup> E, di più, nell'intero *Manuale*.

- 2) poteri pubblici “puri”: posizioni di supremazia riconducibili alla capacità di diritto pubblico, che si esprimono in provvedimenti o comportamenti autoritativi<sup>12</sup>;
  - 3) poteri pubblici “impuri”: posizioni di supremazia che si estrinsecano al di fuori degli indici formali dell’ autorità amministrativa, cioè atti nulli e comportamenti mediatamente collegati al potere<sup>13</sup>;
  - 4) poteri intermedi: posizioni di supremazia oggetto di consenso.
- Per ciascuna di queste situazioni si deve stabilire se in rapporto al potere esista o meno un interesse legittimo e qualificare le ipotesi di giurisdizione esclusiva che vi insistono.

---

<sup>12</sup> I comportamenti autoritativi, attivi od omissivi, sono direttamente riconducibili allo schema dell’ autorità – cap. XVI, § 6.6.1 e 6.6.2 – in quanto costituiscono diretta espressione del potere, come in caso di attività materiale esecutiva di atti amministrativi, silenzio significativo (in realtà più correttamente ascrivibile a un provvedimento tacito), silenzio inadempimento. In particolare, nell’ ipotesi di comportamenti esecutivi, anche quando il provvedimento sia illegittimo la condotta materiale non perde il connotato autoritativo, poiché al momento in cui è posta in essere costituisce attuazione di un provvedimento amministrativo efficace. Come rilevato nella stessa sede anche la Corte di Cassazione ha abbandonato la tesi che riqualificava – una volta intervenuto l’ annullamento del provvedimento – tali comportamenti come fatti illeciti, lesivi di diritti soggettivi, recidendone il collegamento con il potere esercitato dall’ amministrazione.

<sup>13</sup> Questa tipologia di comportamenti, pur non identificandosi nei nudi comportamenti, può solo indirettamente essere riferita allo schema dell’ autorità – cfr. sempre cap. XVI, § 6.6.1 – essendo la connessione con il potere mediata.