

**Dipartimento
di Scienze Politiche**

Cattedra di Istituzioni di Diritto Pubblico

La distinzione tra
Diritti soggettivi e Interessi
legittimi.

Prof. Giovanni Piccirilli

RELATORE

Arianna Isidori - 086582

CANDIDATO

Anno Accademico 2019/2020

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO I

1. La funzione amministrativa
2. L'attività "viziata" della pubblica amministrazione

CAPITOLO II: LA TUTELA DEI DIRITTI SOGGETTIVI E DEGLI INTERESSI LEGITTIMI

1. I principi costituzionali a tutela dei provvedimenti amministrativi
2. La nozione di interesse legittimo
3. I differenti casi di tutela
 - 3.1 *Il diritto alla legittimità dell'atto amministrativo*
4. La responsabilità della Pubblica Amministrazione dopo la Sentenza 500/99

CAPITOLO III: GLI INTERESSI LEGITTIMI RISPETTO AL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

1. I principi fondamentali dell'UE a tutela dei diritti fondamentali dei cittadini
2. L'integrazione tra diritto europeo e diritto amministrativo italiano
3. Il diritto europeo e la tutela degli interessi legittimi

CAPITOLO IV: LA DEGRADAZIONE DEI DIRITTI SOGGETTIVI A INTERESSI LEGITTIMI RISPETTO ALLA TUTELA DEI DIRITTI SOCIALI ED ECONOMICI

1. Le differenze tra il modello dualista e il modello monista
2. La continuità dello Stato prerepubblicano
3. La carente tutela contro la pubblica amministrazione

CONCLUSIONE

ABSTRACT

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

La posizione giuridica del privato si configura da sempre come una condizione di soggezione rispetto al riconoscimento dei poteri dello Stato, in grado di modificare o estinguere le situazioni giuridiche soggettive. Quest'ultime, riconosciute nel nostro ordinamento costituzionale come diritti soggettivi e interessi legittimi, sono figure alle quali il legislatore intendeva dare pieno riconoscimento e una completa tutela giurisdizionale. L'oggetto di tale elaborato, pone l'attenzione su queste due figure giuridiche, al fine di analizzare la tutela attribuita al cittadino in difesa dei propri interessi, che possono porsi in contrasto con la funzione amministrativa.

Partendo da una breve evoluzione storica di quest'ultima, dalla definizione del suo ruolo attuale, e dai "vizi" in cui può incorrere, la ricerca affronta l'intricato tema della tutela, tenendo in considerazione la peculiarità del nostro ordinamento, caratterizzato dalla figura dell'interesse legittimo. Quest'ultima infatti, contrassegnata da una non facile definizione, ha subito negli anni il passaggio da una concezione fondata sull'interesse alla legittimità dell'atto amministrativo, fino ad arrivare alla più recente nozione intesa come bene della vita, il cui raggiungimento prescinde dall'esercizio legittimo del potere amministrativo.

Verrà poi affrontato il tema relativo alla responsabilità civile della Pubblica Amministrazione, e il regime di particolare immunità di cui per anni ha beneficiato. L'interpretazione decisamente restrittiva attribuita all'articolo 2043 del Codice Civile, la quale riteneva responsabile l'organo amministrativo solo per il "danno ingiusto" derivante dalla violazione di un diritto soggettivo, cambia radicalmente grazie alla storica sentenza n. 500 del 1999 che riconosce la risarcibilità anche per gli interessi legittimi.

Attraverso poi, una ricerca relativa agli sviluppi del diritto dell'Unione Europea, e alla sua integrazione nel nostro ordinamento giuridico, verrà analizzata l'influenza che le situazioni giuridiche soggettive, e in particolare gli interessi legittimi, subiscono. I principi dell'UE a tutela dei diritti fondamentali dei cittadini infatti, prescindono dal riparto di giurisdizione caratteristico del nostro ordinamento, e assicurano una tutela piena ed effettiva in capo al soggetto.

Sarà dunque messo in risalto il ruolo decisivo del diritto europeo, verso lo sviluppo di un sistema di maggiore protezione dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, promosso in particolar modo del ruolo della Corte di Giustizia.

Infine, grazie ad un metodo comparato, che fornisce un quadro sul carattere democratico liberale della nostra Costituzione, trasparirà il ruolo decisivo della legge all'interno di un contesto di globalizzazione dei mercati e di competizione tra sistemi giuridici.

In particolare infatti, la riconduzione dei diritti economici alla categoria di interessi legittimi, in relazione all'iniziativa economica privata e al diritto di proprietà, ha comportato una negazione al diritto di accesso al mercato e una potenziale limitazione, da parte dello Stato, dell'attività economica privata. Rispetto invece ai diritti sociali, la loro riconduzione generica alla categoria di interessi legittimi ha fatto sì che si

verificasse un mancato riconoscimento di un diritto a prestazione in capo all'individuo, ponendolo così in una posizione di aspettativa che non sempre coincide con la discrezionalità amministrativa.

CAPITOLO I

1. La funzione amministrativa

Fino ai primi anni del '900 i compiti dello Stato erano assai limitati e le strutture amministrative sul territorio estremamente ridotte. Le principali funzioni attribuitigli, erano quelle di assicurare l'ordine pubblico, attraverso un apparato di polizia, amministrare la giustizia, tramite gli organi giurisdizionali e assicurare la difesa nazionale mediante la creazione di un esercito. Quest'ultima funzione, la più importante in passato, richiedeva ingenti risorse finanziarie da trovare con rapidità; proprio da qui nasceva la necessità di una struttura amministrativa che riscuotesse le tasse e imponesse tributi agli individui.

Con l'affermarsi dello Stato sociale, la prospettiva muta radicalmente e il principale obiettivo diventa quello di rimuovere gli ostacoli di natura sociale ed economica che impediscono la partecipazione di tutti alla vita del Paese.¹ A tal proposito, diventa fondamentale l'intervento statale nell'economia, settore principale in cui lo Stato agisce. Affiancando l'iniziativa pubblica a quella privata, inizia quel processo che porterà alla creazione di un'economia mista. Con un concreto intervento volto a migliorare le condizioni di vita della popolazione, lo Stato assumerà anche un ruolo assistenziale, attraverso la creazione di una rete di servizi e di prestazioni, come ad esempio, la tutela della salute, il diritto alla casa, all'istruzione o l'assistenza sociale e previdenziale. Necessaria diventerà quindi, una struttura amministrativa più ampia e organizzata, in grado di gestire tutte queste attività. Quest'ultima sarà protagonista di uno sviluppo che durerà per tutto il '900, fino a raggiungere però, un punto in cui sarà necessario un'inversione di tendenza. A partire dal 1992 infatti, si assisterà ad un ridimensionamento della pubblica amministrazione, delle attività attribuitigli e del suo costoso apparato.

Se il compito degli apparati politici è quello di individuare gli interessi collettivi, è alla pubblica amministrazione che spetta soddisfare concretamente gli interessi selezionati. Nello svolgere questa attività ad essa è attribuita una limitata discrezionalità amministrativa, circoscritta dai principi stabiliti dalla Costituzione e in accordo con i principi fissati dalle leggi ordinarie.

All'art 97² la Costituzione indica i principi fondamentali alla base dell'attività amministrativa, quali tra i principali, il principio di legalità e di buon andamento. Entrambi rappresentano una garanzia fondamentale per i soggetti, in quanto il primo impedisce all'organo amministrativo di limitare i loro diritti (se questo non sia necessario per raggiungere un obiettivo pubblico individuato), mentre il secondo definisce una buona amministrazione quella caratterizzata dal criterio dell'efficacia, dell'economicità e dell'efficienza.

Nel soddisfacimento dell'interesse pubblico, l'organo amministrativo svolge la sua attività utilizzando atti di diritto pubblico (tutti gli atti e i provvedimenti amministrativi) ponendosi su un piano di supremazia rispetto ai soggetti, oppure atti di diritto privato (attraverso i contratti) ponendosi su un piano di parità con il privato,

¹ Cost. articolo 3, secondo comma, Cost.

² Cost articolo 97, primo comma, Cost: "I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione".

come espressamente previsto dalla l. 241/90, la quale riconosce negli accordi integrativi o sostitutivi, un'alternativa ai provvedimenti amministrativi.

Prendono il nome di provvedimenti amministrativi tutti quegli atti che, producendo effetti esterni, influenzano le situazioni giuridiche dei soggetti a cui sono destinati. Essi, in particolare, nascono al termine di un procedimento amministrativo diviso in diverse fasi (iniziativa, istruttoria, acquisizione di pareri, decisione ecc), al termine delle quali, il provvedimento produrrà nuovi diritti e doveri. Le caratteristiche dell'unilateralità, dell'esecutività e dell'esecutorietà del provvedimento, sono giustificate dalla prevalenza dell'interesse pubblico su quello dei privati; mentre la tipicità del provvedimento, garantisce al cittadino di prevedere l'esercizio del potere dell'amministrazione. La legge che autorizza tale esercizio infatti, deve stabilire: il tipo di provvedimento che l'amministrazione può emanare, specificare l'interesse pubblico che lo giustifichi, i presupposti della sua emanazione, il procedimento che lo ha formato ed infine gli effetti che esso produrrà.³

Sebbene i provvedimenti amministrativi possano essere, per il cittadino, favorevoli o sfavorevoli, e quindi ampliativi o restrittivi della sua sfera giuridica, essi sono sempre finalizzati al soddisfacimento di uno specifico interesse. Ad essa, infatti, è attribuito un potere dovere di realizzare un determinato interesse pubblico, ed è per questa ragione che la legittimità della sua attività è definita in positivo, come "la relazione tra ciò che l'amministrazione fa, e ciò che la legge le prescrive di fare".⁴ A seconda però che lo svolgimento della sua attività sia più "vincolata" dalle limitazioni poste dalla legge, oppure più "discrezionale", cambia lo spazio di manovra attribuitogli. Nello svolgimento dell'attività vincolata, la legge determina il modo, i tempi, i mezzi e i contenuti della sua attività per il perseguimento di un interesse.⁵ Come ad esempio per il rilascio del passaporto o della patente di guida, dove essa svolge un'attività di semplice esecuzione della legge.

Nello svolgere l'attività discrezionale invece, l'amministrazione è dotata di un margine di valutazione di opportunità. La legge, infatti, nel definire ciò che la sua attività deve assicurare, difficilmente indica i mezzi per il raggiungimento di questi obiettivi, spetta quindi all'amministrazione decidere le scelte da compiere.

2. L'attività "viziata" della pubblica amministrazione

Il particolare *iter* previsto dalla legge, che caratterizza il procedimento amministrativo, è finalizzato a rispondere a molteplici esigenze nei confronti dei soggetti, tra le quali: l'accertamento, la ponderazione degli interessi coinvolti, e la garanzia che l'interessato venga sentito prima dell'emanazione dell'atto.

È stato a partire del 1990, con l'approvazione della legge 7 agosto 1990 n. 241, che il procedimento amministrativo ha trovato una compiuta disciplina. Quest'ultima, sostanzialmente modificata dalle leggi nn. 15 e 80 del 2005, e successivamente dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, è una legge fondamentale volta a migliorare

³ In quanto l'art. 23 Cost. afferma che "Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge".

⁴ R.BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto Pubblico*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2017.

⁵ R.BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto Pubblico*, cit.

l'azione amministrativa, improntandola a una maggiore democratizzazione. Alcune tra le fondamentali regole fissate sul procedimento amministrativo si possono individuare nell'obbligo di conclusione del procedimento con un provvedimento espresso, oppure nell'obbligo generale di motivazione del provvedimento. In particolare, quest'ultimo elemento è quello su cui si concentra maggiormente l'attenzione del giudice. Attraverso la motivazione infatti, egli è in grado di ripercorrere le differenti fasi del procedimento, gli aspetti che hanno portato la PA ad una determinata decisione e i rispettivi "vizi" dell'atto amministrativo.

In particolare, l'aggiunta dell'art. 21- *octies* della legge 15/2005, alla legge 241/1990 ha identificato i "vizi" del provvedimento amministrativo nei casi di nullità e nei casi di illegittimità. I primi⁶ comportano l'inesistenza giuridica dell'atto e di conseguenza la sua inefficacia, l'inesecutorietà, l'insanabilità e la sua inconvincibilità. I secondi⁷ invece comportano l'annullabilità dell'atto in quanto giuridicamente esistente, efficace ed esecutivo finché non viene annullato.

Particolare importanza risiede nel vizio di illegittimità riguardante l'eccesso di potere, concetto che trae origine dall'espressione francese "*l'excès de pouvoir*". L'utilizzo di questa espressione nella Francia all'epoca della rivoluzione, indicava il vizio insito in una sentenza che invadeva la competenza della Pubblica amministrazione. Era il caso in cui, attraverso una sentenza viziata, si esercitavano funzioni amministrative non attribuite confondendo i tre differenti poteri dello Stato, oppure nel caso in cui l'organo amministrativo esercitasse una funzione riservata ad un'amministrazione diversa o ad un altro potere dello Stato. Questa figura in Italia si manifesta per la prima volta con la legge 5992/1889 sul Consiglio di Stato⁸, a quel tempo però, la volontà del legislatore aveva un fine diverso da quello che oggi condivide la dottrina. In particolare, quest'ultimo doveva indicare un vizio grave riguardante la competenza, analogo all'incompetenza assoluta e alla carenza di potere; ma nell'elaborazioni dottrinali seguenti, quest'espressione è stata interpretata come "l'uso scorretto del potere discrezionale", mutando così da un vizio insito nell'atto a un vizio della funzione. Ad oggi è divenuto uno dei punti essenziali su cui è fondata la scienza del diritto amministrativo, una lotta da parte della dottrina volta a mitigare la posizione di potere dell'amministrazione nell'uso della discrezionalità amministrativa. Questa figura indica la volontà del giudice di annullare tutti gli atti amministrati che, benché emanati in conformità della legge e da un organo competente, siano viziati nelle valutazioni degli atti discrezionali.

Tutti questi "vizi" riguardanti l'attività della pubblica amministrazione, sono riconoscibili dal giudice, il quale ha il compito di verificare le scelte discrezionali senza entrarne nel merito. Il riconoscimento dei tre

⁶ In riferimento all'art. 21- *septies* della legge 241/90 il quale afferma che: "è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge".

⁷ In riferimento all'art. 21- *octies* della legge 241/90 il quale afferma che: "è annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza".

⁸ Nell'art. 3 è espressamente sottolineato che: "Spetta alla sezione quarta del Consiglio di Stato di 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 interesse d'individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali".

poteri fondamentali dello Stato, attribuita a Montesquieu⁹, fa sì che il ruolo dell'autorità giudiziaria è quello di limitarsi a verificare la correttezza delle scelte discrezionali, che siano cioè conformi alle norme vigenti e non soggette a “vizi” di invalidità.

Attraverso i mezzi di autotutela però, l'amministrazione pubblica può rimediare al provvedimento “viziato”, tramite ad esempio la sanatoria con una ratifica dell'organo competente, oppure tramite la convalida, aggiungendo l'elemento essenziale che manca al procedimento. Nel caso in cui invece i “vizi” riconosciuti anche dallo stesso organo amministrativo, non siano sanabili, quest'ultimo può tutelarsi tramite l'annullamento d'ufficio¹⁰.

⁹ L'autore nella celebre opera “*Lo spirito delle leggi*” (1748), nel XI libro sottolinea che: “non vi è nemmeno libertà se il potere giudiziario non è separato dal potere legislativo e dall'esecutivo” ...”se fosse unito al potere esecutivo, il giudice potrebbe avere la forza di un oppressore”.

¹⁰ Secondo l'art. 21-*nonies*, comma 1, l. n. 241/90: “Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-*octies* può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge”.

CAPITOLO II: La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi

Prima della vigente Costituzione, esisteva un pilastro fondamentale del precedente ordinamento, rappresentante un punto di partenza in relazione ai diritti soggettivi e agli interessi legittimi. In particolare, la legge 20 marzo del 1865, n. 2248, stabiliva la soppressione del contenzioso amministrativo, e quindi di tutti quegli organi competenti a risolvere le controversie tra cittadino e pubblica amministrazione. I principali fondamenti stabiliti, prevedevano che il giudice competente delle controversie rispetto ai diritti civili e politici era il giudice ordinario, anche se una parte era la pubblica amministrazione. Era infatti previsto, all'articolo 4, che il giudice ordinario non potesse annullare o revocare l'atto amministrativo, anche se illegittimo, che quindi continuava a produrre i suoi effetti. La sola funzione attribuitagli dall'articolo 5 stabiliva il potere di disapplicare l'atto amministrativo nel caso specifico in cui esso fosse ritenuto illegittimo, e nei casi previsti dalla legge, condannare l'amministrazione al risarcimento del danno. Il risarcimento del danno, in particolare, comprendeva una somma di denaro equivalente al danno accertato, che consentiva al titolare del diritto soggettivo, per quanto possibile, di ottenere proprio ciò di cui aveva diritto.

Tale legge quindi riconosceva all'organo amministrativo un grande privilegio nell'esercizio delle proprie funzioni, nei confronti di qualsiasi soggetto non vantasse di un diritto soggettivo, e che quindi aveva come unico rimedio il ricorso amministrativo. La tutela dei diritti soggettivi rispetto agli atti della pubblica amministrazione era quindi privata di elementi di difesa non riduttivi; anche il giudice ordinario infatti era soggetto ad una forte riduzione dei suoi normali poteri, non potendo ordinare alcun tipo di “*facere*” nei confronti della pubblica amministrazione.

La posizione giuridica del privato si evolse notevolmente a partire dal 1889, con l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato. Quest'istituto di antica tradizione fu reintrodotta con la legge n. 5592 per la gestione della giustizia amministrativa¹¹. In particolare tale legge gli attribuiva la funzione di decidere sui ricorsi per incompetenza, eccesso di potere, e violazione di legge contro atti e provvedimenti amministrativi “viziati”, nella tutela di ciò che verranno definiti “interessi di individui o di enti morali giuridici”¹².

Benché di preciso non si parli ancora di interesse legittimo, è l'inizio di quel processo che porterà alla formazione di questa specifica situazione giuridica soggettiva. Essa in questo caso è quella condizione in cui un soggetto può rivolgersi alla IV Sezione del Consiglio di Stato, per ricevere tutela nei confronti di un atto amministrativo emanato. Successivamente, tale istituto acquisirà la giurisdizione esclusiva dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi¹³ fino ad arrivare al definitivo conferimento sancitogli dalla Costituzione.

¹¹ Riconosciuta dalla legge n. 62 del 1907.

¹² Secondo la legge n. 5592/1889 la quale all'articolo 3 afferma che: “Spetta alla sezione quarta del Consiglio di Stato di 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 interesse d'individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria, ne si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali”.

¹³ Grazie al Regio Decreto del 26 giugno 1924, n. 1054.

1. I principi costituzionali a tutela dei provvedimenti amministrativi

All'articolo 24, la Costituzione sancisce che *“tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”*. Controverse però, sono state le interpretazioni dottrinali che hanno riguardato (soprattutto rispetto alla figura dell'interesse legittimo), il loro rispettivo significato e la conseguente tutela. Un punto di partenza relativo alla suddetta analisi, può considerarsi nell'analizzare in che modo queste due figure sono tutelate, sulla base dell'interpretazione del testo costituzionale.

Nel caso di un provvedimento illegittimo, vedendo lesi i propri diritti soggettivi e interessi legittimi, l'individuo non ha la necessità di agire tramite un ricorso amministrativo; il legislatore infatti, come prescritto dall'articolo 113 Cost., aveva lo scopo di attribuire una copertura totale e diretta al privato, garantendogli un diritto d'azione. L'articolo in questione assicura che: *“Contro gli atti della pubblica amministrazione, è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria e amministrativa”*¹⁴. Esso infatti specifica che, tale tutela non può essere limitata in alcun modo, e nei confronti di determinate categorie di atti¹⁵.

Il sistema italiano di giustizia amministrativa si esplica dunque, intorno ad un modello basato sulla doppia giurisdizione, quella del Giudice ordinario e quella del Giudice amministrativo. In tale senso, il testo costituzionale prevede che i conflitti tra il privato e il potere amministrativo non siano tutti risolti dai giudici ordinari ma siano in gran parte attribuiti al giudice amministrativo. La funzione “speciale” attribuita a quest'ultimo trova fondamento nell'articolo 125, Cost. che al secondo comma sancisce la presenza di organi di giustizia amministrativa di primo grado, e all'articolo 100 Cost., che al primo comma definisce il Consiglio di Stato come “organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia dell'amministrazione”.

Il principale motivo di questa decisione, che trova le sue radici nella tradizione italiana, sta nella volontà di attribuire il potere di giudicare sulla legittimità dell'azione amministrativa ad un giudice che abbia le competenze più adatte. Il giudice amministrativo rappresenta una figura che, avendo una formazione differente rispetto agli altri giudici, conosca al meglio il corretto funzionamento dell'amministrazione, e che soprattutto si ponga in una posizione di terzietà rispetto alle parti. Ad esso però non è attribuita un'esclusività nell'esercizio delle sue funzioni, essendo alcuni conflitti che nascono tra privati e pubblica amministrazione rimessi al giudice ordinario.

Il riparto di giurisdizione, a fronte del modello originario, è in linea generale la diretta conseguenza alla definizione della situazione giuridica soggettiva di cui il cittadino è titolare. Tale suddivisione in linea di massima si basa sul piano in cui il privato e l'organo amministrativo sono posti rispettivamente. Il privato vanta di un diritto soggettivo nel caso in cui stia sullo stesso piano dell'amministrazione, e in tal caso, la competenza è attribuita al giudice civile. Nel caso in cui invece il conflitto avviene tra l'interesse pubblico e l'interesse del privato, allora quest'ultimo vanta di un interesse legittimo e la competenza è attribuita al giudice

¹⁴ Articolo 113 Cost., comma primo, Cost.

¹⁵ Articolo 113 Cost., comma secondo, Cost. il quale afferma che: “Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti”.

amministrativo. In una prima interpretazione del testo costituzionale quindi, va da sé che la prima grande distinzione dal punto di vista sostanziale tra queste due situazioni giuridiche soggettive, sta nel fatto che il diritto soggettivo viene in generale tutelato dal giudice ordinario (ad eccezione della giurisdizione esclusiva che ha il giudice amministrativo nei casi previsti dalla legge), e l'interesse legittimo viene tutelato in generale dal giudice amministrativo, considerato il giudice che annulla gli atti amministrativi (salvo nei casi espressi dalla legge in cui il potere di annullamento è conferito anche al giudice ordinario).¹⁶

Per comprendere meglio la distinzione tra queste due figure giuridiche, e quindi come viene attribuita la loro conseguente tutela bisogna soffermarsi meglio sul loro significato. Partendo dalla figura che prende il nome di diritto soggettivo, questa si può definire come una situazione giuridica soggettiva di vantaggio, attribuita da una norma di relazione, volta a disciplinare tutti i rapporti intersoggettivi. In particolare, è quel potere diretto ed immediato di un soggetto volto alla realizzazione di un proprio interesse, al quale corrisponde un obbligo in capo a determinati soggetti o alla collettività. Il bene che corrisponde al proprio diritto soggettivo può essere ad esempio un terreno ereditato oppure una somma di denaro con cui ho concesso un prestito. Pertanto, questa figura prevista nel nostro ordinamento, garantisce la pretesa che tutti i soggetti, includendo anche la Pubblica amministrazione, si astengano da un determinato comportamento verso un dato bene. Il diritto soggettivo viene definito "perfetto", rispetto ai rapporti tra privato e pubblica amministrazione, quando non è condizionato ad alcun intervento autorizzatorio di quest'ultima. Da qui emerge la correlazione che intercorre tra lo specifico diritto soggettivo di uno, e l'obbligo altrui.

Può succedere, però, che data la prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato, il siffatto diritto soggettivo venga "condizionato". In questo caso infatti, il suo esercizio è sottoposto ad una condizione risolutiva o sospensiva, in quanto l'ordinamento consente al sacrificio del diritto di un soggetto per la realizzazione di un vantaggio alla collettività. Un esempio sussiste nel caso di espropriazione per pubblica utilità¹⁷, la quale condiziona direttamente il diritto soggettivo della proprietà privata. Fonte diretta di corrispondenti diritti soggettivi al cittadino si può individuare anche, in tutte quelle norme che impongono alla P.A. particolari doveri in un procedimento amministrativo, come ad esempio il "diritto" di ricevere comunicazione di avvio del procedimento, oppure il "diritto" di accedere agli atti di quest'ultimo.

Quando l'amministrazione, nell'esercizio delle proprie funzioni, viola un diritto soggettivo perché opera in difformità della legge, in quanto agisce ad esempio priva di autorità (come in carenza assoluta di potere) o utilizzando strumenti di diritto privato, in tal caso il giudice ordinario dichiara nullo il provvedimento, disapplicandolo con effetti *inter partes*. Quando invece, la pubblica amministrazione agisce con autorità ma il privato ritiene che l'esercizio dell'uso discrezionale del suo potere sia illegittimo, violando quindi il proprio

¹⁶ In riferimento all'articolo 103 Cost. il quale afferma che: "Il Consiglio di Stato e gli altri organi hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi, e in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi".

¹⁷ In particolare, l'espropriazione è disciplinata dal D.P.R. 327/2001, e prevede che al soggetto espropriato venga attribuita un'indennità come corrispettivo del proprio diritto di proprietà venuto meno.

interesse legittimo, quest'ultimo potrà impugnare l'atto davanti al giudice amministrativo facendo valere il proprio interesse all'annullamento dell'atto con effetto *erga omnes*.

2. La nozione di interesse legittimo

L'interpretazione della figura dell'interesse legittimo, è stata, al contrario di quella del diritto soggettivo, particolarmente complessa. Numerosi sono stati coloro che hanno sottolineato l'artefatto di tale categoria, fino a definirla "la rifrazione di un fantasma" (Ledda) e la "personificazione di un'ombra" (Cordero), oppure classificandola come un "grande geniale inganno" (Berti) ma soprattutto una "misteriosa e tormentata figura" (Nigro)¹⁸.

A tal proposito, rilevante è la tesi di Andrea Orsi Battaglini, il quale sostiene che non è il riparto di giurisdizione a determinare cosa sia l'interesse legittimo e la sua conseguente tutela, ma al contrario è capire cosa effettivamente il legislatore volesse tutelare con questa figura, a determinare sia i mezzi di tutela necessari di fronte all'esercizio illegittimo dell'amministrazione, sia il giudice competente.

Egli in particolare definisce l'interesse legittimo come il "diritto alla legittimità dell'atto amministrativo"¹⁹. Prima di soffermarsi su tale definizione però, ritengo rilevante prendere in considerazione il punto di vista esposto da Giuseppe Ugo Rescigno²⁰ nella sua analisi svolta, per l'appunto, in relazione all'operato di Orsi.

Differentemente da Orsi, Rescigno definisce l'interesse legittimo come un "diritto all'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo", spettante al particolare soggetto che ha un interesse diretto ed attuale a tale annullamento. Avendo quindi la possibilità di riportare la situazione allo stato precedente all'emanazione dell'atto amministrativo, rappresenta un potere di grande valenza economica e giuridica attribuita al privato. Nonostante esistano numerosi casi in cui il privato non vanta di alcun diritto soggettivo nei confronti della pubblica amministrazione, esistono comunque innumerevoli situazioni in cui esso ha l'interesse ad annullare un atto da lui considerato illegittimo.

Un esempio può considerarsi il caso del concorso pubblico, in cui l'individuo non ha il diritto soggettivo di vittoria del concorso, ma ha l'interesse affinché esso si svolga in maniera legittima. Da questo particolare esempio, si riflette un'altra distinzione sul piano sostanziale tra le due situazioni giuridiche soggettive: ossia tra il generale diritto soggettivo nei confronti dell'organo amministrativo, e il particolare interesse legittimo come diritto all'annullamento dell'atto illegittimo. La Costituzione, attraverso l'introduzione di questa figura, ha voluto tutelare il diritto di chiunque dimostri di avere un interesse ad annullare un atto illegittimo, di fronte al giudice amministrativo (in principio) e in casi previsti dalla legge al giudice ordinario. Una tutela specifica, quindi che, in assenza della giustizia amministrativa, non ci sarebbe. Infatti, nel caso in cui l'individuo che ha

¹⁸ F. Di Ciommo, "Manuale di diritto privato, Parte I", G. Giappichelli editore, 2016.

¹⁹ A. Orsi Battaglini, "Alla ricerca dello Stato di diritto", Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2005.

²⁰ G. U. Rescigno, "La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana", Società editrice il Mulino, Bologna, 2006.

partecipato ad un concorso svoltosi in maniera illegittima, e si trovi nel periodo precedente all'istituzione del IV Consiglio di Stato, non potendo vantare di un diritto soggettivo e non essendogli riconosciuta la tutela di fronte al giudice amministrativo, potrebbe solo agire tramite un ricorso amministrativo. Grazie a tale situazione giuridica, oggi, coloro che vengano danneggiati nella loro aspettativa diretta ed attuale, hanno la possibilità di ottenere una seconda possibilità, come conseguenza all'annullamento dell'atto illegittimo.

Se, fino a tal punto, l'interpretazione di tale figura rimane lineare, essa inizia ad incontrare delle complicazioni quando si "scontra" con la figura del diritto soggettivo. In particolare, mi riferisco a quella teoria che ha caratterizzato l'interpretazione dell'interesse legittimo, per la quale quest'ultimo non è altro che una degradazione o affievolimento del "diritto soggettivo". Secondo tale teoria²¹ l'interesse legittimo nasce quando l'atto amministrativo illegittimo ha come oggetto un preesistente diritto soggettivo (nel caso ad esempio di una espropriazione), e in tal caso, il preesistente diritto soggettivo si annulla facendo nascere al suo posto la diversa figura denominata interesse legittimo, da impugnare in linea generale solo di fronte al giudice amministrativo.

La tesi riformante proposta da Orsi, sottolinea come, prendendo in considerazione il testo costituzionale, non vi è alcuna imposizione o specificazione su tale argomento. La sua interpretazione infatti, risiede nell'abbandono della concezione dell'affievolimento dei diritti soggettivi, per sposare l'unica soluzione conforme al testo costituzionale. In particolare secondo l'autore, data la piena tutela garantita dalla Costituzione all'articolo 113, l'individuo deve poter tutelare il proprio diritto, "che per nessuna ragione cessa di essere tale se l'atto amministrativo che lo ha leso è illegittimo"²². Ne consegue che l'individuo può ricorrere indifferentemente al giudice amministrativo oppure al giudice ordinario, se il suo obiettivo principale è quello di ottenere un risarcimento. In particolare, quindi, scegliere una tutela che si articola in disapplicazione dell'atto illegittimo e risarcimento, nel caso del giudice ordinario, oppure scegliere una tutela che si caratterizza nel processo di annullamento dell'atto amministrativo, seguito da un nuovo atto amministrativo e/o giudizio di ottemperanza, nel caso del giudice amministrativo. Secondo tale teoria, quindi, il criterio del riparto di giurisdizione non si risolve sulla base della posizione giuridica (criterio della "*causa petendi*"), che prevede il diritto soggettivo tutelato in generale dal giudice ordinario e l'interesse legittimo da quello amministrativo, bensì attraverso l'antico criterio del "*petitum*". Quest'ultimo, sebbene rimasto minoritario fin dalla sua origine e per molto tempo non ripreso, trova le sue fondamenta sulla base della tutela richiesta. A ciò consegue che la ripartizione del giudice è una scelta rimessa all'individuo, che vanta di un interesse legittimo inteso in questo senso come un generale diritto all'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo che spesso si accosta ad ogni particolare diritto soggettivo.

A tal proposito, Giuseppe Ugo Rescigno, sottolinea che "ogni specifico interesse legittimo di uno specifico soggetto titolare di un diritto soggettivo nasce con l'atto amministrativo illegittimo che lede quello specifico diritto soggettivo preesistente"²³. Egli quindi mette in luce perché, il legislatore ha voluto recepire a livello

²¹ In riferimento alla teoria dei diritti condizionati.

²² A. Orsi Battaglini, "*Alla ricerca dello Stato di diritto*", cit.

²³ G. U. Rescigno, "*La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana*", cit.

costituzionale questa specifica situazione giuridica che prende il nome di interesse legittimo: attraverso tale figura, in principio si attribuisce una posizione giuridica anche a tutti coloro che non vantano di un diritto soggettivo nei confronti dell'autorità amministrativa, che però avendo comunque il medesimo diritto all'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo, è stato fondamentale attribuirgli un nome che rifletta la specificità di questa situazione. Quest'ultima infatti sussiste anche se "accompagnata" ad un preesistente diritto soggettivo (condizionato dall'atto amministrativo illegittimo), e soprattutto a prescindere da esso. Conseguentemente, l'interesse legittimo si configura come un diritto generale che segue tutti i rispettivi diritti soggettivi specifici, che hanno come controparte la pubblica amministrazione, e quindi sono incisi da quest'ultima. In tal senso perciò, fondamentale è il ruolo distintivo attribuito alla situazione giuridica dell'interesse legittimo, quale una condizione generale distinta da ogni singolo diritto soggettivo.

3. I differenti casi di tutela

Questa chiave di lettura complessiva, basata sull'interpretazione del testo costituzionale, delinea due casi specifici causati dall'attività illegittima dell'organo amministrativo, nei quali Rescigno trova un punto di cruciale importanza in cui si discosta dall'interpretazione precedentemente esposta di Battaglini.

Il primo caso che emerge, è quello in cui l'individuo non vanta di un alcun diritto soggettivo nei confronti dell'organo amministrativo, ma possiede uno specifico interesse all'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo. In tal caso, la tesi di Rescigno²⁴ si discosta dal punto cruciale in cui Orsi negava la visione del giudice amministrativo come giudice "naturale" degli interessi legittimi, e che quindi riteneva che l'individuo soggetto a qualsiasi atto amministrativo illegittimo, potesse scegliere se rivolgersi sia al giudice amministrativo sia al giudice ordinario, sulla base della tutela richiesta (annullamento dell'atto o risarcimento del danno). Secondo Rescigno infatti, nel silenzio della legge, l'individuo può rivolgersi esclusivamente al giudice amministrativo, e solo a lui richiedere l'annullamento dell'atto amministrativo con l'eventuale e conseguente giudizio di ottemperanza.

Per spiegare tale posizione, l'autore fa riferimento al classico esempio del concorso pubblico. In tal caso, l'individuo non vanta di alcun diritto soggettivo nei confronti dell'organo amministrativo, in quanto non può, ad esempio, pretendere la vittoria del concorso. Nonostante ciò, si possono individuare all'interno di tale procedimento dei presupposti e momenti intermedi i quali possono essere definiti come diritti soggettivi che comportano un obbligo in capo alla pubblica amministrazione. Nello specifico, se la legge impone che per l'ammissione al concorso sia necessario il solo accertamento dei requisiti richiesti, e l'individuo possiede questi ultimi, allora è logicamente possibile concludere che l'individuo ha il pieno diritto di partecipazione al concorso e la P.A. l'obbligo di non negargli tale diritto. Se, coerentemente alla tesi prima esposta di Orsi, si potrebbe sostenere che l'individuo possiede un diritto soggettivo e che quindi può tutelarlo facendo prevalere la tutela che preferisce, rivolgendosi o al giudice ordinario o al giudice amministrativo, in questo caso però la

²⁴ G. U. Rescigno, *"La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana"*, cit.

risposta tradizionale data dall'attività giudiziaria e con cui concorda Rescigno, è l'esclusiva attribuzione della competenza al giudice amministrativo.

A favore di tale tesi Rescigno pone l'attenzione sulla definizione di procedimento amministrativo. Tale nozione infatti si caratterizza nella propria "unità giuridicamente significativa" ossia quella caratteristica per cui rispetto al procedimento amministrativo, giuridicamente rilevante è la forma che assume il suo risultato finale. In tal senso quindi, se tutti gli atti all'interno del medesimo procedimento, strumentali al suo risultato finale, assumo il regime giuridico di quest'ultimo, allora per Rescigno è coerente concludere che giudicare sull'illegittimità del provvedimento rispetto all'ammissione al concorso, spetti esclusivamente al giudice amministrativo in quanto unico giudice della legittimità dell'azione amministrativa.

In relazione a tale tutela, se lo specifico giudizio si conclude con il riconoscimento dell'illegittimità dell'atto amministrativo, per Rescigno è comunque fondamentale che al soggetto venga riconosciuto il risarcimento del danno causato dallo specifico esercizio amministrativo illegittimo.

In Italia, per un lungo periodo di tempo ai pubblici poteri è stata riservata una posizione di privilegio. Nonostante l'articolo 28²⁵ Cost., che caratterizza il testo costituzionale, il quale costituisce il fondamento per la responsabilità civile della pubblica amministrazione, il regime di particolare immunità di cui ha beneficiato l'organo amministrativo nell'esercizio della propria funzione pubblica, era fondato su un'interpretazione decisamente restrittiva dell'articolo 2043 del Codice Civile.

Tale articolo, nato con la funzione di assicurare il risarcimento per il fatto illecito, recita che: "qualunque fatto doloso e colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno". L'interpretazione attribuitagli in relazione alla responsabilità civile della P.A., si caratterizzava nella visione che il "danno ingiusto" di cui l'articolo fa riferimento, potesse derivare esclusivamente dalla violazione di un diritto soggettivo perfetto. In particolare quindi, la pubblica amministrazione era ritenuta responsabile per i danni derivanti dagli atti compiuti esclusivamente su un piano di parità con il privato. Al contrario, per tutti quegli atti in cui l'organo amministrativo si pone in una posizione di supremazia rispetto al privato, con lo scopo di esercitare la propria funzione pubblicistica di generale interesse, esso era ritenuto irresponsabile.

Una svolta decisiva è avvenuta grazie alla storica sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 500/1999, la quale ha riconosciuto la piena risarcibilità dei danni derivati dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa. Al fine di tutelare infatti, il principio di eguaglianza sostanziale²⁶ garantito dal testo costituzionale, le Sezioni Unite si sono espresse riconoscendo anche agli interessi legittimi la pari dignità costituzionale già garantita ai diritti soggettivi, attraverso quindi una tutela giurisdizionale adeguata ed effettiva caratterizzata anche dalla risarcibilità. Nonostante la risarcibilità degli interessi legittimi, dibattuta

²⁵ L'articolo 28 Cost. afferma che: "I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi, la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici".

²⁶ Riconosciuto nel nostro ordinamento all'art 3, comma 2, Cost. il quale afferma che: "è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese".

per decenni, si sia risolta in senso positivo, è caratterizzata ancora oggi da dubbi e incongruenze. Rispetto a quest'ultimi però, intendo soffermarmi nello specifico successivamente.

Riprendendo l'analisi svolta da Rescigno, il secondo caso che emerge conseguentemente all'emanazione di un atto amministrativo illegittimo, è quello in cui quest'ultimo leda un preesistente diritto soggettivo in capo ad un individuo. Alla luce della tesi precedentemente esposta da Orsi, Rescigno si chiede se l'individuo che ha autonomamente scelto inizialmente una tutela rispetto all'altra, possa successivamente o addirittura contemporaneamente ricorrere anche a quest'ultima esclusa. Secondo l'autore, nel silenzio della legge e alla luce del costrutto precedentemente esposto da Orsi, sembra logico concludere che la scelta dell'individuo relativo all'iniziale metodo di tutela, non gli escluda la possibilità di ricorrere anche all'altra opzione.

Secondo la risposta tradizionale, però, nel caso in cui un atto amministrativo illegittimo leda un diritto soggettivo, l'individuo può ricorrere alla richiesta del risarcimento del danno al giudice ordinario solo in seguito all'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo. Questo approccio però, nega inevitabilmente il criterio del "*petitum*" precedentemente esposto, ed impone dunque all'individuo la richiesta del risarcimento del danno, solo in seguito ad aver ottenuto l'annullamento dell'atto in questione.

Nella tesi sostenuta da Orsi e ripresa da Rescigno²⁷, invece, data l'assenza di esclusione tra una forma di tutela e l'altra, l'individuo ha fin dall'inizio il potere di scegliere chiedendo direttamente il risarcimento del danno, senza aver chiesto precedentemente l'annullamento dell'atto amministrativo. Appare ragionevole però concludere che nel caso in cui il soggetto abbia scelto entrambe le forme di tutela del giudice ordinario e il giudice amministrativo, l'*iter* della tutela debba rispettare una mera forma di pregiudizialità. In particolare quindi, il risarcimento del danno attribuito dal giudice ordinario, debba essere conseguente all'accertamento da parte dell'unico giudice competente in materia di legittimità amministrativa, ossia il giudice amministrativo. Le ragioni di tale sequenza vanno ricercate in diverse argomentazioni, tra cui la prima sottolineata da Orsi, può considerarsi quella per la quale il risarcimento del danno può essere solo che conseguente alla fase di ottemperanza, fase nella quale si determina in maniera precisa il danno subito dal titolare del diritto soggettivo. Inoltre, in tal modo, il precedente annullamento dell'atto illegittimo, da un lato diminuirà l'entità del danno attribuito alla pubblica amministrazione, e dall'altro eviterà un ipotetico ma grave dissenso giurisprudenziale.

Alla luce di tali considerazioni, sembra necessario analizzare l'ipotesi in cui l'individuo, dati gli ordinari termini di prescrizione previsti dal codice civile, abbia la volontà di rivolgersi esclusivamente al giudice ordinario per il risarcimento, escludendo la tutela del giudice amministrativo. Tale ipotesi però, è oggi esclusa rispetto alla pratica dominante e alle teorie elaborate, in quanto comporterebbe un aumento esponenziale delle questioni contro l'organo amministrativo, con il solo fine di ricevere il risarcimento del danno subito. Sarebbe dunque un onere non da poco attribuito alla pubblica amministrazione ma nella quale Rescigno individua degli argomenti validi che giustificano tale ipotesi.

²⁷ G. U. Rescigno, "*La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana*", cit.

In principio infatti, all'organo amministrativo è attribuito lo strumento di autotutela definito come "annullamento d'ufficio", al quale può ricorrere in qualsiasi momento. Rispetto alla previsione del risarcimento per danno causato da un atto amministrativo da essa stessa riconosciuto illegittimo, attraverso tale strumento, l'organo amministrativo ha già la possibilità di diminuire autonomamente l'ipotetico danno da risarcire. Inoltre, secondo l'autore, nel rispetto della giustizia e di fronte ad un comportamento "*contra jus*" nei confronti di qualsiasi individuo, è giusto che anche l'organo amministrativo subisca le conseguenze sfavorevoli derivate dalle sue azioni illegittime. Non dovendo essere gli individui a soggiacere all'autorità pubblica rispetto ad un suo atto illecito o un suo comportamento illegittimo, il pesante rischio in cui potrebbe incorrere la P.A. spingerebbe quest'ultima ad una maggiore rispetto per il diritto nell'esercizio delle proprie funzioni. Così, a sua volta, anche ogni suo funzionario sarebbe portato a rispondere, in casi gravi, a risarcire l'organo amministrativo riconosciuto responsabile.

1.1. Il diritto alla legittimità dell'atto amministrativo

Come precedentemente anticipato, rispetto alla definizione di interesse legittimo presa in considerazione da Orsi, e definita da quest'ultimo come "diritto alla legittimità dell'atto amministrativo", Rescigno riconosce un importante punto di dissenso. In particolare, quest'ultimo individua nell'espressione "diritto all'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo" un'interpretazione maggiormente conforme al testo costituzionale.

Rescigno analizzando gli elementi di ciò che Orsi definisce interesse legittimo, arriva ad una conclusione, secondo lui, non attribuibile al testo costituzionale. Per l'autore infatti Orsi non distingue l'interesse legittimo nei confronti di un atto amministrativo che incida su un preesistente diritto soggettivo o su una semplice aspettazione attribuita alla pubblica amministrazione. Questo perché, l'interesse legittimo attribuito all'individuo, è per lui una posizione da far valere sia nei confronti dell'illiceità del comportamento amministrativo (tutelata dal giudice ordinario con il risarcimento), sia nei confronti dell'illegittimità dell'atto (tutelata dal giudice amministrativo con l'annullamento). Essendo quindi una scelta attribuita al titolare a seconda dell'esito richiesto, il diritto alla legittimità esiste ancora prima dell'atto amministrativo stesso. Ne consegue che con questa definizione, la partecipazione al procedimento amministrativo in capo all'individuo è un diritto costituzionalmente garantito a quest'ultimo e quindi un obbligo in capo alla P.A. Chi ha il diritto di partecipare o chi ha il diritto di rivolgersi al giudice contro un atto a suo dire illegittimo, non è quindi una scelta attribuita al legislatore ma conseguente a tale interpretazione costituzionale.

Secondo Rescigno però, non vi sono elementi all'interno della Costituzione tali da sostenere una conclusione così impegnativa, perché il diritto alla legittimità dell'atto, così inteso, spetterebbe quindi non solo all'individuo che si è rivolto al giudice al fine di ottenere l'annullamento dell'atto, ma a tutti coloro connessi a quest'ultimo. Riprendendo l'esempio del concorso infatti, se un soggetto ne richiede l'annullamento

e lo ottiene, allora la richiesta di risarcimento del danno connesso è legittimata anche a tutti i partecipanti, in quanto titolari anche loro di un interesse legittimo inteso come diritto alla legittimità.

2. La responsabilità della Pubblica amministrazione dopo la Sentenza 500/99

Precedentemente alla storica Sentenza n. 500 del 22 luglio 1999, come già anticipato, il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, impediva il riconoscimento della responsabilità civile dell'organo amministrativo che violasse l'interesse legittimo. Nei loro rispettivi ruoli, il giudice ordinario non poteva riconoscere le situazioni giuridiche soggettive collegate all'esercizio autoritativo del potere pubblico, e al giudice amministrativo era negata la tutela risarcitoria. Questa situazione consolidatasi negli anni, non solo ledeva l'individuo dal punto di vista del risarcimento del danno, ma soprattutto negava a quest'ultimo una pari dignità nei confronti dei poteri dello Stato. Esso, sebbene caratterizzato nella propria funzione da un ruolo differente rispetto all'individuo, grazie alla negazione del risarcimento e alla limitazione della tutela individuale che prevedeva solo l'annullamento dell'atto, era posto in una situazione decisamente sovraordinata. In questo rapporto asimmetrico, infatti, il solo limite posto allo Stato era quello di rispettare le leggi, attribuendogli quindi una grossa libertà dell'esercizio del proprio potere.

Diverse sono state le tappe del processo giurisprudenziale che hanno portato alla riconsiderazione in positivo di tale argomento da parte della Corte di Cassazione, tra le più rilevanti alcune sono state individuate dall'attuale presidente del Consiglio di Stato, Filippo Patroni Griffi²⁸.

Prima fra tutte può ritenersi la previsione legislativa del risarcimento dei danni derivati dalla lesione di interessi legittimi, inizialmente settorializzata al tema degli appalti pubblici. Grazie al processo di armonizzazione derivante dal diritto dell'UE, sono stati infatti introdotti gli articoli 12 e 13 della l.142 del 1992, che prevedevano la trasposizione delle direttive dei ricorsi 69/665 CEE e 92/13 CEE del Consiglio, i quali riconoscono per la prima volta il risarcimento connesso alla lesione degli interessi legittimi.

Il principale contributo nei confronti di tale sviluppo, lo diede l'attribuzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di una grande parte delle attività svolte dalla pubblica amministrazione, grazie all'art 35 del d.lgs n. 80 del 1998, il quale sanciva un cambiamento rilevante rispetto al criterio utilizzato per il riparto di giurisdizione. Ciò che assunse importanza infatti, in relazione alle situazioni soggettive, era proprio il "*petitum*" ossia il tipo di tutela richiesta, che come specificherà la Corte Costituzionale prenderà il posto della rilevanza attribuita prima alla materia. L'importanza attribuita quindi alla tecnica di tutela e al rimedio scelto, costituisce un capovolgimento rilevante delle impostazioni giurisprudenziali dapprima sostenute.

Un'altra tappa rilevante si può riscontrare sicuramente nell'ordinanza n. 165 del 1998 della Corte Costituzionale, la quale, anche se dichiarò inammissibile la questione di costituzionalità dell'articolo 2043 c.c

²⁸ In relazione alla presentazione generale del Congresso svolto a palazzo Spada il 16 dicembre 2019, "A 20 anni dalla sentenza n. 500/1999: attività amministrativa e il risarcimento del danno".

rispetto al negato risarcimento dei danni in tutela degli interessi legittimi, spinse verso una maggiore apertura settoriale richiamando il Parlamento a prendere in considerazione la questione.

Da questa sintesi si arriva dunque alla svolta raggiunta con la sentenza n. 500/99 per la Giustizia amministrativa. Attraverso tale sentenza come già sottolineato, è stato superato il punto nodale dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo, attraverso un concreto recupero dell'atipicità alla base dell'articolo 2043 c.c., individuando quindi una pienezza della responsabilità civile della P.A.

Come sottolinea Enzo Vincenti²⁹, “il fulcro della responsabilità extracontrattuale è la formula del “danno ingiusto”, e questa formula rappresenta una “clausola generale”, idonea ad intercettare la lesione di ogni interesse rilevante per l'ordinamento giuridico e che sia meritevole di tutela”. Tale formula di interpretazione relativa all'ingiustizia riferita al danno, ha fatto sì che la tutela risarcitoria si estendesse a tutte quelle lesioni nei confronti di situazioni giuridicamente rilevanti sul piano del diritto soggettivo e progressivamente anche sul piano dell'interesse legittimo.

Rilevante però, è stata la seguente precisazione delle Sezioni unite le quali hanno affermato che *“la lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di un altro interesse (non di mero fatto ma) giuridicamente rilevante, rientra infatti nella fattispecie della responsabilità aquiliana solo ai fini della qualificazione del danno come ingiusto”*. In tale senso quindi, non è attribuita una risarcibilità indiscriminata degli interessi legittimi nella loro generalità, bensì il risarcimento sarà connesso solo nel caso in cui l'attività illegittima della P.A. determina una *“lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento”*.

In tal modo, la lesione di un interesse legittimo non è una condizione sufficiente all'accesso al risarcimento, in quanto occorre la sussistenza della lesione nei confronti *“dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo.”*

Il compito di individuare tale sussistenza è affidato al giudice, il quale attraverso una comparazione degli interessi coinvolti, verifica se ci sia o meno la sussistenza di una situazione giuridicamente rilevante per l'ordinamento. Rispetto a tale compito, la più recente evoluzione del riparto di giurisdizione è stata caratterizzata dall'art 7 della legge n. 205 del 2000, la quale ha attribuito la giurisdizione sul risarcimento danni principalmente al giudice amministrativo. Tale attribuzione è stata inoltre regolata dal codice del processo amministrativo³⁰ che ha ridisegnato la categoria delle azioni da far valere nei confronti del giudice amministrativo e le diverse pronunce su quest'ultime, disciplinando in particolare all'articolo 30 il rapporto che intercorre tra azione di annullamento e azione di condanna.

Infine, ritengo necessario specificare ed analizzare la natura che caratterizza il risarcimento del danno rispetto alla lesione di un interesse legittimo. La sentenza n. 500/99 infatti riconosceva la posizione giuridica

²⁹ E. Vincenti, “La sentenza n.500/99 fra vecchie e nuove categorie nella materia risarcitoria”, pubblicato il 23 dicembre del 2019, rispetto alla relazione svolta al Convegno organizzato dall'Ufficio studi e massimario della Giustizia amministrativa “A 20 anni dalla sentenza n. 500/1999: attività amministrativa e risarcimento del danno”, tenutosi a Roma, 16 dicembre 2019.

³⁰ Attraverso il D.lgs n. 104 del 2010.

tutelata tramite l'azione risarcitoria come un diritto soggettivo da far valere nei confronti del giudice ordinario, che contrariamente al giudice amministrativo, poteva condannare al risarcimento dei danni.

Rispetto a tale questione, occorre opportuno ricordare la sentenza 204 della Corte Costituzionale, la quale ha sancito che l'azione risarcitoria è devoluta al giudice amministrativo, in quanto si caratterizza come una tecnica di tutela dell'interesse legittimo. In particolare infatti, essa ha specificato che *“il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova materia ...bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione”*.

In tale senso quindi, il compito del giudice amministrativo è sempre di più volto ad accertare (tramite una garanzia soggettiva) l'illegittimo esercizio del potere, e nel caso in cui quest'ultimo individuasse l'illegittimità dell'azione amministrativa, utilizzare lo strumento del risarcimento come rimedio residuale nei confronti dell'individuo leso. In particolare poi, il Consiglio di Stato in seduta plenaria, attraverso la sentenza n. 7 del 12 aprile 2016³¹, sancisce definitivamente che l'attribuzione della giurisdizione esclusiva di specifiche materie, al giudice amministrativo, comprende necessariamente una competenza piena e non circoscritta esclusivamente all'esercizio discrezionale del potere. Superando quindi, la concezione che subordinava un diritto fondamentale alla competenza esclusiva del giudice ordinario, viene colta l'opportunità per definire un quadro generale relativo all'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, e l'effettiva tutela connessa.

³¹ Sentenza che definisce l'attribuzione della giurisdizione amministrativa in un particolare settore, relativo al diritto all'insegnamento di sostegno per un alunno disabile.

1. I principi dell'UE a tutela dei diritti fondamentali dei cittadini

Al fine di analizzare che influenza subiscono le situazioni giuridiche soggettive tutelate dal nostro diritto amministrativo, e in particolare gli interessi legittimi, da parte del diritto europeo, inizierò con il delineare un'evoluzione sulla base dei principi che caratterizzano l'ordinamento di quest'ultimo.

Il processo di integrazione fra i paesi membri dell'Unione Europea, nasce con la necessità assoluta di superare i contrasti derivanti dai due conflitti mondiali, e nello specifico tra Francia e Germania, per la gestione delle zone carbonifere della Saar e della Ruhr. Tale necessità, è seguita dalla creazione di organismi sovranazionali quali la NATO per la gestione del territorio, e la Comunità Europea del carbone e dell'acciaio, per la gestione delle rispettive industrie. La CECA, istituita a Parigi nel 1951, nasce caratterizzata da un organismo indipendente denominato Alta autorità.

L'iniziale esperimento nella creazione di organismi autonomi e sovranazionali, procede fino ai Trattati di Roma del 1957, che portano alla formazione della Comunità economica europea e della Comunità europea per l'energia atomica. Inizialmente le tre comunità rimangono distinte tra di loro, fino alla fusione degli esecutivi avvenuta nel 1965, che pur mantenendo differenziate le competenze, individuava degli organi comuni. L'iniziale assetto dell'ordinamento comunitario, poneva una maggiore attenzione all'integrazione economica, attraverso ad esempio la liberalizzazione dei fattori produttivi. Quest'ottica d'origine, però, viene progressivamente ampliata con l'Atto unico, stipulato nel 1986, il quale prevedeva l'affidamento alla Comunità di nuove competenze, come la gestione dell'ambiente o dei trasporti, con il fine di ottenere maggiore coesione economica ma soprattutto sociale. Sotto quest'ultimo aspetto, una svolta si ottiene con il Trattato di Maastricht, il quale sancisce definitivamente l'abbandono della concezione prettamente economica, introducendo il concetto di Unione europea. Attraverso un inglobamento delle Comunità europee già esistenti, si avvia un processo di cooperazione anche in tutti quei settori non puramente economici. Quest'ultima, infatti, assume un impianto basato su "tre pilastri"³²: il primo, che procede nello sviluppo delle politiche comuni come quelle commerciali o monetarie, con la creazione di una moneta unica e l'introduzione del concetto di "cittadinanza dell'Unione", il secondo, che riguarda la cooperazione in materia di politica estera e sicurezza comune (PESC) attraverso un metodo intergovernativo, e infine il terzo, che riguarda la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale.

Un passaggio decisivo, soprattutto per quanto riguarda per la definitiva codificazione del diritto soggettivo, avviene grazie alla firma avvenuta a Nizza, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che riconosce tutte quelle posizioni giuridiche fondamentali del singolo, sebbene già sancite nei Trattati comunitari, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nelle singole Costituzioni degli Stati membri e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. La più recente meta del processo di integrazione europea però,

³² In riferimento al testo "*Lezione A1. Il diritto amministrativo europeo*", Dike Giuridica Editrice, Roma.

è segnato dal Trattato di Lisbona del 2007, il quale modificando il Trattato sull'Unione europea (TUE) e il Trattato istitutivo della Comunità europea, che prende il nome di Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), sancisce l'assetto definitivo di quest'ultima.

Nell'ordinamento europeo dunque, sebbene non ci sia, nei Trattati istitutivi, uno Statuto dei diritti fondamentali del cittadino, attraverso un processo di formazione tra diversi elementi, si è raggiunta la piena affermazione dei principi a tutela dell'individuo.

In particolare, sono due gli elementi decisivi che hanno favorito questo processo: il ruolo della Corte di Giustizia dell'UE, e il progressivo avvicinamento tra istituzioni nazionali e comunitarie, verso un diritto amministrativo europeo. Rispetto a quest'ultimo, fondamentale è l'elemento relativo ai sistemi amministrativi che operano sulla base dell'integrazione avvenuta tra diritto europeo e diritti amministrativi nazionali, resa possibile grazie al ruolo del giudice nazionale, a cui spetta l'applicazione del diritto europeo, attraverso la tutela diretta delle posizioni giuridiche soggettive riconosciute a livello europeo.

Per quanto riguarda, inoltre, lo sviluppo di un sistema di maggiore protezione delle situazioni giuridiche soggettive, riconosciute dal diritto amministrativo italiano, è il diritto europeo, insieme al ruolo della Corte di Giustizia come mezzo di sviluppo e approfondimento, ad ampliare il "patrimonio collettivo" degli Stati membri. Infatti, è proprio attraverso le sentenze della Corte di Giustizia che si coglie lo sviluppo verso un equilibrio tra il diritto dell'individuo e limiti a cui è sottoposto, in relazione all'interesse pubblico.

Il discorso relativo alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive riconosciute dal diritto europeo, può però, porsi in contrasto con quest'ultime come posizioni tutelate dal diritto nazionale a livello costituzionale. Come ha infatti affermato la Cassazione³³, sebbene sia riconosciuta la situazione di interesse legittimo e la sua conseguente tutela, il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario-amministrativo relativa alla posizione giuridica riconosciuta (diritto soggettivo o interesse legittimo), sia da individuare secondo i criteri dell'ordinamento giuridico nazionale e quindi in base al "*petitum*" sostanziale, senza però tener conto del fatto che nell'ordinamento europeo non sussiste la distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi. In virtù di questo, il differente trattamento relativo alla tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, può risultare inidoneo in relazione alle pretese nascenti dal diritto europeo. Proprio da quest'ultimo infatti, muove la necessità di garantire la tutela e l'effettività di tutte quelle pretese connesse che vanno al di là della distinta qualificazione giuridica riconosciuta a livello nazionale.

L'importanza relativa all'effettiva tutela è stata infatti, più volte sottolineata dalla Corte di Giustizia, riconoscendola come uno degli obiettivi dell'ordinamento europeo, e come tale sufficiente a giustificare delle limitazioni. Nonostante però, la Corte ha sottolineato la salvaguardia dei diritti fondamentali della persona, riconoscendoli come i principi generali di diritto europeo, essi non vengono posti in un piano di prerogativa assoluta, bensì viene riconosciuta la possibilità di essere sottoposti a restrizioni, in virtù della loro funzione sociale, nel caso in cui sussistano obiettivi di interesse generale non sproporzionati. Inoltre poi, alle istituzioni comunitarie, non è attribuito in nessuna disposizione il potere imporre norme relative ai diritti dell'uomo o di

³³ Cass. civ., sez. un., 10 agosto 1996, n. 7410, in Giur. It., 1997, I,1, 606.

definire, in relazione a questo settore, convenzioni internazionali. Nonostante questo comunque, attraverso l'ordinamento europeo ci si è posti sempre di più verso una formulazione di garanzie rispetto all'amministrazione, tale che vi sia una sorta di "diritto alla parità" tra i due soggetti giuridici. Rispetto ai diritti sociali però, la Corte di Giustizia, attraverso il proprio orientamento interpretativo, tende a non adeguarsi completamente alla tutela dei diritti fondamentali, assicurata dalla stessa Corte, nella specifica eliminazione, ad esempio, delle discriminazioni.

Resta comunque, nel processo di integrazione tra diritto amministrativo nazionale e quello europeo, il problema relativo alla definizione delle situazioni giuridiche soggettive sulla quali il diritto europeo incide. In particolare, mi riferisco alla questione relativa al riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario rispetto alla fonte normativa rappresentata dal complesso di organi comunitari che, fissando principi di armonizzazione, producono nuovi poteri della P.A. e nuove situazioni giuridiche per i privati. Attraverso infatti, il riconoscimento della cittadinanza europea³⁴, si garantiscono ai cittadini degli Stati membri diversi diritti, la cui tutela dovrà trovare riferimento sicuramente anche nell'ambito dei poteri amministrativi riconducibili agli organi comunitari, sempre rimanendo sulla concezione di diritto amministrativo europeo, come è ad oggi inteso, ossia capace di produrre dei principi attuati però, in modo diretto, da parte degli organi amministrativi nazionali. Tali principi, tramite un'interpretazione innovativa, promuovono sia una crescita a favore di una maggiore tutela del cittadino, sia un contributo funzionale, attraverso il processo amministrativo, ad una maggiore efficienza dell'attività amministrativa.

2. L'integrazione tra diritto europeo e diritto amministrativo italiano

Il processo di integrazione dell'ordinamento europeo, all'interno dell'ordinamento nazionale è testimoniato da diversi elementi. Primo fra tutti, l'articolo 117 comma 1, Cost, il quale sottopone l'attività legislativa statale e regionale ai diversi vincoli che derivano dall'ordinamento dell'UE³⁵. Rilevante risulta poi, l'articolo 1 comma 1, l.241/1990, che modificata dalla legge n.15/2005, sottolinea come l'azione amministrativa sia soggetta ai principi dell'ordinamento europeo³⁶, ed infine l'articolo 1 del Codice sul processo amministrativo, il quale enuncia che la giurisdizione amministrativa deve assicurare la piena tutela sia in relazione ai principi costituzionali, e in conformità con il diritto europeo³⁷. In ragione di ciò, risulta evidente l'influenza che la giurisdizione europea ha all'interno del nostro ordinamento, sia a livello normativo che a livello amministrativo. Rispetto a quest'ultimo infatti, decisivo appare l'intervento normativo da parte

³⁴Riconosciuta all'articolo 8, TUE, il quale afferma, al punto 1, che "È istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro", e al punto 2 che "I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti dal presente trattato".

³⁵L'articolo 117 Cost. afferma che: "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento europeo e dagli obblighi internazionali".

³⁶L'articolo 1 comma 1, l.241/1990 afferma infatti che: "L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento europeo".

³⁷Secondo l'articolo 1 Codice del processo amministrativo: "La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo".

dell'Unione Europea, volto a modificare il settore amministrativo, verso un processo di formazione di un diritto amministrativo europeo. Seguirà dunque, una presentazione relativa alle diverse fonti del diritto dell'UE caratterizzate dal principio della generale efficacia diretta.

A partire dalla pronuncia della Corte di Giustizia in relazione alla sentenza *Van Gend en Loos*³⁸, viene stabilito che le norme relative al Trattato istitutivo della comunità europea³⁹ creano dei diritti soggettivi direttamente attribuite ai soggetti, e quindi tutelabili di fronte al giudice nazionale. Ciò comunque si verifica in maniera differente a seconda che la fonte siano le norme dei trattati, i regolamenti, o le decisioni e direttive c.d. *self-executing*. Quest'ultime in particolare, prevedendo degli obblighi dal contenuto chiaro, preciso e incondizionato, non lasciano in alcun modo un margine discrezionale in capo agli Stati membri ma soprattutto non necessitano dell'emanazione di atti aggiuntivi, diventando efficaci e vincolanti. Sussiste infatti una netta distinzione tra quest'ultime e le direttive le quali, secondo l'articolo 288 del TFUE (Trattato sul funzionamento dell'unione europea), vincolano lo Stato membro cui sono rivolte per quanto riguarda il risultato da raggiungere, ma lasciando agli organi nazionale la competenza in relazione alla forma o i mezzi scelti⁴⁰. Di conseguenza, mentre le direttive contengono esclusivamente un obbligo di risultato, le direttive c.d. *self-executing* sono caratterizzate da una efficacia diretta di tipo verticale. Tale efficacia tuttavia, risulta essere solo nei confronti dello stato o degli enti pubblici, escludendone l'efficacia orizzontale nei rapporti tra privati, e la valenza da parte degli enti pubblici nei confronti dei privati. Da ciò traspare in maniera chiara le funzioni svolte da quest'ultime: la tutela del principio di certezza di diritto, e la loro funzione volta a sanzionare lo Stato in caso di inadempimento.

Rimane comunque difficile individuare i soggetti per cui direttamente valgono le direttive auto esecutive, in quanto caratterizzati da poteri maggiori rispetto alle regole applicate nei rapporti inter privati, nonostante questo, lo Stato risponde direttamente per i danni derivanti dal mancato recepimento delle direttive sia complete che non, nei confronti dei singoli impossibilitati ad esercitare i propri diritti⁴¹.

È evidente infatti, in relazione a ciò, il principio di supremazia del diritto europeo posto alla base del contrasto con la norma nazionale, secondo lo schema *lex posterior derogat priori*. Più complesso è stato invece il processo risolutivo nel caso in cui la norma nazionale sia in contrasto con una norma comunitaria preesistente, esso infatti si è concluso definitivamente con la sentenza n. 170/1984, *Granital*, nella quale la Corte Costituzionale ha riconosciuto l'obbligo in capo, direttamente il giudice del caso concreto, di rispettare la supremazia comunitaria disapplicando la norma nazionale contrastante. Attraverso poi, la sentenza n. 102/2008, la Consulta ha definitivamente sancito il principio di integrazione tra l'ordinamento interno e quello europeo, sottolineando come con la ratifica dei Trattati comunitari l'Italia sia entrata a far parte di un ordinamento giuridico "autonomo, integrato e coordinato con quello interno", e come in relazione all'art 11 Cost., abbia trasferito "l'esercizio di poteri, anche normativi, nelle materie oggetto dei trattati medesimi". Così

³⁸ Sentenza della Corte di Giustizia 5 febbraio 1963, causa C 26/6.

³⁹ Firmato il 25 marzo del 1957, insieme al Trattato che costituisce la Comunità europea dell'energia atomica.

⁴⁰ Infatti all' articolo 288, TFUE, è specificato che "la direttiva vincola lo stato membro cui è rivolta per quando riguarda il risultato da raggiungere, salvo restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi".

⁴¹ In riferimento al testo "*Lezione A1. Il diritto amministrativo europeo*", Dike Giuridica Editrice, Roma, pag. 7.

facendo, la sola eccezione posta al vincolo del legislatore interno, riguarda il caso in cui vengano lesi i principi fondamentali o i diritti inviolabili dell'uomo garantiti dalla Costituzione. Inoltre, il potere delle norme comunitarie è caratterizzato anche, nel caso in cui sussistano esigenze organizzative dell'Unione, dalla capacità di derogare al riparto di competenze tra Stato e Regioni⁴².

Come precedentemente anticipato, non solo il giudice nazionale ma anche la Pubblica Amministrazione è tenuta a disapplicare, nell'emanazione di un atto amministrativo, la norma nazionale in contrasto con quella europea. Nel caso in cui però, questo non avvenga, si è posto il problema se fosse giusto sanzionare il legislatore che illecitamente ha violato una norma comunitaria, in particolare, uniformandosi in maniera errata all'ordinamento nazionale. Tale questione, è stata sollevata mediante un rinvio pregiudiziale del TAR Lazio⁴³, in cui la Corte di Giustizia ha sottolineato⁴⁴ che i diversi articoli in materia debbano essere letti sempre in conformità con l'art.4 par 3 del TUE, il quale prevede l'obbligo di leale collaborazione e che tutela l'effetto utile delle disposizioni comunitarie. In generale dunque, tale sentenza appare coerente con il principio di primazia del diritto europeo precedentemente esposto, il quale, come specificato anche nella Sentenza in causa C-103/88, *Fratelli Costanzo*, richiede la disapplicazione di qualsiasi norma nazionale, sia anteriore che posteriore, in contrasto con quella comunitaria. In relazione a tale questione, come anticipato, esiste una deroga al principio di primazia attribuito al diritto europeo. Mi riferisco in particolare alla criticata pronuncia, ripresa dal Consiglio di Stato tramite la sentenza dell'8 agosto 2005, n. 4207, per la quale esistono dei "contro limiti" relativa all'area dei diritti fondamentali, in cui la sovranità statale mantiene uno spazio giuridico sottratto alla sovranità comunitaria, accettata con il Trattato.

Inoltre, sempre legato all'analisi relativa ai limiti della primazia del diritto europeo e il conseguente strumento di disapplicazione, occorre necessario analizzare il tema relativo al rapporto tra giudicato giurisdizionale in contrasto con il diritto dell'UE. In particolare, all'interno della sentenza *Kühne & Heitz*, la Corte di Giustizia chiamata a pronunciarsi in materia di compatibilità tra il principio di cosa giudicata e un successivo mutamento di giurisprudenza, ha sancito come la disapplicazione dell'atto amministrativo debba avvenire al verificarsi dei presupposti indicati al punto 28 della sentenza citata⁴⁵. L'organo amministrativo infatti, è tenuto applicare il principio di cooperazione⁴⁶, e quindi riesaminare la decisione ritornando su di essa, se sussistono quattro particolari condizioni: esso deve disporre del potere di ritornare su tale decisione, tale decisione sia definitiva a seguito di una sentenza da parte di un giudice nazionale, e che tale sentenza, in relazione alla giurisprudenza della Corte successiva, sia fondata su un'interpretazione erronea del diritto europeo. È al giudice nazionale dunque, che spetta il compito di verificare se in relazione alla normativa

⁴² In riferimento alla pronuncia della Corte Cost. 126/1997.

⁴³ In particolare nella causa 198/01, con la necessità di verificare se il Garante della Concorrenza abbia un potere-dovere di disapplicare una norma interna in contrasto con le regole comunitarie sulla concorrenza.

⁴⁴ Sentenza 9 settembre 2003 in c-198/01

⁴⁵ Sentenza 13 gennaio 2004 C-453/00.

⁴⁶ Derivante dall' articolo 4, paragrafo 3, TUE, il quale afferma che: "In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione."

interna sussistano i presupposti affinché venga ritirato l'atto amministrativo, indifferentemente se questo violi il diritto interno o il diritto europeo. ⁴⁷

3. Il diritto europeo e la tutela degli interessi legittimi

Tenendo presente l'analisi svolta sui principi e poi sull'integrazione avvenuta rispetto al diritto dell'UE, nei confronti dell'ordinamento nazionale, appare evidente come quest'ultimo rovescia in maniera significativa il concetto relativo al potere amministrativo. Tale categoria giuridica, in particolare, assume per effetto del diritto europeo ancora di più una concezione di potere finalizzato a tutelare gli interessi altrui. Ne consegue che, l'interesse pubblico non si esplica in un interesse soggettivo affidato e gestito, bensì un interesse della collettività in senso oggettivo. Tale interesse collettivo infatti, si esplica nel rispetto di tutti quegli interessi settoriali, come ad esempio la trasparenza relativa ai pubblici appalti o la qualità dei servizi pubblici, ma anche di tutti quegli interessi generali tutelati ad esempio attraverso le regole della libera concorrenza o del mercato.

All'interno di tale quadro internazionale dunque, non trova più spazio la concezione dell'esercizio del potere amministrativo capace di degradare il diritto soggettivo trasformandolo in interesse legittimo, infatti, con la codificazione decisiva del diritto soggettivo tramite la Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea⁴⁸, all'interno del nostro sistema giurisdizionale si è avuta la necessità di rafforzare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁴⁹ e conseguentemente riconoscere la categoria giuridica del rapporto giuridico di diritto pubblico sostanziale, procedimentale e processuale. Benché la Corte di Giustizia non sia competente a qualificare le situazioni giuridiche soggettive connesse agli obblighi degli Stati membri dell'Unione, se una tale situazione viene riconosciuta all'interno dell'ordinamento europeo, come un diritto soggettivo, allora a quest'ultima deve seguire una protezione effettiva ed equivalente.

La conseguenza diretta, nei confronti di un potere amministrativo caratterizzato in precedenza una maggiore connotazione autoritativa, è la trasformazione del rapporto basato sul concetto di funzione pubblica a quello basato sul concetto di servizio. L'economia mista caratterizzata da una relazione di equi-ordinazione tra iniziativa pubblica e privata, lascia il posto ad un'attività amministrativa volta a fornire un servizio pubblico, inteso come un interesse generale di rilevanza economica o non economica. In particolare infatti, all'interno di un contesto europeo, la distinzione che assume rilevanza è quella tra titolare del servizio e il suo gestore, che ha una "missione" specifica. Da qui, il concetto mutato di obbligo di servizio, non più inteso come una concessione autoritativa bensì un contratto di servizio (come descritto anche nel regolamento CEE, 1969, relativo ai trasporti pubblici), che contiene obblighi che possono essere di tipo generale come l'ambiente, il territorio, i beni culturali e ambientali, oppure particolari, legate a specifiche esigenze dell'ente titolare del servizio pubblico. Tutto ciò, segna il passaggio definitivo dal servizio pubblico, come precedentemente inteso,

⁴⁷ In riferimento al testo "*Lezione A1. Il diritto amministrativo europeo*", Dike Giuridica Editrice, Roma.

⁴⁸ Firmata a Nizza il 7 dicembre 2000 e giuridicata a Lisbona il 13 dicembre 2007 nella sua parte integrante.

⁴⁹ Descritta in particolare all'articolo 113 del codice del processo amministrativo.

a quello di “servizio universale” fornito a tutti, attraverso un’accessibilità, una continuità e con specifiche tariffe agevolate⁵⁰.

Un’altra potente innovazione attribuita al diritto europeo si può rilevare poi nella regolamentazione, in modo paritario, del procedimento amministrativo e del diritto di accesso. In particolare, attraverso la direttiva 93/13 il diritto all’ambiente attribuisce in capo a chiunque il diritto di informazione, attiva o passiva, a prescindere dal proprio interesse o rilevanza giuridica. Rispetto quindi a tutte quelle situazioni procedurali che derivano dal rapporto tra cittadino e amministrazione, gli articoli 41 e 47 della Carta dei diritti della Unione europea, spingono verso un’esclusione della categoria dell’interesse legittimo, riconoscendo un diritto soggettivo in capo a chiunque sia interessato ad un provvedimento favorevole e che abbia quindi diritto ad un ricorso effettivo, rapido e paritario di fronte ad un giudice imparziale⁵¹.

Nonostante il riconoscimento, nel nostro ordinamento nazionale, che l’oggetto del rapporto tra cittadino e amministrazione, sia il riconoscimento del bene della vita negato da quest’ultima, spesso il giudice amministrativo non sempre sfrutta le potenzialità prodotte dal diritto dell’Unione Europea. In ragione di quest’ultime comunque, la concessione amministrativa è stata disciplinata tramite dei modelli semplificati, come ad esempio l’autorizzazione integrata ambientale rispetto all’esercizio di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, oppure tramite dei procedimenti dichiarativi da parte dei privati.

Un altro elemento decisamente incisivo, prodotto dall’ordinamento europeo, è rilevabile nell’ambito della responsabilità civile in capo alla pubblica amministrazione. È a partire dal caso *Francovich* del 1991 che la Corte di Giustizia ha riconosciuto una responsabilità oggettiva di fronte ad una violazione chiara e manifesta di una norma o principio dell’UE. Attraverso poi la più recente riforma della legge sulla responsabilità amministrativa dei giudici n. 117/1988, si è individuata la responsabilità del magistrato rispetto alla mancata applicazione della norma nazionale o il mancato rinvio pregiudiziale, che ha causato danni al soggetto. È ciò che è avvenuto tramite la sentenza del 13 giugno del 2006⁵², tale domanda di pronuncia pregiudiziale è stata proposta nell’ambito di una causa intentata contro la Repubblica italiana dalla “*Traghetti del Mediterraneo SpA*”, impresa di trasporti marittimi, al fine di ottenere il risarcimento del danno che essa avrebbe subito a causa di un’erronea interpretazione, da parte della Corte suprema di cassazione, delle norme comunitarie relative alla concorrenza e agli aiuti di Stato e, in particolare, per il rifiuto opposto da quest’ultima alla sua richiesta di sottoporre alla Corte le pertinenti questioni di interpretazione del diritto europeo.

In particolare poi, la Corte in diverse sentenze ha principalmente raggruppato l’esercizio del potere politico-amministrativo in tre categorie di atti: quelli a contenuto politico, quelli a contenuto misto e quelli a

⁵⁰ E. Picozza, “L’Unione europea e il diritto amministrativo”, lectio magistralis presso la scuola di specializzazione per le professioni legali della facoltà di giurisprudenza della Università degli studi di Roma Tor Vergata,

⁵¹ La Carta dei diritti dell’Unione europea riconosce rispettivamente all’articolo 41 il diritto ad una buona amministrazione, e all’articolo 47 il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale.

⁵² Nel procedimento C-173/03, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’art. 234 CE, dal Tribunale di Genova con ordinanza 20 marzo 2003, pervenuta in cancelleria il 14 aprile 2003, nella causa *Traghetti del Mediterraneo SpA*, in liquidazione, contro Repubblica italiana.

contenuto vincolato. Per quanto riguarda i primi, essi sono ampiamente liberi purché conformi al principio di legalità e legittimità rispetto ai trattati e alle convenzioni internazionali. La Corte di giustizia infatti, giudica su tale conformità, escludendone la responsabilità se non in caso di abuso di potere. Per i secondi invece, vengono riconosciuti come parzialmente liberi, in quanto sussiste la responsabilità nel caso in cui l'atto europeo o il corrispettivo atto nazionale risultino inadempienti agli obblighi comunitari. Rispetto agli ultimi, invece, vincolanti e che quindi comportano una responsabilità oggettiva, risultano essere un importante settore per il diritto amministrativo, settore nella quale però l'Italia risulta essere non pienamente adeguata nella rispettiva trasposizione nel diritto nazionale. Sebbene sia riconosciuta la responsabilità per l'inadempimento europeo, solo nel 2009 attraverso, una revisione la Corte di cassazione, si è attribuito agli atti vincolanti la natura di responsabilità extraquiliana, ossia contrattuale, come conseguenza del mancato adempimento al diritto dell'UE inteso come fonte pattizia.

Nonostante questo però, anche nel caso di inadempimento relativo ad un principio o normativa *self-executing*, tutt'oggi il diritto amministrativo italiano tende a discostarsi rispetto a quello europeo. Nell'ordinamento interno, al fine di rilevare la responsabilità civile della P.A., è necessario che sussista dolo o colpa grave, il nesso di causalità, ed infine "l'ingiustizia" relativa al danno. Un'impostazione diversa però è emersa da parte del diritto europeo, in materia di appalti pubblici, in quanto è considerata contraria al diritto dell'UE una normativa nazionale che condiziona il diritto al risarcimento, al carattere colpevole della violazione⁵³. In ragione di ciò, la Corte di Giustizia ha ritenuto necessario che, in materia di appalti pubblici, non sia necessaria la prova, neanche in via presuntiva, della colpa. Questo perché in relazione a tale ambito, il risarcimento del danno risponde ad una funzione "riparatorio-compensativa" che si qualifica come un "alternativa procedurale" all'ottenimento del bene della vita auspicato dall'impresa.⁵⁴

In generale dunque, come precedentemente anticipato, l'influenza del diritto europeo rispetto ai provvedimenti e procedimenti amministrativi nazionali, si basa principalmente su tre tipi di azione: la prima, riguarda un'azione diretta che avviene tramite le convenzioni, i regolamenti e le decisioni. Attraverso tale strumento l'UE ha l'obiettivo di unificare le regolamentazioni nazionali di qualsiasi livello, come ad esempio tramite il codice doganale comune. Se si osserva bene però, tale azione è più volta a riguardare ambiti come il diritto dell'economia, piuttosto che la sostanza del diritto amministrativo nazionale. Un esempio infatti può essere rappresentato dal c.d diritto amministrativo della contabilità pubblica, per il quale rappresenta un esempio la direttiva 95/2011 relativa ai bilanci tipo degli enti pubblici nell'UE, o con il pacchetto di riforme sui bilanci e sulla revisione della spesa pubblica. Da qui dunque, la conseguenza che tale azione diretta porta delle modifiche non solo sul piano delle procedure bensì anche rispetto alle categorie giuridiche. La seconda azione svolta dall'UE sussiste nell'azione indiretta o di armonizzazione, finalizzata all'avvicinamento delle legislazioni nazionali e anche delle attività amministrative in tutti quei settori fondamentali quali gli appalti pubblici, i trasporti, l'energia. Come precedentemente anticipato infatti, tale azione non ha comportato solo

⁵³ Corte di Giustizia, 30 settembre 2010, in causa C-314/09.

⁵⁴ V. Cerulli Irelli, "Corso di giustizia amministrativa, la giurisdizione e le azioni", La Sapienza editrice, Roma, 2016, pag. 189.

ed esclusivamente un'armonizzazione relativa ai procedimenti, bensì un cambiamento relativo anche quelle categorie quali ad esempio, il concetto di affidamento-atto amministrativo trasformato in concetto di contratto di appalto. In relazione a quest'ultimo infatti, definitiva è stata la svolta della mentalità giuridica relativa all'appalto pubblico. In particolar modo, significativo è stato il dlgs 50/2016 e poi la formazione dell'Autorità Nazionale Anti Corruzione, che hanno contribuito a rendere le procedure amministrative prettamente strumentali al perfezionamento del contratto, al punto che le relative controversie sulla c.d concessione di servizi di lavori pubblici, sia riconducibile alla giurisdizione esclusiva del giudice ordinario. Rispetto invece, alla terza azione dell'Unione europea, ossia l'azione indiretta di armonizzazione, questa avviene attraverso quelle procedure dell' "home country control", ossia in materia bancaria, assicurativa e bancaria, e del riconoscimento reciproco per quanto riguarda attività professionali e titoli di studio, il tutto finalizzato ad una maggiore e più libera prestazione di servizi.

Intendo soffermarmi però, più nello specifico, sugli effetti avvenuti rispetto ai principi di diritto processuale. Come anticipato, la Corte di Giustizia europea ha individuato nel giudice nazionale di qualsiasi livello, la prima istituzione a dover fedelmente rispettare il diritto europeo, tramite un'applicazione diretta. Tramite poi un'eventuale disapplicazione, ha il compito di rendere sempre più vicini il diritto nazionale a quello europeo. Tale questione quindi, non poteva di certo escludere gli istituti della giustizia amministrativa. Se nel periodo coincidente con l'approvazione del Trattato di Maastricht, il sistema di giustizia amministrativa italiana risultava ancora non completamente uniformato ai concetti di effettività della tutela e giusto processo, tramite il dpr. 80/1998 e la seguente legge 205/2000 si ha avuto una svolta in senso positivo. È stato però solo attraverso il codice del processo amministrativo⁵⁵, che si sono in maniera significativa integrati e codificati tali principi fondamentali alla base del diritto processuale europeo, non solo rispetto alle risoluzioni riguardanti il diritto europeo ma soprattutto anche per quelle riguardanti il diritto nazionale.

In particolar modo, nonostante il principio di effettività della tutela e del giusto processo siano riconosciuti già dall'interno del nostro ordinamento⁵⁶, decisivo è l'intervento della Corte di giustizia in relazione alla priorità dell'esame del ricorso amministrativo incidentale rispetto a quello principale. Quest'ultima, ha enfatizzato la concezione relativa all'interesse al ricorrere alla tutela giurisdizionale sottolineando come l'effettività di quest'ultima sia finalizzata al rendere giustizia. In tal modo, come si può dedurre anche dalla direttiva sugli appalti, elementi come il rischio di lesione o l'interesse alla reiterazione di un appalto pubblico assegnato in modo illegittimo risultano sufficienti ad agire tramite giudizio amministrativo. Rispetto invece al principio del giusto processo, grazie alla codificazione all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in conformità agli articoli 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁵⁷, in Italia tale principio ha trovato completa attuazione nel codice del processo amministrativo. In particolare, una

⁵⁵ Approvato, nello specifico, tramite il dlgs 104/2010.

⁵⁶ Come precedentemente esposto, il principio dell'effettività della tutela è rilevabile agli articoli 24, 103, 113 Cost., mentre il diritto al giusto processo è rilevabile all'articolo 111.

⁵⁷ La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, riconosce all'articolo 6 il diritto ad un equo processo, e all'articolo 13 il diritto ad un ricorso effettivo.

violazione di quest'ultimo da parte del T.A.R, nega al Consiglio di Stato la possibilità di giudicare nel merito della causa, obbligandolo a rinviarla al giudizio di primo grado.

Rilevante poi, appare essere il principio di equivalenza del diritto europeo, che riguarda sia il diritto processuale ma anche il procedimento amministrativo e in generale l'attività amministrativa. Esso ha lo scopo di verificare se il grado di tutela fornito dal diritto nazionale equivale a quello offerto dal diritto europeo, in particolare attraverso un'operazione che equipara gli istituti e i procedimenti nazionali con quelli comunitari.

Nonostante tali principi siano, effettivamente, integrati nel nostro ordinamento, non si può affermare l'esistenza di un processo e un procedimento amministrativo europeo, uguale per tutti gli Stati appartenenti all'unione, neanche per quanto riguarda l'attività amministrativa intesa nel suo complesso. Si può dunque parlare, di un diritto amministrativo composto, in parte da elementi di diritto europeo e in parte da elementi di diritto nazionale.⁵⁸

⁵⁸ E. Picozza, "*L'Unione europea e il diritto amministrativo*", lectio magistralis presso la scuola di specializzazione per le professioni legali della facoltà di giurisprudenza della Università degli studi di Roma Tor Vergata, pag. 9.

CAPITOLO IV: LA DEGRADAZIONE DEI DIRITTI SOGGETTIVI A INTERESSI LEGITTIMI RISPETTO ALLA TUTELA DEI DIRITTI SOCIALI ED ECONOMICI

1. Le differenze tra il modello dualista e il modello monista

Nella sua opera finalizzata a fornire una visione d'insieme dei rapporti tra istituzioni, diritto ed economia a livello europeo ed internazionale, Di Gaspare⁵⁹, utilizza un approccio storico e giuridico facendo riferimento nello specifico al caso italiano, e attraverso un'elaborazione teorica dei modelli di costituzione economica dello stato di diritto, arriva al riconoscimento del carattere democratico liberale della Costituzione repubblicana del 1948. In particolare, egli pone a confronto quest'ultima, definita monista, e caratterizzante dei paesi dell'Europa continentali aderenti all'UE, con la costituzione economica liberale democratico di tipo dualista dei paesi come la Gran Bretagna e gli USA. Le differenze tra questi due modelli, si possono rilevare non solo da un punto di vista teorico e astratto, ma anche, essendo inserite in un contesto di globalizzazione dei mercati, in una competizione tra sistemi giuridici. Infatti, il punto di nodale distinzione risiede nel differente ruolo della legge all'interno dei rispettivi modelli.

La costituzione liberale democratica è caratterizzata da un "sistema giuridico a basso tasso di legislazione orientato al giudice"⁶⁰, questo fa sì che gli operatori economici, nell'individuare gli effetti giuridici che una loro azione può comportare, si chiedono se quest'ultima può essere considerata illecita da parte del giudice (sia dal punto di vista civile che penale). Se così fosse infatti, potrebbero essere soggetti a risarcire il danno, oppure ad essere considerati responsabili penalmente. In questo caso quindi, l'esercizio dell'iniziativa economica da parte di un soggetto, risponde solo entro schema lecito/illecito, pertanto se non vengono violate norme penali o non vi sono potenziali danneggiati, l'azione viene considerata lecita.

Per quanto riguarda invece la costituzione democratica liberale, che caratterizza anche l'Italia, è formata da un "sistema giuridico ad alto tasso di legislazione, orientato al legislatore". In particolare, gli operatori economici, oltre a valutare la liceità di un proprio comportamento, devono tener conto che questo si conformi alla legislazione amministrativa. Quest'ultima, interpretata e attuata dalla pubblica amministrazione, dispone ad esempio licenze, autorizzazioni, dichiarazioni, oltre che diversi procedimenti al quale il soggetto deve conformarsi. In questo caso quindi, la valutazione relativa al proprio comportamento diviene più complessa e spesso al soggetto sfuggono degli elementi relativi ad interpretazione discrezionale attribuita all'amministrazione. A quest'ultima bisogna appellarsi per non incorrere in una violazione di legge e conseguente sanzione.

Queste due relative impostazioni portano conseguenti differenze sotto diversi aspetti, prima fra tutti si può individuare nei costi e nei tempi relativi all'iniziativa economica privata. Nel primo caso infatti, l'operatore economico essendo soggetto solo ed esclusivamente al principio liberale, per il quale è lecito tutto

⁵⁹ G. Di Gaspare, "Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali", Wolters Kluwer, CEDAM, Milano, 2017.

⁶⁰ G. Di Gaspare, "Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali", cit, pag 55.

ciò che non è espressamente vietato, egli ha la libertà di agire più velocemente tramite il contratto, considerata la fonte che regola i rapporti giuridici. In tale senso quindi, le costituzioni economiche liberaldemocratiche hanno un approccio rovesciato, non è il soggetto che deve rivolgersi all'amministrazione, bensì è quest'ultima che gli si rivolge ogni tal volta effettua delle scelte che influenzino la pluralità. Il "*due process of law*" di cui si caratterizzano, viene considerato opposto al procedimento amministrativo in quanto è obbligatorio per l'azione amministrativa ma non per l'iniziativa economica privata ed è utilizzato solo se risolutiva rispetto a conflitti di interesse. Può essere paragonato quindi, ad un contraddittorio processuale, nel quale per il cittadino vige il "*Freedom of Information Act*". Nel secondo caso invece, chiunque voglia intraprendere un'attività economica regolata da specifiche leggi amministrative, essendo soggetto ad un procedimento amministrativo, deve attendere che questo si concluda e ricevere quindi il "lascia passare" dell'organo amministrativo.

Un'altra sostanziale differenza individuata, risiede nella certezza del diritto che caratterizza le costituzioni liberaldemocratiche, in quanto dotate di una migliore prevedibilità dell'impatto giuridico derivante dai comportamenti.

Essendo infatti, nelle costituzioni democratiche liberali moniste, l'attività dell'amministrazione svolta utilizzando il diritto amministrativo (il quale le attribuisce poteri e doveri, in relazione al principio di legalità) questo fa sì che il soggetto subisca direttamente gli effetti dell'azione amministrativa direttamente esecutiva dalla legge. Egli dunque può agire esclusivamente *ex post* di fronte al giudice, ed entro i limiti di tempo concessi all'impugnazione del provvedimento amministrativo.

Al contrario, nelle costituzioni liberal democratiche dualiste, l'organo amministrativo ha il compito di occuparsi degli interessi collettivi ma utilizzando il diritto comune, come qualsiasi altro soggetto privato. Esso inoltre, nell'esercizio delle proprie funzioni, è limitato al rispetto della legge ("*rule of law*") che non ne indirizza le finalità. Ne consegue quindi la responsabilità degli amministratori che rispondono della gestione e il risultato relativo alla propria attività, in termini personali come qualsiasi altro cittadino. Nell'esercizio della propria funzione poi, devono tener conto dell' "*accountability*", e possono essere ritenuti responsabili penalmente se eccedono nell'esercizio delle proprie funzioni.

Utilizzando il diritto comune, nei sistemi dualisti, l'amministrazione non vanta di speciali prerogative. In questo senso quindi, viene rafforzato l'orientamento al giudice che può attuare una maggiore garanzia delle libertà individuale ma soprattutto dei diritti economici. Dal momento in cui, solo al giudice spetta munire l'azione dell'amministrazione di forza giuridica, (tramite un "*enforcement*" se si vuole obbligare il cittadino ad un determinato atto, o tramite il veto se lo si vuole vietare), l'amministrazione deve rivolgersi a quest'ultimo preventivamente tramite un contraddittorio per ricevere l'autorizzazione a limitare determinate libertà. È, quindi, nell'assenza di forza cogente degli atti amministrativi, che risiede la possibilità di una maggiore certezza del diritto che caratterizza i sistemi dualisti. Inoltre, la centralità che assumono la tutela delle garanzie delle libertà fondamentali, ed economiche, nei sistemi dualisti è testimoniata dall'orientamento al giudice. In particolare, essi sono costituiti da un sistema di garanzie che si esplica fino alla "*judicial review*", ossia il potere di disapplicazione della legge o degli atti del governo, in caso di contrasto le garanzie costituzionali

fondamentali, da parte del giudice comune. Quest'ultima è comunque una facoltà soggetta al controllo delle Corti di appello fino alla Suprema Corte, e che riflette una giurisprudenza basata sullo "*stare decisis*", in cui il giudice è obbligato a conformarsi alla decisione adottata in una precedente sentenza, in cui la fattispecie sottoposta sia uguale a quella già decisa.

Quest'ultimi due elementi, ossia il rispetto del precedente giudiziario e il limite posto al legislatore ordinario nei confronti delle libertà personali e della proprietà privata, diminuiscono in maniera significativa l'influenza della legge ordinaria volta a modificare il diritto preesistente. Di conseguenza, negli Stati dualisti, a differenza di quelli monisti, vi è una maggiore certezza nell'applicazione del diritto e una sua maggiore stabilità, che semplifica a sua volta la valutazione degli operatori economici nel valutare la liceità delle proprie azioni.

Un'altra sostanziale differenza poi, è caratterizzata dal sistema di autogoverno delle comunità locali ("*local government*"), formato da un insieme di cariche elettive che organizzano e gestiscono la comunità e le sue attività, sempre tramite il diritto comune. Tale sistema di giurisdizione, autonomamente organizzato, è l'espressione diretta della società, all'interno del quale il governo locale si configura come in un articolato condominio. Al contrario invece, per quanto si possa, nei sistemi monisti, accentuare un decentramento, l'ente locale che si contrappone all'Ente generale (lo Stato) è sempre circoscritto all'interno delle pubbliche amministrazioni autoritative.

Infine, caratteristiche delle costituzioni economiche moniste, sono la riserva di legge delle attività economiche attribuita ai pubblici poteri e l'espropriazione del diritto di impresa, entrambe estranee invece alle costituzioni economiche dualiste.

2. La continuità dello Stato prerepubblicano

Con il referendum istituzionale del 1946, gli italiani votarono per l'assetto istituzionale, sancendo così definitivamente il passaggio dalla Monarchia alla Repubblica. Questo passaggio, caratterizzato da una minore traumaticità, è dovuto soprattutto alla continuità giuridica istituzionale con cui si è realizzato. In tal modo, se da un lato, decisamente minore è stata la rottura alla base di questo processo, dall'altro nettamente maggiore è stato l'impatto che ha avuto il vecchio ordinamento nei confronti del nuovo ordine costituzionale. In particolare, la Costituzione del 1948, si innesta nella continuità dell'ordinamento giuridico e in continuità dei rapporti giuridici. Nel primo caso, il diritto in vigore nel periodo antecedente, continua ad avere effetto anche nel nuovo ordinamento, mentre nel secondo caso, per continuità si fa riferimento sia ai rapporti giuridici interni (tra lo Stato, pubblici funzionari e giudici), sia ai rapporti con il cittadino, e infine a tutti quei rapporti economici e obbligazioni già in corso. Tutti questi elementi, determinano una "vera e propria eredità con il trasferimento dei preesistenti rapporti giuridici", sia attivi che passivi, che caratterizzano lo Stato.⁶¹ Data tale eredità, dunque, occorre necessario integrare e adattare la lettura della Costituzione formale, prendendo in

⁶¹ G. Di Gaspare, "*Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*", cit, pag 128.

considerazione l'effetto deformante che la sua interpretazione ha subito. Nello specifico, tale continuità, fa sì che le istituzioni amministrative e giurisdizionali funzionino sulla base dei precedenti principi e norme. In tal modo però, risultano sostanzialmente compresse determinate libertà costituzionali quali in particolare, quelle economiche. Quest'ultime infatti, al contrario delle libertà personali e politiche caratterizzate da una doppia riserva di legislazione e giurisdizione, sono assoggettate ad un graduale retrocessione.

È dalla forte spinta inerziale del progresso ordinamento, quindi, che deriva una distorsione nell'interpretazione del testo costituzionale, una differenza con la costituzione economica materiale imposta e di conseguenza una riduzione significativa della portata innovativa della Costituzione. In particolare, la riconduzione dei diritti economici e sociali, alla categoria degli interessi legittimi, soprattutto per quanto riguarda l'iniziativa economica privata e il diritto di proprietà, ha fatto sì che si sviluppasse una negazione al diritto di accesso al mercato e una potenziale limitazione, da parte dello Stato, dell'attività economica privata. Quest'approccio, consolidatosi a partire dagli anni '60, ha fatto sì che il legislatore ordinario potesse indirizzare, limitare o addirittura vietare, oltre i limiti imposti dall'art.41, comma secondo, Cost.⁶², il concreto svolgimento dell'attività economica privata. In tal modo, la legislazione ordinaria economica basata su differenti fini sociali e interessi pubblici ha fatto sì che si sottoponesse l'attività economica ad atti e sanzioni limitanti la libertà d'impresa, ma soprattutto, paralizzando ogni scelta imprenditoriale di fronte al complesso meccanismo burocratico di legittimità.

Rispetto ai diritti sociali poi, nonostante la caratteristica di fattispecie differenziata all'interno del testo costituzionale, la loro assimilazione a interessi legittimi, ha fatto sì che tali distinzioni si confondessero tra mere aspettative e diritti soggettivi direttamente esigibili nei confronti dello Stato. Tale omologazione, ha fatto sì che i diritti sociali venissero degradati in aspettative giuridicamente protette anche in quei casi in cui il soggetto può vantare di un "diritto attuale alla solidarietà pubblica". Ad oggi, però, tale destrutturazione etica è stata costituzionalizzata, da parte della Corte Costituzionale, tramite un bilanciamento caso per caso.

3. La carente tutela contro la pubblica amministrazione

Nonostante la piena tutela giurisdizionale assicurata dall'articolo 113 Cost., soprattutto al comma secondo⁶³, e quindi la volontà del legislatore di disinnescare qualsiasi effetto depotenziante della categoria degli interessi legittimi nella prassi giudiziaria e amministrativa, si assisterà comunque ad un doppio riconoscimento della libertà di iniziativa economica e del diritto di proprietà. In particolare, qualificati rispettivamente come diritti soggettivi rispetto ai rapporti inter privati, ma interessi legittimi nei rapporti con i pubblici poteri. Tale concezione comunque, superata dalla sentenza n. 500 del 2000, rappresenta infatti un insostenibile difformità nei confronti del giudice europeo. Non potendo più esonerare lo Stato italiano dalla

⁶² L'art. 41, comma secondo, Cost. afferma che: "Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana".

⁶³ Art. 113, comma secondo, Cost: "Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti".

responsabilità per atti e comportamenti dannosi nei confronti delle imprese comunitarie, a sua volta necessario fu il medesimo riconoscimento per le imprese italiane.

Inoltre, strettamente connessa alla mancanza di responsabilità dello Stato per rispetto ai diritti economici, è la crisi del sistema di responsabilità connesso all'esercizio delle funzioni pubbliche, un elemento su cui poggia la scarsa efficienza della pubblica amministrazione. In particolare, benché quest'ultima sia prevista all'art. 28 Cost.⁶⁴, che garantisce la responsabilità civile e quindi l'obbligo di risarcimento del danno, mantenendo la vecchia concezione degli interessi legittimi, si disattivava anche la responsabilità civile del funzionario. In seguito, infatti, al fallimento relativo alla riforma della dirigenza amministrativa avvenuto nel 1972⁶⁵, inizia una progressiva deresponsabilizzazione per i pubblici funzionari, politici e burocratici, destinata a pesare soprattutto sui costi del generale sistema politico e amministrativo.

Date tale considerazioni, Di Gaspare⁶⁶, sottolinea la differenza tra il carattere democratico-liberale della Costituzione formale, rispetto all'effettiva prassi consolidata della costituzione materiale, che riconduce quest'ultima nella categoria "democratico-sociale". Non essendo quindi definibile l'equilibrio tra diritti economici e diritti sociali, ciò che fa sì che prevalgano gli uni rispetto agli altri è la legge ordinaria, a seconda dell'indirizzo politico dominante in Parlamento.

Per quanto poi, il legislatore ordinario, possa estendere le prestazioni sociali a carico dello Stato, la loro riconduzione generica alla categoria di interessi legittimi si caratterizza come un vero e proprio depotenziamento di tutti quei "bisogni incolpevoli"⁶⁷, che rispetto invece all'etica costituzionale, risultano essere dei veri e propri diritti a prestazioni. Infatti, il mancato riconoscimento di un diritto a prestazione, pienamente tutelato, pone l'individuo in una posizione di aspettative generiche che si scontrano costantemente con la discrezionalità amministrativa che può riconoscerle o meno. Quest'ultima poi, pone il rischio di possibili discriminazioni nei confronti degli individui, in relazione al modo o ai tempi di riconoscimento del proprio diritto a prestazione. Pertanto, Di Gaspare, pone l'attenzione sull'incertezza della costituzione economica materiale, caratterizzata da un mancato equilibrio tra diritti economici e sociali, e pertanto maggiormente esposta alle dinamiche, sia istituzionali che economiche, che caratterizzano il Paese, ma soprattutto l'ambito internazionale.

In relazione a ciò, rilevante appare l'effettività della tutela dei diritti fondamentali dei disabili nello Stato sociale, caratterizzato dalla scarsità delle risorse finanziarie e dal vincolo di bilancio⁶⁸. In effetti, nonostante il fine dell'attività amministrativa è quello di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, compresi quelli sociali, ad essa è attribuito comunque il limite della copertura finanziaria, che disciplina la sua azione. Per questa ragione, molte prestazioni previste in favore dei cittadini, si scontrano con il potere

⁶⁴ Art. 28 Cost.: "I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici".

⁶⁵ D.p.r. n. 748/1972.

⁶⁶ G. Di Gaspare, "Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali", cit, pag 135.

⁶⁷ G. Di Gaspare, "Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali", cit, pag 136.

⁶⁸ G. Tulumello, "L'effettività della tutela dei diritti fondamentali dei disabili nello Stato sociale, fra vincoli di bilancio e amministrazione di risultato", rivista *Questione Giustizia*, marzo 2018.

organizzativo della P.A., che tende quindi ad orientare quest'ultime come interessi legittimi. Il punto nodale quindi, è caratterizzato dai limiti che il potere amministrativo incontra, quando per ragioni finanziarie, non concede tutte quelle prestazioni che garantiscono l'effettività del diritto. Fondamentale sarà dunque il ruolo di attuazione del diritto, svolto dal potere amministrativo, nell'attuare quella gerarchia di interessi fissata a livello normativo⁶⁹. Un efficace verifica in relazione all'effettività della tutela dei diritti fondamentali, può essere dunque fatta, anche nel caso in cui quest'ultima viene negata o ridotta per scarsità di risorse, avendo riguardo al parametro normativo su cui si fonda il bilanciamento degli interessi, e come questi vengono concretamente disciplinati. La questione allora, non è mettere in discussione in ruolo dello Stato, e il suo potere amministrativo di incidere sui diritti fondamentali, bensì capire se in relazione a quest'ultimi esso abbia un obbligo di risultato, in relazione alla loro tutela, anche nei casi in cui vi sia una scarsità finanziaria.

Un esempio, in particolare, può essere individuato nel caso del sostegno scolastico ai minori affetti da disabilità grave. La Corte Costituzionale, infatti, tramite la sentenza n. 80 del 2010, ha definito il diritto fondamentale dell'individuo disabile ad usufruire di un percorso scolastico effettivo, come incompressibile e in nessun modo finanziariamente condizionato.

⁶⁹ G. Tulumello, *“L'effettività della tutela dei diritti fondamentali dei disabili nello Stato sociale, fra vincoli di bilancio e amministrazione di risultato”*, rivista *Questione Giustizia*, marzo 2018, pag. 95.

CONCLUSIONE

Partendo dunque da un'analisi svolta in relazione alle situazioni giuridiche soggettive riconosciute dal nostro ordinamento, quali diritti soggettivi e interessi legittimi, si coglie la delicata distinzione che esse assumo in relazione alla loro tutela giurisdizionale. Il riparto di giurisdizione, in particolare, tra giudice ordinario e giudice amministrativo, ha portato con sé non poche questioni in relazione ad una piena ed effettiva tutela di tali situazioni giuridiche.

Negli anni, però, la dottrina e la prassi giurisprudenziale ha sempre di più sviluppato un approccio volto a conformarsi fedelmente a ciò che la Carta costituzionale afferma all'articolo 113 Cost., definendo entrambi i diritti soggettivi e gli interessi legittimi caratterizzati da una tutela giurisdizionale, che “non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti”.

Tale processo poi, è stato decisamente influenzato dal diritto dell'unione europea, e dal ruolo che quest'ultimo ha svolto nei confronti di un rafforzamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Decisivo è stato dunque il riconoscimento della categoria giuridica del rapporto giuridico di diritto pubblico sostanziale, procedimentale e processuale. Rispetto però a tutte quelle situazioni che includono il rapporto tra cittadino e P.A., il diritto europeo preme sempre di più verso un ruolo marginale della categoria dell'interesse legittimo, riconoscendo invece, un diritto soggettivo in capo a chiunque sia interessato ad un provvedimento favorevole e ad un ricorso effettivo di fronte ad un giudice imparziale.

Negli anni infatti, la riconduzione dei diritti economici e sociali, alla categoria “generale” categoria di interessi legittimi, ha rappresentato, non solo una discordanza rispetto al diritto dell'Unione europea, ma anche una limitazione connessa a tutti quei diritti a prestazione riconosciuti dalla nostra Costituzione materiale. In particolare, infatti, il doppio riconoscimento della libertà di iniziativa economica e del diritto di proprietà, qualificati rispettivamente come diritti soggettivi nei rapporti inter privati, ma interessi legittimi nei rapporti con i pubblici poteri, ha permesso di esonerare lo Stato dalla responsabilità nei confronti delle imprese italiane per un lungo periodo di tempo.

Per quanto riguarda invece, tutte quelle prestazioni sociali riconosciute dell'etica costituzionale, si può riscontrare un depotenziamento nella loro riconduzione generica a interessi legittimi. In tal modo, infatti, l'aspettativa generica del cittadino si scontra con la discrezionalità amministrativa. Essendo poi quest'ultima, condizionata dalla scarsità delle risorse finanziarie e dal vincolo di bilancio, fondamentale risulta essere il ruolo del potere amministrativo di attuazione del diritto.

In conclusione, la distinzione tra queste due figure giuridiche soggettive che caratterizzano il nostro peculiare ordinamento, è volta ad assicurare una maggiore e completa tutela dell'individuo, che il Costituente voleva attribuirgli. L'effettività della tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, allora, non va ricercata tramite un approccio che mette in discussione il ruolo dello Stato, inevitabilmente in grado di incidere sui diritti fondamentali, bensì nell'azione amministrativa e nel suo potere di attuare quel bilanciamento di interessi, fissati a livello normativo.

ABSTRACT

The scope of this thesis is aimed at analysing the subjective legal positions recognised to the Italian citizen, vis-à-vis the State, which has always been in possession of a power capable of modifying or extinguishing them.

The research begins with a brief historical evolution of the administrative function, which although it was initially reduced, as it was aimed at ensuring public order, administering justice and ensuring national defence, its perspective changed with the establishment of the welfare state. The state increasingly assumed a welfare role, aimed at guaranteeing a network of services and performances, in a perspective of legality and good performance. In Article 97 of the Constitution, in fact, these two principles are recognised as key elements on which administrative action must be based. Therefore, through a definition of the current role of the P.A., all potential "vices" in which its activity may incur can also be identified. Starting from 1990, in fact, with the approval of Law no. 241 of August 7, 1990, the administrative procedure has discovered a thorough discipline, increasingly based on a greater democratisation.

Through an analysis of the constitutional text, on the other hand, it is possible to identify the subjective legal figures under consideration and, in particular, the associated legal protection. In Article 24 of the Italian Constitution, subjective rights and legitimate interests are recognised, as well as their full judicial protection. In the subsequent Article 113 of the Constitution, on the other hand, the right of action of the individual is specified, who may act through the ordinary judge and the administrative judge. Article 100 of the Constitution, furthermore, specifies the role attributed to the Council of State, defined as "body of legal-administrative advice and protection of justice in the administration", and finally, through Article 125 of the Constitution, it is ratified the institution, in the Region, of the bodies of administrative justice of first instance.

Compared to the model based on dual jurisdiction, which characterises our system, various problems based on the distribution of jurisdiction have resulted. In a first interpretation of the constitutional text, however, it is self-evident that the first major distinction from the substantive point of view between these two subjective juridical situations, lies in the fact that subjective law is generally protected by the ordinary judge (with the exception of the exclusive jurisdiction that the administrative judge has in the cases provided for by law), and the legitimate interest is generally protected by the administrative judge, considered to be the judge who annuls administrative acts (except in cases expressed by law where the power of annulment is also conferred on the ordinary judge).

The subjective right is defined as that direct and immediate power of a subject aimed at the realisation of his own interest, to which corresponds an obligation on the part of certain subjects or the community. It may happen, however, that the administrative body, in the exercise of its functions, violates a subjective right by operating in defiance of the law, as it acts for example without authority (as in absolute lack of power) or by using instruments of private law, in which case the ordinary judge declares the measure null and void, thereby invalidating it with *inter partes* effects. If, on the other hand, the public administration acts with

authority but the private party considers that the exercise of its discretionary use of its power is illegitimate, thus violating its legitimate interest, the latter may challenge the act before the administrative court by asserting its interest in the annulment of the act with *erga omnes* effect.

The research, however, focuses in particular on the latter, and on the challenging interpretation that has characterised this figure, connoted by a particular specificity and function. If, on the one hand, Rescigno's thesis is that, in the silence of the law, the individual can turn exclusively to the administrative judge, and only request the annulment of the administrative act with the possible and consequent judgement of compliance, on the other hand, Orsi's thesis instead recognises the individual subject to any illegal administrative act, the choice whether to turn to both the administrative judge and the ordinary judge, on the basis of the requested tutelage. According to Rescigno, however, there are no elements within the Constitution that could support such a demanding conclusion, since the right to the legitimacy of the act, as understood by Orsi, would therefore belong not only to the individual who turned to the judge in order to obtain the annulment of the act, but to all those connected to it. For this reason, Rescigno's thesis will lead to the definition of legitimate interest understood as the right to the annulment of the illegal administrative act.

Over the years, however, legitimate interest has undergone a shift from a concept based on interest to the legitimacy of the administrative act, up to the more recent notion of the good of life, the attainment of which is independent of the legitimate exercise of administrative power.

The issue of the civil liability of the Public Administration and the regime of special immunity from which it has benefited for years will also be addressed. The highly restrictive interpretation attributed to article 2043 of the Italian Civil Code, which held the administrative body liable only for "unjust damage" resulting from the violation of a subjective right, changed radically thanks to the historic judgment no. 500 of 1999, which recognised compensation also for legitimate interests.

Then, through a research on developments in European Union law, and its integration into our legal system, this research will analyse the influence that subjective legal situations, and in particular legitimate interests, suffer.

The process of integration among the member countries of the European Union, although initially characterised by a purely economic conception, is increasingly developing the reliance on new competences, until reaching a system based on "three pillars": the first concerns the development of common policies, the second includes cooperation in foreign policy, the third instead focuses on judicial and police cooperation in criminal matters.

This study will also highlight the decisive role of European law, towards the development of a system of greater protection of subjective rights and legitimate interests, promoted in particular through the role of the Court of Justice. Indeed, the principles of the EU protecting the fundamental rights of citizens, regardless of the division of jurisdiction characteristic of our system, ensure full, effective and direct protection for the subject.

The integration that European law has had within our system is witnessed by several elements including: Article 117 paragraph 1, Cost, which subjects the legislative activity of the state and regional government to the various constraints arising from the EU system; Article 1 paragraph 1, 1.241/1990, which stresses that administrative action is subject to the principles of European law; and finally, Article 1 of the Code on Administrative Procedure, which states that the administrative jurisdiction must ensure full protection both in relation to constitutional principles, and in accordance with European law. It is clear, therefore, the influence that the European jurisdiction has within our system, both at a regulatory and administrative level. Following the ruling of the Court of Justice in relation to the *Van Gend en Loos* judgment, it was established that the rules relating to the Treaty founding the European Community create subjective rights directly attributed to subjects, and therefore protectable before the national court. It is the latter, in fact, which, according to the European Court of Justice, is the first institution that must faithfully respect European law, through direct application. The Court of Justice has the task of bringing national law closer to European law through the possible non-implementation of conflicting national law.

Within this international framework, therefore, there is no longer ground for the concept of the exercise of administrative power capable of undermining subjective law by transforming it into a legitimate interest. With the decisive codification of subjective law through the Charter of Fundamental Rights of the European Union, there has been a need within our jurisdictional system to strengthen the exclusive jurisdiction of the administrative judge and consequently to recognise the legal category of the legal relationship of substantive, procedural and procedural public law. Although the Court of Justice does not have jurisdiction to classify subjective legal situations connected with the obligations of the Member States of the Union, if such a situation is recognised within the European system as a subjective right, then it must be followed by effective and equivalent protection.

The direct consequence, with regard to an administrative power previously characterised by a greater authoritative connotation, is the transformation of the relationship based on the concept of public function to one based on the concept of service. The latter is also evidenced by the powerful innovation attributed to European law, compared to the regulation, on an equal footing, of the administrative procedure and the right of access. In particular, through Directive 93/13 the right to the environment gives everyone the right to information, active or passive, regardless of their interest or legal significance. Another significant element, arising from European law, lies in the area of civil liability of public authorities. It is since the 1991 *Francovich* case that the Court of Justice has recognised strict liability for a clear and manifest breach of an EU rule or principle. The most recent reform of the Law on the Administrative Liability of Judges No 117/1988 identified the liability of the magistrate for failure to annul the national rule or to refer the matter for a preliminary ruling, which caused damage to the person involved.

However, with regard to European acts with binding content, and which therefore involve strict liability, and which represent an important area of administrative law, Italy appears not to be fully adequate in their transposition into national law. Although it is recognised that Italy is liable for European non-compliance,

it was only in 2009, through a review by the Court of Cassation, that binding acts were attributed the nature of extraquilian, i.e. contractual, liability as a consequence of the failure to comply with EU law as a source of agreement. Despite this, nevertheless, even in the case of failure to comply with a self-executing principle or legislation, Italian administrative law still tends to deviate from European law. In fact, in order to detect the civil liability of the P.A., it is necessary that there be intent or gross negligence, the causal link, and finally "injustice" relating to the damage. However, if at the time of the approval of the Maastricht Treaty, the Italian administrative justice system was still not fully aligned with the concepts of effectiveness of protection and fair trial, dpr. 80/1998 and the following law 205/2000 have led to a change in a positive direction. But it was only through the Code of Administrative Procedure, that these fundamental principles at the basis of European procedural law were significantly integrated and codified, not only with respect to the resolutions concerning European law but also, above all, to those concerning national law.

Although these principles are, in fact, integrated into our legal system, there is no European administrative process and procedure which is the same for all the States belonging to the Union, not even in terms of administrative activity as a whole. Hence, one may speak of an administrative law composed partly of elements of European law and partly of elements of national law.

Finally, through a comparative method, which provides a picture of the liberal democratic character of our Constitution, this research will reveal the decisive role of the law in monist systems, such as ours, in a context of globalisation of markets and competition between legal systems. The differences with the dualist liberal democratic economic constitution, which characterises countries such as Great Britain and the USA, will be highlighted. In particular, the latter is characterised by a "low rate of judge-oriented legislation", which makes economic operators, in identifying the legal effects that their action may imply, only question whether it can be considered illegal by the judge. Moreover, the administrative body has the task of dealing with collective interests, using common law, like any other private entity. On the other hand, since our liberal democratic constitution is made up of a "legal system with a high degree of legislation, oriented towards the legislator", economic operators, in addition to assessing the fairness of their own behaviour, must take into account that this is in conformity with administrative legislation. The activity of the administration, in fact, is carried out using administrative law, making administrative action directly enforceable by law. The citizen, therefore, can only act ex post before the judge, and within the time limits granted to the appeal of the administrative provision.

It will then be discussed the continuity with the pre-Republican state, through a "real inheritance with the transfer of pre-existing legal relationships", both active and passive. Given this inheritance, it will be evident the deforming effect that the interpretation of the formal Constitution has undergone. In particular, the attribution of economic rights to the category of legitimate interests, in relation to private economic initiative and the right to property, has led to a denial of the right of access to the market and a potential limitation, by the State, of private economic activity. On the other hand, with regard to social rights, their generic attribution to the category of legitimate interests has resulted in the non-recognition of a right to performance on the part

of the individual, thus placing the individual in a position of expectation that does not always coincide with administrative discretion. In fact, although the purpose of administrative activity is to ensure effective protection of fundamental rights, including social rights, it is nevertheless attributed the limit, for example, of the financial coverage, which governs one's action. In the analysis carried out in relation to the protection of such subjective legal situations, it will therefore be necessary to focus on administrative action, in relation to its role of implementing that balance of interests established at the regulatory level.

BIBLIOGRAFIA

Aa. Vv. *Lezione A1. Il diritto amministrativo europeo*. Roma: Dike Giuridica Editrice.

BIN, R. PITRUZZELLA, G. *Diritto Pubblico*. Torino: G. Giappichelli editore, 2017.

CERULLI IRELLI, V. *Corso di giustizia amministrativa, la giurisdizione e le azioni*. Roma: La Sapienza editrice, 2016.

DE MONTESQUIEU, C. L. *Lo spirito delle leggi*, BUR Biblioteca Univ. Rizzoli, 1989.

DI CIOMMO, F. *Manuale di diritto privato, Parte I*. G. Giappichelli editore, 2016.

DI GASPARE, G. *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*. Milano: Wolters Kluwer, CEDAM, 2017.

ORSI BATTAGLINI, A. *Alla ricerca dello Stato di diritto*. Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 2005.

PATRONI GRIFFI, F. *A 20 anni dalla sentenza n. 500/1999: attività amministrativa e il risarcimento del danno*, presentazione generale del Congresso svolto a palazzo Spada il 16 dicembre 2019.

PICOZZA, E. *L'Unione europea e il diritto amministrativo*, lectio magistralis presso la scuola di specializzazione per le professioni legali della facoltà di giurisprudenza della Università degli studi di Roma Tor Vergata.

RESCIGNO, G. U. *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana*. Bologna: Società editrice il Mulino, 2006.

TULUMELLO G. *L'effettività della tutela dei diritti fondamentali dei disabili nello Stato sociale, fra vincoli di bilancio e amministrazione di risultato*, rivista *Questione Giustizia*, marzo 2018.

VINCENTI, E. *La sentenza n.500/99 fra vecchie e nuove categorie nella materia risarcitoria*, pubblicato il 23 dicembre del 2019.