



1 NOVEMBRE 2023

Riflessioni sul problema della
trasmissibilità dell'interesse legittimo:
profili ricostruttivi e prospettive di
analisi

di Augusto Di Cagno
Ricercatore di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Bari Aldo Moro



Riflessioni sul problema della trasmissibilità dell'interesse legittimo: profili ricostruttivi e prospettive di analisi*

di Augusto Di Cagno

Ricercatore di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Abstract [It]: L'autore offre uno studio sul problema della trasmissibilità dell'interesse legittimo, rilevando come sul tema si siano registrate differenti e contrapposte soluzioni, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, prevalentemente dovute alle diverse rappresentazioni della situazione giuridica soggettiva. Oltre a evidenziare i riflessi procedimentali e processuali della vicenda circolatoria, il tentativo dello studio è di proporre possibili alternative ricostruttive del problema della trasferibilità dell'interesse legittimo, facendo leva sia sul dato normativo che sui caratteri strutturali della figura.

Title: Reflections on the problem of the transmissibility of legitimate interest: reconstructive profiles and analytical perspectives

Abstract [En]: The author offers a study on the problem of the transmissibility of legitimate interest, noting that, both in doctrine and in jurisprudence, there are different and conflicting solutions on the topic, mainly due to the different representations of the subjective legal situation. The study's attempt is, on one hand, to highlight the implications that the transfer of legitimate interest could have on the proceeding and the trial and, on the other hand, to propose possible reconstructive alternatives to the problem of the transferability of legitimate interest, considering both the normative data and the structural features of the figure.

Parole chiave: Interesse legittimo, trasferibilità, trasmissibilità, successione a titolo particolare, successione a titolo universale

Keywords: Legitimate interest, transferability, transmissibility, succession by particular title, succession by universal title

Sommario: 1. Premessa introduttiva. L'ammissibilità di una vicenda circolatoria dell'interesse legittimo come crocevia delle diverse ricostruzioni della situazione giuridica soggettiva. 2. L'applicazione del principio dispositivo all'interesse legittimo. Le tesi che negano la trasferibilità dell'interesse legittimo. 3. Tesi che ammettono la trasferibilità dell'interesse legittimo. 4. Gli orientamenti contraddittori della giurisprudenza. 5. La ricerca della disponibilità dell'interesse legittimo: i riflessi procedimentali e processuali della vicenda circolatoria. 6. Possibili alternative ricostruttive del problema della trasferibilità dell'interesse legittimo. 7. Rilievi critici conclusivi: il carattere "patrimoniale" dell'interesse legittimo come fondamento della sua generale "disponibilità".

1. Premessa introduttiva. L'ammissibilità di una vicenda circolatoria dell'interesse legittimo come crocevia delle diverse ricostruzioni della situazione giuridica soggettiva

Il tema della trasferibilità dell'interesse legittimo, pur essendo stato oggetto di autorevoli ma poco diffusi studi in dottrina¹, si presenta di grande interesse per uno studioso di diritto amministrativo, non foss'altro

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Tra questi si richiamano F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, 37; Id., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017, 468 e ss.; C. RUSSO, *Trasmissibilità a terzi del risarcimento del danno*, in www.treccani.it,

perché consente di confrontarsi con tutte le ben note difficoltà definitorie e qualificatorie che si incontrano allorché ci si interroghi su “*che cos’è l’interesse legittimo*”². E, in effetti, prima ancora di verificare se una posizione giuridica soggettiva sia o meno trasmissibile, coerenza logica imporrebbe di vagliare il suo *ubi consistam*; onde poi approfondire i molteplici profili applicativi che scaturiscono, tanto sul piano sostanziale quanto su quello processuale, allorché si prospetti una fattispecie traslativa-dispositiva dell’interesse legittimo.

Sul tema si sono registrate differenti e contrapposte soluzioni, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, che dimostrano, oltre all’eterogeneità delle ricostruzioni proposte in ordine alla situazione giuridica soggettiva, come la questione della trasferibilità dell’interesse legittimo intercetti diverse rappresentazioni dello stesso e consenta anche di riflettere sugli (ancora) incerti contorni di tale figura.

È bene da subito evidenziare come della trasferibilità dell’interesse legittimo ci si possa occupare, sia quando la situazione giuridica soggettiva del singolo si rapporta con il potere amministrativo, secondo una classificazione autorevolmente proposta, in un rapporto giuridico amministrativo di tipo statico, sia quando l’interesse legittimo si incardina nell’ambito di un rapporto di tipo dinamico; ove, nel primo caso, la situazione giuridica soggettiva del singolo costituisce il risultato fissato dall’esercizio del potere, consistente nella creazione ovvero nella modifica o estinzione di una situazione già esistente; mentre, nel secondo, l’interesse legittimo si relaziona a un potere ancora da esercitare o in corso di esercizio³. Così, nel solco di un rapporto statico, occorrerà ad esempio trattare di vicende come quella del trasferimento di un titolo autorizzativo o concessorio già rilasciato, e quindi a procedimento amministrativo concluso; sebbene, in taluni casi, a fronte di un provvedimento amministrativo già adottato si possa discutere se si sia davvero in presenza di un interesse legittimo e non piuttosto di fronte a diritti soggettivi del singolo⁴.

2014; G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014, fasc. 4., 585 e ss.; M. D’ARIENZO, *Trasmissibilità dell’interesse legittimo e circolazione dei diritti edificatori tra previsioni codicistiche e suggestioni giurisprudenziali*, in *Dir. e proc. amm.*, 2016, 3, 965 e ss.; Id., *Trasferibilità dell’interesse legittimo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017. Oltre agli autori che si richiameranno nel prosieguo.

² Per riprendere la nota formula interrogativa posta da M. NIGRO, *Ma che cos’è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, ora in *Scritti giuridici*, III, Giuffrè, Milano, 1996, 1898.

³ Sulla distinzione tra rapporto giuridico amministrativo statico e dinamico, cfr. E. FOLLIERI, *Il rapporto giuridico amministrativo dinamico*, in *www.giustamm.it*, 2017; sulla differenza tra interesse legittimo statico e dinamico già G. GRECO, *L’accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1980, 178. La distinzione tra situazioni giuridiche come risultato effettuale dell’esercizio del potere e come inserita in un contesto relazionale con un potere ancora da esercitare viene configurata da A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Giappichelli, Torino, 2020, segn. 135-136 e 174.

⁴ A tal riguardo, F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo*, cit., 475, circoscrive la tematica della trasferibilità dell’interesse legittimo all’ambito del procedimento amministrativo, sottolineando come, nel caso dei cc.dd. diritti edificatori, “*ottenuto il permesso di costruire, chiuso il procedimento che ha condotto al suo rilascio, l’interesse legittimo, avendo raggiunto il suo scopo, scompare: la “voltura” del permesso di costruire (già rilasciato) non riguarda affatto l’interesse legittimo, bensì il diritto di costruire*”.

Nell'ambito del rapporto amministrativo inteso come dinamico, invece, andrà vagliata la possibilità di trasferire la posizione di un soggetto nell'ambito di un procedimento in essere, volto all'adozione di un provvedimento amministrativo non ancora rilasciato.

In ogni caso, occorre interrogarsi sui risvolti applicativi che pone il trasferimento dell'interesse legittimo, e con esso dei connessi risvolti procedurali e processuali.

Si pensi, da una parte, ai profili collegati al subentro, ove ammesso, di un soggetto a un altro in pendenza di un procedimento amministrativo, onde ci può chiedere come il nuovo titolare dell'interesse legittimo possa rapportarsi a un potere da esercitarsi o già in parte esercitato e quindi agli effetti di atti endoprocedimentali già esistenti. Dall'altra parte, esistono risvolti della vicenda circolatoria dell'interesse legittimo, sia essa intesa a titolo universale o particolare, che si riverberano nella dimensione processuale, sul piano delle tutele giurisdizionali esperibili e della configurabilità in capo al nuovo titolare dell'interesse legittimo di una legittimazione ad agire e della successione nel giudizio amministrativo⁵.

2. L'applicazione del principio dispositivo all'interesse legittimo. Le tesi che negano la trasferibilità dell'interesse legittimo

Va da subito precisato che, in questa sede, la “disponibilità” dell'interesse legittimo va intesa come la capacità del titolare della situazione giuridica soggettiva, di rinunciare e di spogliarsi ma, soprattutto, di trasferire a terzi l'interesse legittimo⁶. La trasferibilità della situazione giuridica soggettiva, quindi, attiene a un piano ben più circoscritto rispetto alla “disponibilità” intesa in senso più ampio come la possibilità di conformare una pretesa oggetto di controversia, attuale o potenziale⁷; tema, questo, che si collega alle questioni dell'ammissibilità della transazione e dell'arbitrato anche nel campo del diritto amministrativo, che, pur connesse con quelle di interesse del presente scritto, non sono qui trattate⁸.

⁵ Si tratta del tema dell'applicabilità al processo amministrativo degli artt. 110 e 111, c.p.c., in forza del rinvio esterno di cui all'art. 39, c.p.a.; sul quale si veda F. GASPARI, *Successione a titolo particolare nel diritto controverso nel processo amministrativo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

⁶ In senso ampio “disporre” di un diritto può significare venderlo, donarlo, permutarlo, rinunciarvi direttamente o indirettamente, farne oggetto di accordi transattivi, darlo in pegno o in ipoteca”; cfr. U. CARNEVALI, *Appunti di diritto privato*, Edizioni Libreria Cortina, Milano, 2007, VIII ed., 50. Per una definizione del principio dispositivo, cfr. C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, Tomo I – *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Giappichelli, Torino, 2012, 60.

⁷ Così, M. DELSIGNORE, *La disponibilità degli interessi legittimi: nuovi spazi per la risoluzione extragiudiziale del contenzioso?*, in *Riv. arb.*, 2017, fasc. 3, 521 e ss.

⁸ Si tengano, infatti, presenti le conseguenze che la tesi sulla “disponibilità” o meno dell'interesse legittimo può determinare rispetto alla questione della sua compromettibilità, in sede di arbitrato o di transazione, in forza delle norme -gli artt. 806 c.p.c. e 1966 c.c. in particolare- che proprio in tal senso pongono dei limiti in caso di “*diritti indisponibili*”. Sul tema si vedano, nella vasta letteratura sull'argomento, alcuni autori, tra cui V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato: riflessioni e interrogativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 227 e ss.; M. ANTONIOLI, *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, Giuffrè, Milano, 2004; G. CAIA, *Gli arbitrati e la giurisdizione amministrativa*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2002, 946 e ss.; E. CARDI, *Modelli processuali arbitrali nella giustizia amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2002, 314 ss.; M. DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2007; F. GOISIS, *Compromettibilità in arbitrato delle*

Sempre su un piano generale, si rammenta che il potere di disposizione viene inteso come un profilo, inteso in senso oggettivo, della funzione intrinseca a qualunque diritto soggettivo, e si identifica con la “capacità o attitudine del diritto soggettivo” ad essere trasferito, o secondo altri “separato”, da una sfera giuridica per essere imputato ad un’altra sfera giuridica¹⁰. Così, si pensi sia al diritto di proprietà che viene definito in modo paradigmatico dall’art. 832, c.c proprio come potere di godere e “di disporre” delle cose che ne formano l’oggetto, e che può essere coinvolto dagli effetti traslativi attribuiti al consenso delle parti (art. 1376, c.c.); sia al diritto di credito anch’esso suscettibile di divenire oggetto di una vicenda traslativa (art. 1360, c.c.)¹¹.

L’interesse legittimo, invece, è stato sovente rappresentato con caratteri suoi propri, ben distinti dal diritto soggettivo, che hanno fatto apparire la “disponibilità”, come una caratteristica estranea a tale situazione giuridica soggettiva e non compatibile con la sua funzione intrinseca. Ebbene, può dirsi che proprio la contrapposizione dei caratteri dell’interesse legittimo e del diritto soggettivo ha costituito una delle principali remore ad ammettere la disponibilità della situazione giuridica soggettiva di diritto pubblico.

Vero è che secondo la dottrina, a seguito dell’affermazione della tutela risarcitoria dell’interesse legittimo, si sono assottigliate le differenze con il diritto soggettivo¹², seguendo conclusioni già raggiunte anche prima che la questione della risarcibilità dell’interesse legittimo fosse decisa dalla sentenza della Cassazione del 1999¹³.

controversie delle controversie di cui sia parte l’amministrazione e art. 6 della l. n. 205 del 2000, in Dir. Proc. Amm., 2005, 249 e ss.; L.R. PERFETTI, Sull’arbitrato nelle controversie di cui sia parte l’amministrazione pubblica. La necessaria ricerca dei presupposti teorici e dei profili problematici, in Judicium, 2009, 1 e ss.; A. SANDULLI, L’arbitrato nel Codice del processo amministrativo, in Giorn. Dir. Amm., 2013, 205 e ss.; A. ZITO, La compromettibilità per arbitri con la pubblica amministrazione dopo la l. n. 205/2000: problemi e prospettive, in Dir. Amm., 2001, 343 e ss. Le conclusioni sull’esclusione dell’arbitrato in materia di interessi legittimi sono oggi confermate proprio dall’art. 12 del c.p.a. che limita l’arbitrato alle sole controversie concernenti i diritti soggettivi e che trova la sua ratio proprio nella regola per cui l’annullamento e la disapplicazione del provvedimento spettano soltanto al giudice o ad altro soggetto indicato dalla legge; sul tema della transazione delle controversie riguardanti gli interessi legittimi si legga invece l’opera monografica di A. CASSATELLA, La transazione amministrativa, Trento, Università degli Studi di Trento, 2020, che si sofferma anche sui profili riguardanti l’arbitrato (segn. p. 287).

⁹ Cfr. S. PIRAS, *Sull’esercizio della facoltà di disporre*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1947, 25

¹⁰ S. PUGLIATTI, *L’atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica*, Giuffrè, Milano, 1951, 5 secondo cui “La facoltà di disposizione sarebbe nella sua espressione sintetica il potere legittimo che ha il titolare di un diritto di trasferire ad altri il diritto stesso”; ID., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, ESI, Camerino, 1935, 89; F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile – Processo di esecuzione*, II, Cedam, Padova, 1932, 176; Si veda anche G. FOTTI, *Potere di disposizione e circolazione delle situazioni giuridiche soggettive*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, 11 e ss.

¹¹ Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, vol. I, Utet, Torino, 1988, 315.

¹² A. ROMANO, *Sono risarcibili, ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, 1999, 3224, secondo cui “Non è, dunque, che gli interessi legittimi, o, almeno, alcune loro categorie, siano diventati risarcibili. È che gli interessi legittimi, o, meglio, alcune loro categorie, si sono trasformati in diritti soggettivi. E solo per questo mutamento della loro natura, sono diventati risarcibili?”. Cfr. ID., *Conclusioni al colloquio sull’interesse legittimo*, in *Atti del Convegno in memoria di Umberto Pototsching* (Milano, 19 aprile 2013), Jovene, Napoli, 2014, 177

¹³ Il riferimento è a quanto esposto, già prima della sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 500 del 1999, da A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1 e ss.; poi ripresa anche in ID., *Conclusioni*, cit., 176 e ss. Anche secondo la storica sentenza n. 500 del 1999 l’unico vero tratto

Cionondimeno si è continuato a negare la possibilità di disporre dell'interesse legittimo.

Ciò posto, tra le tesi che contestano la trasferibilità dell'interesse legittimo si possono raggruppare almeno due principali orientamenti, i quali rimarcano entrambi le differenze che sussistono tra l'interesse legittimo e il diritto soggettivo.

Da una parte, l'indisponibilità dell'interesse legittimo viene fatta derivare dalla qualificazione dell'interesse legittimo come posizione giuridica soggettiva meramente strumentale alla tutela dell'interesse pubblico e caratterizzata da una dimensione processuale, di cui si nega la natura sostanziale¹⁴; la quale a sua volta fa eco alle ricostruzioni dell'interesse legittimo come interesse soltanto occasionalmente o indirettamente protetto¹⁵. Questa concezione porta a concludere che la protezione dell'interesse legittimo è subordinata alla realizzazione dell'interesse (pubblico) curato dal potere. L'idea di una commistione degli interessi protetti dal potere amministrativo e dall'interesse legittimo appare coerente con l'idea della non transigibilità dei rapporti giuridici amministrativi, nei quali siano coinvolti potere amministrativo e interesse legittimo¹⁶.

Si tratta di un'impostazione che vede l'interesse legittimo e il potere come due facce della stessa medaglia, in quanto entrambi incentrati sulla salvaguardia dell'interesse pubblico e della legittimità dell'azione amministrativa; e che, pertanto, mutua l'indisponibilità dell'interesse legittimo da quella che caratterizza

differenziale tra le due situazioni giuridiche soggettive, di diritto privato e di diritto pubblico, rimane soltanto “*il modo o la misura con cui l'interesse sostanziale ottiene protezione*”.

¹⁴ In tal senso E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Cedam, Padova, 1986, 249.

¹⁵ Per questa impostazione V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Principio individualistico nel processo amministrativo e difesa dell'interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, segn. 635. Si rammenta che la formulazione dell'interesse la cui protezione “*è puramente occasionale, è solo un effetto indiretto, riflesso, del diritto obiettivo*” si deve a O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1912, 430 e verrà poi seguita e sviluppata dagli autori successivi. Per una ricostruzione delle teorie, è imprescindibile il richiamo all'opera di F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit.

¹⁶ In senso analogo v. E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.* 1936, 71/134, «*la connessione esistente tra l'interesse delle parti e l'interesse pubblico (...) rende inammissibile in tali casi una composizione transattiva*». In senso coerente, si veda A. AMORTH, *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, Giuffrè, Milano, 1980, 60 secondo cui “*Le situazioni di interesse legittimo [...] non possono infatti «per la loro natura» ritenersi «disponibili», se non per la autorità amministrativa che li fa sorgere e ne stabilisce l'entità [...] ma, di regola, con previa valutazione di interesse pubblico [...] Manca, per contro, una loro disponibilità da parte dei destinatari; col che viene meno la possibilità di definirne una questione, che sia sorta tra i destinatari medesimi e l'autorità amministrativa, mediante «reciproche concessioni*”. A questa impostazione sembra aderire anche P. DE LISE, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 1196, secondo cui l'interesse legittimo sarebbe indisponibile “*stante la stretta connessione tra queste posizioni e l'interesse pubblico*”. Cfr. altresì P. DE LISE - B. DELFINO, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Arch. giur. oo. pp.* 2000, 2053; F. GOISIS, *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, Giuffrè, Milano, 2007, 261 ss. Si veda sul punto anche quella parte della dottrina che, pur dando per premessa la possibile disponibilità dell'interesse legittimo, occupandosi dello specifico tema della transigibilità degli interessi legittimi, la esclude in ragione della natura intrinseca del potere, che è sempre finalizzato al perseguimento degli interessi pubblici e quindi non può essere condizionato da negozi intervenuti con privati che possono orientare la scelta amministrativa verso risultati non coerenti con i criteri che governano l'azione amministrativa; così P. CHIRULLI - P. STELLA RICHTER, *Transazione (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 867 e ss., e segn. 869. Sempre sul tema della transazione delle controversie aventi a oggetto gli interessi legittimi, si veda A. CASSATELLA, *La transazione*, cit.

il potere amministrativo¹⁷. In altri termini, se è indisponibile il potere, in quanto diretto al perseguimento dell'interesse pubblico¹⁸, è indisponibile anche l'interesse legittimo in quanto protetto soltanto in via indiretta, ossia tramite il soddisfacimento dello stesso interesse pubblico.

Dall'altra parte, un secondo orientamento, seguito in particolar modo dalla giurisprudenza, tende a negare la trasferibilità dell'interesse legittimo facendo leva sulla natura “personale” e/o “diretta” della posizione giuridica soggettiva. A tale impostazione si allinea chi sottolinea il carattere “infungibile” del rapporto che si instaura tra cittadino e amministrazione¹⁹, che lo contrappone ai normali rapporti di diritto comune.

In tal senso, appare interessante la ricostruzione proposta da altra parte della dottrina che, pur senza negare espressamente che l'interesse legittimo possa essere “trasferito” in capo a un terzo, evidenzia però come, al mutare delle parti del procedimento amministrativo mutano anche gli interessi privati nel medesimo coinvolti; sicché, tranne che nell'istante della cessione, l'interesse legittimo in capo al terzo non sarebbe lo stesso ma “*si conformerebbe autonomamente, proprio in quanto il momento di confronto con il potere non può essere indifferente se rapportato alla sfera soggettiva di un soggetto piuttosto che di un altro*”²⁰.

Il che, però, equivale a sostenere che l'interesse legittimo non sia davvero trasmissibile, ritornando a far leva sul suo carattere “personale”, posto che il terzo “acquirente” o “cessionario” diverrebbe titolare di una posizione giuridica distinta (per l'appunto autonoma) rispetto a quella originaria; con tutti i riflessi che ne deriverebbero anche rispetto alla possibilità di mantenere gli atti del potere già in essere e da compiersi nell'ambito di un procedimento amministrativo in corso, posto che il potere amministrativo dovrebbe confrontarsi con un soggetto diverso dall'iniziale destinatario dei suoi effetti.

¹⁷ Come rammenta M. D'ARIENZO, *Trasferibilità dell'interesse legittimo*, cit., p. 90, anche la giurisprudenza fa leva sul collegamento tra situazione giuridica soggettiva e interesse pubblico per affermarne l'indisponibilità, come conseguenza diretta della indisponibilità del potere. Tale conclusione si ritrova anche nella giurisprudenza, che tende ad esempio a negare l'ammissibilità dell'arbitrato assumendo il carattere indisponibile del potere da cui deriverebbe anche l'indisponibilità dell'interesse legittimo. Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 14 aprile 2020 n. 2384; TAR Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 12 gennaio 2021, n. 11.

¹⁸ In senso dubitativo V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione amministrativa*, cit., 236 e ss., secondo cui “*Si potrà, tutt'al più, discutere delle disponibilità della posizione che si contrappone all'interesse legittimo: del potere, dunque, della cui doverosità e irrinunziabilità nessuno sembra realmente dubitare. Ma se la disponibilità è collegata alla possibilità di por fine ad una lite o di prevenirla facendosi reciproche concessioni, ex art. 1966 c.c., è proprio certo che lo stesso potere sia del tutto indisponibile, quando anch'esso sia suscettibile di essere compreso in possibili transazioni? Qui il discorso si farebbe troppo lungo: ma se il potere è certamente anche dovere e se il dovere non può certamente essere rinunciato ad libitum del titolare, nulla esclude però che possa o debba muoversi nella stessa direzione della pretesa sostanziale ad esso contrapposta (che è il contenuto dell'interesse legittimo); ma allora anche il potere, in quanto dovere di provvedere in una certa direzione, potrebbe essere considerato disponibile, in quanto suscettibile sotto la specie comune delle obbligazioni*”.

¹⁹ Cfr. A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale fra diritto privato e diritto pubblico*, in *Atti del Convegno in memoria di Umberto Pototsching* (Milano, 19 aprile 2013), Jovene, Napoli, 2014, 76, secondo cui “*L'interesse legittimo si inserisce in modo infungibile e indisponibile nel rapporto amministrativo tra p.a. e soggetto privato coinvolto, in quanto l'interesse tutelato del soggetto privato è quello e soltanto quello su cui insiste l'atto amministrativo*”. Anche questa conclusione per un verso, appare in linea con quella che qualifica l'interesse del privato come tutelato solo indirettamente, cioè in quanto sia tutelato anche l'interesse pubblico, e, per altro verso, è coerente con l'idea che fa leva sul carattere “personale” dell'interesse legittimo per negarne la disponibilità.

²⁰ Così M. DELSIGNORE, *La compromettibilità*, cit., 191-192. L'A. conclude comunque nel senso della disponibilità dell'interesse legittimo che si ricaverebbe dalla rinunciabilità dell'azione nel giudizio amministrativo (p. 194).

Da tutto ciò consegue che, a seconda delle soluzioni interpretative ulteriormente diversificatesi, l'interesse legittimo è considerato o in assoluto intrasferibile oppure è trasferibile ma solo entro limitate condizioni.

3. Tesi che ammettono la trasferibilità dell'interesse legittimo

Altri autori hanno, invece, sostenuto la trasmissibilità dell'interesse legittimo.

Una parte della dottrina, pur partendo dalla premessa secondo cui in linea generale le posizioni giuridiche di vantaggio degli amministrati non si trasferiscono, ammette il passaggio a un altro soggetto di quelle posizioni di vantaggio “*a fondo patrimoniale*”, purché però vi sia il “*consenso*” dell'amministrazione e che il “*sottentrante*” possieda i requisiti richiesti per la specifica posizione giuridica; è il caso ad esempio delle concessioni di beni e di servizi pubblici, o delle licenze di commercio²¹. La stessa dottrina riconosce, inoltre, l'esistenza di talune posizioni di vantaggio, oltre che posizioni sfavorevoli, “*ob rem*”, collegate essenzialmente alla titolarità di un diritto su una cosa, come ad esempio la possibilità di edificare in base a titolo edilizio, per le quali la circolazione avviene unitamente al trasferimento della *res*²².

Altra autorevole dottrina ha, invece, ammesso la trasferibilità dell'interesse legittimo²³, addirittura prospettandola anche in modo separato rispetto alla cessione del rapporto giuridico sostanziale sottostante²⁴, alla stregua di una situazione soggettiva “*astratta, quasi cartolare*”²⁵. Secondo questa opinione la circostanza, pur data per vera, che non si ravvisino normalmente poteri dispositivi dell'interesse

²¹ Per una disamina dei caratteri della concessione si rinvia all'opera di R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Giappichelli, Torino, 1998.

²² In questo senso A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1980, 158, che ammette il “*passaggio a un altro soggetto di talune posizioni di vantaggio a fondo patrimoniale (per tale passaggio occorre però di norma il consenso dell'Amministrazione; occorre inoltre che il sottentrante possieda i requisiti richiesti per quella specifica posizione giuridica): ciò vale soprattutto per le concessioni di beni e di servizi pubblici, per le licenze di commercio; ecc. Esistono peraltro posizioni di vantaggio collegate essenzialmente alla titolarità di un diritto su una cosa (ob rem): p. es., diritto di edificare in base alla concessione edilizia; diritto di esportare l'opera d'arte per la quale sia intervenuta l'autorizzazione; diritto di tenere in circolazione gli autoveicoli muniti di licenza di circolazione [...] È istituzionale che tali posizioni giuridiche si trasferiscano col trasferimento della cosa, essendo per esse irrilevanti le qualità personali del titolare. Tra le posizioni sfavorevoli, si trasmettono, di massima, senza che occorra uno speciale consenso del sottentrante, quelle ob rem: l'obbligo di pagare l'imposta, quello di riparare l'immobile [...] passano automaticamente, in caso di trasferimento dell'immobile, all'acquirente di esso*”.

²³ È la conclusione cui giungeva già F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., 37. La disponibilità dell'interesse legittimo è data per pacifica dall'Autore anche in altri scritti, come quello dedicato all'arbitrato, Id., *La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1991, spec. 106. Sempre in tema di arbitrato, si veda in senso favorevole ad ammettere la disponibilità dell'interesse legittimo anche M. ANTONIOLI, *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, cit., pp. 64-65, sull'assunto che si tratta di una situazione giuridica soggettiva rinunciabile, sia implicitamente, per effetto dell'inoppugnabilità del provvedimento amministrativo, sia esplicitamente, per effetto di una rinuncia all'azione di impugnazione.

²⁴ Questa posizione è ripresa anche da F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., 468. In senso diverso si orientano invece altri autori che paiono riconoscere la trasferibilità dell'interesse legittimo solo unitamente alla posizione giuridica sottostante; cfr. V. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, II ed., Torino, 1994; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1976, spec. p. 43 con riferimento al titolo autorizzativo edilizio ceduto al proprietario frontista in modo autonomo rispetto al diritto di proprietà del terreno per il quale era stato rilasciato.

²⁵ Cfr. C. RUSSO, *Trasmissibilità a terzi del risarcimento del danno*, cit., 6.

legittimo, non deve portare ad escludere che tale posizione giuridica non possa essere trasferita²⁶; così “non è peraltro inimmaginabile la disposizione dell’interesse ad ottenere la concessione edilizia (senza la contemporanea disposizione del diritto di proprietà sul terreno da edificare) ovvero dell’interesse ad ottenere la licenza commerciale; così come non è impossibile pensare che un privato subentri ad altro privato in un procedimento iniziato da quest’ultimo e faccia propri gli atti già da questi compiuti”²⁷.

È proprio il carattere sostanziale dell’interesse legittimo, finalisticamente legato all’interesse di fondo sotteso²⁸, che giustifica l’appartenenza della situazione giuridica soggettiva al patrimonio del singolo²⁹; e quindi ne giustifica la trasmissibilità³⁰; al più, la normale assenza di vicende dispositive dell’interesse legittimo dovrebbe confermare la tesi, già sostenuta dalla dottrina qui richiamata, secondo cui “l’oggetto (proprio e immediato) dell’interesse legittimo non va ravvisato in un bene della vita”³¹.

Conclusione, questa, che fa da eco alla teoria c.d. “strumentale” dell’interesse legittimo, sostenuta dalla dottrina in esame³², come contrapposta alla c.d. teoria “finale”, rispetto all’oggetto, provvedimento favorevole o bene della vita, su cui si incentra la situazione giuridica soggettiva³³. Ed è proprio partendo

²⁶ Viene quindi criticata la tesi di E. FAZZALARI, *op. cit.*, 249.

²⁷ Così, F.G. SCOCA, *Contributo*, cit., 37.

²⁸ Si potrebbe a tal riguardo richiamare la giurisprudenza consolidata, e, tra le molte pronunce, la sentenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 23 marzo 2011, n. 3, secondo cui “l’interesse effettivo che l’ordinamento intende proteggere è quindi sempre l’interesse ad un bene della vita”.

²⁹ Cfr. F.G. SCOCA, *Attualità dell’interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, 379 e ss.

³⁰ Così sempre F.G. SCOCA, *Contributo*, cit., 37.

³¹ *Ibidem*.

³² Da notare che lo stesso F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo*, cit., 468, evidenzia che la trasmissibilità dell’interesse legittimo dipende “dalla natura strumentale dell’interesse legittimo” e può sussistere in quanto tale interesse è sorto, perché viene esercitato il potere dell’amministrazione, ossia da quando il procedimento si apre e fino al momento in cui si chiude (ivi, nella nota n. 185).

³³ Contrapposizione che nulla ha a che vedere con la teoria dell’interesse occasionalmente o indirettamente protetto. Sintetizzando alcune impostazioni in ordine al rapporto tra interesse legittimo e bene della vita, si rammenta che, da parte di alcuni illustri autori, che si rifanno alla tesi c.d. “strumentale”, si sostiene che l’oggetto dell’interesse legittimo del cittadino è prima di tutto l’esercizio legittimo del potere amministrativo, che risulta finalizzato da ultimo all’acquisizione o conservazione del bene della vita; ove quindi l’oggetto immediato dell’interesse legittimo è il provvedimento amministrativo, mentre il fine ultimo (mediato) è il bene della vita, il quale è però l’effetto del provvedimento. In tal senso, fra tutti, si cita appunto la nota impostazione di F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo*, cit., 313, secondo cui l’interesse legittimo “dev’essere costruito [...] come interesse al provvedimento favorevole (non, si basi bene, come interesse al provvedimento legittimo), in vista (ma solo in vista) della conservazione o dell’acquisto di un bene della vita. Ottenere il provvedimento favorevole è l’obiettivo (immediato) del privato [...] Il bene della vita è sì nello sfondo, costituisce sì il fine ultimo (mediato) per il quale il privato “dialoga” con l’amministrazione, ma resta fuori dalla portata dell’interesse legittimo: la conservazione o la acquisizione del bene della vita saranno l’effetto del provvedimento, se sarà favorevole”; già ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, 146. Di contro, la tesi c.d. “finale” dell’interesse legittimo, reputa che l’oggetto di questo sia direttamente il bene della vita, come “interno” alla posizione giuridica soggettiva, che il provvedimento consente di acquisire o conservare. In tal senso G. GRECO, *L’accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, cit., 151 e ss.; ID., *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014, 4, 585 e ss.; ID., *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, 3, 479 e segn. 487 e ss. Come osserva E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Giuffrè, Milano, 1981, 37 e ss., l’interesse legittimo è una posizione giuridica “tormentata” in quanto “oscilla tra due elementi che non vengono apprezzati con egual misura dalla dottrina la quale coglie diversamente il modo e il momento di giuridificazione dell’interesse, determinando contrastanti orientamenti. L’interesse legittimo si compone così in interesse materiale o naturale o sostanziale o finale e interesse ad un determinato comportamento dell’amministrazione ovvero una pretesa alla legittimità degli atti amministrativi”.

dal diverso angolo visuale incentrato sulla c.d. teoria “finale” dell’interesse legittimo che la questione della trasferibilità dell’interesse legittimo è stata affrontata da altra parte della dottrina, che ha pure ammesso, a certe condizioni, la trasmissibilità dell’interesse legittimo³⁴.

La premessa di partenza è che l’oggetto (finale) dell’interesse legittimo è il bene della vita, che, nel caso di interessi oppositivi preesiste nel patrimonio giuridico del singolo, mentre nel caso degli interessi pretensivi non ne fa ancora parte. La distinzione operata richiama quella tra interessi statici e interessi dinamici³⁵, ove, secondo una classificazione già proposta in precedenza, i primi sono stati assimilati ai diritti reali, i secondi ai diritti di credito³⁶.

Nel caso di interessi oppositivi, dunque, il bene della vita configura anche la posizione legittimante dell’interesse legittimo e, dunque, “*se si reputa trasferibile tale posizione (perché di carattere non strettamente personale [...] risulterà per ciò solo trasferibile anche l’interesse legittimo)*”; nel caso degli interessi pretensivi, viceversa, il bene della vita “*non è ancora acquisito al patrimonio di chi lo richiama e non costituisce parte della posizione legittimante. Sicché non basta la trasferibilità di tale posizione legittimante, ma è necessario che il test sul carattere strettamente personale o meno vada esteso anche alla relazione con detto bene*”³⁷. Sicché, secondo questa autorevole opinione dottrinale, l’interesse legittimo è trasferibile allorché risultino cedibili la posizione legittimante e, nel caso degli interessi pretensivi, il bene della vita da acquisire. Unitamente all’interesse legittimo, infine, deve considerarsi trasferibile anche la tutela risarcitoria che ad esso accede.

Appare, infine, allineato alle tesi citate quell’indirizzo dottrinale che implicitamente ammette la trasferibilità degli interessi legittimi, facendo leva sul riconoscimento *ex lege* della circolazione dei c.d. “diritti edificatori”, peraltro in modo autonomo rispetto al diritto di proprietà sottostante, e, in particolare, per effetto dell’art. 2643, n. 2, c.c., che prevede la trascrizione dei relativi atti di cessione³⁸; ricostruzione, questa, che, tuttavia, deve prima scontare la non pacifica qualificazione del “diritto edificatorio” come un vero e proprio interesse legittimo³⁹.

³⁴ E per l’appunto da G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende*, cit.

³⁵ G. GRECO, *L’accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, cit., 4 e ss.

³⁶ Per la classificazione degli interessi come pretensivi e oppositivi si rinvia a M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, VI ed., Il Mulino, Bologna, 2002, pp. 119-120 ss., il quale accosta la contrapposizione fra interessi pretensivi e interessi oppositivi a quella, privatistica, fra diritti relativi e diritti assoluti. Cfr. G. GRECO, *L’accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, cit., segn. 154.

³⁷ G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende*, cit., 619.

³⁸ In argomento F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 2015, XVII ed., pp.273 – 274; Id., *Cessione di cubatura, “volo” e trascrizione*, in *Giust. Civ.*, 2012, 101 e ss.; G. P. CIRILLO, *La trascrizione dei diritti edificatori e la circolazione degli interessi legittimi*, in *Riv. notariato*, 2013, 3, 601 e ss., e spec. 621. Sulla qualificazione come interesse legittimo si vedano anche BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, in *Riv. giur. urb.* 2007, 305; S. FANTINI, *Profili pubblicitistici dei diritti edificatori*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2011, 6. *Contra*, F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo*, cit., 475, nota n. 204.

³⁹ In senso critico, tra gli altri, F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo*, cit., 474.

4. Gli orientamenti contraddittori della giurisprudenza

Sul tema non si registra neppure in giurisprudenza un orientamento unitario. Certamente significativa sul tema è la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 marzo 2013, n. 1403, sia per le argomentazioni ivi sviluppate⁴⁰, alcune delle quali seguite anche dalla giurisprudenza successiva, sia perché si è occupata anche del connesso problema dell'esperibilità di un'azione di risarcimento del danno da lesione dell'interesse da parte del successore o avente causa, che assuma di essere il nuovo titolare dell'interesse legittimo ad esso trasferito.

Sono almeno tre gli snodi argomentativi della pronuncia che giova riproporre di seguito.

Innanzitutto, anche secondo la pronuncia in questione, in linea generale, l'intrasferibilità dell'interesse legittimo si ricaverebbe dal carattere "personale" e "diretto" dell'interesse legittimo e dalla sua "cristallizzazione" in capo al suo titolare, che portano a negare la possibilità anche di una "circolazione" delle sue forme di tutela, e in primis di quella risarcitoria⁴¹. In secondo luogo, soltanto nel caso in cui in pendenza del termine per proporre ricorso avverso un atto amministrativo "il titolare dell'interesse legittimo venga a mancare", può riconoscersi una tutela impugnatoria ai suoi aventi causa⁴². Ma, in terzo luogo, occorre comunque distinguere a seconda che il "contatto" tra l'interessato e il potere attenga ad aspetti del "suo patrimonio giuridico in cui sono possibili fenomeni di successione", o riguardi "profili personali, e non trasmissibili, dello stesso patrimonio giuridico".

Sicché, secondo la pronuncia in questione, in situazioni analoghe in presenza di interessi oppositivi, "è ammissibile il ricorso degli aventi causa del proprietario del suolo espropriato, venuto a mancare in pendenza del termine decadenziale per ricorrere" mentre "altrettanto non può dirsi per gli eredi del soggetto/pubblico dipendente trasferito di autorità"; del pari, in presenza di interessi pretensivi, "mentre è ammissibile il ricorso proposto dagli aventi causa del proprietario cui è stato negato il permesso di costruire avverso tale atto di diniego, non può ritenersi altrettanto ammissibile il ricorso degli aventi causa di un soggetto escluso dalla partecipazione ad un pubblico concorso"⁴³.

⁴⁰ Della pronuncia in esame si sono occupati diversi autori, tra i quali, senza pretese di completezza, si indicano C. RUSSO, *Trasmissibilità a terzi del risarcimento del danno*, cit.; G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Foro amm.*, 2014, 4, 585 e ss.; M. D'ARIENZO, *Trasmissibilità dell'interesse legittimo e circolazione dei diritti edificatori tra previsioni codicistiche e suggestioni giurisprudenziali*, cit., 965 e ss.; ID., *Trasferibilità dell'interesse legittimo*, cit.; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., 468 e ss.

⁴¹ L'interesse legittimo, per citare alcuni passaggi motivazionali della sentenza del Consiglio di Stato n. 1403 del 2013, "si appunta solo in capo al soggetto che si rappresenta come titolare", "in una relazione di immediata inerenza" tra questi e l'esercizio del potere; di modo che, se è da escludersi "una "circolazione" della posizione di interesse legittimo, non è allo stesso modo possibile ipotizzare la circolazione delle forme di tutela del medesimo, con il connesso potere di agire in giudizio, sia al fine di ottenere la tutela ripristinatoria, sia al fine di ottenere la tutela risarcitoria". Tali conclusioni si rinviengono precedentemente in Cons. Stato, Sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 812; Cons. Stato, Sez. IV, 3 agosto 2011, n. 4644.

⁴² Cfr. punto 7 della sentenza del Consiglio di Stato n. 1403/2013.

⁴³ La sentenza in esame prosegue rilevando che "Diversamente opinando, si otterrebbe che eventi esterni (come il decesso del titolare) determinerebbero un *vulnus* di tutela non solo dell'interesse legittimo, ma (anche e soprattutto) del diritto soggettivo ad esso preesistente. Riguardato il fenomeno da altra angolazione, può affermarsi che è l'inerenza della posizione giuridica ad un "bene", ai sensi dell'art. 810 c.c. [...] che determina - ai limitati fini dell'esercizio dell'azione ripristinatoria - la titolarità dell'interesse legittimo e, dunque, legittimazione ed interesse ad agire. Laddove, invece, il "bene della vita" si presenta come mera utilitas, come possibilità di ottenere un "risultato utile"

Dopo il precedente del 2013, la giurisprudenza ha continuato ad aderire alla tesi della intrasferibilità dell'interesse legittimo⁴⁴, giungendo a soluzioni contraddittorie.

Si sono per un verso perpetuate le distinzioni tra l'interesse legittimo e il diritto soggettivo al fine del riconoscimento dell'ammissibilità di vicende circolatorie, onde escludere la successione anche *mortis causa* nella titolarità dell'interesse legittimo⁴⁵, con riflessi specialmente sui profili processuali che potrebbero derivarne in ordine all'esperibilità di azioni giudiziali a tutela della posizione giuridica soggettiva oggetto di trasferimento.

Così ad esempio si è fatto leva sulla circostanza che l'interesse legittimo “*si correla ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui lesione [...] non è inerente alla persona o al suo patrimonio, bensì alla pretesa all'ottenimento di un ben individuato beneficio, il cui soddisfacimento dipende dall'attività della Pubblica Amministrazione*”, onde affermare che “*il succedaneo diritto al risarcimento (se quell'interesse materiale non ha trovato soddisfazione, a causa dell'illegittimo comportamento della P.A.) non si configura quale un diritto entrato a far parte del patrimonio del soggetto, che non può pertanto formare oggetto di cessione "inter vivos" o di trasferimento "mortis causa"*⁴⁶.

Ad analoghe conclusioni è giunta la giurisprudenza anche rispetto all'ammissibilità dell'azione avverso il silenzio dell'amministrazione da parte di soggetti “*aventi causa*” del rapporto giuridico (di proprietà) sottostante alla posizione di interesse legittimo⁴⁷.

Altra parte della giurisprudenza ha, invece, riconosciuto l'ammissibilità della trasferibilità dell'interesse legittimo, distinguendo a seconda che la vicenda circolatoria avvenga sulla base di criteri predefiniti (come nel caso di successione *mortis causa* o del fallimento), ovvero si inquadri in un atto di autonomia negoziale

dall'esercizio del potere amministrativo, senza che ciò intercetti ambiti già definiti del patrimonio giuridico del soggetto istante, non può ammettersi alcuna possibilità di esercizio del potere di azione (di annullamento) a tutela dell'interesse legittimo pretensivo. E ciò proprio perché vi è intrasmissibilità di detta posizione giuridica e non vi è alcuna (corrispondente) circolazione di altra, distinta situazione soggettiva”.

⁴⁴ Con analoghe argomentazioni si veda Cons. Stato, Sez. IV, 26 settembre 2017, n. 4484.

⁴⁵ Continua quindi a far leva sulla distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, la sentenza del TAR Campania, Salerno, Sez. I, 11 agosto 2017, n. 1295, in www.giustizia-amministrativa.it. Nello stesso senso, ritiene non trasmissibile il diritto al risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo anche TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 3 luglio 2018, n. 648, *ivi*.

⁴⁶ Così, TAR Campania, Napoli, Sez. III, 12 settembre 2016, n.4238, in *Foro Amm.*, 2016, 9, 2263.

⁴⁷ Con una sentenza interessante quale quella del TAR Campania, Salerno, Sez. I, 9 dicembre 2014, n. 2096 www.giustizia-amministrativa.it, che ha negato che un privato, assegnatario del diritto di superficie di alloggi di edilizia economica e popolare, potesse far valere rimedi avverso l'inerzia dell'amministrazione a esercitare il potere di cui all'art. 42-*bis*, rilevando che non potesse circolare “*la relazione di immediata inerenza con l'esercizio [del] potere amministrativo*” in quanto esso “*pertiene da un lato alla proprietaria dell'area (illegittimamente) espropriata, la quale ambisce a recuperare il godimento del bene che le è stato sottratto e che può tuttavia soccombere di fronte a interessi pubblici puntualmente valutati e resi evidenti nella motivazione del nuovo atto, dall'altro al soggetto espropriatario, titolare di un interesse specularmente opposto*”. È rappresentativo della contraddittorietà degli orientamenti giurisprudenziali la circostanza che la sentenza testé citata sia stata poi riformata da Cons. Stato, Sez. IV, 26 agosto 2015, n. 4014, *ivi*, che ha rilevato che la legittimazione soggettiva all'azione avverso il silenzio viene estesa dall'art. 31, c.p.a. a chi abbia un interesse giuridicamente rilevante, concreto ed attuale, per poter proporre l'azione, e possa ritrarre dal giudizio una concreta ed apprezzabile utilità.

inter vivos, ove si rende necessario che “*attraverso una manifestazione espressa di volontà il nuovo titolare confermi il carattere attuale dell’interesse legittimo*”⁴⁸.

La contraddittorietà degli orientamenti è confermata anche da quella parte della giurisprudenza che afferma la natura indisponibile di particolari figure di interesse legittimo, come quelle inerenti alla pretesa all’assunzione e all’attribuzione della qualità di pubblico dipendente, onde escludere anche l’ammissibilità della transazione delle relative controversie⁴⁹.

Altra parte della giurisprudenza ha, invece, disatteso le conclusioni della sentenza del Consiglio di Stato n. 1403 del 2013 e ha espressamente ammesso la “*cessione a titolo particolare*” dell’interesse legittimo, sia isolatamente che unitamente al trasferimento di un diritto soggettivo sottostante⁵⁰, affermando che le fattispecie, considerate non trasmissibili dall’orientamento del 2013, si spiegano “*non nella logica del divieto di cessione quanto per la normale mancanza dell’interesse a ricorrere*”⁵¹.

Si può, infine, richiamare l’indirizzo giurisprudenziale che, considerando l’art. 111, c.p.c. applicabile anche nel processo amministrativo, implicitamente risolve in senso favorevole la questione, pregiudiziale rispetto alla decisione sul motivo principale, dell’ammissibilità di una successione a titolo particolare anche nella titolarità dell’interesse legittimo. Nel qual caso, il trasferimento dell’interesse legittimo deriva dalla vicenda circolatoria riguardante la sottostante posizione giuridica, di diritto soggettivo, che legittima la relazione diretta tra il privato e l’amministrazione titolare del potere⁵². Anche sotto questo profilo si arriva a disattendere la pronuncia del Consiglio di Stato del 2013, concludendo per l’ammissibilità di vicende di successione a titolo particolare nel processo e quindi non soltanto *mortis causa*.

Da tanto si evince che, al pari di quelle in dottrina, anche le soluzioni giurisprudenziali risultano decisamente non univoche e tra loro per giunta contrastanti.

⁴⁸ In tal senso, TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 20 marzo 2013, n. 1552 in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 giugno 2016, 2545 in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁰ Si rammenta che prima della sentenza del Consiglio di Stato n. 1403 del 2013 già esisteva un orientamento giurisprudenziale che ammetteva che l’interesse legittimo potesse trasferirsi purché unitamente al rapporto giuridico sostanziale sottostante; nel caso, ad esempio, della vendita di un terreno rispetto al quale è stata presentata istanza per ottenere un permesso di costruire, riconoscendo all’acquirente la titolarità dell’interesse al rilascio del provvedimento; così, TAR Palermo, Sez. II, 14 aprile 2010, n. 5146.

⁵¹ Cons. Stato, Sez. VI, 30 novembre 2020, n. 7520, in www.giustizia-amministrativa.it

⁵² Cons. Stato, Sez. VI, 28 luglio 2015, n. 3727 in www.giustizia-amministrativa.it, con riferimento all’ipotesi dell’appello proposto avverso una sentenza di primo grado da parte dell’acquirente di un immobile, qualificato come successore a titolo particolare nel giudizio amministrativo di tipo impugnatorio; cfr. anche Cons. Stato, Sez. IV, 31 marzo 2010, n. 1842, *ivi*. Con riferimento alla cessione di un ramo d’azienda come ipotesi di successione *ex art. 111, c.p.c.* nel processo amministrativo, si veda Cons. Stato, Sez. III, 26 giugno 2020, n. 4103, *ivi*.

5. La ricerca della disponibilità dell'interesse legittimo: i riflessi procedimentali e processuali della vicenda circolatoria

Ciò posto, il contrasto dottrinale e giurisprudenziale registratosi sul tema della trasferibilità dell'interesse legittimo conferma tutte le difficoltà che si incontrano quando si voglia affrontare una questione, la cui soluzione può dipendere dalle diverse qualificazioni dell'interesse legittimo e dalle differenti ricostruzioni dei suoi caratteri, che, di volta in volta, a seconda delle impostazioni teoriche proposte, hanno portato a valorizzare taluni elementi e aspetti della situazione giuridica soggettiva assumendoli come decisivi in chiave risolutiva del problema. In ogni caso, si tratta di chiarire se le “condizioni personali” del titolare dell'interesse legittimo, e quindi la “personalità” e il suo carattere “diretto”, rendano la situazione giuridica soggettiva infungibile.

Ove si ammettesse la trasmissibilità dell'interesse legittimo⁵³, bisognerebbe concludere che il “cessionario” subentri nella *medesima* posizione giuridica soggettiva dell'originario titolare. In senso contrario, si dovrebbe o negare del tutto la trasferibilità dell'interesse legittimo, ovvero ammettere che un nuovo soggetto possa acquistare la titolarità dell'interesse legittimo “a titolo originario” e non “a titolo derivativo”.

Prospettare una successione a titolo particolare nell'interesse legittimo significa verificare anche la sorte di tutti i poteri e le facoltà di cui la situazione giuridica soggettiva si compendia per orientare l'esercizio del potere, tanto sul piano procedimentale quanto su quello processuale⁵⁴.

Quanto al procedimento, se si ammette la cessione dello *stesso* interesse legittimo, e dunque il subentro nella *medesima* posizione di parte dell'originario titolare della situazione giuridica, occorre riconoscere che anche il potere amministrativo, il cui esercizio ha già preso avvio, rimane lo stesso; di conseguenza pure gli atti endoprocedimentali già compiuti possono continuare a spiegare i propri effetti anche nei

⁵³ Anche in modo autonomo seguendo la tesi di F.G. SCOCA, *Contributo*, cit., 37.

⁵⁴ A tal proposito, si richiama la ricostruzione dell'interesse legittimo proposta da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 103, come posizione di vantaggio “*in ordine ad una utilità oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa utilità*”. Si veda anche ID., *Ma che cos'è questo interesse legittimo?*, cit., 1898. L'interesse legittimo viene inteso come una “*situazione sostanziale di vantaggio, perché volta al conseguimento, sul piano sostanziale, di un risultato favorevole consistente, a seconda dei casi nella conservazione o nella modificazione (e pertanto anche nell'estinzione) di una data realtà giuridica*” da L. BIGLIAZZI GERI, voce *Interesse legittimo (diritto privato)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., IX*, Torino, 1993, 544. Maggiormente incentrata sulla dimensione sostanziale della “*collaborazione dialettica*”, più che sui poteri processuali della figura, è invece l'impostazione di F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., 459, ove l'interesse legittimo appare come “*l'interesse all'esito favorevole dell'esercizio del potere precettivo altrui, tutelato mediante facoltà di collaborazione dialettica, dirette ad influire sul merito della decisione (precetto) finale, esperibili lungo tutto il corso dell'esercizio del potere*”. Secondo il Maestro l'interesse legittimo si compendia in ogni caso, oltre che di facoltà di “*affiancamento attivo*” del titolare del potere, anche in poteri di reazione processuale (*ivi*, pp. 453-454). Del pari, secondo la ricostruzione di A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, I, II ed., Moduzzi, Bologna, 1998, 321 “*l'interesse legittimo è una situazione giuridica soggettiva sostanziale che l'ordinamento generale non protegge prioritariamente rispetto agli interessi pubblici*” e nella quale, riportando la frase di G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, II ed., Cedam, Padova, 1952, 56, si ravvisa “*la posizione di vantaggio [...] risultante dalle norme che impongono al titolare di un potere l'osservanza di date modalità e condizioni nell'esercizio di esso; niente di più e di diverso*”.

confronti del nuovo titolare e senza dover essere ripetuti, e quindi senza necessità di una nuova istanza di avvio del procedimento, o di una nuova comunicazione di avvio del procedimento, di un nuovo preavviso di rigetto, di una nuova istruttoria, e così via⁵⁵.

Ove, invece, non fosse possibile “cedere” l’interesse legittimo, cioè ipotizzare un suo acquisto “a titolo derivativo”, ma al più si dovesse prospettare un suo “acquisto a titolo originario”, si dovrebbe escludere una successione nella *stessa* posizione giuridica ma, al più, si potrebbe riconoscere l’assunzione di titolarità di un interesse legittimo *nuovo e autonomo*.

Così opinando, tuttavia, si dovrebbe anche escludere che possa continuare a esercitarsi l’originario potere, e quindi si dovrebbe ritenere che anche il procedimento già in corso non potrebbe proseguire immutato ma dovrebbe essere ripetuto fin dall’inizio. L’avvio di un nuovo procedimento dimostrerebbe che si è di fronte a un interesse legittimo anch’esso nuovo, sorto in occasione del riesercizio del potere nei confronti di un soggetto diverso rispetto a quello che faceva capo all’originario titolare⁵⁶. Da verificare, poi, anche come si dovrebbe concludere il procedimento nei confronti dell’originario titolare dell’interesse legittimo, il quale potrebbe aver perduto i requisiti soggettivi e di legittimazione per ottenere o comunque per essere destinatario degli effetti del provvedimento amministrativo conseguente.

In tale ipotesi è presumibile ritenere che il procedimento si debba concludere con un provvedimento negativo, anche se c’è un altro distinto soggetto che ha la legittimazione per aver acquistato il bene a procedimento in corso. Un eventuale provvedimento favorevole, come un permesso di costruire, ove fosse rilasciato a un soggetto che non è più titolare dell’interesse legittimo, perché ad esempio non è più proprietario del terreno di riferimento, sarebbe quantomeno illegittimo; e neppure potrebbe automaticamente sortire effetti immediati nei confronti di un successore a titolo particolare. Non è, infatti, applicabile al procedimento l’istituto della successione a titolo particolare, ex art. 111, c.p.c.; né si può ipotizzare l’estensione agli “aventi di causa” degli effetti del provvedimento amministrativo, sulla falsariga di quanto previsto per la sentenza ai sensi dell’art. 2909, c.c.

⁵⁵ La dottrina che pare ammettere la successione nel rapporto procedimentale ritiene che “*tutte le situazioni che si formano dialetticamente e progressivamente nel procedimento [...] diventano (immediatamente) riferibili anche al successore (come, ad es., il possesso di determinati requisiti per l’ottenimento di un determinato bene della vita)*”; cfr. F. GASPARI, *Successione a titolo particolare nel diritto controverso nel processo amministrativo*, cit., 67.

⁵⁶ A tal riguardo, si rammenta che la dottrina ricollega il sorgere e l’esistenza dell’interesse legittimo proprio all’avvio del procedimento e comunque a tutto il periodo dell’esercizio del potere amministrativo, fino all’adozione del provvedimento che ne segna l’estinzione; cfr. F.G. SCOCA, *Attualità dell’interesse legittimo?*, cit., 416, nota n. 81, che rileva come “*L’interesse legittimo è la situazione che si confronta con il potere, nel momento in cui il potere viene esercitato e si esaurisce, sul piano sostanziale, quando l’esercizio termina (in un modo o nell’altro)*”; nello stesso senso già M.S. GIANNINI-A.PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, voce in *Enc. Dir.*, vol XIX, Milano 1970, 254, secondo cui “*Come il diritto, l’interesse legittimo cede di fronte al provvedimento, viene estinto dall’atto con cui l’amministrazione realizza l’interesse affidato alle sue cure*”. Di diverso avviso è invece G. GRECO, *Il rapporto amministrativo*, cit., 604 e ss che riconosce che anche dopo l’adozione del provvedimento permangono tutele che impediscono di ritenere “caducato” l’interesse legittimo, ma comunque ammette che con l’inoppugnabilità del provvedimento amministrativo si realizza un consolidamento dell’assetto degli interessi, che consente di affermare che l’interesse permanga soltanto fino a che sia attivata la tutela giurisdizionale.

Su un piano processuale, invece, soltanto assumendo la trasferibilità dell'interesse legittimo, si potrebbero ammettere l'applicabilità degli artt. 110 e 111, c.p.c. anche al giudizio amministrativo⁵⁷, con le conseguenze processuali connesse alla successione a titolo universale o a titolo particolare. Tra queste, ad esempio, oltre alla possibilità per il successore di intervenire o essere chiamato in giudizio e di estromettere l'alienante, si dovrebbe prospettare l'estensione anche al successore a titolo particolare della legittimazione ad agire, della decorrenza dalla stessa data del termine decadenziale per l'impugnazione del provvedimento⁵⁸ nonché degli effetti della sentenza definitiva del giudizio già pendente. A tali profili, si aggiunge altresì la questione connessa della trasferibilità, unitamente alla cessione dell'interesse legittimo, anche delle tutele processuali della situazione giuridica soggettiva, tra cui quella risarcitoria oltre a quella impugnatoria.

6. Possibili alternative ricostruttive del problema della trasferibilità dell'interesse legittimo

Ciò premesso, possono considerarsi, da subito, superate le soluzioni che negano la trasferibilità dell'interesse legittimo, assumendo rappresentazioni dello stesso, ormai ampiamente abbandonate, come una situazione giuridica soggettiva indirettamente o occasionalmente protetta⁵⁹. La situazione giuridica soggettiva, al pari del potere, è disciplinata da una norma sostanziale che le riconosce rilevanza giuridica, compendiandola di una serie di tutele, sostanziali e processuali, poste a presidio non solo dell'interesse pubblico ma anche dell'interesse materiale del singolo. È ormai pacifico che la soddisfazione dell'interesse materiale, da una parte, non dipende dalla realizzazione dell'interesse pubblico, con cui pure si rapporta e confronta e a cui è finalizzato il potere; dall'altra parte, non è neppure dipendente dalla legittimità dell'azione amministrativa. Pertanto, non si può estendere alla situazione giuridica un carattere, come l'indisponibilità, proprio del potere amministrativo. Ciò tanto più se si considera che persino il dogma dell'indisponibilità del potere ha ormai assunto carattere relativo, in ragione della pacifica applicazione, consacrata nell'art. 11, l. n. 241/90, del principio consensualistico anche ai poteri pubblici, e cioè della possibilità che divenga oggetto di obbligazione anche l'esercizio di una potestà amministrativa⁶⁰.

⁵⁷ Come parrebbe riconoscere la giurisprudenza, tra cui Cons. Stato, Sez. VI, 28 luglio 2015, n. 3727; Cons. Stato, Sez. IV, 31 marzo 2010, n. 1842, cit.

⁵⁸ In questo senso, Cons. Stato, Sez. III, 26 giugno 2020, n. 4103. La logica è anche quella di evitare l'aggiramento del termine decadenziale per effetto di un atto di cessione a carattere volontario ed effettuato dalle parti in modo strumentale.

⁵⁹ Proprio lo scollamento da un'idea di interesse legittimo soggetto alla tutela indiretta ha consentito di ricavare la natura sostanziale di tale interesse. Sul punto F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., 260, nota n. 105.

⁶⁰ L'attribuzione del potere rimane indisponibile, ma è comunque disponibile l'esercizio in concreto del potere, suscettibile di accordo che l'art. 11 l. n. 241/90 espressamente circoscrive "*in ogni caso nel perseguimento dell'interesse pubblico*". Sul tema, nella vastissima letteratura sul "contratto di diritto pubblico", G. GRECO, *Accordi amministrativi, tra provvedimento e contratto*, Giappichelli, Torino, 2003, segn. p. 293; M. ANTONIOLI, *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, cit., 68. Per riferimenti sulla caduta del dogma dell'indisponibilità del potere, cfr. P. CHIRULLI – P. STELLA RICHTER, *Transazione (dir. amm)*, cit.

In tale contesto, il tema della trasmissibilità dell'interesse legittimo può essere variamente affrontato ricavando i caratteri della situazione giuridica soggettiva, in base alle differenti qualificazioni proposte, dalla natura strumentale e finale dell'interesse legittimo, ovvero fondando la distinzione tra interessi pretensivi-dinamici e interessi oppositivi-statici, ovvero, ancora, partendo dall'assimilazione dell'interesse legittimo al diritto di credito. Ciascuna di tali ricostruzioni consente di formulare una premessa utile, ma non definitiva, per risolvere la questione della trasferibilità dell'interesse legittimo.

Se si ricostruisse l'interesse legittimo alla stregua di una situazione giuridica "finale", potrebbe risultare più difficile ammettere la sua trasferibilità in pendenza di un procedimento amministrativo. Ammettendo, secondo la configurazione "finale", che l'oggetto immediato e diretto dell'interesse legittimo è il bene della vita cui il singolo aspira, si potrebbe addirittura sostenere che prima del termine del procedimento, e quindi dal suo avvio, in realtà "*una vera e propria situazione giuridica soggettiva*" non sarebbe davvero mai sorta⁶¹. La pretesa al bene della vita, infatti, non si potrebbe configurare soltanto dall'avvio del procedimento, ma perché possa ritenersi sorta richiederebbe uno sviluppo ulteriore del procedimento. Ciò a maggior ragione quando il potere amministrativo con cui l'interesse legittimo si confronti abbia natura discrezionale, posto che la c.d. spettanza del bene, diversamente dai provvedimenti vincolati, non è predeterminata da criteri legislativi ma è rimessa a una valutazione e a una decisione riservate soltanto all'amministrazione.

Al contrario, potrebbe apparire più facile prospettare la trasmissibilità dell'interesse legittimo, aderendo alla teoria c.d. strumentale⁶². Infatti, ricostruendo l'interesse legittimo come "pretesa" al comportamento legittimo dell'amministrazione, ove il bene della vita è posto sullo sfondo come interesse finale distinto, nessuno potrebbe dubitare che l'interesse legittimo faccia parte del patrimonio del singolo già dall'avvio del procedimento amministrativo; e ciò senza che rilevi neppure la distinzione tra attività amministrativa vincolata o discrezionale.

Una siffatta conclusione potrebbe essere confermata considerando che, come è stato osservato da autorevole dottrina, la ricostruzione dell'interesse legittimo in termini strumentali finisce per farne "*evaporare*" la "soggettività", incentrandola su un interesse che, in realtà, attiene più ad esigenze "pubbliche", collocate al di fuori del soggetto privato e distinte dall'interesse materiale del singolo⁶³; il

⁶¹ Per questa impostazione si veda G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, 585 e ss., segn. 592-593, il quale sottolinea come si possa configurare il sorgere di una "*vera e propria situazione giuridica soggettiva*" se si aderisce alla tesi "strumentale" dell'interesse legittimo. Più difficile ammettere il sorgere della situazione giuridica soggettiva, fin dall'avvio del procedimento, se invece si aderisce alla tesi c.d. "finale", perché evidentemente la spettanza del bene della vita si può determinare solo al termine del procedimento.

⁶² F. G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 146.

⁶³ In tal senso, si veda A. ROMANO TASSONE, voce *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. dir., II aggiornamento*, Milano, 1998, segn. 972, secondo cui "*poiché l'interesse «direttamente protetto» assume carattere necessariamente strumentale ed è pertanto scarsamente idoneo ad esprimere valori sostanziali propri, la ratio profonda della tutela tende dunque, ancora una volta, a collocarsi naturalmente al di fuori dell'ambito del soggetto privato e delle sue concrete aspettative e finisce quindi per inerire, ancora una volta, ad esigenze*

che determina un'accentuazione della dimensione oggettiva dell'interesse legittimo, per l'appunto fondata sul suo carattere strumentale, maggiormente idonea a slegare la situazione giuridica soggettiva dalle condizioni personali del singolo e, conseguentemente, a favorirne la trasferibilità a soggetti distinti.

Altra prospettiva percorribile per affrontare la questione della trasferibilità dell'interesse legittimo è quella fondata sulla distinzione tra interessi oppositivi e interessi pretensivi; distinzione che viene considerata irrilevante dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 1403 del 2013, ma che viene, di contro, valorizzata da una parte della dottrina⁶⁴.

In linea generale, la differenza tra gli interessi oppositivi e pretensivi rileva sotto molteplici aspetti. Nell'interesse oppositivo il bene giuridico potrebbe considerarsi già parte del patrimonio del singolo, diversamente dall'interesse pretensivo, ove il singolo aspira a un bene che non è già parte della sua sfera giuridica. Nel primo caso, prevale una dimensione statica del rapporto amministrativo, ove il singolo si oppone all'esercizio di "poteri di trasformazione" dell'amministrazione; mentre, nel secondo caso, risalta la dimensione dinamica, nella quale il singolo si oppone a "poteri di conservazione" e, di contro, aspira all'esercizio di "poteri di trasformazione"⁶⁵. La distinzione in parola ha anche portato a ritenere che l'interesse oppositivo, alla stregua di un "interesse oltremodo protetto", ricevesse una tutela, sul piano sia sostanziale che processuale, maggiore rispetto a quella di cui beneficia l'interesse pretensivo⁶⁶. Basti solo considerare che mentre per soddisfare l'interesse oppositivo basterebbe l'omesso esercizio del potere e sul piano rimediabile l'annullamento dell'atto amministrativo da parte del giudice⁶⁷; la realizzazione

in vario modo «pubbliche». Il senso di questa progressiva evaporazione dei valori della soggettività si coglie assai bene nei risultati cui perviene la principale ricostruzione teorica di ispirazione «soggettivista», alla cui stregua l'interesse legittimo viene definito come una situazione giuridica soggettiva sostanziale, strumentale rispetto ad un interesse materiale (finale) di incerta soddisfazione [...] Ciò è particolarmente evidente nell'idea stessa dell'interesse legittimo come strumentale e servente rispetto ad un interesse materiale che resta sullo sfondo, idea che conduce inevitabilmente ad una tendenziale irrilevanza dello spessore soggettivo di tale interesse materiale ed valore intrinseco delle aspettative del soggetto, che ricevono così l'identica tutela quale che ne sia la meritevolezza...».

⁶⁴ Così, G. GRECO, *op. ult. cit.*

⁶⁵ La distinzione tra "poteri di trasformazione" e "poteri di conservazione" è posta da E. FOLLIERI, *Atto autoritativo e giurisdizione. Poteri di trasformazione e poteri di conservazione*, in *Annuario AIPDA 2011*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 46.

⁶⁶ Cfr. già E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, cit., 122 e ss.; Id., *Risarcimento dei danni per lesioni di interessi legittimi*, Marino Solfanelli Editore, Chieti, 1984, 49 e ss.

⁶⁷ Così, ad esempio, si è rilevato come il singolo abbia sempre interesse all'annullamento di un atto amministrativo invalido cui sia sotteso un interesse oppositivo, finanche per vizi meramente formali che ai sensi del comma secondo dell'art. 21-octies, l. n. 241 del 1990, non dovrebbero invalidare l'atto, quantomeno per conservare *medio tempore* il bene della vita o comunque sperare che l'atto sfavorevole non venga in futuro reiterato o venga adottato con efficacia solo *ex nunc*; cfr. E. FOLLIERI, *La giurisdizione del giudice amministrativo a seguito della sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204 e dell'art. 21-octies della legge 7 agosto 1990, n. 241*, in www.giustamm.it, che riferisce l'esempio dell'ingiunzione a demolire il manufatto abusivo; dal suo annullamento anche solo per vizi formali, il singolo può intanto godere dell'immobile e magari sfruttare le sopravvenienze che consentano di evitare il provvedimento sfavorevole, che comunque avrebbe solo efficacia *ex nunc* e non per il periodo intermedio. Così, anche A. ZITO, *L'integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1994, p. 591, secondo cui l'annullamento per ragioni formali dell'atto porta comunque un'utilità perché comunque ripristina la situazione modificata e la rende non modificabile se non con un provvedimento legittimo successivo e comunque garantisce quantomeno l'eventualità che l'amministrazione non decida di riesercitare il potere emanando l'atto emendato dai suoi vizi. Cfr. anche D.

dell'interesse pretensivo richiederebbe, invece, l'esercizio di un'attività amministrativa, rimessa alla sola amministrazione, con maggiori difficoltà di ottenere una loro tutela giurisdizionale effettiva, attraverso un intervento giudiziale sostitutivo dell'amministrazione salvi i casi di attività vincolata. Ciò, in punto di trasferibilità della situazione giuridica soggettiva, consente di aggiungere che, a seconda che l'interesse legittimo sia oppositivo o pretensivo, si prospetta anche una diversa relazione con il bene della vita sotteso⁶⁸. Nell'interesse pretensivo, il legame con il bene della vita è sempre intermediato e dipende dall'esercizio del potere e fa assumere alla situazione giuridica soggettiva un carattere strumentale; salvi i casi di attività vincolata, che peraltro possono anche risultare difficili da ammettere in assoluto e in astratto⁶⁹, la c.d. spettanza del bene della vita è comunque subordinata alla decisione dell'amministrazione. Al contrario, con l'interesse oppositivo prevale il carattere finale della situazione giuridica soggettiva, che si sostanzia in una relazione immediata e diretta con il bene della vita; bene della vita che fa già parte del patrimonio del singolo, e ad esso spetta, senza necessità che l'amministrazione eserciti il potere amministrativo

Se ne potrebbe, in definitiva, desumere, almeno nel caso di interessi oppositivi, una maggiore facilità nell'ipotizzare il trasferimento di una pretesa a un bene della vita che è già parte del patrimonio del privato; diversamente, a fronte di un interesse pretensivo, il bene della vita non è già acquisito dal singolo e il suo ottenimento è soltanto eventuale e condizionato al ricorrere dei presupposti di esercizio del potere, con

SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, Testo rielaborato della relazione tenuta 21 settembre 2007 al 53° Convegno di Studi Amministrativi di Varenna sul tema "Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia", in *astrid-online*, 8, secondo cui "per i titolari di interessi oppositivi, può essere assai conveniente, non solo in teoria, ottenere l'annullamento di un atto poiché - dato che il nuovo atto, almeno secondo il diritto vivente (anche se forse non per una ineludibile necessità logica), non può avere efficacia retroattiva - comunque gli effetti indesiderati si verificerebbero più tardi e, addirittura, potrebbero non più verificarsi, dal momento che non si può escludere che l'atto non venga reiterato, in conseguenza della scadenza di un termine perentorio, del mutare del diritto, delle circostanze di fatto o della policy dell'amministrazione".

⁶⁸ Secondo la già citata tesi di Guido Greco, per sostenerne la trasferibilità, mentre per l'interesse oppositivo basterebbe verificare la natura strettamente personale o patrimoniale della posizione giuridica che fonda l'interesse legittimo e che si identifica nel bene della vita; nel caso dell'interesse pretensivo occorrerebbe anche vagliare la natura personale o patrimoniale della relazione che si instaurerebbe tra il singolo e il bene della vita stesso

⁶⁹ In questo senso può riconoscersi come anche l'attività "in astratto" vincolata potrebbe risultare "in concreto" discrezionale. Si è rilevato come un margine di discrezionalità sussista fisiologicamente anche rispetto ad attività che possono astrattamente qualificarsi come vincolate ma che nella concreta interpretazione e individuazione di regole o conoscenze tecniche da applicare richiedano apprezzamenti valutativi e lasciano spazio a soluzioni opinabili nei risultati decisionali finali, ove, invece, la vincolatività dovrebbe presupporre l'assoluta certezza e l'assenza di alternative ed ambiguità nella scelta dell'amministrazione; in argomento, D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, Testo rielaborato della relazione tenuta 21 settembre 2007 al 53° Convegno di Studi Amministrativi di Varenna sul tema "Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia", in *astrid-online*, 4 e ss.; Id., *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Annali III, Milano, 2010, 46 e ss. e segn. 52 e ss., secondo cui "possono esserci dubbi circa la ascrivibilità alla vincolatezza o alla discrezionalità di situazioni nelle quali esistono incertezze tecniche, quando in una situazione concreta non risulta palese se la incertezza tecnica debba considerarsi alla stregua della incertezza interpretativa di una disposizione vincolante [...] Va comunque tenuto presente che frequenti sono le fattispecie connotate in parte da vincolatezza e in parte da discrezionalità". Sulla rilevanza della distinzione tra attività vincolata e attività vincolata nella disciplina dei vizi di annullabilità si veda R. CAVALLO PERIN, *La cura dell'interesse pubblico come dovere istituzionale che esclude l'annullamento per violazione di legge*, in *Dir. Amm.*, 2022, 1, 125 e ss.

un esito, peraltro, neppure prevedibile, specialmente in caso di poteri discrezionali. Si tratterà, al più, seguendo il già delineato percorso ricostruttivo, di verificare se il bene giuridico in questione, che può rappresentare la posizione legittimante dell'interesse legittimo, ha caratteristiche strettamente personali ovvero patrimoniali, onde ricavare la trasferibilità o meno della situazione giuridica soggettiva.

Da altra prospettiva, si potrebbe valorizzare l'assimilazione tra interesse legittimo e il diritto di credito, avanzata da talune impostazioni dottrinali⁷⁰. Se, infatti, il diritto di credito può essere ceduto non si vede perché non possa altrettanto trasferirsi l'interesse legittimo.

Specialmente gli interessi c.d. dinamici, ovvero quegli interessi diversamente classificati come pretensivi, possono assumere i tratti tipici del diritto di credito, di una "pretesa" che ha "*caratteri in qualche modo assimilabili a quelli del diritto di credito, sottoposto a una condizione potestativa altrui*"⁷¹.

Verrebbe allora facile applicare analogicamente anche all'interesse legittimo una disposizione come l'art. 1260, c.c. sulla cessione del credito; ciò anche assimilando l'interesse legittimo a una sorta di credito futuro, che, seguendo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, è anch'esso considerato pacificamente cedibile, ove il venir a esistenza del credito integra solo un requisito di efficacia della cessione ma non della sua validità; la quale, quindi, può anche fondare, già prima del sorgere del credito, la legittimazione del cessionario ad agire in giudizio⁷².

Bisognerebbe solo superare un'obiezione che, nell'assimilazione tra interesse legittimo e diritto di credito, potrebbe essere sollevata per sostenere la assoluta intrasferibilità della situazione giuridica soggettiva di diritto pubblico; vale a dire che sussiste una "*condizione meramente potestativa*" cui è soggetto il "*credito*" nei confronti dell'amministrazione, da considerarsi nulla ex art. 1355, c.c., allorché l'evento ad essa sotteso sia dipendente da una "*mera volontà*" e cioè da una scelta arbitraria dell'amministrazione. Ma, tale obiezione potrebbe essere agevolmente superata ove solo si consideri che la scelta discrezionale dell'amministrazione non è mai del tutto libera, ma è sempre soggetta al vincolo della legittimità dell'esercizio del potere⁷³.

⁷⁰ Il riferimento è sicuramente alla tesi di L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003, spec. 168 e ss., e spec. 175. La tesi si rinviene anche in C. MARZUOLI, *Un diritto «non amministrativo»*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 138; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa»*, Milano, 2005, 169 ove si fa riferimento al "*concetto di diritto soggettivo alla legittimità dell'atto*".

⁷¹ Così già G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, cit., 154-155

⁷² Così, Cass. civ., Sez. I, 10 dicembre 2018, n. 31896.

⁷³ Così, sempre G. GRECO, *op. ult. cit.*, 162

7. Rilievi critici conclusivi: il carattere “patrimoniale” dell’interesse legittimo come fondamento della sua generale “disponibilità”

Ebbene ciascuna delle citate premesse ricostruttive potrebbe invero non risultare davvero decisiva ai fini della risoluzione della questione della trasferibilità dell’interesse legittimo.

Si potrebbe rilevare come ciò che deve circolare non è il bene della vita finale ma è la situazione giuridica soggettiva. Seguendo le diverse impostazioni finora proposte, si è detto come l’interesse legittimo possa intendersi diversamente a seconda che il suo oggetto immediato e diretto si identifichi o meno con lo stesso interesse materiale. In tutte le ricostruzioni dottrinali è, invece, pacifica la natura sostanziale dell’interesse legittimo, che consiste nell’essere disciplinata dalle stesse disposizioni che disciplinano l’esercizio del potere⁷⁴. Le stesse disposizioni che regolano il procedimento amministrativo sono dunque anche le norme che riconoscono protezione giuridica all’interesse legittimo. Si è rilevato, a tal proposito, come l’interesse legittimo sorga nel momento del contatto con il potere⁷⁵, *ex lege* e quindi a titolo originario⁷⁶; e quindi permane, sul piano sostanziale, fintanto che è in corso l’esercizio del potere, fino alla conclusione del procedimento, ovvero, su un diverso piano processuale, fintanto che sia possibile esperire la tutela giurisdizionale dell’interesse in caso di sua lesione e per tutta la durata del giudizio⁷⁷.

Può dirsi, allora, che l’interesse legittimo, dal momento dell’avvio del procedimento, è già parte del patrimonio del singolo in base a una norma di legge regolativa dell’esercizio del potere.

Se, però, è unica la legge sostanziale che disciplina sia l’esercizio del potere sia la tutela dell’interesse legittimo, appare logico riferirsi alla stessa legge sostanziale per individuare le possibilità e i limiti delle vicende circolatorie dell’interesse legittimo.

Se a ciò si aggiunge che sono state anche superati taluni elementi di specialità che caratterizzano l’interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo e si è riconosciuto come l’unico vero carattere distintivo permanga nel grado di protezione di cui gode in un caso e nell’altro l’interesse materiale sotteso⁷⁸, non si vede

⁷⁴ Cfr. M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano 2002, 306 e la dottrina ivi richiamata.

⁷⁵ Così, M.S. GIANNINI-A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, cit., 253.

⁷⁶ Per mutuare le parole di G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014, 4, 597.

⁷⁷ Secondo F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura*, cit., 36-37, “*Con l’adozione del provvedimento e la chiusura del procedimento l’interesse legittimo si troverà ad essere soddisfatto (in caso di provvedimento conforme all’interesse effettivo del privato) o viceversa insoddisfatto (in caso di provvedimento contrario a tale interesse) [...] Il provvedimento costituisce la fattispecie satisfattiva o lesiva dell’interesse legittimo; in nessun caso il provvedimento può essere considerato come fattispecie costitutiva dell’interesse legittimo*”; Id., *Attualità dell’interesse legittimo?*, cit.; cfr. G. GRECO, *op. ult. cit.*, 604 secondo cui “*si deve ritenere che l’interesse legittimo, ancorché in ipotesi leso dal provvedimento amministrativo, permarrà in vita fino alla scadenza dei termini per l’attivazione della tutela giurisdizionale e si estinguerà alla scadenza di detti termini. In caso, viceversa, di tempestiva proposizione dell’impugnazione (o dell’azione) continuerà a permanere in vita, finché sia pendente il relativo giudizio e talvolta anche dopo*”.

⁷⁸ Secondo le conclusioni della sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 500 del 1999; in dottrina, A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, cit., 1 e ss. ID., *Conclusioni*, cit., 180, secondo cui “*è proprio l’esaltazione*” della natura sostanziale dell’interesse legittimo “*che può portare al suo superamento: al superamento della affermata sua specialità rispetto al diritto soggettivo, fino alla negazione di una sua sostanziale differenziazione di quello*

perché, in assenza di una disposizione di legge contraria, al pari di ogni altra situazione giuridica soggettiva, anche l'interesse legittimo non debba considerarsi in generale trasferibile.

È altresì indubbio che l'interesse legittimo si rappresenti come una mera “aspettativa di provvedimento”⁷⁹, una situazione giuridica soggettiva “a formazione progressiva”⁸⁰, ove si può dire che la c.d. spettanza del bene della vita non sussista fino almeno al termine del procedimento, e salvi i casi di attività vincolata o di discrezionalità esaurita, non può neppure intervenire attraverso attività diversa e insostituibile dell'amministrazione.

Cionondimeno, nessuno può dubitare che si sia comunque in presenza di un interesse legittimo, e che tale interesse possa trasferirsi se si prospetta come ciò che si cede non è il “bene della vita” ma la sola “aspettativa”, pur “a soddisfazione non garantita” e “incerta”, al bene della vita; aspettativa che è però compendiata da poteri strumentali che si proiettano a un bene della vita. Tuttavia, lo stato in cui si trova il procedimento può rappresentare un grado di protezione più o meno avanzato dell'interesse legittimo ma non può altresì incidere sulla sua disponibilità.

Non risulta quindi decisiva ai fini della soluzione della questione della trasferibilità dell'interesse legittimo la sua qualificazione come “finale” o “strumentale”.

Sempre ai fini dell'affermazione della disponibilità della posizione giuridica soggettiva, potrebbe non essere più rilevante distinguere tra interessi pretensivi e oppositivi, ove si condivida la tesi secondo cui la distinzione tra le due tipologie di interessi sarebbe stata assottigliata sia in ragione del riconoscimento anche per l'interesse pretensivo di tutele più forti, sul piano sostanziale e sul piano processuale⁸¹, sia in ragione dell'estensione anche all'interesse oppositivo di talune limitazioni, già previste per l'interesse pretensivo, come quelle inerenti alla tutela risarcitoria⁸². Il che, sia pur partendo dal piano delle tutele,

da questo”. Va altresì aggiunto che anche i diritti soggettivi si rapportano al potere, benché secondo una relazione che assume un carattere non essenziale ma solo eventuale; tale rapporto con il potere è però comunque tale da condizionare la realizzazione concreta e materiale dello stesso diritto. Si può far riferimento a tal proposito a quei diritti sociali come la salute che risulta “finanziariamente condizionata” da decisioni amministrative, quali quelle sottese alle attività di programmazione finanziaria degli enti pubblici; sul tema dei diritti sociali condizionati si veda R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *Doveri, obbligazioni e obbligazioni sanitarie e di servizio sociale*, in *I diritti sociali come diritti della personalità*, a cura di R. Cavallo Perin, L. Lenti, G. M. Racca, A. Rossi, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, 13; ID., *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, cit., 25-26 e 60 e ss.; per ulteriori riferimenti cfr. S. BARBARESCHI, *Tecniche argomentative della Corte Costituzionale e tutela dei diritti sociali condizionati. Riflessioni a partire dal diritto alla salute*, in *federalismi.it*, 2018, 13, pp. 3-4.

⁷⁹ Come la chiama P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 8 ss., segn. 21.

⁸⁰ Cfr. E. CASETTA, (a cura di) F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2018, 332, che definisce l'interesse legittimo come “una situazione soggettiva di vantaggio a progressivo rafforzamento”.

⁸¹ Cfr. E. FOLLIERI, *L'atto autoritativo*, cit., p. 45 nota n. 7, che evidenzia come le differenze tra interessi si siano ridotte attraverso strumenti di natura sostanziale come il silenzio assenso ovvero sul piano processuale attraverso il riconoscimento della tutela risarcitoria per il c.d. danno da ritardo e dell'azione di adempimento volta a ottenere una condanna dell'amministrazione a provvedere.

⁸² A tal riguardo, si veda come, con riferimento alla tutela risarcitoria, anche rispetto agli interessi oppositivi, la giurisprudenza ha sottolineato la necessità di una verifica in ordine alla sussistenza e all'ingiustizia del danno, e quindi in

porta ad accomunare gli interessi, pretensivo e oppositivo, anche con riguardo al rapporto che si instaura con il bene della vita finale.

Del pari, anche l'assimilazione dell'interesse legittimo al diritto di credito viene meno, ove si tenga conto delle differenze che sussistono tra le due situazioni giuridiche soggettive, di diritto pubblico e di diritto privato. Sotto un primo profilo, opera diversamente l'infungibilità delle posizioni dei soggetti del rapporto, sul fronte privatistico quelle tra creditore e debitore, sul fronte pubblicistico quelle tra titolare del potere e dell'interesse legittimo. Nel diritto di credito ciò che rileva sono per lo più le condizioni personali del debitore. Le caratteristiche del creditore normalmente non influenzano la prestazione, salvi casi eccezionali in cui solo un determinato creditore può ricevere la prestazione. Mentre rispetto all'interesse legittimo le condizioni soggettive del suo titolare appaiono sempre rilevanti ai fini della realizzazione dell'interesse protetto, e dunque dell'effettivo riconoscimento del bene della vita finale. L'esercizio del potere non è cioè indifferente alle condizioni personali del destinatario dei suoi effetti. Sotto un secondo profilo, mentre nel diritto di credito l'assetto degli interessi da realizzarsi è già determinato integralmente a monte, ove al creditore spetta una prestazione predeterminata negozialmente, rispetto all'interesse legittimo, invece, l'assetto degli interessi sottesi al rapporto non è predeterminato ma si determina progressivamente nel corso del procedimento e comunque in via definitiva solo per effetto del provvedimento⁸³. Inoltre, mentre l'adempimento dell'obbligazione civilistica realizza l'interesse del creditore, la soddisfazione dell'interesse legittimo, e quindi della pretesa all'esercizio legittimo del potere amministrativo, giova non solo al titolare dell'interesse legittimo ma anche all'amministrazione che, così, realizza l'interesse pubblico per cui il potere è stato attribuito⁸⁴.

Tutto ciò premesso, occorre, allora, chiedersi se i caratteri della "personalità" e della "cristallizzazione" dell'interesse legittimo, mutuando le parole della sentenza del Consiglio di Stato n. 1403 del 2013, possano essere tali da escludere la disponibilità della situazione giuridica soggettiva.

Ebbene, è innegabile che le condizioni personali del singolo rappresentino uno degli elementi di accertamento centrali nella fase dell'istruttoria procedimentale, anche considerando che il responsabile del procedimento è chiamato, tra l'altro, a verificare anche i "*requisiti di legittimazione*" rilevanti ai fini della decisione (art. 6, co. 1, lett. a), l. n. 241/90). Si è giustamente rilevato come l'esistenza di un interesse materiale del singolo rappresenti un importante fattore di qualificazione della situazione giuridica

ordine a una concreta lesione di un bene della vita e alla non illegittima acquisizione di detto bene; Cons. Stato, Sez. V, 28 aprile 2014, n. 2187, in *Foro Amm.*, 2014, 4, 1087.

⁸³ F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura*, cit., 30.

⁸⁴ In tal senso, chiaramente S. GIACCHETTI, *L'interesse legittimo alle soglie del 2000*, in *Foro amm.*, 1991, 1911

soggettiva, per identificare il soggetto titolare dell'interesse legittimo tra una moltitudine di soggetti interessati dallo svolgimento del potere⁸⁵.

L'esercizio della funzione è, d'altro canto, incentrato proprio sul "punto di vista" del destinatario degli effetti del provvedimento⁸⁶. Così, la partecipazione del singolo al procedimento assume caratteri strettamente personali, ove si considerino le norme che prevedono la comunicazione di avvio "personale" che deve essere fatta ai soggetti nei cui confronti il provvedimento è destinato a produrre "effetti diretti" (artt. 7 e 8). Inoltre, la partecipazione è estesa a chiunque ma sempre e solo purché si tratti di soggetti cui possa "derivare un pregiudizio" dal provvedimento. Tutti i soggetti partecipanti quindi si inseriscono chiaramente in una relazione giuridicamente protetta con il bene della vita tutelato; e in ciò si sostanzia la necessità di una qualificazione e differenziazione dell'interesse alla partecipazione⁸⁷.

Tutto ciò però non consente, quantomeno in linea generale, di affermare l'intrasferibilità dell'interesse legittimo, che per essere sostenuta presuppone che la situazione giuridica soggettiva sia qualificata come un predicato esclusivo della "persona" e non del "patrimonio" del suo titolare.

È, tuttavia, chiara la valenza anche patrimonialistica dell'interesse legittimo, che si evince se si considera che il collegamento tra l'interesse legittimo e il c.d. bene della vita, sia esso inteso in senso materiale, strumentale o finale, appare sempre economicamente valutabile. Ciò accade non solo quando è lo stesso bene della vita che sottende aspetti del patrimonio del singolo, come nel caso del procedimento per il rilascio di un permesso di costruire su un terreno edificabile; ma anche quando il bene della vita, assegnato o negato dal potere, pure dipende da condizioni più strettamente "personali" del singolo, come ad esempio la vittoria di un concorso pubblico o il trasferimento di autorità di un dipendente pubblico⁸⁸. Persino in questi casi, infatti, non si può nascondere la componente patrimoniale sottesa al bene della vita (vittoria del concorso, mantenimento della sede di servizio, e così via), che si presenta comunque per l'essere economicamente apprezzabile, in relazione ai vantaggi valutabili come poste attive o passive del patrimonio del singolo che sarebbe o meno connessi alla vittoria del concorso o allo spostamento di sede e così via⁸⁹; in questi casi la lesione dell'interesse legittimo, quand'anche, come in questi casi, presentasse

⁸⁵ M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche*, cit., 324, secondo cui, proprio eliminando la connessione tra interesse legittimo e bene, si arriverebbe alla "frantumazione" della concezione sostanziale dell'interesse legittimo, posto che qualsiasi interesse individuale diverrebbe un interesse protetto.

⁸⁶ Si vedano le considerazioni di G. CORSO, *Motivazione del provvedimento amministrativo*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, V, Milano, 2001, 774 e ss.; Id., *Motivazione degli atti amministrativi e legittimazione del potere negli scritti di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. amm.*, 2014, 3, 463 e ss., onde concludere che sono i destinatari degli effetti dell'atto i soggetti a beneficio dei quali è posto l'obbligo di motivazione.

⁸⁷ A tal proposito si veda G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, cit., 156 che richiama il concetto della c.d. "destinatarietà" dell'atto.

⁸⁸ Per tornare agli esempi che la sentenza Consiglio di Stato n. 1403 del 2013 cita come ipotesi di intrasferibilità dell'interesse legittimo.

⁸⁹ Il collegamento con la componente patrimoniale ed economica sottesa al bene della vita non viene meno neppure se si segue quell'impostazione, fatta propria da una parte della dottrina, tra cui A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*,

una prevalenza della componente personale, sarebbe comunque risarcibile, come un qualsiasi pregiudizio che il singolo o (perché no) i suoi aventi causa od eredi, subiscono nella propria sfera giuridica.

Ciò che conta è allora verificare se al momento del sorgere dell'interesse legittimo, poi trasferito, sussistevano i presupposti, anche soggettivi, perché tale interesse fosse riconosciuto in capo al suo titolare.

Una volta sorto, tale interesse, unitamente alle tutele di cui si compendia, può però anche circolare.

Occorrerà, in seguito, valutare se il nuovo titolare possa utilmente far valere una tutela sostanziale in modo tale da ottenere un provvedimento amministrativo che spieghi effetti favorevoli anche nei suoi confronti; nel quale caso, anche il nuovo titolare dell'interesse legittimo dovrà essere in possesso dei requisiti soggettivi perché possa ottenere l'esercizio del potere in senso a lui favorevole. Ma ciò riguarda un elemento diverso, ovvero quello della spettanza del bene della vita, che non è trasferibile automaticamente insieme all'interesse legittimo in quanto è collegato alle condizioni personali del singolo insieme.

In ogni caso, non si vede perché si debba escludere che il nuovo titolare dell'interesse legittimo possa far valere una tutela, quale quella risarcitoria, che accede alla situazione giuridica soggettiva e che già poteva essere attivata dall'originario titolare dell'interesse legittimo per i danni derivanti da una sua lesione, già maturata nella sfera giuridica del primo titolare dell'interesse legittimo⁹⁰. Diversamente opinando, come è stato giustamente osservato, si avrebbe una situazione decisamente iniqua ove l'amministrazione andrebbe esente da responsabilità avvantaggiandosi di eventi esterni, come una successione *mortis causa* verificatasi nelle more della decisione giudiziale sul risarcimento del danno⁹¹.

Il che significa, quindi, sostenere che l'interesse legittimo può circolare e insieme ad esso possono trasferirsi le tutele sostanziali e processuali che vi si affiancano, mentre non potrebbe trasmettersi il bene della vita finale, la cui spettanza presuppone sempre, ed anche in capo all'originario titolare, il definitivo esercizio del potere, con ogni verifica necessaria anche in punto di requisiti soggettivi del singolo. L'esistenza di un procedimento amministrativo, che pure dovesse negare al singolo il bene della vita per

X ed., Torino, 2014, 74, che scinde l'interesse materiale, il quale “*esorbita dalla rilevanza riconosciuta dall'ordinamento all'interesse legittimo stesso*” e “*l'interesse legittimo vero e proprio*), di cui il primo costituirebbe solo un presupposto di fatto o il substrato ‘economico’, e che sarebbe, questo sì, passabile di tutela”.

⁹⁰ Occorre tener presente che, come è stato pacificamente affermato anche dalla giurisprudenza, e in particolare dalla sentenza della Corte Costituzionale, 6 luglio 2004, n. 204, la risarcibilità dei danni da lesione di un interesse legittimo, derivanti da un provvedimento amministrativo illegittimo, costituisce una forma di tutela dell'interesse legittimo, che si aggiunge a quella tradizionale costituita dall'annullamento, e non è quindi un diritto autonomo. Ciò dimostra che la tutela risarcitoria non può circolare autonomamente rispetto all'interesse legittimo, al quale è collegata come tecnica rimediabile rispetto a una sua possibile lesione e rispetto al quale, dunque, assume carattere accessorio. Da ciò deriva che anche la tutela risarcitoria subisce gli effetti delle vicende, comprese quelle circolatorie, che dovessero coinvolgere l'interesse legittimo, venendo trasferita anche questa insieme alla situazione giuridica soggettiva.

⁹¹ In questo senso è sempre orientato G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende*, cit., 623.

carezza dei requisiti soggettivi, comunque presupporrebbe l'esercizio di un potere nei suoi confronti che verrebbe a confrontarsi con la titolarità in capo al singolo di un interesse legittimo.

Occorre, oltretutto, considerare che molteplici referenti normativi confermano che l'interesse legittimo può essere ceduto a terzi.

Vi sono casi in cui l'interesse legittimo circola quando è ancora in corso l'esercizio del potere, ed altri casi di vicende circolatorie che riguardano situazioni giuridiche sorte dopo l'adozione di un provvedimento. Nel primo gruppo di ipotesi, improntate a una tipologia di rapporti "dinamici", si può far rientrare, anzitutto, la modifica del raggruppamento temporaneo di imprese, prevista nei termini indicati dall'art. 97 del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023, con la possibilità di sostituire con altro soggetto un partecipante al raggruppamento che si sia trovato in una delle situazioni per cui è disposta l'esclusione dalla procedura o che sia privo di un requisito di ordine speciale⁹². La sostituzione del partecipante al Rti con un soggetto estraneo è un rimedio per evitare l'esclusione dell'intero raggruppamento e determina il subentro di un terzo nella procedura di evidenza pubblica in corso, e quindi può considerarsi come una fattispecie di successione a titolo particolare nell'interesse legittimo prevista per legge. In tal caso, però, spetta comunque alla stazione appaltante verificare se la modifica soggettiva del raggruppamento sia misura tempestivamente adottata e sufficiente, onde decidere se escludere o meno il raggruppamento dalla gara pendente.

In secondo luogo, sempre nell'ambito di questo gruppo di ipotesi, si può far rientrare anche la già citata previsione della c.d. cessione di cubatura, che può essere oggetto di trascrizione *ex lege*; in tale caso, tuttavia, come si è anticipato, si può discutere che si sia davvero in presenza di una circolazione dell'interesse legittimo, anche considerando che l'esercizio del potere non ha neppure ancora preso avvio, sicché è pure dubbio che l'interesse legittimo sia già sorto⁹³. In ogni caso, la vicenda traslativa coinvolge una sorta di "credito edilizio" il quale, peraltro anche in modo autonomo rispetto alla proprietà privata, si sostanzia nella legittimazione a chiedere l'avvio di un procedimento diretto all'ottenimento di un permesso di costruire⁹⁴.

È significativo che, anche in tale ipotesi, sia richiesto l'assenso dell'amministrazione comunale, finalizzato ad autorizzare l'edificazione su un terreno, anche in deroga agli *standards* urbanistici, per una volumetria maggiore rispetto a quella originariamente prevista.

⁹² La possibilità di una modifica del Raggruppamento temporaneo di imprese era già prevista nei commi 17, 18 e 19 dell'art. 48 del codice dei contratti pubblici contenuto nel d.lgs. n. 50 del 2016.

⁹³ Secondo la ricostruzione offerta dalla dottrina già citata. Di contro, si veda come altri autori riferiscano anche della possibilità che l'interesse legittimo sorga anche prima dell'avvio del procedimento, quando anche soltanto si realizzino i presupposti per l'inizio del procedimento; cfr. in tal senso A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 72.

⁹⁴ Cfr. G.P. CIRILLO, *op. cit.*, 622.

In un altro gruppo, invece, si possono includere quelle fattispecie di subentro in un rapporto con l'amministrazione, di tipo "statico", che è già definito dall'adozione di un provvedimento di autorizzazione o di concessione. Tra queste ipotesi, si può citare la c.d. volturazione del permesso di costruire prevista dall'art. 11, d.p.r. n. 380 del 2001, secondo cui *"il permesso di costruire è trasferibile, insieme all'immobile, ai successori o aventi causa"*; ovvero il subingresso nella concessione su beni demaniali, di cui all'art. 46 del codice della navigazione, di cui al r.d. n. 327 del 1942, che ammette che *"In caso di vendita o di esecuzione forzata, l'acquirente o l'aggiudicatario di opere o impianti costruiti dal concessionario su beni demaniali"* possa subentrare nella concessione su *"autorizzazione"* dell'autorità concedente e consente, invece, in caso di morte del concessionario, che gli eredi subentrino nel godimento della concessione, purché chiedano la *"conferma"* entro sei mesi, sotto pena di decadenza. Infine, anche in materia ambientale, si registrano disposizioni che ammettono modificazioni soggettive del rapporto amministrativo definito da un provvedimento autorizzatorio già adottato; come nel caso di variazione del gestore dell'impianto previsto dall'art. 29 *nonies*, comma 4, d.lgs. n. 152 del 2006, che ammette la volturazione dell'autorizzazione integrata ambientale, purché il vecchio e il nuovo gestori diano *"comunicazione"* all'autorità competente dell'intervenuta modifica nella titolarità dell'impianto⁹⁵.

Per vero, si tratta di casi in cui si potrebbe anche negare che si sia davvero dinanzi a vicende traslative dell'interesse legittimo, specialmente se si ritiene che l'interesse legittimo si estingue, quantomeno sul piano della tutela sostanziale, quando cessa l'esercizio del potere amministrativo⁹⁶.

Ciò che, però, in tutte le ipotesi citate, di c.d. voltura del titolo autorizzativo e di subentro in una concessione, appare significativo è che sia sempre richiesta una verifica delle condizioni personali dell'attuale proprietario del terreno, sotto forma di *"autorizzazione"*, *"conferma"* o anche solo *"comunicazione"*.

Nel caso della voltura del permesso di costruire, ad esempio, in ipotesi di cessione di suoli su cui è stato ottenuto un permesso di costruire, affinché il titolo edilizio sia utilizzabile dal nuovo proprietario, occorre un apposito procedimento amministrativo. Come ha chiarito la giurisprudenza, infatti, l'autorizzazione amministrativa, pur inerendo alla res, è sempre *"ad personam"*, e l'amministrazione ha il potere-dovere di accertare la sussistenza dei presupposti perché la stessa sia trasferita a persona diversa, non essendo l'effetto pubblicistico ricollegabile automaticamente al contratto privatistico; ne consegue, altresì, che la

⁹⁵ Sempre nell'ambito delle autorizzazioni ambientali, una disposizione analoga è contenuta nell'art. 269, comma 11-*bis*, del codice dell'ambiente che rispetto all'autorizzazione alle emissioni in atmosfera stabilisce che *"La variazione del gestore dello stabilimento è comunicata dal nuovo gestore all'autorità competente entro dieci giorni dalla data in cui essa acquista efficacia, risultante dal contratto o dall'atto che la produce. L'aggiornamento dell'autorizzazione ha effetto dalla suddetta data. La presente procedura non si applica se, congiuntamente alla variazione del gestore, è effettuata una modifica sostanziale dello stabilimento"*.

⁹⁶ In particolare, sempre F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., p. 475 nota n. 204, nega che una volta ottenuto il permesso di costruire si sia più in presenza dell'interesse legittimo.

mera presentazione dell'istanza di voltura non è sufficiente, poiché il trasferimento si perfeziona solo con l'apposito provvedimento⁹⁷.

Da tutte le disposizioni citate si potrebbe evincere un paradigma normativo comune, sotteso a ogni ipotesi di “trasferimento”, secondo cui il soggetto pubblico esercita sempre un controllo in ordine alle condizioni personali del soggetto che subentra al precedente titolare nel rapporto con l'amministrazione. Il controllo pubblico si rinviene persino nel caso di trasferimento di un rapporto giuridico di diritto privato, come la cessione del diritto di credito vantato nei confronti dell'amministrazione. La cessione, infatti, non può avvenire senza autorizzazione dell'amministrazione, secondo quanto stabilito dagli artt. 9 dell'allegato E della legge n. 2248/1865 e 70 del r.d. n. 2440/1923⁹⁸, ed è opponibile alle stazioni appaltanti “*qualora queste non [la] rifiutino con comunicazione da notificarsi al cedente e al cessionario entro quarantacinque giorni dalla notifica della cessione*”⁹⁹.

Ciò, tuttavia, lungi dall'escludere la trasferibilità della situazione giuridica soggettiva, potrebbe soltanto confermare che anche in caso di circolazione dell'interesse legittimo si richieda comunque un “controllo” da parte dell'amministrazione onde verificare la “*spettanza del bene della vita*” rispetto ai necessari requisiti soggettivi del singolo. Il che dimostra soltanto che quando v'è “cessione” di un interesse legittimo, diversamente da quanto si verifica quando è trasferito un credito o un altro rapporto giuridico tra privati, c'è sempre un interesse pubblico da curare. E l'interesse pubblico potrebbe essere pregiudicato dal trasferimento di posizioni giuridiche soggettive vantate nei confronti dell'amministrazione che avvenisse senza possibilità da parte della stessa amministrazione di verificare l'esistenza dei presupposti soggettivi per la realizzazione dell'interesse materiale cui aspira il singolo. Tutto ciò, però, non implica l'assoluta intrasferibilità dell'interesse legittimo.

⁹⁷ Cfr. Consiglio di Stato, atti normativi, 1° agosto 2012 n. 2659

⁹⁸ L'art. 9 della legge n. 2248/1965 all. E, prevede che “*Sul prezzo dei contratti in corso non potrà aver effetto alcun sequestro, né convenirsi cessione se non vi aderisca l'amministrazione interessata*” mentre l'art. 70 del r.d. n. 2440/1923 stabilisce che “*Per le somme dovute dallo Stato per somministrazioni, forniture ed appalti, devono essere osservate le disposizioni dell'art. 9, allegato E, della legge 20 marzo 1865, n. 2248 e degli articoli 351 e 355, allegato F, della legge medesima*”.

⁹⁹ L'art. 6, comma terzo, dell'allegato II.14 del d.lgs. n. 36 del 2023 prevede altresì che “*Le amministrazioni pubbliche, nel contratto stipulato o in atto separato contestuale, possono preventivamente accettare la cessione da parte dell'esecutore di tutti o di parte dei crediti che devono venire a maturazione*”.