

Estratto

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

già diretto da

GIUSEPPE DALLA TORRE

Direzione

GERALDINA BONI

Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

FRANCESCO BONINI

Rettore Università
"Lumsa"

MARIO CARAVALÉ

Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA

Pres. Em.
Corte Costituzionale

GIUSEPPE DE VERGOTTINI

Prof. Em. Università
di Bologna

JAVIER FRANCISCO

FERRER ORTIZ
Cat. Universidad de Zaragoza

VITTORIO GASPARINI CASARI

Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA

Prof. Em. Università
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO

Ord. Università della
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI

Ord. Università
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI

Prof. Em. Università
di Firenze

PAOLO MENGOLZI

Prof. Em. Università
di Bologna

FRANCISCA PÉREZ MADRID

Cat. Universitat
de Barcelona

CARLOS PETIT CALVO

Cat. Universidad
de Huelva

ALBERTO ROMANO

Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"



STEM Mucchi Editore

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

già diretto da

GIUSEPPE DALLA TORRE

Direzione

GERALDINA BONI

Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

FRANCESCO BONINI

Rettore Università
"Lumsa"

MARIO CARAVALLE

Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA

Pres. Em.
Corte Costituzionale

GIUSEPPE DE VERGOTTINI

Prof. Em. Università
di Bologna

JAVIER FRANCISCO
FERRER ORTIZ

Cat. Universidad de Zaragoza

VITTORIO GASPARINI CASARI

Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA

Prof. Em. Università
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO

Ord. Università della
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI

Ord. Università
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI

Prof. Em. Università
di Firenze

PAOLO MENGOZZI

Prof. Em. Università
di Bologna

FRANCISCA PÉREZ MADRID

Cat. Universitat
de Barcelona

CARLOS PETIT CALVO

Cat. Universidad
de Huelva

ALBERTO ROMANO

Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

Anno CLV - Fascicolo 1 2023



STEM Mucchi editore

Amministrazione: Stem Mucchi editore S.r.l.

Direzione: Via Zamboni, 27/29 - 40126 Bologna

Redazione: Via Zamboni, 27/29 - 40126 Bologna; Via della Traspontina, 21 - 00193 Roma

Autorizzazione: del Tribunale di Modena, n. 328 dell'11-05-1957

Direttore responsabile: Marco Mucchi

Periodico trimestrale, prezzi abbonamento

Formato cartaceo Italia..... € 125,00

Formato cartaceo estero 175,00

Formato digitale (con login)..... 96,00

Formato digitale (con ip) 105,00

Formato cartaceo Italia + digitale (con login)..... 145,00

Formato cartaceo estero + digitale (con login) 194,00

Formato cartaceo Italia + digitale (con ip) 153,00

Formato cartaceo estero + digitale (con ip)..... 203,00

Fascicolo singolo cartaceo* 32,00

Fascicolo singolo digitale 25,00

Tutti i prezzi si intendono iva e costi di spedizione inclusi. * Escluse spese di spedizione.

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri dell'annata, compresi quelli già pubblicati. Al fine di assicurare la continuità nell'invio dei fascicoli gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'annata successiva se non annullati (tramite comunicazione scritta a info@mucchieditore.it) entro il 31 dicembre del corrente anno. I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro 10 giorni dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo (più spese di spedizione). Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso l'amministrazione della Rivista. Le annate arretrate sono in vendita al prezzo della quota di abbonamento dell'anno in corso. Si accordano speciali agevolazioni per l'acquisto di più annate arretrate, anche non consecutive, della Rivista.

Il cliente ha la facoltà di revocare gli ordini unicamente mediante l'invio di una lettera raccomandata con ricevuta di ritorno alla sede della Casa editrice, o scrivendo a info@pec.mucchieditore.it entro le successive 48 ore (identificazione del cliente e dell'ordine revocato). Nel caso in cui la merce sia già stata spedita il reso è a carico del cliente e il rimborso avverrà solo a merce ricevuta. Per gli abbonamenti eventuale revoca deve essere comunicata entro e non oltre il 7° giorno successivo alla data di sottoscrizione.

© Stem Mucchi Editore S.r.l. - 2023

Via Jugoslavia, 14 - 41122 Modena - Tel. 059.37.40.94

e-mail: info@mucchieditore.it - info@pec.mucchieditore.it

indirizzi web: www.mucchieditore.it/prodotto/archivio-giuridico-filippo-serafini/

www.archiviogiuridiconline.it - www.facebook.com/mucchieditore - www.twitter.com/MucchiEditore

www.instagram.com/mucchi_editore/?hl=it

Tipografia, impaginazione, web: Stem Mucchi Editore (MO). Stampa: Legodigit (TN).

Finito di stampare nel mese di marzo del 2023.

Direzione

Geraldina Boni – Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

Francesco Bonini – Rettore Università “Lumsa”; Mario Caravale – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Francesco P. Casavola – Pres. Em. Corte Costituzionale; Giuseppe De Vergottini – Prof. Em. Università di Bologna; Javier Francisco Ferrer Ortiz – Cat. Universidad de Zaragoza; Vittorio Gasparini Casari – Ord. Università di Modena e Reggio Emilia; Luigi Labruna – Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”; Pasquale Lillo – Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo; Giovanni Luchetti – Ord. Università di Bologna; Ferrando Mantovani – Prof. Em. Università di Firenze; Paolo Mengozzi – Prof. Em. Università di Bologna; Francisca Pérez Madrid – Cat. Universitat de Barcelona; Carlos Petit Calvo – Cat. Universidad de Huelva; Alberto Romano – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”

Comitato Scientifico

Enrico Al Mureden – Università di Bologna
Salvatore Amato – Università di Catania
Maria Pia Baccari – “Lumsa” di Roma
Christian Baldus – Università di Heidelberg
Michele Belletti – Università di Bologna
Michele Caianiello – Università di Bologna
Marco Cavina – Università di Bologna
Olivier Echappé – Université de Lyon 3
Luciano Eusebi – Università Cattolica del S. Cuore
Montserrat Gas-Aixendri – Universitat Internacional de Catalunya
Libero Gerosa – Facoltà di Teologia di Lugano
Herbert Kronke – Università di Heidelberg
Alessia Legnani Annichini – Università di Bologna
Francesco Morandi – Università di Sassari
Andrés Ollero – Università “Rey Juan Carlos” di Madrid
Paolo Papanti Pelletier – Università di Roma “Tor Vergata”
Otto Pfersmann – Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne
Angelo Rinella – “Lumsa” di Roma
Giuseppe Rivetti – Università di Macerata
Gianni Santucci – Università di Bologna
Nicoletta Sarti – Università di Bologna
Carmelo Elio Tavilla – Università di Modena e Reggio Emilia

Redazione

Avv. Daniela Bianchini; Dott.ssa Maria Teresa Capozza – “Lumsa” di Roma; Dott. Matteo Carnì – “Lumsa” di Roma; Dott. Francesco Galluzzo – Univ. Cattolica di Milano; Prof. Manuel Ganarin – Università di Bologna; Prof. Juan José Guardia Hernández – Universitat Internacional de Catalunya; Dott. Alessandro Perego – Univ. Cattolica di Milano; Dott. Nico Tonti – Università di Bologna

Norme e criteri redazionali

- L'Autore di un'opera o di un articolo citato in nota va riportato con l'iniziale del nome precedente il cognome in maiuscoletto (es.: A. GELLIO); l'iniziale del nome e il cognome di più Autori di un'opera o di un articolo vanno separati da una virgola (es.: A. GELLIO, M. BIANCHI).
- Il titolo di un'opera o di un articolo va riportato in corsivo; la particella "in" che precede il titolo di un'opera collettanea, di un dizionario, di una rivista, anch'esso in corsivo, va invece riportata in tondo (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, ...). L'abbreviazione del titolo di una rivista è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo. Il titolo di un contributo o di un'opera va citato per esteso la prima volta; per le successive citazioni l'abbreviazione è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo.
- L'indicazione del luogo e dell'anno di pubblicazione vanno in tondo, separati da una virgola (es. Modena, 2004).
- L'indicazione del numero e delle parti di una rivista vanno inserite in tondo dopo l'anno di edizione. È obbligatoria se ogni numero o parte ha una numerazione di pagina autonoma (es.: *Foro it.*, 2011, I, c. 2962 ss.); se invece i numeri o le parti di una rivista seguono una stessa numerazione progressiva delle pagine l'indicazione del numero o della parte in tondo dopo l'anno di edizione è facoltativa (es.: *Archivio giuridico*, 2012, 2, p. 58 ss.).
- L'indicazione del numero della o delle pagine/colonne citate nella nota deve essere preceduta da "p." (pagina) o "pp." (pagine) oppure da "c." (colonna) o "cc." (colonne); mentre, se le pagine proseguono oltre quella citata, si fa seguire "ss." (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, 2011, I, p. 81 ss.).
- Le abbreviazioni "cit." e "loc. cit.", indicative di opere già citate, vanno in tondo dopo il titolo o una parte del titolo in corsivo; mentre va in corsivo l'abbreviazione "*op. cit.*", indicativa di un titolo di volume o di un articolo già citato (così come la particella "*ivi*"): "*op. cit.*" si può usare se di un Autore è citata una sola opera.

- Il numero di edizione dell'opera va indicato in apice dopo l'anno di pubblicazione (es. 2010⁴).
- L'Editore non va citato per le opere italiane; può essere citato per quelle antiche o straniere.
- Uso delle virgolette: per riportare in tondo brani di autori o il testo di disposizioni normative: «.....» (caporali); per riportare citazioni interne ad altre citazioni: “.....” (doppi apici); l'uso degli apici singoli ‘.....’ è possibile soltanto per evidenziare con enfasi concetti o espressioni particolari.
- Le parole straniere vanno in corsivo, eccetto quelle entrate nel linguaggio corrente. Le citazioni tra virgolette a caporale in lingua straniera vanno in tondo.
- Capoversi a rientrare all'inizio di ogni nuovo paragrafo.
- L'indicazione dell'abbreviazione “vol.” (seguito da numero romano) e del vocabolo “tomo” (seguito da numero arabo) sono facoltative, purché sempre coerenti all'interno del testo (es. T. TIZIS, voce *Potestà dei genitori*, in *Dizionario giuridico*, vol. XIV, Roma, 2000, p. 113 ss.).
- L'abbreviazione di nota va in tondo: “n.” o “nt.”.
- Per opere di più autori: titolo dell'opera in corsivo seguito, dopo la virgola, dal nome o dai nomi dei curatori in maiuscoletto separati da una virgola, laddove vi siano (es.: *Le società*, a cura di T. TIZIS, A. GELLIO, Roma, 2011).

Paolo Cotza

SULLA GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA. RIFLESSIONI DOGMATICHE INTORNO AL DATO ‘POSITIVO’ (‘OGGETTO’ E ‘RIPARTO’)*

SOMMARIO: Premessa. – 1. Incidenza del ‘potere pubblico’. – 2. Dalla legittimazione del potere a quella dell’interesse (‘pubblico concreto’ / ‘legittimo’). – 3. Primato del dovere(-obbligo) sul diritto soggettivo e riflessi teoretici in punto di situazioni giuridiche. – 4. Ritrascrizione ‘in positivo’ delle situazioni giuridiche, soggettive e residue precomprensioni in punto di riparto di giurisdizione. – 5. Collaudo di un ‘approccio’ dogmatico.

Premessa

Lo scritto muove dal diffuso disagio che permane (sopravvivendo a pur incisivi interventi di riforma) nel definire un criterio (se non inequivoco quantomeno) dal ragionevole impatto operativo nel segnare i termini di confine della giurisdizione amministrativa. L’intento è evidentemente quello di fornire un pur modesto contributo correttivo e riparatorio.

In quest’ottica, poiché il punto di riferimento non può che essere quello di diritto positivo, stanti altresì i limiti palesati dal contributo di giurisprudenza forense, si è ritenuto d’intervenire sul piano dogmatico. Ne è così scaturita una ‘rivisitazione’ in chiave sistematica di quei concetti sui quali (di volta in volta) ha finito col vertere la comprensione-applicazione del pertinente dato normativo: da quelli d’interesse legittimo e di potere a quelli (correlati) di diritto soggettivo e d’interesse pubblico. Tale è il filo conduttore di un discorso che ha ricercato il proprio epilogo in connessioni lapidarie: nel fermo convincimento che il problema giuridico testé affrontato, per la prio-

* Contributo sottoposto a valutazione.

rità rivestita in seno alla materia processuale e per la sua dignità di rango costituzionale (essendo sotteso alla garanzia di pienezza-effettività della tutela), debba rendersi accessibile ai cittadini prima che agli studiosi ed agli operatori del diritto.

1. *Incidenza del 'potere pubblico'*

Secondo la dottrina che (per *communis opinio*) avrebbe maggiormente influito quanto alla stesura della disciplina vigente in punto di determinazione della giurisdizione in discorso, l'oggetto del giudizio amministrativo «è il *potere amministrativo* (inteso come situazione giuridica soggettiva), o, più esattamente, la legittimità degli atti (e dei comportamenti) che ne costituiscono *esercizio*, in funzione della tutela dell'*interesse legittimo* (o, eventualmente, del diritto soggettivo) della (o delle) parte (parti) privata (private): e cioè il *rapporto amministrativo* come dedotto nella (e quindi *nei limiti della*) *domanda giudiziale*. Con il che diventa evidente che il rapporto amministrativo non è (può non essere) dedotto in giudizio nella sua integralità, afferendo l'oggetto del giudizio ai profili di illegittimità dell'esercizio del potere, che, rappresentati (di norma) come vizi del provvedimento che definisce il procedimento, siano stati dedotti con l'atto introduttivo del processo (domanda giudiziale o ricorso)»¹.

Sul versante giurisprudenziale, il medesimo dettato normativo viene inteso nel senso di una conferma (della *causa petendi* ovvero) della natura della situazione giuridica, soggettiva dedotta in giudizio, quale criterio principale di riparto. Salvo l'accoglimento di due limiti ad una incondizionata estensione della giurisdizione speciale: che si verta sull'esercizio (od il mancato esercizio) del potere pubblico; che la controversia at-

¹ F.G. SCOCA, *Il modello processuale*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2013, p. 145 s., segn. p. 154. Evidentemente il principale termine di riferimento 'positivo' è rappresentato dall'art. 7, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

tenga a provvedimenti, atti, accordi e comportamenti (del primo espressioni)².

Se dunque i 'formanti' giuridici paiono concordare nel senso che il potere pubblico svolgerebbe un ruolo determinante ai fini in discorso, nondimeno, resta da verificare la fondatezza di tale incidenza *id est*, la consistenza 'ontologico-funzionale' di quella tesi; tanto più stanti:

- la duplice circostanza di associare il potere al suo esercizio ed ai suoi prodotti;
- la nebulosità delle accezioni con le quali la locuzione viene impiegata;
- sì da suggerire un previo discorso di chiarimento.

Per cominciare, non torna utile di avvalersi in genere di una nozione in senso statico (comunque riconducibile a quella di stato del soggetto che non ha il dovere di omettere l'atto, cioè di compiere quello contrario), tenuto conto che:

- pur avuto riguardo alla sua matrice sociale³;

² F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo*, a cura di F. CARINGELLA, M. PROTTO, Roma, 2012, pp. 84-86, così puntualizzano: «In primo luogo, la circostanza che le questioni sottoposte alla cognizione del giudice amministrativo debbano riguardare l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo consente di ribadire, in coerenza con quanto affermato dalle sentenze della Corte Costituzionale 204/2004 e 191/2006, che il giudice amministrativo non è giudice della pubblica amministrazione bensì giudice del pubblico potere, nel senso che la sua specialità rinviene la propria legittimazione, e quindi il proprio limite, non nel generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia o nella mera partecipazione di una pubblica amministrazione al giudizio ma nella inerenza della questione sottoposta al suo vaglio all'esercizio del potere pubblico. [...] In secondo luogo, il limite alla giurisdizione del giudice amministrativo viene delineato in positivo anche con riguardo all'oggetto della controversia la quale deve riguardare provvedimenti, atti, accordi e comportamenti che siano anche mediatamente esercizio del potere pubblico [...]».

³ Nella duplice accezione per cui: «1) non v'è società (collettività stabile e organizzata) senza potere, come non vi è potere senza società; 2) una società può venir (ed è) descritta come un sistema articolato di poteri, provenienti tanto dall'alto quanto dal basso» (così S. COTTA, *Potere e Autorità*, in *Il problema del potere*. Atti del seminario di studi dell'Unione giuristi cattolici italiani, raccolti in Quaderni di *Iustitia*, Milano, 1986, p. 9 s.).

- ‘in positivo’, non va oltre un rilievo giuridico di senso, riconducibile alla «posizione [o attitudine] del soggetto (o organo) che è in grado, secondo l’ordinamento, di produrre unilateralmente effetti cui il destinatario dell’atto [consapevole] di esercizio del potere medesimo non può sottrarsi»⁴.

Ciò non significa necessariamente che l’idea di potere sia inconfidente sul piano giuridico:

- né in termini assoluti (resta ancora controverso se vi possa trovar utile compendio una fenomenologia tanto eterogenea da ravvisarvi persino il tratto saliente (quando non consustanziale) della ‘grande dicotomia’ pubblico/privato⁵;
- né relativamente alla tematica in discorso.

Anzi, proprio in corrispondenza di quest’ultimo versante, pare proficuo di concentrare la speculazione:

- sulle relative dinamiche di legittimazione (potere quale ‘pura energia’ reggente in genere i processi di trasformazione dell’ordinamento)⁶;

⁴ E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1983, p. 247. Cfr. pure A. CERRI, *Potere e potestà*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, p. 2.

⁵ A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 559 s.

⁶ A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, p. 966, segn. p. 980: «[...] si tratta di uno dei concetti cardinali ed al tempo stesso più oscuri dell’intero diritto pubblico, alla cui base sta il problema [...] del rapporto tra diritto ed autorità. [...] il potere dell’amministrazione non sembra concepibile alla stregua di una vera e propria situazione giuridica soggettiva [...], ma [...] esso va piuttosto riguardato come fenomeno oggettivo, se non addirittura come pura energia che regge i processi di trasformazione dell’ordinamento. È comunque chiaro che il concetto di potere non appartiene alla statica, ma alla dinamica giuridica: esso, dunque, può esser solo malamente inteso come “situazione” giuridica, ossia come puro riflesso della norma sul soggetto – pubblica amministrazione (posto pure che quest’ultima sia concepibile come soggetto di diritto), ma si coglie meglio nella sua dimensione dinamica, ossia nei provvedimenti autoritativi che ne costituiscono le singole epifanie. Questa diversa prospettiva è imposta, a tacer d’altro, dalla considerazione del carattere tendenzialmente obiettivo, e comunque non più puramente soggettivo, del principio di legittimazione politica (*ergo*: giuridica) della decisione d’apparato, trasformazione in conseguenza della quale il riconoscimento di quest’ultima come legittima espressione di

potere si basa piuttosto sui fattori oggettivi (necessariamente concreti) che ne giustificano l'adozione, piuttosto che sul suo essere emanazione di una autorità legalmente costituita (*ergo*: competente)». Id., *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali Messina*, 1981, p. 406; Id., *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. soc.*, 1991, p. 51 s.

N. PAOLANTONIO, *Esistenza dell'interesse legittimo? Rileggendo Franco Ledda*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 1 s., segn. pp. 43-45. Osserva quest'ultimo A.: «[...] il potere è anch'esso situazione soggettiva, la cui struttura si innesta nel fenomeno della produzione; il che non può consentire di trascurare l'analisi del rapporto tra potere ed atto: la consapevolezza di tale relazione – tra potere come situazione soggettiva e atto come risultato di un'attività funzionale – è da tempo affermata in dottrina; in tal senso decisivi ed attuali sono gli studi sulla funzione amministrativa. La vicenda dinamica della "forza" od "energia" di cui il potere consta lo affranca dai legami con il diritto soggettivo e con le facoltà, e lo caratterizza per una sua originale e peculiare qualificazione funzionale, con il vantaggio [...] di poter considerare il potere all'interno del rapporto giuridico; avendo a presupposto la norma sulla competenza. Né l'idea del potere come energia in atto, espressione della dinamica dell'ordinamento giuridico, contraddice questi risultati, se è vero – e l'analisi appare condivisibile – che in questa idea emerge una sorta di confluenza tra ordine della produzione ed ordine dell'imputazione. Senza estendere il discorso a temi che richiedono ben più meditata riflessione, si osserva solo che esiste un rapporto di necessità tra funzione (come trasformazione del potere in atto) e soggetto giuridico cui il risultato della funzione (l'atto) è imputato; e, allo stesso modo, non potrà elidersi il momento della volontà, che caratterizza l'esercizio del potere: di certo, [...] non una volontà "*in casu*", né una volizione, sibbene una volontà meramente potenziale, astratta, che consente di giustificare la titolarità del potere e la struttura dell'esercizio di esso. Nelle relazioni tra autorità amministrativa e privato, quindi, una situazione di potere, che contempla una forza attiva controbilanciata dal dovere d'ufficio e dagli obblighi che ne discendono, "fronteggia" una situazione di vantaggio del privato consistente nell'interesse materiale che egli intende tutelare: il bene oggetto del diritto o il bene che egli aspira a conseguire. Dal lato del privato, quindi, si ha un diritto soggettivo tradizionalmente inteso o un'aspettativa di diritto; facoltà e prerogative procedurali non ne fanno una situazione soggettiva alternativa al diritto o all'aspettativa poiché non modificano la sfera di interesse del privato, la cui sorte è rimessa alla volontà unilaterale dell'amministrazione. Se il diritto è illegittimamente leso, il giudice potrà ripristinarlo e risarcirne la lesione; se è lesa l'aspettativa, i poteri del giudice potranno [...] obbligare l'autorità a rivedere la propria posizione, eventualmente accordando direttamente (nel caso di attività vincolata o di c.d. discrezionalità esaurita) il provvedimento auspicato: senza alcuna necessità – terminologica, il che importa poco, ma soprattutto dogmatica – di dare contenuto ad una situazione soggettiva (alternativa a quelle richiamate) creata a tavolino dopo il 1889».

Per una concezione del potere come 'energia' in senso dinamico, G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 266 s.

- pur senza spingersi sulle accezioni (esposte all'obiezione di risolversi in tecnicismi) di 'situazione soggettiva' come di 'diritto di azione'⁷.

⁷ Fra i giuspubblicisti che configurano il potere come situazione giuridica, soggettiva: A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, p. 122 s.; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, p. 165 s. F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, p. 92 s., ne parla come di quella situazione giuridica soggettiva (in definitiva, una 'forza' – *ivi*, p. 96 –) che caratterizza la 'fattispecie-atto' nel soggetto che pone in essere quest'ultimo (a sua volta, esercizio di un potere giuridico – *ivi*, p. 104 –).

Nell'ambito della 'dogmatica' moderna è merito di A. THON, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, Weimar, 1878, p. 325, l'aver distinto il potere di disporre dal diritto soggettivo (la forza che scaglia i sasso dal sasso medesimo, secondo la sua suggestiva metafora) fino a quel momento confusi nel concetto, generico ed unitario, di 'signoria della volontà' (per cui cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Frankfurt am Main, 1906², p. 856, il quale muove nella direzione di un assorbimento del potere giuridico nel diritto; all'opposto di L. DUGUIT, *L'Etat et le droit objective*, Paris, 1901). Per una netta differenziazione del potere (in quanto fattispecie normativa, di un genere di atti – dunque, schema astratto di dinamiche rappresentate da comportamenti umani, liberi – i cui singoli tipi si chiamano negozi, provvedimenti, leggi) rispetto alle situazioni soggettive, giuridiche ed al diritto soggettivo in particolare (che invece attengono alla posizione del soggetto, per cui loro contenuto non è un comportamento ma un rapporto): G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, p. 241, segn. pp. 238-239, 241-243 (*ivi*, ntt. 7-8), 247, 249, 253. Puntualizza lo stesso G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, p. 101 (già in *Dizionario amministrativo*, I, a cura di G. GUARINO, Milano, 1983, p. 101) che le fattispecie normative di comportamenti riconducibili al termine 'potere' «presentano la duplice caratteristica: di implicare una scelta tra due o più soluzioni astrattamente possibili e di produrre, oltre ad altri effetti determinati dalla legge anche nel contenuto, effetti il cui contenuto è viceversa determinato dalla legge con riferimento proprio alle scelte, tra le varie possibili, compiute dal soggetto titolare del potere».

Osserva A. CERRI, *Potere e potestà*, cit., che: «Il potere astratto [...] fuori dai casi in cui sia collegato ad un diritto soggettivo [...], non è di per sé giuridicamente tutelabile, nel senso che il diritto di azione (art. 24 Cost.), nelle varie forme in cui si esplica (azione di accertamento, di condanna, costitutiva), presuppone una situazione giuridica soggettiva di diritto o di interesse legittimo [...] e, dunque, una relazione specifica fra soggetto e "bene della vita"» (*ivi*, p. 3 con ampia rassegna di pronunzie della Consulta; il concetto è ribadito *ivi*, alla p. 6, ove si conclude che: «Solo ove il potere medesimo costituisca oggetto di un diritto subiettivo o di una "libertà" o di un interesse legittimo sono invo-

Ciò, in vista di un riscontro (sul piano dell'idoneità funzionale) da parte dei destinatari, come (in definitiva) della calibratura del sindacato, utile onde definire (in termini più precisi) i confini fra giurisdizioni. Temi, questi ultimi, sui quali ultimamente il dibattito si è ri-acceso, ma: con esiti discutibili; in particolare, senza riuscire a superare le consuete formule evocative (effettività e/o pienezza della tutela) del termine (oggetto) cui il precetto giudiziale si riferisce, in modo da verificare i margini attuali di un ri-esercizio del potere pubblico⁸.

cabili tutti gli strumenti in difesa del sistema, secondo i suoi principi, ai sensi dell'art. 24, 1° co., Cost.)).

Avuto riguardo al profilo di esistenza dell'«energia giuridica» piuttosto che a quello di esercizio cui è riconducibile il concetto di funzione (cfr., di recente, L. FERRARA, *Statica e dinamica nell'interesse legittimo: appunti*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 465, ora anche in *Colloquio sull'interesse legittimo*. Atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig, Milano, 19 aprile 2013, Napoli, 2014, p. 105 s., segn. pp. 109-110).

Cfr. pure: E. GARBAGNATI, *Diritto soggettivo e potere giuridico*, in *Jus*, 1942, p. 226; E. CANNADA BARTOLI, *Vanum disputare de potestate: riflessioni sulle origini del diritto amministrativo*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988, p. 189; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere (la prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale)*, Padova, 1989; G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992. Sul concetto di potere amministrativo, ultimamente sono tornati: G. POLI, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012, p. 115 s.; A. LENER, *Potere* (in generale). b) *Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 610 s., pp. 640-641. Sull'eterogeneità delle tesi in punto d'interesse legittimo, quali orbitanti attorno alla nozione di potere, A. FIORITTO, *Gli interessi legittimi come fonte dell'ingiustizia amministrativa*, in *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa?*, a cura di E. CATELANI, A. FIORITTO, A. MASSERA, Napoli, 2011, p. 35 s., segn. pp. 39-40.

⁸ Cfr. nell'ordine: M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018; A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel processo amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio del processo amministrativo)*, Torino, 2020; M. TRIMARCHI, *A proposito di Potere e situazioni soggettive nel processo amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio del processo amministrativo)* di Andrea Carbone, in *Dir. proc. amm.*, 2021, p. 831 s.; A. CARBONE, *Dialogo sul potere con Michele Trimarchi*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 244 s.

Circa l'opinabilità degli esiti, ci si permette di far osservare che la pretesa/obbligo alla produzione/non produzione dell'effetto, correlata ad un modello procedurale di accertamento, pare comunque risolvibile entro lo sche-

Procedendo per gradi, valga di osservare preliminarmente che le formule di legittimazione del potere possono (in linea di massima) distinguersi a seconda che siano soggettive od oggettive: «le prime fanno sì (*rectius*: attraverso di esse si pretende) che la decisione espressione di potere sia rispettata ed osservata per la sua provenienza da un soggetto, spesso una persona fisica, dotato di particolare qualificazione (per natura; per nascita; per scelta divina; per elezione popolare; etc.), mentre le seconde fanno leva, a questi stessi fini, su caratteristiche intrinseche della decisione in quanto tale (razionalità rispetto allo scopo o rispetto al valore; legalità, formale ovvero solo sostanziale; non-arbitrarietà; convenzionalità; formazio-ne procedimentale; etc.)»⁹.

Da qui, un primo ordine d'implicazioni: «[...] la legittimazione a base "soggettiva" sostiene in realtà, più che ogni singola decisione assunta, il complesso delle decisioni che il "legittimo" titolare del potere abbia occasione di emettere durante tutto il suo mandato. Le formule di legittimazione oggettiva non possono che attenere invece, in senso stretto, a ciascuna singolarmente delle decisioni adottate dal titolare di un potere che, per quanto dotato di una incontestabile investitura, non è in grado di ottenere efficacemente, su questa sola base, adesione e consenso. Il *plafond* legittimativo richiesto dalle tecniche a base oggettiva appare inoltre (qualunque esso sia) più difficile da conseguire, sicché il suo effettivo raggiungi-

ma norma-fatto; risultando fuorviante il concetto di 'discrezionalità teleologica' (per cui può rinviarsi a A. CARBONE, *Dialogo...*, cit., pp. 276 e 280). Infatti, quest'ultimo pare presupporre un'estensione della discrezionalità, dal piano conoscitivo a quello decisorio, che non è affatto scontata: almeno nel momento in cui, silente il Legislatore, comporti un'inversione di metodo'. In altri termini, stando alla tesi confutata, se così fosse, si dovrebbe altresì presupporre una disponibilità del momento decisorio da parte dell'amministrazione che potrebbe 'orientarlo' facendo leva sulla discrezionalità nella valutazione del fatto. Ma ciò, eccezion fatta per le ipotesi di 'discrezionalità mista' (per dirla alla maniera di certa manualistica – A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 591 s. – a significare la compresenza di discrezionalità tecnica nella prima fase e di discrezionalità amministrativa nella seconda), si tradurrebbe in una situazione di eccesso di potere.

⁹ A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere...*, cit., p. 567.

mento ad opera della singola decisione si presta, sempre in linea di massima, a maggiori dubbi e contestazioni»¹⁰.

Quanto a quest'ultimo profilo, per il momento ci si limita all'osservazione per cui, nel contesto attuale della 'modernità', l'oggettivazione del potere può passare attraverso la progressiva applicazione di principi e regole della tecnica: al solo scopo di rilevare le insidie che, anche sotto quel versante, si nascondono nell'impostare un discorso giuridico su quella categoria. Il punto (pur 'scontato') dal quale pare doversi muovere è la tesi per cui quella vicenda ha comportato una sempre più estesa e penetrante sottoposizione dell'azione amministrativa all'area d'intervento della giurisdizione: ma solo tendenzialmente, nella misura in cui ciò si è tradotto in un incremento del complesso di regole obiettivamente valide. Ciò premesso, resta comunque l'implausibilità della medesima tesi per cui, in caso di conduzione a soluzioni non univoche, la tecnica si presenta come 'potere reale'. Non s'intende certo tornare su quella questione per come posta storicamente: di una *preminenza* dell'amministrazione eppertanto, di un argine ad una pretesa 'onnipotenza' della giurisdizione¹¹. Resta comunque debole l'argomento che identifica l'esigenza da tutelare in un «interesse pubblico [...] diverso da quegli [...] che volta a volta l'amministrazione deve perseguire, che non coincide con l'interesse concreto e contingente ad uno anziché ad un altro esito della valutazione tecnica. Esso appare come un interes-

¹⁰ A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere...*, cit., p. 568.

¹¹ Sul tema C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, a partire dall'*Introduzione* per giungere alle pp. 22-23, ove è così riportato (con dovizia di riferimenti di letteratura): storicamente l'insuscettibilità di un apprezzamento univoco del fatto renderebbe inopportuno il sindacato del giudice perché l'amministrazione «meglio conosce i fatti su cui opera, perché essa sente la responsabilità del servizio mentre il giudice è irresponsabile, perché l'amministrazione dà garanzie di imparzialità»; in definitiva, nel (solo) diritto amministrativo vigerebbe un principio non di parità delle parti di fronte al giudice bensì, di preminenza di una di esse. Prosegue l'A. che, nella dottrina più recente, il problema del trattamento giuridico della valutazione del fatto opinabile (in specie, della valutazione tecnica) sarebbe rimasto: non essendosi mai sistematicamente proposta la piena sindacabilità delle valutazioni concernenti quel medesimo tipo di fatto. Cfr. pure, *ivi*, successiva sez. II nonché, pp. 205 e 219.

se generale, di carattere obiettivo, connesso al modo con cui è organizzato l'intero gruppo sociale e, in definitiva, riferibile a quest'ultimo»¹². Se dunque la giustificazione dell'esclusione del sindacato giurisdizionale sul merito non può consistere in una *diversità* dell'amministrazione rispetto al giudice (*rectius*, ad un 'apparato organizzativo' risultante da quest'ultimo e dal consulente); non pare neppure ravvisabile in ciò che diversamente il primo finirebbe col cadere su di un oggetto non regolato da norme giuridiche. Infatti, anche il merito può essere considerato in termini di valutazione di fatto; pertanto, non è plausibile che il medesimo sia insindacabile: dovendo il giudice poter conoscere integralmente del fatto, come mezzo indispensabile onde formulare il giudizio circa la conformità rispetto al diritto¹³. Salvo tentar di lumeggiare in ordine all'attualità del problema giuridico che:

- di là dalle ragioni addotte circa la non assimilabilità fra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica (l'indeterminatezza legislativa, quando il margine di scelta che comporta – in quanti siano chiamati ad applicare le disposizioni – è posto a tutela dell'interesse pubblico, implica esercizio della prima)¹⁴;
- di là dalle incrostazioni ideologiche del tipo del principio della (rigida) separazione dei poteri dello Stato, dalle quali i giudici nazionali faticano ad emanciparsi¹⁵;

¹² C. MARZUOLI, *Potere amministrativo...*, cit., pp. 219-220.

¹³ C. MARZUOLI, *Potere amministrativo...*, cit., pp. 168-169 e 231.

¹⁴ Cfr. C. MARZUOLI, *Potere amministrativo...*, cit., p. 105, p. 108 s., ove si esprimono condivisibili perplessità.

¹⁵ Certo tipo di sviluppo continua ad essere escluso dalla giurisprudenza forense come emblematicamente riportato in: Cons. Stato, sez. VI, n. 1196/2016, cit., pp. 629-630 («[...] se è vero che il Giudice non può esimersi dal valutare l'eventuale erroneità, o arbitrarietà, dell'apprezzamento [discrezionale] dell'Amministrazione, è anche vero che il Giudice non può sostituirsi all'Amministrazione stessa nel puro apprezzamento di valore, sottostante a scelte discrezionali»); T.A.R. Lazio, Roma, sez. II bis, 26 novembre 2018, n. 11460, in *Foro amm.*, 2018, p. 2036 s.; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 8 ottobre 2018, n. 2228, in *Foro amm.*, 2018, pp. 1712-1714; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I quater, 8 maggio 2017, n. 5470, in *Foro amm.*, 2017, p. 1141 s.; Cons. Stato, sez. IV, 27 marzo 2017, n. 1392, in *Foro amm.*, 2017, p. 556 s.; Cons. Stato, sez. IV, 9 febbraio 2015, n. 657, in *Foro amm.*, 2015, pp. 434-435.

Giustizia amministrativa, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2013, pp. 102-106: «Oltre ad essere eccezionale, [...] la “giurisdizione” di merito è aggiuntiva rispetto alla giurisdizione di legittimità. Con ciò la dottrina tradizionale intende che tale cognizione di merito si aggiunge e non si sostituisce a quella generale di legittimità, dovendo il giudizio di legittimità precedere quello di merito. Questo carattere sembrerebbe confermato anche dall’art. 7, comma 6, del Codice, che, [...] parla di “giurisdizione con cognizione estesa al merito”. Ciò che da sempre è meno pacifico, in dottrina, è quali siano i caratteri aggiuntivi della “giurisdizione” di merito rispetto a quella di legittimità. L’interrogativo di fondo, che non è mai stato univocamente risolto in dottrina, atteneva a cosa dovesse intendersi per giurisdizione “anche in merito”, oscillandosi fra la tesi di una giurisdizione aperta alla piena cognizione dei fatti oggetto della controversia ed una cognizione che si estendeva invece a valutazioni di opportunità amministrativa. In realtà, storicamente, le materie attribuite alla giurisdizione propria del Consiglio di Stato si prestavano ad un giudizio che si estendeva naturalmente ad una piena cognizione dei fatti oggetto della controversia, in rapporto alle norme giuridiche da applicare; il giudizio di merito inteso invece come giudizio di opportunità amministrativa costituiva, invece, un aspetto residuale. In talune delle materie della giurisdizione di merito, era addirittura impossibile anche astrattamente ipotizzare una valutazione di opportunità del provvedimento impugnato (e ciò è così anche alla luce del Codice: si pensi, ad esempio, alle controversie concernenti le operazioni elettorali). Nonostante ciò il profilo del giudizio di opportunità ha sollecitato la dottrina molto di più che non la concezione del giudizio di merito come giudizio sul fatto. Forse perché il primo impulso naturale e spontaneo è quello di fare ricorso al significato che il vocabolo “merito” ha nel diritto amministrativo sostanziale, accezione che porta a ritenere che il giudice possa o addirittura debba procedere ad acclarare la opportunità, la convenienza, la utilità, l’equità dell’attività amministrativa. L’accentuazione di tale profilo ha addirittura portato a dubitare della natura giurisdizionale dell’attività del giudice amministrativo e si è parlato di attività giurisdizionale solo in senso formale, di giurisdizione mista a legislazione, di giurisdizione mista ad attività amministrativa. In realtà, come era già stato acquisito dalla dottrina dominante, si deve ritenere che la “giurisdizione” di merito si differenzia da quella di legittimità, non già per la diversa natura del sindacato (o addirittura del potere) esercitato dal giudice amministrativo, quanto per i maggiori poteri decisorî che gli vengono riconosciuti: questo stesso giudice, infatti, nell’esercizio della giurisdizione di merito può, non solo annullare l’atto amministrativo impugnato, ma anche riformarlo, ovvero “può sostituirsi all’amministrazione”, come ora espressamente dispone l’art. 7, comma 6, del Codice. Più analiticamente, il successivo art. 34, comma 1, lett. d), del Codice, dispone che, nei casi di giurisdizione di merito, il giudice, ove accolga il ricorso e nei limiti della domanda, “adotta un nuovo atto, ovvero modifica o riforma quello impugnato”. [...] L’incremento dei poteri istruttori e di quelli decisorî portano inevitabilmente con sé uno straordinario ampliamento della cognizione del giudice di merito rispetto a quello di mera legittimità. Ed era poi questo [...] il tradizionale tratto distintivo della cosiddetta giurisdizione di merito. L’attribuzione di così ampi poteri istruttori

- pare (invece) quello di garanzia invertita (in favore del cittadino) nell'inquadramento del sindacato del giudice amministrativo, come passante anche attraverso una 'rivisitazione' del concetto di merito.

e di altrettanto ampi poteri di decisione consente, infatti, al giudice amministrativo di esercitare un sindacato sul fatto senza limitazione alcuna, un sindacato non limitato cioè al mero accertamento dei fatti ma esteso all'autonomo apprezzamento e valutazione di quei fatti e quindi, in sostanza, della concreta rispondenza del provvedimento agli interessi pubblici previsti dalle norme e perseguiti in concreto dall'Amministrazione. E per aver contezza di ciò basterà approfondire il più importante esempio di giurisdizione di merito che è [...] il giudizio di ottemperanza. Nonostante queste straordinarie potenzialità la giurisdizione di merito è stata rapidamente sopraffatta dalla giurisdizione generale di legittimità e, con l'eccezione del giudizio di ottemperanza, è stata quasi completamente dimenticata. Alla base dello scarso rilievo giuridico che viene oggi riconosciuto a questa "giurisdizione" – tanto più alla luce del Codice, che ne ha ulteriormente ridotto le ipotesi – c'è l'idea, o forse la sensazione, che nel nostro ordinamento i casi di giurisdizione di merito rappresentino essenzialmente un residuo storico e qualcosa di sostanzialmente anomalo rispetto ai connotati propri della funzione giurisdizionale modernamente intesa. L'affermazione di una nozione di giurisdizione di merito intesa come giurisdizione di opportunità e l'eccessivo peso attribuito ai poteri sostitutivi del giudice di merito (il potere di riformare e sostituire l'atto impugnato), seppure così raramente esercitati, hanno consentito che i dubbi sulla reale natura giurisdizionale di quelle attribuzioni del giudice amministrativo, seppure fugati a livello di elaborazione dottrinale [...], sopravvissessero a livello "psicologico", anche perché sostenuti ed alimentati dal mito di quei principi che sembrano patrimonio ormai acquisito del moderno Stato di diritto, in particolare, il principio della separazione dei poteri. Da qui è nata la tendenza dei giudici ad ammettere il giudizio di merito sempre più restrittivamente e la riluttanza con cui il giudice di merito, in caso di accoglimento del ricorso e di annullamento dell'atto impugnato, provvede a riformare egli stesso il provvedimento. Di qui anche l'attribuzione di quei caratteri [...] della eccezionalità e della "aggiuntività" della giurisdizione di merito».

Cfr. pure: oltre ad A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di "merito"*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 517; U. POTOTSCHNIG, *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, p. 499; F.G. SCOCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1981, p. 1376.

Sul tema: L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, a cura di V. PARISIO, Milano, 1998, p. 71; A. AZZENA, *Spunti per una riflessione su: regole tecniche e merito amministrativo in relazione alla possibilità di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità*, in *Studi in ricordo di E. Capaccioli*, Milano, 1988, p. 599.

Un ulteriore ordine (immediatamente susseguente) d'implicazioni, di particolare rilievo sul versante pubblicistico, attiene al porsi, accanto ad una questione di 'effettività' (capacità di fare), di una di 'efficienza' (quanto a possibilità di ottenere)¹⁶.

Risponde alla questione di effettività la 'normale annullabilità' del provvedimento amministrativo *id est*, la circostanza per cui esso (in linea di massima) dispiega la propria efficacia giuridica, ancorché invalido, finché non venga rimosso: quale retaggio storico di una 'strutturale' (e mai sopita) aspirazione dei titolari di quel potere a garantirsi una sostanziale immunità dall'osservanza di stringenti regole d'azione. La differente intensità dell'accertamento entro un determinato arco temporale (con presunzione di congruità funzionale della decisione, che solo occasionalmente può rivelarsi *ictu oculi* fallace), s'inquadra «in un'ottica al tempo stesso dinamica e "di sistema" [cosicché] sembra assumere una certa consistenza la pratica necessità di non condizionare, di fatto, la realizzazione di fini di preminente rilievo collettivo all'espletamento di un rigoroso riscontro di legalità e di congruità teleologica che ne procrastinerebbe eccessivamente l'attuazione, con esiti talora fors'anche felici, ma nel complesso di più che probabile segno negativo per la comunità»¹⁷.

Risponde invece alla questione di 'efficienza', nell'esperienza pubblicistica del moderno Stato di diritto, un aggiornamento dell'*autorità-competenza*, parimenti muovendo dal suo rilievo sociale (in quanto esercitata sui membri di una collettività eppertanto, forma di potere). Quel concetto:

- progressivamente ridimensionatosi come corollario della dottrina della separazione dei poteri, in ragione di un fondamento legittimante riposto nella funzionalità rispetto ad interessi di preminente rilievo collettivo¹⁸;

¹⁶ S. COTTA, *Potere e Autorità...*, cit., p. 11.

¹⁷ A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere...*, cit., p. 578.

¹⁸ Osserva A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere...*, cit., p. 576: «La caratteristica intensa funzionalizzazione del potere "pubblico" rispetto ad interessi di preminente valore collettivo ha dunque ricadute ambivalenti sulla sua concreta attuabilità: i prodotti di questo potere si mostrano infatti al tem-

- di per sé esprime il riconoscimento di quanti vantino un 'sapere', come tale, sostanziantesi in valori giacché consistente nella capacità di esercitare influenza sulla base ed in favore della 'verità';
- distinguendosi dal potere in senso stretto, dal momento che quest'ultimo, pur implicando conoscenza, si limita a circoscriverla (ai mezzi strumentali) al 'fine' da conseguire, senza ambire a verità (al primato del fondamento e della dimostrazione) eppertanto, ad un'adesione delle menti (alla persuasione)¹⁹.

L'accennato aggiornamento consiste in ciò che il potere (attribuito ad un organismo) pubblico: «anche quando può richiamare a fondamento della propria legittimazione l'investitura "democratica" (perché elettiva) del titolare, non appare mai in grado di pretendere consenso, su questa sola base, anche per l'intero flusso delle decisioni che da esso promanano, ma sembra necessario, per questo, che ogni singola decisione possenga altresì, in sé e per sé considerata, (anche) intrinseci caratteri legittimanti obiettivi. Quel che appare definitivamente consumata, insomma, è l'originaria capacità del potere pubblico di ottenere legittimazione, attraverso il richiamo alla corretta investitura del titolare, per una serie indefinita di decisioni – potenzialmente: per tutte quelle adottate entro i confini della propria "competenza" dal legittimo detentore –. Che è poi [...] la saliente caratteristica – operativa, quindi definitoria – del potere legittimato soggettivamente. In questo senso, l'identificazione tra potere pubblico e potere legittimato obiettivamente risulta [...] già oggi plausibile»²⁰; giacché (per ciò solo) funzionalizzato *id est*, 'doverosamente' diretto allo scopo di cura dell'interesse pubbli-

po stesso giuridicamente più fragili – perché esposti a più estese ed incisive contestazioni – e più tenaci – perché dotati di un'efficacia giuridica maggiore, sotto forma di una più intensa resistenza a queste stesse contestazioni – rispetto alle manifestazioni del potere "privato"».

¹⁹ S. COTTA, *Potere e Autorità...*, cit., p. 12. Cfr. pure A. ROMANO TASSONE, *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. soc.*, 1991, p. 51.

²⁰ A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere...*, cit., pp. 572-573.

co, ne impone una 'rivisitazione' al pari della 'buona amministrazione' sul piano (piuttosto che della doverosità) del vincolo modale di esercizio²¹.

2. *Dalla legittimazione del potere a quella dell'interesse ('pubblico concreto' / 'legittimo')*

Quanto esposto, pur assolvendo al compito di superamento di certa nozione di potere, almeno come metafora da impiegare nel misurarsi col problema della giurisdizione amministrativa, non è certo sufficiente al fine di fondare la *pars construens* del relativo discorso. Peraltro, all'uopo: se il progressivo prevalere di modalità dell'azione amministrativa su base oggettiva ha finito col rispondere ad istanze di 'garanzia invertita' (in favore del cittadino); ben s'intuisce come mai la centralità del problema si sia spostata (ed allargata) sul tema della legittimazione (*an* prima che *quomodo*) dell'interesse pubblico corrispondentemente al punto di vista dell'amministrato cui ci si può momentaneamente riferire in termini di 'legittimo interesse' (in senso lato) per rifarsi ad una locuzione di marca prettamente 'comunitaria-unionista' che scongiura il rischio di condizionamenti derivanti dal *proprium* dell'esperienza italiana.

Come noto, specialmente al contributo della giurisprudenza si devono fondamentali sviluppi intorno al problema della legittimazione (individuazione) degli interessi (meritevoli di tutela): compito recentemente riconosciuto dalla stessa Corte di Cassazione al processo amministrativo²².

Secondo quanto osservato in precedente scritto (risalente a pochi anni or sono)²³, da tempo ormai si è delineato uno scena-

²¹ A partire dalle riflessioni di base di E. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 293 s., segn. pp. 300, 302, 306.

²² Sez. un., 2 agosto 2019, n. 20820.

²³ P. COTZA, *L'oggetto dell'interesse legittimo fra i presupposti 'correnti' di ammissibilità dell'azione ed una 'rivisitazione' dell'interesse pubblico*, in *Riv. amm. rep. it.*, 2018, p. 23 s.

rio alternativo, sempre a partire da questioni di ammissibilità dell'azione (ma stavolta all'insegna di una massimizzazione), rispetto a quello che muove dall'assunto per cui, onde aver-si interesse legittimo, occorre che l'aspettativa dell'individuo sia: 'qualificata', nel senso che venga presa in considerazione dal dato 'positivo'; nonché, 'differenziata' rispetto a quelle della generalità degli altri soggetti in ordine al medesimo bene²⁴.

Un primo esempio è offerto dalla protezione garantita agli 'interessi diffusi': laddove la 'forzatura' sarebbe rappresentata dall'irriducibilità dell'interesse (collettivizzato) a 'personale' (innegabile dal momento che il 'titolare' non fa valere nel processo un 'diritto proprio', bensì dei soggetti associati o della formazione sociale, integrando una sorta di 'sostituzione processuale' di cui agli artt. 81 e 100 c.p.c.).

Quel che tuttavia ha destato maggiori perplessità è certo novero di fattispecie per cui si è integrata la duplice circostanza di interessi sostanziali: 'sganciati' (persino in via interpretativa) dai principi e dalle norme che reggono la materia; rispetto ai quali qualche giudice amministrativo ha ritenuto di ravvisare nella differenziazione un surrogato della qualificazione²⁵.

Procedendo per gradi, già verso la metà degli anni Ottanta del secolo scorso, il Consiglio di Stato pareva apportare un primo 'correttivo', a partire dal rilievo processuale della peculiare posizione (differenziata) dei ricorrenti: per cui il requisito in questione (dell'individualità, per l'appunto) non si sarebbe dovuto ritenere attinente all'interesse legittimo (come tale, non rilevante sul piano sostanziale), bensì a quello a ricorrere²⁶; così raccogliendo l'apprezzamento di parte della dottrina che rilevava la distinzione 'metodologica' fra l'interesse a

²⁴ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 107 s.

²⁵ È il caso di un Cons. St., ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10; analogamente, VI, 21 maggio 2007, n. 2551, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2007, pp. 1573-1574.

Da qui le perplessità accennate nel corpo del testo, come riprese da F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 1005 ss., segn. pp. 1009-1010.

²⁶ In tal senso, Cons. St., V, 18 gennaio 1984, n. 49, in *Foro it.*, 1984, III, col. 425 ss., segn. col. 429.

ricorrere e l'interesse legittimo, offuscata proprio dalla giurisprudenza tendente a riconoscere su basi 'empiriche' la natura di interessi legittimi a quelle posizioni soggettive connotate semplicemente da un certo grado di differenziazione²⁷.

Salvo constatare che: per quanto l'attenzione dei commentatori si sia tutta concentrata sulle insidie di certo condizionamento della concezione 'allargata' dell'interesse a ricorrere su quella dell'interesse legittimo; in ordine al profilo strettamente qualificatorio, non pare di registrare significativi approfondimenti rispetto alla tesi secondo la quale sono da considerare meritevoli di tutela «tutti gli interessi personali che non siano "illegittimi"»²⁸.

Taluni hanno obiettato che, «non sembra in definitiva osservare l'esigenza di certezza del diritto una situazione nella quale la titolarità della situazione giuridica sostanziale fatta valere in giudizio non risulta conoscibile *ex ante*, sulla base delle norme sostanziali, ma soltanto all'esito di un iter processuale che si conclude soltanto [con] un giudizio di cassazione»²⁹.

A quel punto, però, potendo controdedursi che ormai ci si è addentrati in una fase storica in corrispondenza della quale, ad una società tecnicizzata ed in rapida trasformazione, hanno corrisposto:

Sulla distinzione già Cons. St., IV, 7 dicembre 1934, n. 636, in *Il foro amm.*, 1935, I, 1, p. 47 s. (con nota di P. BODDA, *Interesse a ricorrere e interesse legittimo*), segn. pp. 52-53.

²⁷ R. MONTEFUSCO, *Rilevanza dei requisiti di differenziazione e qualificazione nell'individuazione delle posizioni di interesse legittimo (L'interesse legittimo tra interesse a ricorrere ed interesse illegittimo)*, nota a Cons. St., V, n. 49/1984 cit., in *Dir. Proc. amm.*, 1985, pp. 408-409 nonché pp. 415-417.

²⁸ Cons. Stato, sez. V, n. 49/1984, cit., pp. 431-432, secondo l'accezione proposta da E. CANNADA BARTOLI, *Interesse*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 1 ss., sulla scorta di Cons. St., ad. plen., 26 gennaio 1971, n. 1, in *Cons. St.*, 1971, I, p. 865 (e correlata ordinanza di rimessione, sez. V, 29 ottobre 1968, n. 1315, in *Foro amm.*, 1968, I, p. 1288). Non per caso, R. MONTEFUSCO, *Rilevanza*, cit., p. 427, rimetteva ad un interrogativo retorico il compito di manifestare le proprie perplessità.

²⁹ M. CLARICH, *Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa: un equilibrio perennemente instabile*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, p. 215 s., segn. pp. 226-227.

- sia una relativizzazione del problema ‘strutturale’ di disciplina posto dall’indeterminabilità del futuro;
- sia un tendenziale avvicinarsi al *fondazionalismo* del *proceduralismo*³⁰; da quest’ultimo risultando traibile persino una parte dei valori etici e politico-costituzionali, dominanti³¹.

In quest’ottica, si potrebbe convenire su di un progressivo emanciparsi dall’indicato approccio ‘volontaristico’ (fondato sulla *voluntas legis*).

Beninteso, si è consapevoli che:

- il dato ‘positivo’ vada costantemente inteso quale principale formante di riferimento;
- altrimenti, restandosi esposti alla censura d’‘inversione di metodo’ (cioè, d’introduzione surrettizia di principi di ‘giudizi determinativi’ avvalendosi di concetti – tradendo la loro vocazione di ‘meri’ strumenti orientativi, d’impostazione dei problemi –)³².

³⁰ L. LOMBARDI VALLAURI, *Introduzione filosofica generale*, in *Procedura, procedimento, processo*. Atti del convegno tenutosi ad Urbino, nei giorni 14 e 15 giugno 2007, a cura di L.R. PERFETTI, Milano, 2010, p. 3 s., secondo il quale la filosofia e la sociologia hanno decretato il graduale passaggio dal fondazionalismo al proceduralismo: cioè, da una visione del mondo fondata su (concetti che richiamano) valori assoluti (e che debbono trovare uno sviluppo puramente razionale – per cui, la realtà è razionalità e la razionalità è realtà –), ad una in cui maggior interesse acquistano le procedure. Tale avvicinamento viene suggellato col passaggio di testimone dall’idealismo all’esistenzialismo. Ciò è frutto di una proposta culturale alternativa rispetto a quella di stampo illuminista (filosoficamente riconducibile al Kant ed all’Hegel), in corrispondenza della quale il pensiero culturale europeo vira in direzione di certo relativismo; per cui, la conoscenza-comprensione umana va parametrata a tale condizione di esistenza limitata. Non è un caso se, in corrispondenza di tale fase, la filosofia assume posizioni vicine al romanticismo (nelle sue varie espressioni). Non è un caso se, proprio in corrispondenza a tale epifania, si registra certo sviluppo della filosofia del linguaggio.

³¹ A. GIULIANI, *Ordine isonomico e ordine asimmetrico: “nuova retorica” e teoria del processo*, in *Soc. dir.*, 1986, p. 81 s.

³² La locuzione ‘inversione di metodo’ è ripresa da PH. HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932, p. 92 s. Cfr. pure L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 50 ove, con terminologia ricavata dalla teoria del giudizio, così si osserva: «In quanto hanno un’origine empirica, essendo derivati per induzione dai concetti legali, i con-

Nondimeno, ben si dovrebbe cogliere (giurisprudenza ‘alla mano’) la centralità che assumono, sul piano della qualificazione, le differenti ‘sedi’ (applicative) presso le quali viene tralato (risolvendovi il contesto globale di esperienza giuridica)³³ l'intreccio dell'ordinamento giuridico (alla stregua di un complesso di regole) con la trama delle relazioni fra i portatori degli interessi ed i beni o le situazioni (accessibili). Ciò, corrispondentemente a quanto risulta avvalorato dai più avanzati studi di ermeneutica giuridica in termini di rapporto (non lineare, sul presupposto di un significato oggettivo, pre-esistente cui l'interprete avrebbe accesso, bensì) circolare fra diritto e fatto³⁴.

cetti ordinatori formati dalla dogmatica non possono fornire principi di giudizi determinativi – sussuntivi di casi particolari sotto una regola data –, ma soltanto principi di riflessione su casi che devono essere tematizzati ai fini della ricerca della soluzione *secundum ius*».

³³ Evidentemente, ci si riferisce *in primis* a quella processuale, nella quale (per l'appunto) si rinvengono sia il diritto che il fatto concreto: dinamicamente (e così) indissociabili, «perché l'accertamento del fatto è già diritto, o se si vuole il fatto è intrinsecamente giuridico» (S. SATTA, *Giurisdizione* – II. *Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, pp. 218-219). Ma altrettanto può concludersi con riguardo alla sede *procedimentale*, ‘al netto’ della circostanza per cui l'operazione logico-decisionale non si traduce in un *giudizio* (necessariamente nella composizione di una controversia – *op. ult. cit.*, p. 223 –).

Nel congedarsi momentaneamente da tali tematiche, basti solo di anticipare che il rilievo delle menzionate sedi: pur rappresentando in genere, per la norma giuridica, ineguagliabili occasioni di riaffermazione ed effettività; si apprezza, ma è al contempo dibattuto, specie in quei settori disciplinari che si contraddistinguono per una spiccata esaltazione delle potenzialità di un'azione discrezionale.

³⁴ L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, p. 290.

Peraltro, si è progressivamente infoltita la schiera di quanti propendono a favore di uno schema non lineare (sul presupposto di un significato oggettivo, preesistente cui l'interprete avrebbe accesso: M.S. GIANNINI, *L'interpretazione*, cit. – di cui dà conto F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2000, p. 1045 ss., segn. pp. 1046 e 1053 ss.; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, dir. da A. CICU, F. MESSINEO, Milano, 1980), bensì circolare (respinge recisamente l'assunto di un significato oggettivo, preesistente che l'interprete sarebbe chiamato a svelare, E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir.*

D'altronde, che l'interpretazione come co-artefice d'interessi giuridicamente rilevanti sia finalizzata all'applicazione di disposizioni ad una realtà delimitata e circoscritta, trova conferma nell'art. 12 delle 'preleggi' al cod. civ. (rubricato 'interpretazione della legge') ove così si esordisce: «nell'applicare la legge [...]»³⁵. Gli è allora che resta comune il fondamento della comprensione nel processo applicativo: esso si traduce in quel 'nesso dialettico' (moto circolare) che dal 'diritto' (*quaestio iuris*) conduce al 'fatto' (*quaestio facti*) per tornare al primo. In altri termini, ogni giudizio (quale esso sia) è prospettabile non come un *quid* a sé stante, bensì come il risultato di un'attività (non solo sotto un aspetto statico, ma anche in una visuale dinamica): considerando la comprensione come un momento 'essenziale ed ineliminabile' nella complessa operazione di applicazione della legge ad un caso concreto³⁶. Solo aderendo

econ., 1998, p. 503 ss., segn. p. 505) per via di un 'dialogo coerente', nella consapevolezza del reciproco condizionamento (anche in termini di 'precomprensione del giurista') fra la disposizione normativa ed il contesto in cui trova applicazione, dal quale non può artificiosamente dissociarsi (D.U. GALETTA, *Violazione*, cit., p. 95). All'uopo, per i relativi riferimenti, sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, Napoli, 2007, par. 1.6. Sulla difficoltà ad operare una separazione fra valutazioni dell'interesse pubblico e completamente od integrazione della norma da applicare: M. LIPARI, *I principi generali dell'istruttoria nel processo amministrativo dopo la legge 205/2000 (le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza)*, in *Dir. proc. amm.* 2003, p. 55 ss., segn. p. 106 ss.; nonché P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi*, cit., p. 293 ss.

³⁵ Sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Dell'interesse pubblico e di altri "incidenti" nell'annullamento d'ufficio e nella convalida delle fattispecie preceptive di diritto amministrativo*, Napoli, 2012.

³⁶ Cfr.: L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, pp. 10-12, 19-20; H.-G. GADAMER, *Verità*, cit., pp. 350 ss., 360 ss. Nella dottrina giuridica italiana, T. ASCARELLI è stato il precursore di quella tesi che presuppone la distinzione fra testo e norma («A rigore la norma vive come "norma" solo nel momento in cui viene applicata e perciò appunto ogni applicazione di una norma richiede l'interpretazione di un testo, e cioè in realtà la formulazione – ai fini dell'applicazione – della norma», *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, nonché – con aggiunte – in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 140 ss.). Cfr. pure G. ZACCARIA, *Indirizzi della filosofia e della teoria giuridica contemporanea: una mappa*, in *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contempo-*

allo schema logico-circolare di comprensione-applicazione, si è in grado di apprezzare che il giudizio logicamente non anticipa la determinazione volitiva, ma con essa s'identifica, progressivamente definendosi. Altrimenti, nell'ottica della teoria logicistica della decisione (che la equipara ad un sillogismo pratico)³⁷, la duplicazione delle fasi (posizione della regola del caso concreto e determinazione della susseguente decisione) si rivela non solo una inutile complicazione³⁸, ma (quel che è peggio) un'aberrazione del processo.

ranea, Padova, 1990, pp. 19 e 164, ove l'A. aderisce alla teoria esposta da J. ESSER in *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt a.M., 1972 (tr. it., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, a cura di S. PATTI, G. ZACCARIA, Napoli, 1983).

Applicata alla fattispecie per risolvere la quale è stata predisposta (sulla base di un testo), la norma diviene essa stessa testo, in forma di 'precedente', 'a sua volta bisognoso di interpretazione', in occasione di successive applicazioni.

Per una proposta costruttiva, sul piano sostanziale, in sede di teoria generale del diritto e da parte di alcune dottrine generali della disciplina amministrativa, F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., p. 201 ss. Ciò che comincia a far breccia anche nello specifico dato di esperienza laddove, in tema di verifica della difformità (o meno) dall'ordinamento dell'atto sottoposto a riesame: accanto alle consuete 'istruzioni per l'uso', quale quella di prediligere (in presenza d'incertezze interpretative) gli indirizzi emergenti nella giurisprudenza di legittimità al tempo della determinazione di secondo grado e (in difetto) senza escludere una rinnovata valutazione che può anche derivare da chiarimenti esegetici diffusi da circolare burocratica, proveniente dall'autorità sovraordinata e successiva all'adozione del provvedimento annullato (Trib. amm. reg. Lazio, Roma, III, 7 settembre 1985, n. 1455, in *Foro amm.*, 1985, I, p. 890 ss.); va altresì segnalata la raccomandazione secondo cui la condizione di conformità deve potersi apprezzare nel senso (circolare) che «le situazioni di fatto da considerare si configurino in modo tale da consentire di ricondurle entro i confini di una corretta applicazione delle norme giuridiche di cui si doveva applicazione» (Cons. St., IV, 10 giugno 2004, n. 3719, in *Foro amm.* - *C.d.S.*-, 2004, p. 1675).

³⁷ E. CANNADA BARTOLI, *Decisione amministrativa*, in *Nov.mo Dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 268.

³⁸ B. CROCE, *Filosofia della pratica: economica ed etica*, Bari, 1923, segn. pp. 27-28. Il pensiero crociano è stato criticato per la riduzione di quella giuridica ad attività genericamente pratica (*op. cit.*, p. 147 ss.), trascurando sia la fondazione della riflessione storica, sia il rilievo dato alla realtà dell'esecuzione della legge (*ivi*, p. 328; ma cfr. pure, ID., *La storia come pensiero e come*

In tale contesto, vien fatto d'interrogarsi (così giungendo ad un ulteriore ordine di connessioni) quanto alle espressioni 'teoricamente possibili' della legalità: se esse siano compendiabili secondo l'alternativa 'esecutiva'/teleologica', come deporrebbe anche il dato 'positivo' laddove sancisce (all'art. 1, L. n. 241/1990) il risolversi della legalità nel perseguimento dei 'fini determinati dalla legge'³⁹; se (altrimenti), per quel che rileva nello studio in esame, il 'problema politico' non sia risolvibile esclusivamente nella sede legislativa (sì da tradursi in 'problema amministrativo')⁴⁰. Così: assumendo centralità lo scopo d'interesse pubblico 'non di parte' (in quanto espressione di un punto di vista che non è quello dell'"apparato" – astrattamente dell'atto-attività, del potere –)⁴¹; altresì, potendo assumere rilevanza, nel concreto, interessi ulteriori. Non

azione, Bari, 1965) su cui (per contro) insiste la dottrina che ha assimilato quella lezione. Per la rilevanza del pensiero crociano sui problemi di storia e scienza del diritto, G. CASSANDRO, *Storia e diritto – un'indagine metodologica* –, in *Riv. st. dir. it.*, 1966, p. 5 ss. Cfr. pure: P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, ora in *Studi sul processo civile*, V, Padova, 1947, p. 41; L. (G.) GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, ove coerentemente se ne fa seguire la rivalutazione dei casi concreti e l'approfondimento (filologico potrebbe definirsi) dei testi legislativi, giurisprudenziali e dottrinali; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 41.

³⁹ A. CIOFFI, *Il problema dell'interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 127-128.

⁴⁰ Osserva A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 551 s., pp. 554-555, come in corrispondenza della post-modernità, si sia assistito: «al passaggio da una legalità "esecutiva" ad una legalità "teleologica", orientata al fine dell'agire giustamente – ovvero secondo il buon andamento e l'imparzialità – e, dunque, da un'idea di decisione amministrativa come interamente predeterminata dalla legge ad un'idea di decisione amministrativa forgiata sullo scopo di interesse pubblico, non predeterminato, cui deve essere rivolta. A tale stregua, pertanto, la legittimità della decisione – e, dunque, la legittimazione dell'amministrazione – non deriva più dalla corrispondenza formale di essa al predefinito tipo legislativo sul presupposto che tale corrispondenza sia garanzia di risultato, ma trova il proprio fondamento nella realizzazione del fine di interesse pubblico, nell'agire bene nella concreta vicenda amministrativa che vale, negli sviluppi che ne sono conseguiti, a contrassegnare la cd. amministrazione di risultato».

⁴¹ SANTI ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, ora in *Scritti minori*, I, Milano, 1950, pp. 90 s., 96.

per caso, tale evenienza non si configura fintantoché restano epistemologicamente insuperate le tradizionali precomprensioni quanto alla trascuratezza del giurista verso l'interesse pubblico, per via di certa propensione a 'trattarne' separatamente rispetto all'interesse legittimo sostanzialmente inteso⁴². Ciò, a sua volta, si spiega con due ordini di ragioni.

Innanzitutto, per via della teorica in forza della quale nel processo amministrativo (giuridicamente) si farebbe questione del solo interesse pubblico 'di parte' o dell'interesse legittimo come coincidente col primo (da cui 'riceve[rebbe] la vita'), così riducendo il secondo al rango di mera prerogativa di reazione nei confronti del provvedimento illegittimo (tale da 'sdoganare' la proposizione del ricorso giurisdizionale da parte dell'interessato)⁴³. Risponde al vero che tale tesi ha raccolto un seguito minoritario⁴⁴; pur trattandosi della più raffinata fra quelle originatesi dalla medesima costola, per cui l'unica situazione giuridica, soggettiva, sostanziale logicamente ammissibile sarebbe il diritto soggettivo⁴⁵. Ma ciò si spiega in ragione delle obiezioni tradizionali che si appuntano: su di una concezione rigidamente compartimentale ('a tenuta stagna') quanto alla distinzione tra norme di relazione e norme di azione, e quindi tra illiceità ed illegittimità; sull'asserto secondo

⁴² Onde spiegare lo scarso approfondimento riservato alla nozione di 'interesse pubblico': E. CANNADA BARTOLI, *Interesse* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 1 s. («Il collegamento abituale "interesse legittimo – potere discrezionale" e l'altro, non meno consueto, "potere discrezionale – interesse pubblico" danno maggior attendibilità a[lla] supposizione [per cui l'attuale significato di ciascuna delle due locuzioni non può prescindere dal loro rapporto simbiotico], ed inducono a spiegare lo scarso approfondimento della nozione di interesse pubblico [almeno, fintantoché è invalsa la propensione a "trattarle" separatamente]»).

⁴³ E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi della giustizia amministrativa* (prolusione al corso di diritto amministrativo pronunciata il 14 dicembre 1936), in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, p. 51 s. (ora in ID., *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, p. 10).

⁴⁴ A. GLEJJESES, *Profili sostanziali del processo amministrativo*, Napoli, 1962, pp. 27-29, segn. p. 32 s., parla dell'interesse legittimo come (di una situazione soggettiva) coincidente con quello pubblico.

⁴⁵ F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d. (1910), p. 3.

cui il processo amministrativo tutela soltanto l'interesse pubblico individualizzato nell'amministrazione⁴⁶. In particolare,

⁴⁶ «[...] essenzialmente su due punti, che si possono dopo tutto considerare, per molti aspetti, interdipendenti, relativo, l'uno, alla distinzione delle due categorie, l'altro all'affermazione che nel processo amministrativo si fa, giuridicamente, solo questione di interesse pubblico. La distinzione tra norme di relazione e norme di azione, e quindi tra illecità ed illegittimità, è stata anzitutto messa in dubbio in base alle considerazioni che le norme del secondo tipo possono tutelare, insieme all'interesse pubblico, anche e contemporaneamente interessi individuali, oppure che, dovendo l'attività amministrativa osservare il limite del rispetto dei diritti soggettivi, ogni norma di relazione è nello stesso tempo norma di azione (sicché l'atto illecito è, in quanto tale, necessariamente illegittimo), o che addirittura ogni norma può appartenere ai due tipi, in quanto mira a disciplinare sempre dei comportamenti e a comporre dei conflitti di interessi; qualcuno ha aggiunto che esistono vincoli strettissimi tra le due categorie di norme, come sarebbe dimostrato dal fatto che si può avere violazione di una norma di relazione e quindi di un diritto soggettivo attraverso la violazione di una norma di azione (come nell'esempio dell'affievolimento). L'altra critica si è appuntata [...] sull'affermazione che il processo amministrativo tutela soltanto l'interesse pubblico individualizzato nell'Amministrazione, il quale sarebbe perciò, dal punto di vista giuridico, il solo interesse fatto valere in giudizio. A parte il rilievo, mosso da alcuni, che anche il giudice ordinario può tutelare l'interesse pubblico, si è detto che molteplici interventi indurrebbero a respingere quella concezione strettamente pubblicistica della giurisdizione amministrativa: i motivi cui si ispirò la riforma dell'89; tutta la posizione processuale del ricorrente, al quale spetta l'iniziativa, l'impulso la limitazione del tema della decisione, la possibilità di rinuncia ecc.; la ristrettezza dei termini di impugnativa; la stranezza di un'Amministrazione unica parte in senso sostanziale e quindi quasi in lotta con se stessa ma mai soccombente; l'impossibilità di ritenere la posizione del ricorrente analoga a quella del sostituto processuale; e così via di seguito. Le critiche sin qui riferite, sia quelle relative alla distinzione fra le due categorie di norme, sia quelle relative agli interessi tutelati dal giudizio amministrativo, appaiono in gran parte persuasive, sebbene non riescano a condurre all'accoglimento delle posizioni, dalle quali sono formulate. Dal nostro punto di vista ci limitiamo ad osservare, in ordine alla teoria in esame, che l'interesse pubblico, posto ad oggetto del processo amministrativo e che ivi riceve integrale soddisfazione, non può essere costituito se non dall'interesse alla legittimità degli atti amministrativi, in cui altre dottrine hanno identificato l'interesse legittimo, rispetto alle quali però la teoria in esame presenta il notevole vantaggio di sfuggire alle difficoltà inerenti al problema della subiezione. Si possono pertanto richiamare le osservazioni [...] ribadendo che il voler ravvisare l'oggetto del giudizio nell'interesse, anziché nella questione di legittimità dell'atto, nella quale sembra invece essere il vero *thema decidendi* del processo, è il portato di quella diffusa opinione, che ascrive ad oggetto di ogni attività giurisdizionale la tutela di interessi garantiti dalla legge; ma, [...] in

da diversi decenni la dottrina ha posto l'accento sulla giuridica implausibilità sia della tesi secondo la quale le norme 'di azione' sarebbero poste a tutela del solo interesse pubblico, sia di quella per cui l'interesse sostanziale dell'individuo possa ridursi a mero fatto di legittimazione⁴⁷.

sede di considerazioni generali, la tutela degli interessi è lo scopo e non l'oggetto del processo (si che, dal punto di vista teleologico, non si può forse escludere che la giurisdizione amministrativa sia preordinata alla contemporanea tutela dell'interesse individuale e dell'interesse pubblico). Per quanto riguarda l'interesse sostanziale, appare assai convincente la sua riduzione a fatto di legittimazione. Bisogna però aggiungere che sul piano degli interessi sostanziali non viene in rilievo, nel giudizio amministrativo, solo quello di chi impugna l'atto, o tutt'al più anche quello dei controinteressati, bensì anche l'interesse della Pubblica Amministrazione, il quale è lo stesso che ha presieduto all'emanazione del provvedimento e che può essere sacrificato dalla decisione sull'altare del superiore interesse alla legalità. Esso si distingue da quest'ultimo, pur essendo entrambi interessi pubblici, ed ha natura sostanziale, alla stessa guisa dell'interesse del ricorrente, col quale si pone in rapporto di contrasto. Ciò evita di raffigurare l'Amministrazione quasi in lotta con sé stessa, spiega come mai possa soccombere, ed induce inoltre a considerare parti materiali nel processo anche il ricorrente e i controinteressati, secondo i più schietti principi del contraddittorio. Relativamente, infine, al criterio di distinzione della competenza tra giudice ordinario e giudice amministrativo, nonché ai reciproci rapporti, la teoria in esame ha il merito di aver individuato una duplice difformità dell'atto dalle norme e di avere affermato pertanto la possibilità della doppia tutela. Tuttavia i risultati, cui essa perviene, non si possono interamente condividere. La illiceità e l'illegittimità, pur potendo coesistere nello stesso atto, sono configurate quasi come compartimenti stagno, in quanto l'una è violazione del diritto soggettivo, l'altra dell'interesse pubblico. Se invece l'illegittimità si concepisce [...] in un senso più ampio e comprensivo, ossia come difformità dell'atto dal paradigma predisposto dalla norma, essa potrà essere talvolta intimamente connessa all'illiceità, ossia al fatto che la Pubblica Amministrazione ha, nell'emettere il provvedimento, violato un dovere o addirittura un obbligo; sicché anche in tal caso il giudice amministrativo conoscerà dell'illegittimità dell'atto» (S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, pp. 251-255).

Quanto alla dubbia accettabilità della distinzione fra norme di azione e di relazione sul piano della teoria generale: M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 229 s., segn. p. 282.

⁴⁷ Il costruito in esame pare rispondere «all'esigenza – più o meno chiaramente avvertita – di stabilire un collegamento di qualunque genere fra processo amministrativo e realtà giuridica materiale. Si tratta, come deve riuscire evidente ad una analisi attenta, di una esigenza la quale aveva ed ha una

Il secondo ordine di spiegazioni di una trattazione separata dell'interesse pubblico rispetto all'interesse legittimo sostanzialmente inteso, può così articolarsi: per via della connotazione 'anfibologica' di un raffronto (l'interesse legittimo designando una situazione giuridica, l'interesse pubblico – tecnicamente – un'utilità per l'amministrazione)⁴⁸; altrimenti, identificando l'interesse legittimo con un sotteso interesse sostanziale, privato, in ragione dell'inammissibilità di una 'correlazione' con un interesse (quello pubblico) individuato normativamente, dato che «laddove arriva la legge la definizione del rapporto fra gli interessi è per intero assorbita al suo livello senza spazi residui» (subordinazione dell'uno o dell'altro) eppertanto, sarebbe da escludere una situazione giuridica strutturalmente distinta dal diritto soggettivo⁴⁹.

sua precisa giustificazione, in quanto scaturisce e si pone come conseguente alla radicale insufficienza della configurazione tradizionalmente data alla giurisdizione amministrativa – istituita [...] a tutela e garanzia dell'interesse del privato, che dovesse trovarsi protetto dalla norma (materiale), giusta un rapporto di coincidenza necessaria e di compenetrazione con l'interesse pubblico considerato nell'atto impugnato». Così A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I, Milano, 1962, pp. 6-7 s., ove si pone in luce come la funzione da riconoscersi alla parte privata del giudizio non possa essere quella di costituire l'occasione per realizzare la tutela accordata all'interesse pubblico nell'ipotesi in cui non abbia preventivamente funzionato la c.d. autotutela amministrativa; con la conseguenza paradossale (sul piano del metodo) di costruire la giurisdizione amministrativa «muovendo da un'analisi, neppure esatta, e da una individuazione e determinazione, in gran parte arbitraria, della situazione giuridica del privato di fronte all'atto illegittimo della p.a., anziché da un esame delle norme definenti le varie forme della tutela che il processo amministrativo è preordinato a realizzare e da una analisi dei caratteri di struttura del processo, che sia condotta alla luce di una più esatta determinazione dell'istituto della legittimazione a ricorrere [vantare od avere un interesse diretto, personale ed attuale]».

⁴⁸ Significativamente in M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, p. 76, si qualifica come «anfibologico» certo raffronto dell'interesse legittimo con quello pubblico, dal momento che si tratterebbe di «termini non omogenei»: il secondo non identificando una situazione soggettiva bensì un «interesse sostanziale giuridicamente rilevante come fine». In quest'ottica si spiega l'obiezione mossa alla teoria, dominante in giurisprudenza sino agli anni Quaranta del secolo scorso, definita come dell'«interesse generale personalizzato» (*ivi*, pp. 80-81).

⁴⁹ A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte*

Gli è tuttavia che quest'ultima tesi neutralizza la (possibilità di) correlazione (al pari dell'idea d'interesse pubblico in concreto) con meri espedienti verbali (es., 'vincolo di scopo', inteso come volto a perseguire non un interesse pubblico, ma interessi obiettivati e già formalizzati in una regola – legge o atto amministrativo –, a prescindere dai singoli e concreti aspetti che costituiscono i motivi della manifestazione di volontà dell'amministrazione)⁵⁰; si da concludere risolutamente nel senso dell'«irrilevanza della nozione di interesse pubblico nella qualificazione delle situazioni soggettive»⁵¹. Così facendo, però, il medesimo costrutto pare prestar il fianco a due ordini di obiezioni.

Innanzitutto, se l'art. 97 Cost. fonda, ad un tempo, la compiuta risoluzione dell'interesse pubblico nell'ordinamento e, mediante la nozione di legittimità 'allargata', il contenuto dell'interesse legittimo («che non è possibile definire che in relazione all'interesse pubblico siffattamente risolto»): non solo vi si coglie l'essenzialità della prospettiva di giustizia per

dell'interesse legittimo, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 487 s., segn. pp. 496-497.

Cfr. pure: R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, I, col. 3201 s., segn. col. 3212 («anche nei riguardi della situazione di interesse legittimo l'interesse effettivo che l'ordinamento intende proteggere è pur sempre l'interesse ad un bene della vita»); M. PROTO, *La responsabilità dell'amministrazione per lesione di (meri) interessi legittimi: aspettando la Consulta*, nota a Corte cost., ord. 8 maggio 1998 n. 165, in *Resp. civ.*, 1998, p. 966 s.

⁵⁰ Così, sia pur nei confronti di atti di diritto privato, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, pp. 160-164. Sia consentito di rinviare, al riguardo, a P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, Napoli, 2007, par. 3.9.3.

⁵¹ Cfr., al riguardo, A. ORSI BATTAGLINI, *"L'astratta e infeconda idea". Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Bologna, 1990, p. 11 s., segn. p. 73, ove si riporta l'asserto secondo il quale occorrerebbe «affermare risolutamente l'irrilevanza della nozione di interesse pubblico nella qualificazione delle situazioni soggettive e conseguentemente ricondurre la definizione dell'interesse legittimo in un esclusivo contesto di analisi del vantaggio obiettivamente attribuito dalla legge».

la comprensione del diritto amministrativo⁵²; ma ne risulta ‘sconfessata’ qualunque interpretazione ritualistica della legalità, sì da farne emergere gli aspetti sostanziali⁵³. In buona sostanza, si tratta di condurre l’interesse legittimo dalla condizione di ‘testa di ponte’ della legittimità in certa area del merito (secondo quanto verrà esposto a proposito della ragionevolezza) a strumento di massimizzazione della legalità stessa in chiave di tutela (intervenendo principalmente su entrambe le leve – processuale e procedimentale –) sino ad annettervi (almeno in prospettiva) un più penetrante sindacato sull’opportunità.

In secondo luogo, quella tesi ‘tradisce’ una concezione di regola giuridica invariabilmente attestata secondo lo schema (imperativo – al più nella sua versione finalistica – *id est*) ipotetico-casuistico⁵⁴. La risposta al dilemma concettuale di

⁵² E. CANNADA BARTOLI, *Interesse* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 18: «L’interesse legittimo può garantire soltanto nei limiti del potere in sé considerato; ossia, nei limiti della legittimità dell’esercizio del potere; è un interesse alla legittimità particolarmente qualificato. La sua intensità – si passi la metafora – dipende dalla nozione che si accolga di legittimità. Se imparzialità e buon andamento sono rilevanti per costruire tale nozione, l’interesse legittimo riguarderà anche buon andamento e imparzialità, e la “caccia agli errori” risulterà, nella giustizia amministrativa, meno sterile».

⁵³ All’uopo, giova di richiamare un passo di E. CANNADA BARTOLI, *Interesse...*, cit., p. 9, che così sintetizza il quadro di riferimento: «[...] l’art. 97 cost., stabilendo i canoni dell’imparzialità e del buon andamento, [...] fonda, ad un tempo, la compiuta risoluzione dell’interesse pubblico nell’ordinamento e, mediante la nozione di legittimità, il contenuto dell’interesse legittimo, che non è possibile definire che in relazione all’interesse pubblico siffattamente risolto» (*ivi*, p. 9). L’A. così prosegue: «[...] il compito del giudice amministrativo in tema d’interessi legittimi è strettamente collegato con quello che al medesimo spetta per la definizione ...dell’interesse pubblico» (*ivi*, p. 19).

⁵⁴ L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un’analisi degli interessi pubblici*, cit., p. 274 s., segn. p. 290: «Può darsi che la norma descriva direttamente il comportamento che deve essere adottato in presenza di date circostanze di fatto positivamente indicate, nel qual caso l’interesse, quale canone di comportamento, non esplica alcuna funzione rilevante nella fase di applicazione della norma, se non come criterio interpretativo della medesima, quando ne ricorrano i presupposti. Sostanzialmente diversa è l’ipotesi in cui la scelta del comportamento soddisfattivo dell’interesse considerato venga rimessa ad un organo dell’apparato precostituito per la tutela dell’interesse. In questo caso

partenza sembra allora doversi ricercare altrove: prendendo spunto dall'irriducibilità a quest'ultimo delle disposizioni di matrice 'conseguenzialista'; si da dover ricorrere ad una nozione epistemologicamente 'matura' d'interesse pubblico: non come appartenente (in via esclusiva) all'amministrazione, bensì visto nella dinamica della sua determinazione e quindi nella confluenza dei vari interessi che in tale dinamica sono coinvolti, compresi quelli degli amministrati; quale quella suffragata dalle accennate logiche dei meccanismi decisionali (interpretativo-applicativi) e del «circolo ermeneutico»⁵⁵.

Detto altrimenti, come conferma il dato globale di esperienza, non esiste alcun interesse, individuato da qualche disposizione normativa, che, nel contesto dell'agire concreto, non si trovi variamente connesso ad altri (i quali ultimi, a loro volta, anche in mancanza di una previsione normativa, non possono non essere ponderati da chi è tenuto ad operare la scelta)⁵⁶. È allora intuitivo (e plausibile) che «fissare il rilievo e l'importanza di un interesse entro o di fronte una costellazione di altri interessi non è opera di ragione, anche se soggettiva: è già optare per un valore piuttosto che per un altro, equivale già alla scelta e cioè in ultima analisi alla volizione»⁵⁷. Dunque, «non ha proprio alcun senso pretendere, come talora s'è fatto, che l'interesse pubblico individuato dalla norma come essenziale, costituisca il fine immutabile e predeterminato, un limite o un vincolo, esterno o interno che sia, dell'attività discrezionale»⁵⁸. Laddove, la sola considerazione del processo ermeneutico-applicativo, secondo uno schema 'circola-

infatti l'interesse diviene canone di comportamento operante principalmente nella fase di applicazione della norma, unico criterio al quale l'organo destinatario della norma può riferirsi per effettuare la scelta a lui demandata».

⁵⁵ L. BENVENUTI, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Milano, 2017, pp. 122 s., 289. In tal senso, già A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 65, segn. p. 77.

⁵⁶ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 97. Cfr. pure A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962, p. 320, nt. 111.

⁵⁷ F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., p. 220 ss., segn. pp. 226-227.

⁵⁸ A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 65 ss., segn. p. 77.

re' (trovando favorevole sponda epistemologica nell'apporto del 'razionalismo critico' al problema della 'calcolabilità' delle conseguenze della decisione), può garantire al 'farsi' dell'atto una riconducibilità al dato globale di esperienza, (fra l'altro) con corrispondente massimizzazione delle adesioni da parte degli 'interessati'⁵⁹.

Convenendo con quanto esposto, la conclusione cui può provvisoriamente pervenirsi è che:

- se quello pubblico non è (ormai) un interesse «che incorpora o nega gli interessi privati»⁶⁰;
- se, in altri termini, l'interesse pubblico si delinea sempre più nitidamente (e legittimamente) via via che si arricchisce l'esercizio dell'interesse legittimo (da parte dei suoi portatori) a cominciare dal piano sostanziale⁶¹; ed in quest'ottica, trova favorevole sponda quell'autorevole dottrina secondo la quale (a differenza della coppia diritto-obbligo) «entrambe le situazioni (potere autoritativo e interesse legittimo) vivono nell'ambito di una vicenda dinamica, che mena alla definizione di un (nuovo) assetto di interessi, nel quale si colloca la soddisfazione dell'interesse pubblico e può trovare posto la soddisfazione dell'interesse privato»⁶²;
- se ciò si rende possibile (solo) in quanto, sul presupposto della (prolungata) assenza di una compiuta disciplina sostanziale (del tipo di quella – *in primis* codicistica – dedica-

⁵⁹ F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., pp. 227-228. Sul ruolo della scienza nel far convergere 'legge' ed 'azione', nonché sull'apporto del 'razionalismo critico' in ordine al problema della 'calcolabilità' delle conseguenze, sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Potere autoritativo*, cit., parr. 1.2.1. e 1.4. (*ivi*, testo corrispondente a nt. 188).

⁶⁰ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 122; R. MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza al provvedimento amministrativo*, Padova, 1987, p. 84 ss.

⁶¹ F.G. SCOCA, *Interessi protetti* -dir. amm.-, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, 1990, p. 11.

⁶² F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 399-400. Sul procedimento quale luogo per eccellenza della dinamica, G. PASTORI, *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, a cura di U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE, Rimini, 1987, p. 805 ss.

- ta ai diritti soggettivi), è anche al processo (alle sue forme ed ai suoi contenuti) che occorre attingere onde ricostruire i caratteri dell'interesse legittimo⁶³;
- se l'ordinamento si contraddistingue in tal senso per il riconoscimento (sia pur in forme e sedi diverse) della 'pluri-soggettività dell'interesse legittimo' e di uno strumentario di tutela consono alla varietà del sistema⁶⁴;
 - cade l'assunto (ancora ricorrente) di una estrazione esclusivamente 'volontaristica' dell'interesse legittimo; così come trova superamento una trattazione separata dell'interesse pubblico rispetto al primo.

A tal punto, pare potersi giungere ad una prima conclusione: come non giova l'identificazione dell'oggetto del giudizio amministrativo con metafore (quale quella del potere amministrativo); tale deve reputarsi piuttosto l'interesse pubblico concreto come indissociabile dall'interesse legittimo.

Tutto ciò però implica, sempre in chiave di correlazione, anche il superamento di una pregiudiziale differenziazione assoluta dell'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo; senza per questo dover sposare una soluzione 'negazionista', stanti la dicotomia strategica 'delle regole / della funzione' (per l'appunto, quale riflesso dell'orizzonte normativo' di riferimento), come pure l'infondatezza della tesi che vorrebbe escludere la possibilità di differenze a livello strutturale per via di certa omologazione delle tecniche di tutela (sulla scia dell'insegnamento del Guicciardi).

Gli è, piuttosto, che ad un ormai variegato dato globale di esperienza non può non corrispondere un'articolazione delle situazioni soggettive, giuridiche, sui versanti tanto del diritto

⁶³ *Ex pluribus* L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi*, cit., pp. 57, 84-86 e 90.

Cfr. pure G. CORREALE, *Struttura del processo amministrativo e situazione fatta valere*, Caserta, 1978.

⁶⁴ G. ABBAMONTE, *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, in *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*. Atti del XXXVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 1992), Milano, 1994, p. 137 ss., segn. pp. 137-138.

to soggettivo, quanto dell'interesse legittimo⁶⁵. Solo che quella diversificazione deve essere re-impostata, in chiave unitaria, alla luce del superamento di una concezione 'obiettiva' e 'rigida' delle norme giuridiche, come già di alcune delle relative superfetazioni (es., l'«interesse semplice» o «discrezionalmente protetto») la cui connotazione anacronistica ne risulta più evidente⁶⁶.

3. *Primato del dovere(-obbligo) sul diritto soggettivo e riflessi teoretici in punto di situazioni giuridiche*

Tornando, a tal punto, alla centralità che assumono, in una trattazione sulla giurisdizione amministrativa, le situazioni giuridiche soggettive, pare possa risultare di qualche utilità una rivisitazione di ordine teoretico delle relative questioni: posto che la distinzione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi «*continua a dar filo da torcere alla giurisprudenza, perché i criteri usualmente utilizzati a questo fine non si prestano ad un'applicazione univoca*»⁶⁷.

⁶⁵ Da tempo, si è espresso in questi termini D. SORACE, *Notazioni*, cit., p. 3914, per cui «gli obblighi e i poteri dell'amministrazione possono dar vita a posizioni concrete diverse a seconda dell'esistenza o meno di una disciplina dell'esercizio dei poteri, del tipo di questa disciplina ed anche dell'intrecciarsi o meno di obblighi e poteri, cosicché nei confronti della pubblica amministrazione possono essere vantate diverse specie e di interessi legittimi e di diritti soggettivi». Osservava parimenti A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive* (dir. amm.), cit., p. 978, che il dato di esperienza si traduce ormai «[...] non già in una semplificazione, ma in un'accresciuta articolazione delle situazioni giuridiche soggettive [...], in consonanza del resto con la complessità dell'intreccio tra il potere amministrativo, l'interesse pubblico ed il privato interesse, che si è venuto in questi anni determinando». Prima dell'entrata in vigore della Legge generale sul procedimento, cfr. pure M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo?*, cit., segn. p. 473.

⁶⁶ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1958, p. 190.

⁶⁷ Così sempre M. CLARICH, *Il dualismo giurisdizionale...*, cit., p. 227 s., il quale assume a termine d'attacco in particolare (e non per caso) la distinzione fra potere discrezionale e potere vincolato.

Ci s'avvede infatti della 'relatività positiva' del diritto soggettivo (anche la 'pubblicistica' avendo concordato – riscontri normativi 'alla mano' – che sotto tale *nomen iuris* ha finito ormai per compendiarsi una gamma d'interessi ampia – sotto diversi profili –)⁶⁸ nonché, del reciproco condizionamento con le 'ulteriori' figure (così che ridefinirne una implica la 'ricollocazione' delle altre). Tuttavia, gli esperimenti condotti, tendenzialmente, hanno solo contribuito ad assecondare, nei discorsi sull'"interesse legittimo", come situazione soggettiva tendenzialmente 'deminuta', un 'taglio tecnicistico' (anche quando dogmaticamente pregevole, per le relative implicazioni, di assimilabilità disagevole da parte dell'"individuo qualunque")⁶⁹.

⁶⁸ A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive...*, cit., p. 984 s., prendendo spunto dal 'precipitato pubblicistico' del principio di correttezza, rappresentato dai 'doveri di protezione' (cui si correlano diritti quali quelli di partecipazione al procedimento, di avere riscontro alle richieste di provvedimento, di vedere concluso il procedimento – tempestivamente e senza aggravii –, di poter accedere ai documenti disponibili all'amministrazione, di vedersi esaminate le osservazioni presentate, di vedersi motivata la decisione che coinvolge le proprie aspettative, etc. – per cui può rinviarsi a S. CICCARELLO, *Doveri di protezione e valore della persona*, Milano, 1988; P. BARTOT, *La motivazione tra vizio formale e tutela sostanziale in giudizio*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 469), distingue fra «diritti soggettivi che tutelano interessi di carattere materiale (come tali suscettibili di assumere rilievo nella composizione di interessi che la pubblica amministrazione è chiamata a compiere) e diritti soggettivi posti a garanzia di interessi immateriali (e dunque irrilevanti a tal fine); diritti protetti tramite l'inefficacia dell'atto che li lede e diritti la cui violazione dà luogo al semplice risarcimento dei danni; diritti inviolabili in assoluto, cui corrisponde la nullità-inesistenza del provvedimento che vi incida, e diritti "degradabili", sia pur temporaneamente e per una scelta giurisprudenziale, da parte dell'atto amministrativo».

⁶⁹ Significativamente L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi. Il sindacato sul comportamento della p.A. nella giurisdizione sul pubblico impiego*, Napoli, 1984, pp. 262-263, così sviluppa analiticamente la propria nozione di base d'interesse legittimo nell'ordinamento generale: «come situazione di vantaggio riconosciuta al soggetto dall'ordinamento (attraverso: a) il contratto; b) il regolamento negoziato; c) il regolamento unilaterale e la legge c1) preceduti da un atto di natura convenzionale, c2) che tutelino direttamente e volutamente gli interessi, senza essere preceduti da un atto convenzionale, c3) che tutelino gli interessi non volutamente bensì attraverso il richiamo *ab extra* a principi dell'ordinamento; d) un atto di autovincolo della p.A.) riguardo a un bene oggetto di potere (a) privato-paritetico-discrezionale;

Si è dell'avviso, invece, che il dichiarato 'approccio' d'indagine possa aver miglior fortuna, consentendo d'impostare correttamente quello specifico contesto di esperienza giuridica felicemente sintetizzato come 'problema (del rapporto) amministrativo'.

Dovendo procedere gradualmente, va rilevato innanzitutto come da tempo paia doversi superare (secondo i dettami del formalismo giuridico) l'assunto tradizionale che seguita a riconoscere al diritto soggettivo la dignità di situazione giuridica, 'primaria', oltre al *dovere* ed alla *facoltà*: dal momento che la disciplina comportamentale non consente di uscire dai termini di quell'alternativa; laddove l'interesse assume rilievo pressoché esclusivamente quale elemento teleologico del dovere(-obbligo)⁷⁰.

b) amministrativo-paritetico; b1) discrezionale, b2) parzialmente vincolato; c) amministrativo-autoritativo; c1) discrezionale, c2) vincolato) consistente nella pretesa – cui corrisponde un obbligo specifico gravante sul titolare del potere in correlazione con l'interesse protetto come legittimo – ad una completa ed adeguata presa in considerazione dell'interesse (con gradazioni nell'intensità della pretesa a seconda che l'interesse sia correlato con poteri: a) privati; b) paritetici pubblici; c) autoritativi previsti da norme che tutelino gli interessi: c1) direttamente o c2) indirettamente) in funzione della sua realizzazione (con gradazioni nella tendenza alla realizzazione a seconda che l'interesse legittimo: a) sia statico e coesista con un diritto soggettivo; b) sia dinamico e correlato con un potere vincolato; c) sia statico e non coesista con un diritto soggettivo; d) sia dinamico e correlato con poteri discrezionali).

⁷⁰ Per un verso, può rinviarsi alle (pur risalenti) connessioni di S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche...*, cit., onde spiegare per quale ragione il diritto soggettivo possa considerarsi come situazione 'inattiva' (col significato d'interesse correlato ad un obbligo, o dovere in senso stretto, altrui – pp. 4-6, 11 s., 39 s., 46, 100, 102, 117 e 272 –): al centro del sistema giuridico (a partire dai due aspetti della funzione regolatrice dell'ordinamento, per affermarne quello primario nella composizione dei conflitti d'interessi mediante la disciplina del comportamento), quali situazioni soggettive primarie per eccellenza, distinguendosi il *dovere* dalla *facoltà*. «La premessa fondamentale [...] che in un certo senso informa di sé l'intero lavoro, è nella distinzione tra quelli che sono i due aspetti della funzione regolatrice dell'ordinamento giuridico: l'uno relativo alla disciplina del comportamento dei soggetti, l'altro alla disciplina del processo di produzione degli effetti giuridici. La distinzione, già in certo qual modo espressa nella contrapposizione tra norme imperative e regole finali, o, con altra denominazione, tra norme materiali e norme strumentali, appare in realtà ineccepibile, poiché non si può disconoscere che l'esperienza giuridica ci fa cogliere nettamente la differenza che passa ad es. tra le norme proibitive

Beninteso, non che s'intenda optare (neppure) per una centralità esclusiva di quella dicotomia. Gli è, infatti, che:

- si renderebbe problematica la nozione di dovere e si risolverebbe in una 'singolare idea' quella della sua preminenza, se non si soggettivizzasse e personalizzasse l'ordinamento⁷¹;

tive di determinate azioni e le norme sulla formazione degli atti giuridici. Il primo aspetto si può considerare primario, in quanto l'obiettivo precipuo di ogni ordinamento giuridico è anzitutto la composizione dei conflitti di interessi attraverso la disciplina del comportamento, mentre il secondo aspetto riveste un evidente carattere secondario e strumentale. La distinzione suddetta si ripercuote sulla sistematica delle situazioni giuridiche, poiché ne discendono due ordini di situazioni diverse, che chiameremo rispettivamente, con una denominazione di cui non si mancherà di mettere in luce il carattere convenzionale, "primarie" e "strumentali". Le due situazioni primarie per eccellenza saranno individuate nel *dovere* e nella *facoltà*, sulla base del rilievo che la disciplina del comportamento non consente di uscire dai termini di quest'alternativa: o la necessità giuridica di tenere il comportamento, o la giuridica possibilità di tenerlo o meno. Nozioni quindi puramente formali, spoglie di qualunque riferimento all'interesse. L'interesse invece assume rilevanza quasi esclusivamente come elemento teleologico del dovere, il quale è sempre imposto per uno scopo. Qualora tale interesse si individualizzi in capo ad un soggetto, costui viene a trovarsi in una situazione giuridica che, diciamo così, per connessione può farsi rientrare nella categoria delle situazioni primarie: in essa va individuato [...] *il diritto soggettivo*, che si pone pertanto in un rapporto di necessaria correlazione col dovere (in tal caso meglio denominato 'obbligo')» (*ivi*, pp. 4-6 e 39 s.). «La dottrina che invece ritiene di porre il diritto soggettivo al centro del sistema giuridico e da esso derivare le altre situazioni, è stata evidentemente influenzata da pregiudizi e preoccupazioni di carattere politico. È noto infatti come sia dovuta alle esigenze liberali l'accentuazione dell'importanza del diritto soggettivo; il che appare dimostrato storicamente dagli atteggiamenti assunti dalla dottrina del secolo scorso ed, in senso opposto, dalla dottrina germanica ispirata al nazional-socialismo» (*ivi*, p. 14).

⁷¹ S. PALAZZOLO, *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 289 s., segñ. pp. 294-295: «Non è facile [...] configurare un dovere "verso" nessuno: l'ordinamento è il risultato, l'aspetto "sinfonico delle melodie" a ciascuno assegnate, onde non appare logico concepire doveri "verso" l'ordinamento se, entro di questo, l'obbligo di ciascuno è strumentale al risultato, come la norma che lo impone; non si può parlare di un obbligo "verso" il risultato, con il quale sia in relazione, bensì "allo scopo" di conseguire quel risultato e "verso" o nei confronti di chi lo vuole. Ed è sempre un soggetto – individuale o collettivo – che lo vuole, perché il dovere giuridico non solo è ma deve essere esigibile; perché la norma che impone il dovere deve, in pari misura, servire il potere; deve essere servita e deve servire gli uomini nelle loro relazioni comportamentali, in una alterna vicenda, di preminenza e soggezio-

- assume altresì rilievo la distinzione fra *dovere giuridico* (a tenere un determinato comportamento) e *dovere finale* (laddove l'ordinamento vuole che non conseguano certi effetti qualora il comportamento non venga tenuto)⁷²;

ne, nella quale sta la dinamica dell'equilibrio posto a fondamento del diritto e che si ritrova di continuo». *Item, ibi*, p. 298: «la preminenza strumentale del dovere, in una disciplina che si esprime per comandi o divieti, è ovvia, ma è altrettanto ovvio che il dovere, se è imposto dall'esterno, può esserlo (giustificatamente) soltanto per tutelare diritti, sicché la preminenza attiene allo strumento, non ai termini del rapporto diritto-dovere, che devono essere coevi e reciproci».

⁷² S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche...*, cit.: «Posta la nozione di dovere giuridico come giuridica necessità di tenere un comportamento rimane da considerare la questione se occorra distinguere, nell'ambito delle valutazioni giuridiche, due specie di necessità, o se invece non si tratti sempre di un'unica specie. La soluzione nel primo senso conduce, come è noto, alla distinzione tra norme imperative e regole finali (materiali e strumentali), tra doveri assoluti (o giuridici) e doveri finali (od oneri), verso cui sembra ormai orientarsi, anche implicitamente, la migliore dottrina (il che è dimostrato fra l'altro dal fatto che essa tende a distinguere sempre più nettamente il lecito dal possibile, il diritto soggettivo dal potere [quale possibilità di produrre un mutamento] giuridico [effetto - *ibi*, p. 218-]). [...] Di solito la dottrina si è limitata ad affermare, più o meno decisamente, la distinzione tra dovere giuridico e c.d. dovere finale, mettendone più che altro in luce la diversa natura (all'uno si sarebbe tenuti a prestare obbedienza in assoluto, all'altro solo in quanto si vogliano conseguire certi fini); tuttavia occorre un criterio migliore di distinzione, capace di differenziare, con sufficiente certezza, le due figure. [...] Il criterio valido di distinzione va rinvenuto [...] nell'atteggiamento assunto dalla norma, e quindi dall'ordinamento giuridico, nei confronti della necessità in cui si sostanzia il dovere, sulla natura del quale si disputa. Nella ipotesi di vero e proprio dovere, infatti, l'ordinamento vuole che quel comportamento venga tenuto, mentre nell'ipotesi del c.d. dovere finale rimane indifferente, limitandosi solo a stabilire che saranno diversi gli effetti giuridici a seconda che sia tenuto o no. Si obietterà che anche per il dovere giuridico l'ordinamento, non potendo sempre e da tutti ottenerne l'osservanza, finisce solo per stabilire determinate conseguenze qualora il dovere medesimo non venga adempiuto. Ma l'obiezione, la quale è stata avanzata effettivamente da chi ha negato l'imperatività delle norme giuridiche, sostenendo che ogni norma è un giudizio ipotetico, e ripetuta, sia pure sotto altra forma, da chi ha inteso combattere la figura dell'onere, non appare decisiva: vero è infatti che l'ordinamento giuridico non può mai costringere i soggetti all'osservanza di un certo comportamento, poiché esso non opera mediante necessità assoluta, come sarebbe ad es. quella fisica, ma ciò non toglie che esso possa comandare in quei casi che il soggetto osservi il comportamento. Viceversa, nei casi in cui abbiamo detto che rimane indifferente, soltanto in apparenza vuole l'osservanza del comportamento,

- il ruolo dell'elemento teleologico resta comunque fondamentale, giacché se l'ordinamento impone, ad un soggetto, certo comportamento, è per uno scopo che altro non può essere se non la tutela di un interesse; salvo stabilire esaustivamente *le tipologie* di quest'ultimo⁷³.

ma in realtà vuole che non conseguano certi effetti se il comportamento non è stato tenuto. [...] La ragione della diversità di atteggiamento della norma nelle due ipotesi, che qui si vogliono distinguere nettamente, è semplice: nella ipotesi di vero e proprio dovere interessa il comportamento in sé, in quanto è idoneo, o ritenuto idoneo, a soddisfare un determinato interesse a carattere sostanziale (di individui o della collettività); mentre nell'ipotesi del c.d. dovere finale il comportamento non interessa in sé, ma in quanto è preordinato a certi effetti, ai quali spetta di solito il soddisfacimento di interessi sostanziali (il comportamento, quindi, soddisfa tutt'al più un qualche interesse strumentale: es. quello della certezza giuridica)» (*ivi*, p. 18 s.).

⁷³ S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche...*, cit.: «La necessità dell'elemento teleologico nella situazione giuridica di dovere non ha forse bisogno di alcuna dimostrazione: è chiaro che, se l'ordinamento giuridico si determina nel senso di imporre ad un soggetto la necessità di tenere un certo comportamento, lo fa in vista di uno scopo. E lo scopo non può essere altro che la tutela di un determinato interesse, che l'ordinamento ritiene degno di essere preso in considerazione. Lo studio di tale interesse è indispensabile in una teoria delle situazioni giuridiche, poiché [...] in esso va ricercata la preoccupazione di carattere metodologico, ossia timore di incorrere nell'accusa di contaminare con teleologismi od empirismi il metodo formale, a cui deve correttamente ispirarsi ogni indagine giuridica, poiché l'interesse che si prende in considerazione non è frutto di esigenze estranee alla norma, bensì elemento stesso della determinazione normativa. Ciò posto, bisogna anzitutto vedere astrattamente qual è l'interesse che la norma tutela attraverso l'imposizione di un dovere. A tal fine, sembra che, di fronte ad un determinato comportamento di un soggetto, tutti i vari interessi che possono venire in considerazione siano riducibili a tre, rispettivamente propri: di chi agisce, di uno o più soggetti singolarmente determinati, della intera collettività (o interesse generale). Il primo di questi tre tipi, però, non può mai costituire elemento teleologico di un dovere. Almeno da solo, poiché, se esso coincide con un interesse delle altre due specie, allora la questione si pone diversamente, essendo intuitivo che in tal caso l'ordinamento giuridico, nell'imporre il dovere, non ha tenuto presente l'interesse del soggetto, ma un interesse alieno che è di solito dell'intera collettività. [...] Chiarito di quale specie può essere l'interesse alieno, suscettibile di costituire l'elemento teleologico di ogni dovere, rimane adesso da studiare come si atteggia sotto questo riguardo ciascuno dei due tipi, specie nei reciproci rapporti. Le ipotesi astrattamente configurabili sono tre: che elemento teleologico di un dovere sia soltanto un interesse individuale; che sia soltanto un interesse generale; che sia infine un interesse generale e unitamente un interesse individuale. [...] Naturalmente in tutti questi casi si ha una tutela diret-

Nondimeno (ed in definitiva), quell'inquadramento può tornar utile sotto più versanti.

Così, il diritto soggettivo gode di una sua dignità giuridica in quanto:

- benché non rientri fra le situazioni giuridiche, primarie (il 'dovere' e la 'facoltà' che guadagnano il centro del sistema giuridico ontologicamente, sulla base dell'osservazione per cui la disciplina del comportamento non consente di uscire dall'alternativa fra necessità e possibilità di tenerlo);
- è collocato comunque in correlazione diretta con una di quelle, il dovere; *rectius*, con la parte di quell'area meglio denominata 'obbligo' (per distinguerla dal dovere in senso lato), a sua volta segnata dal dato 'positivo'⁷⁴.

ta dell'interesse, poiché esso è preso in considerazione dalla volontà normativa, che proprio a tal fine si determina all'imposizione di un dovere. Ma, si può configurare nello stesso tempo una tutela riflessa, o, come dicono alcuni, indiretta od occasionale, di altri interessi? Diciamo subito che, riguardo alla prima ipotesi, sembra pienamente ammissibile una tutela riflessa dell'interesse generale (nelle altre due ipotesi non avrebbe senso, essendoci già quella diretta), poiché è da ritenere che, accanto a quello del soggetto tutelato, c'è sempre un qualche vantaggio dell'intera collettività. Il problema si complica invece in ordine alla tutela riflessa di un interesse particolare, sia nella seconda ipotesi, come anche nella prima e nella terza [...]» (*ivi*, p. 39 s.). Quanto al senso funzionale del diritto soggettivo: «si inserisce nel processo amministrativo, in funzione di legittimazione del ricorso, come è dimostrato, fra l'altro, dal fatto che l'interesse, ivi fatto valere, è lo stesso interesse correlativo all'obbligo che l'Amministrazione ha lasciato inosservato» (*ivi*, p. 297).

⁷⁴ Osserva E. Russo, *Diritto soggettivo...*, cit., p. 5: «Il diritto soggettivo che è la forma giuridica di più intensa protezione di ogni interesse umano nasce ...da una *norma*, di cui costituisce il riflesso soggettivo. Pertanto, nella struttura logica della modalità giuridica assume primaria evidenza l'idea di *dovere* imposto dalla norma a tutti i consociati e/o a taluno di essi. Diversamente da quanto riteneva l'antica dottrina, la norma non costituisce immediatamente *diritti*, ma pone innanzitutto *doveri*; e il diritto costituisce il riflesso soggettivo di vantaggio prodotto dall'esistenza di doveri. Non può parlarsi di diritti al di fuori di corrispondenti doveri a carico dei consociati. [...] Prospettiva radicalmente diversa è quella di Windscheid [in *Diritto delle Pandette...*, cit., pp. 171-172], il quale afferma che il dovere deriva dal diritto garantito».

A. Ross, *Diritto e giustizia*, Torino, 1958, prima del capitolo dedicato a *Il concetto di diritto soggettivo* (*ivi*, p. 160 s.), dimostra il primato logico e concettuale del dovere sul diritto (*ivi*, p. 153 s.), costruendo le modalità giuridiche (dunque, classificando le situazioni soggettive) sulla base (in funzione)

Ciò, stante il connotato tipicamente relazionale del diritto soggettivo stesso, in quanto presupponente un rapporto fra soggetti ben determinati⁷⁵.

dei doveri (*ivi*, p. 149 s.). R. NICOLÒ, *Istituzioni...*, cit., p. 19 s., accentua, quale base del diritto soggettivo, la modalità del dovere (in senso stretto) di astensione o del dovere di cooperazione al soddisfacimento dell'interesse protetto. Nel senso del derivare il diritto soggettivo dall'obbligo e quest'ultimo, a sua volta, dal diritto oggettivo, già R. ALESSI, *La crisi attuale...*, cit., pp. 312, 319, ove l'A. ne trae le implicazioni sul piano del rapporto giuridico: come corrente «da un lato, tra norma giuridica e soggetto obbligato (dando luogo al vincolo), e dall'altro tra norma e titolare del diritto soggettivo (dando luogo alla garanzia)». Sul diritto soggettivo come concetto 'derivato' (potere di pretendere l'adempimento dell'obbligo): H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p. 157; A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht-Boston-London, 1989, p. 70 s.

⁷⁵ Per un verso, risultano illuminanti le (pur risalenti) connessioni di S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, onde spiegare per quale ragione il diritto soggettivo possa considerarsi come situazione 'inattiva' (col significato d'interesse correlato ad un obbligo', o dovere in senso stretto, altrui – pp. 11, 46, 100, 102 e 117 –): al centro del sistema giuridico (a partire dai due aspetti della funzione regolatrice dell'ordinamento, per affermarne quello primario nella composizione dei conflitti d'interessi mediante la disciplina del comportamento), quali situazioni soggettive primarie per eccellenza, distinguendosi il *dovere* dalla *facoltà*. «La premessa fondamentale [...] è nella distinzione tra quelli che sono i due aspetti della funzione regolatrice dell'ordinamento giuridico: l'uno relativo alla disciplina del comportamento dei soggetti, l'altro alla disciplina del processo di produzione degli effetti giuridici. La distinzione, già in certo qual modo espressa nella contrapposizione tra norme imperative e regole finali, o, con altra denominazione, tra norme materiali e norme strumentali, appare in realtà ineccepibile, poiché non si può disconoscere che l'esperienza giuridica ci fa cogliere nettamente la differenza che passa ad es. tra le norme proibitive di determinate azioni e le norme sulla formazione degli atti giuridici. Il primo aspetto si può considerare primario, in quanto l'obiettivo precipuo di ogni ordinamento giuridico è anzitutto la composizione dei conflitti di interessi attraverso la disciplina del comportamento, mentre il secondo aspetto riveste un evidente carattere secondario e strumentale. La distinzione suddetta si ripercuote sulla sistematica delle situazioni giuridiche, poiché ne discendono due ordini di situazioni diverse, che chiameremo rispettivamente, con una denominazione di cui non si mancherà di mettere in luce il carattere convenzionale, "primarie" e "strumentali". Le due situazioni primarie per eccellenza saranno individuate nel *dovere* e nella *facoltà*, sulla base del rilievo che la disciplina del comportamento non consente di uscire dai termini di quest'alternativa: o la necessità giuridica di tenere il comportamento, o la giuridica possibilità di tenerlo o meno. Nozioni quindi puramente formali, spoglie di qualun-

que riferimento all'interesse. L'interesse invece assume rilevanza quasi esclusivamente come elemento teleologico del dovere, il quale è sempre imposto per uno scopo. Qualora tale interesse si individualizzi in capo ad un soggetto, costui viene a trovarsi in una situazione giuridica che, diciamo così, per connessione può farsi rientrare nella categoria delle situazioni primarie: in essa va individuato [...] *il diritto soggettivo*, che si pone pertanto in un rapporto di necessaria correlazione col dovere (in tal caso meglio denominato "obbligo")» (*ivi*, pp. 4-6 e 39 s.). «La dottrina che invece ritiene di porre il diritto soggettivo al centro del sistema giuridico e da esso derivare le altre situazioni, è stata evidentemente influenzata da pregiudizi e preoccupazioni di carattere politico. È noto infatti come sia dovuta alle esigenze liberali l'accentuazione dell'importanza del diritto soggettivo; il che appare dimostrato storicamente dagli atteggiamenti assunti dalla dommatica del secolo scorso ed, in senso opposto, dalla dottrina germanica ispirata al nazional-socialismo» (*ivi*, p. 14). «Posta la nozione di dovere giuridico come giuridica necessità di tenere un comportamento rimane da considerare la questione se occorra distinguere, nell'ambito delle valutazioni giuridiche, due specie di necessità, o se invece non si tratti sempre di un'unica specie. La soluzione nel primo senso conduce, come è noto, alla distinzione tra norme imperative e regole finali (materiali e strumentali), tra doveri assoluti (o giuridici) e doveri finali (od oneri), verso cui sembra ormai orientarsi, anche implicitamente, la migliore dottrina (il che è dimostrato fra l'altro dal fatto che essa tende a distinguere sempre più nettamente il lecito dal possibile, il diritto soggettivo dal potere [quale possibilità di produrre un mutamento] giuridico [effetto – *ivi*, p. 218 –]). [...] Di solito la dottrina si è limitata ad affermare, più o meno decisamente, la distinzione tra dovere giuridico e c.d. dovere finale, mettendone più che altro in luce la diversa natura (all'uno si sarebbe tenuti a prestare obbedienza in assoluto, all'altro solo in quanto si vogliano conseguire certi fini); tuttavia occorre un criterio migliore di distinzione, capace di differenziare, con sufficiente certezza, le due figure. [...] Il criterio valido di distinzione va rinvenuto [...] nell'atteggiamento assunto dalla norma, e quindi dall'ordinamento giuridico, nei confronti della necessità, nei confronti della necessità in cui si sostanzia il dovere, sulla natura del quale si disputa. Nella ipotesi di vero e proprio dovere, infatti, l'ordinamento vuole che quel comportamento venga tenuto, mentre nell'ipotesi del c.d. dovere finale rimane indifferente, limitandosi solo a stabilire che saranno diversi gli effetti giuridici a seconda che sia tenuto o no. Si obietterà che anche per il dovere giuridico l'ordinamento, non potendo sempre e da tutti ottenerne l'osservanza, finisce solo per stabilire determinate conseguenze qualora il dovere medesimo non venga adempiuto. Ma l'obiezione, la quale è stata avanzata effettivamente da chi ha negato l'imperatività delle norme giuridiche, sostenendo che ogni norma è un giudizio ipotetico, e ripetuta, sia pure sotto altra forma, da chi ha inteso combattere la figura dell'onere, non appare decisiva: vero è infatti che l'ordinamento giuridico non può mai costringere i soggetti all'osservanza di un certo comportamento, poiché esso non opera mediante necessità assoluta, come sarebbe ad es. quella fisica, ma ciò non toglie che esso possa comandare in quei casi che il soggetto osservi il comportamento. Viceversa, nei casi in cui abbiamo detto che rimane indifferente, soltanto in apparenza vuole l'osservanza del comportamento, ma in realtà vuole che non conseguano certi effetti se il

comportamento non è stato tenuto. La ragione della diversità di atteggiamento della norma nelle due ipotesi, che qui si vogliono distinguere nettamente, è semplice: nella ipotesi di vero e proprio dovere interessa il comportamento in sé, in quanto è idoneo, o ritenuto idoneo, a soddisfare un determinato interesse a carattere sostanziale (di individui o della collettività); mentre nell'ipotesi del c.d. dovere finale il comportamento non interessa in sé, ma in quanto è preordinato a certi effetti, ai quali spetta di solito il soddisfacimento di interessi sostanziali (il comportamento, quindi, soddisfa tutt'al più un qualche interesse strumentale: es. quello della certezza giuridica)» (*ivi*, p. 18 s.). «La necessità dell'elemento teleologico nella situazione giuridica di dovere non ha forse bisogno di alcuna dimostrazione: è chiaro che, se l'ordinamento giuridico si determina nel senso di imporre ad un soggetto la necessità di tenere un certo comportamento, lo fa in vista di uno scopo. E lo scopo non può essere altro che la tutela di un determinato interesse, che l'ordinamento ritiene degno di essere preso in considerazione. Lo studio di tale interesse è indispensabile in una teoria delle situazioni giuridiche, poiché [...] in esso va ricercata la preoccupazione di carattere metodologico, ossia timore di incorrere nell'accusa di contaminare con teleologismi od empirismi il metodo formale, a cui deve correttamente ispirarsi ogni indagine giuridica, poiché l'interesse che si prende in considerazione non è frutto di esigenze estranee alla norma, bensì elemento stesso della determinazione normativa. Ciò posto, bisogna anzitutto vedere astrattamente qual è l'interesse che la norma tutela attraverso l'imposizione di un dovere. A tal fine, sembra che, di fronte ad un determinato comportamento di un soggetto, tutti i vari interessi che possono venire in considerazione siano riducibili a tre, rispettivamente propri: di chi agisce, di uno o più soggetti singolarmente determinati, della intera collettività (o interesse generale). Il primo di questi tre tipi, però, non può mai costituire elemento teleologico di un dovere. Almeno da solo, poiché, se esso coincide con un interesse delle altre due specie, allora la questione si pone diversamente, essendo intuitivo che in tal caso l'ordinamento giuridico, nell'imporre il dovere, non ha tenuto presente l'interesse del soggetto, ma un interesse alieno che è di solito dell'intera collettività. [...] Chiarito di quale specie può essere l'interesse alieno, suscettibile di costituire l'elemento teleologico di ogni dovere, rimane adesso da studiare come si atteggia sotto questo riguardo ciascuno dei due tipi, specie nei reciproci rapporti. Le ipotesi astrattamente configurabili sono tre: che elemento teleologico di un dovere sia soltanto un interesse individuale; che sia soltanto un interesse generale; che sia infine un interesse generale e unitamente un interesse individuale. [...] Naturalmente in tutti questi casi si ha una tutela diretta dell'interesse, poiché esso è preso in considerazione dalla volontà normativa, che proprio a tal fine si determina all'imposizione di un dovere. Ma, si può configurare nello stesso tempo una tutela riflessa, o, come dicono alcuni, indiretta od occasionale, di altri interessi? Diciamo subito che, riguardo alla prima ipotesi, sembra pienamente ammissibile una tutela riflessa dell'interesse generale (nelle altre due ipotesi non avrebbe senso, essendoci già quella diretta), poiché è da ritenere che, accanto a quello del soggetto tutelato, c'è sempre un qualche vantaggio dell'intera collettività. Il problema si complica invece in ordine alla tutela riflessa di un interesse particolare, sia nella seconda ipotesi, come anche nella prima e nella terza [...]» (*ivi*, p. 39 s.).

Ma, per quanto maggiormente rileva nel presente studio, l'inquadramento d'esordio può tornar utile onde emanciparsi:

- dall'idea che, al di fuori di quella qualificazione, non vi sia altro spazio che per l'interesse di fatto (od al più semplice), sul presupposto che alla situazione '(in-)attiva' non possa che corrispondere (oltreché una differenziazione/differenziabilità '*a parte debitoris*') la certezza di attingere al 'bene della vita'⁷⁶; al più potendo registrarsi esclusivamente va-

D'altro canto, osserva SANTI ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, p. 172 s., che: «il potere è di regola, e specialmente nel diritto moderno, limitato, donde il dovere di rispettare tali limiti; in correlazione a questo dovere ci può essere, sebbene non ci sia sempre, il diritto altrui all'osservanza del limite»; «per quella categoria di poteri (funzioni) che si debbono esercitare nell'interesse altrui o nell'interesse generale, ricorrono, oltre ai doveri (negativi) attinenti ai loro limiti, altri doveri (positivi), per cui può essere obbligatorio esercitarli ed esercitarli in un dato modo». Cfr. pure, *ivi*, del medesimo A., *Doveri, obblighi*, cit., p. 91 s.

⁷⁶ L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione...*, cit., *Introduzione*, p. VII s.: «[...] avvalendosi tra l'altro di riferimenti civilistici, quali la promessa al pubblico, i diritti reali, il *neminem laedere*, si è inteso innanzitutto dimostrare l'inconsistenza del dovere come situazione passiva *irrelata*, e di conseguenza evidenziare anche l'inconfigurabilità dell'interesse legittimo come situazione attiva, alla precedente viceversa *correlata* (se il dovere non opera sul versante intersoggettivo, esso al fondo non è una situazione giuridica soggettiva, ma soprattutto non può costituire il termine di una relazione al quale contrapporre un'altra situazione soggettiva). La conseguenza di tale dimostrazione è l'imprescindibilità dalla nozione di obbligo, la quale esce corroborata dall'enucleazione di un rapporto giuridico tra cittadino e pubblica amministrazione. [...] Non vi è dunque spazio in teoria generale per una situazione soggettiva attiva, l'interesse legittimo appunto, che vive di luce riflessa dell'interesse pubblico. Neppure ve ne è per una che si connota per l'assenza di certezze in ordine alla possibilità di attingere al "bene della vita": chiarito che tale ultimo concetto può essere esteso, come testimoniano gli istituti del diritto civile degli obblighi di comportamento e delle obbligazioni di mezzi, a oggetti diversi dal "bene materiale finale", senza che per questo la sua natura ne risulti alterata, non sarà più possibile revocare in dubbio l'esistenza di una garanzia di risultato, corrispondente al vantaggio emergente (ritenuto emergere) dal rispetto di ogni vincolo apposto all'agire amministrativo. E nemmeno infine c'è posto per una situazione soggettiva che dialoga con il potere. Anche quest'ultima immagine risulta fuorviante, poiché laddove sussiste il potere non ricorre né controllo né (tantomeno) tutela, e pertanto neppure può pensarsi una situazione attiva; laddove viceversa il potere è disciplinato dalla legge è in realtà il potere stesso a non sussistere, mentre quello che esiste è solo il vincolo (l'insieme dei vincoli) di carattere normativo, che

- rietà tipologiche di 'carattere esteriore' (es., diritti soggettivi 'a regime amministrativo' – a garanzia delle posizioni vantate dagli altri consociati –)⁷⁷;
- corrispondentemente, dall'assunto per cui la discrezionalità non potrebbe condividere una natura doverosa; nonché, dall'espediente (risolventesi, per l'appunto, in un giuoco di formule al pari di quanto rilevato a proposito dei 'precedenti' rappresentati dal *diritto alla legittimità-liceità* come da quello all'*osservanza di un 'vincolo di scopo'*) per cui il c.d. interesse legittimo altro non sarebbe che una *pretesa* cui corrisponde un '*obbligo specifico*' (gravante sul titolare del potere) «ad una completa ed adeguata presa in consi-

(ormai) è quanto dire l'obbligazione della pubblica amministrazione e il diritto di credito del cittadino». Cfr. pure, *ivi*, pp. 105, 132 e 175.

⁷⁷ Per cui può rinviarsi a E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della legge 241/90 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, 2001, pp. 8-11 (e relative ntt.), segn. pp. 218-219: «[...] il diritto soggettivo nella sua tradizionale configurazione non è mai stato considerato compatibile con la presenza di un potere; basti pensare a quanti problemi ha posto la teoria dell'affievolimento per rendersi conto che il concetto di diritto soggettivo compatibile con il potere amministrativo deve essere costruito su basi concettuali completamente nuove. [...] L'art. 19 [della L. n. 241/1990] dimostra [...] che è il potere ad assumere forme che si adeguano alla presenza del diritto soggettivo sottostante. Sarebbe tuttavia espressione di una visione fortemente dogmatica ritenere che il diritto soggettivo corrisponda ad una figura di per sé rigida ed immutabile. La complessa vicenda di riequilibrio della relazione tra privato ed amministrazione [...] dà origine ad una nuova categoria di *diritti soggettivi*, definibili [...] *a regime amministrativo*, poiché configurabili unicamente nell'ambito di una relazione con l'amministrazione. Questa dimensione relazionale (che postula anche la sottoposizione al potere di controllo) costituisce quindi il profilo che contraddistingue questa tipologia di diritti soggettivi. Operata questa premessa di ordine metodologico, è ora possibile descrivere in termini generali la posizione soggettiva oggetto di analisi: [...] si può definire *diritto soggettivo a regime amministrativo la posizione soggettiva di vantaggio riconosciuta dall'ordinamento a titolo originario al privato che lo abilita a realizzare direttamente il proprio interesse, nell'ambito di una relazione con l'amministrazione, la quale esercita sul diritto stesso una funzione di controllo a carattere puntuale, che prende avvio con la necessaria presentazione di una denuncia di inizio attività da parte del soggetto*». Cfr. pure, *op. ult. cit.*, pp. 365 e 373.

derazione dell'interesse [sostanziale] in funzione della sua realizzazione»⁷⁸.

⁷⁸ Così L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi...*, cit., prendendo spunto dagli interessi tenuti in considerazione dall'ordinamento attraverso il contratto e correlati all'esercizio di un 'potere' – non di supremazia – estrinsecantesi in atti negoziali: in diritto privato, «quale situazione giuridica soggettiva la cui soddisfazione passa attraverso l'esercizio di un altrui comportamento contraddistinto da note di discrezionalità»; laddove nel diritto amministrativo sarebbe ben possibile l'individuazione di fattispecie in corrispondenza delle quali, pur essendo il comportamento vincolato, la situazione del privato si atteggierebbe ad interesse legittimo per via della posizione di supremazia dell'amministrazione chiamata a perseguire un interesse pubblico. «La componente discrezionale del potere è elemento indispensabile perché possa parlarsi di interesse legittimo nel diritto privato. Mentre infatti nel diritto amministrativo è ben possibile individuare fattispecie nelle quali, pur essendo il comportamento vincolato, tuttavia la situazione del privato si atteggia in termini di interesse legittimo per la posizione di supremazia pubblica dell'Amministrazione chiamata a realizzare un interesse pubblico, nel diritto civile allorché la fattispecie è compiutamente descritta dalla norma in tutte le sue componenti non può esservi altra situazione che il diritto soggettivo» (*ivi*, p. 95); «Una volta realizzato, l'interesse legittimo nel diritto privato non si differenzia più dal diritto soggettivo: la differenza sta nel modo di realizzazione dell'interesse che è possibile nel primo caso e certa nel secondo. In altri termini, sia l'interesse legittimo che il diritto soggettivo consentono al loro titolare di avere "ragione", cioè di soddisfare gli interessi materiali sottostanti ad entrambe le situazioni giuridiche. Ogni qualificazione delle predette situazioni "dopo" che si siano realizzate non può quindi non ingenerare equivoci: è pertanto sempre indispensabile individuare, alla stregua delle norme, i modi in cui si perviene alla realizzazione dell'interesse» (*ivi*, p. 101). Cfr. pure *op. ult. cit.*: pp. 102-105 («Questi interessi legittimi hanno in comune con le analoghe situazioni pubblicistiche una serie di aspetti: entrambi infatti consistono in una situazione di vantaggio riconosciuta ad un soggetto dall'ordinamento in ordine a un bene oggetto di potere, con l'attribuzione al soggetto di una serie di facoltà e strumenti che si riassumono nella pretesa (cui corrisponde un obbligo specifico) ad una adeguata e completa presa in considerazione in vista della – possibile – realizzazione dell'interesse al bene. Le differenze – sebbene più quantitative che qualitative – sono tuttavia rilevanti e si collegano alla diversa forma di presa in considerazione da parte dell'ordinamento, alla maggior rilevanza riconosciuta all'interesse al bene negli interessi legittimi privatistici e quindi nella più accentuata tendenza di questi a conseguire il bene. Essendo poi l'attività del titolare del potere privato riconducibile allo schema contrattuale, il vincolo che ne deriva a suo carico è molto più intenso, tanto da consentire al giudice [...] di giungere a riconoscere direttamente, nell'ambito del processo, la fondatezza della pretesa all'attribuzione del bene»); p. 182, a proposito dell'«equazione potere discrezionale – interesse legittimo» («questa [...] non può essere oggi riproposta in maniera indifferenziata in quanto al-

A tal punto, sgomberato il campo dai fattori di ‘precomprensione’, trattandosi di offrire una soluzione ‘in positivo’, l’orientamento epistemologico impresso ad un discorso impostato sull’‘approccio’ teoretico (in senso lato), la distinzione fra situazioni giuridiche soggettive può così riformularsi (assecondando una lettura costituzionale) nel senso (del riconoscimento, *rectius*) della riconoscibilità di un pari rango dogmatico (istituto) a ciascuna.

cuni poteri, pur discrezionali, sono stati previsti e disciplinati come non autoritativi sebbene ad essi continuino a non essere correlabili diritti soggettivi bensì solo interessi legittimi»).

Stavolta l’attenzione è focalizzata sugli interessi legittimi, pubblici e privati, a discapito di un compiuto confronto con la figura del diritto soggettivo (ed i suoi più recenti sviluppi). In particolare, quest’ultimo studio «trae spunto dall’emersione, nell’ambito del diritto privato [...], di situazioni giuridiche soggettive che il giudice ordinario [...] ha ricondotto alla categoria degli interessi legittimi per la loro correlazione con poteri contraddistinti da ampi margini di discrezionalità, sebbene tali poteri fossero di origine e disciplina contrattuali e quindi, per definizione, non autoritativi. L’indagine su siffatte situazioni soggettive non è stata però condotta come fine a se stessa, ma in funzione della loro possibile assimilazione, sul piano sostanziale, a situazioni connesse con poteri discrezionali eppure non autoritativi, di tipo pubblicistico, esercitati da amministrazioni pubbliche di carattere non economico, e con lo scopo ultimo di individuare, all’interno della giurisdizione generale di legittimità, gli spazi per imporre al giudice amministrativo una cognizione piena e completa dell’intera vicenda portata in giudizio» (L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi...*, cit., p. 7). Cfr. pure, *ivi*: p. 26, ove si prospetta la costruzione di una ‘teoria generale dell’interesse legittimo’; p. 28, ove si aderisce alla tesi per cui «l’elemento unificante nell’ambito degli interessi legittimi esiste e va individuato nella correlazione di ogni tipo di interesse con una situazione giuridica altrui dalle decisioni del cui titolare dipende in ogni caso la realizzazione dell’interesse materiale sottostante»; nonché p. 29, ove viene mutuata «dalla dottrina dominante la natura sostanziale dell’interesse legittimo».

Il medesimo A. testé menzionato sviluppa quindi conclusioni di ‘teoria generale dell’interesse legittimo’, *ivi*, alle p. 219 s. e segn. a p. 238, ove però tradisce, nell’uso (non del tutto ponderato) del termine ‘obbligo’, l’accennato difetto di una costruzione non estesa all’intero panorama delle situazioni giuridiche, soggettive: «situazione di vantaggio riconosciuta al soggetto dall’ordinamento riguardo a un bene della vita oggetto di potere, consistente nella pretesa – cui corrisponde un obbligo specifico gravante sul titolare del potere in correlazione con l’interesse protetto come legittimo – ad una completa ed adeguata presa in considerazione dell’interesse in funzione della sua realizzazione».

Il diritto soggettivo è qualificazione tendenzialmente riferibile a qualunque rapporto, fra centri d'imputazione d'interessi giuridicamente rilevanti (anche fra privati ed amministrazione pubblica), retto da disposizioni normative improntate ad uno schema ipotetico-casuistico (ancorché nella versione 'finalistica'), del 'rapporto'. Con correlata predeterminazione 'di massima' dell'interesse sostanziale, prevalente, come tale fronteggiante un obbligo⁷⁹; salvo quel margine di riserva connesso alla circostanza in cui concorra una pluralità di disposizioni da conciliare mediante attività interpretativa; e fermo restando che ciò non significa (viceversa), a fronte dell'esercizio di un'attività vincolata, la necessaria presenza di un diritto soggettivo (quanto dipende dal tipo normativo di problema)⁸⁰. In altri termini, il problema giuridico è corri-

⁷⁹ A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Colloquio sull'interesse legittimo*. Atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig, svoltosi in Milano, il 19 aprile 2013, Napoli, 2014, p. 171 s., segn. p. 193: «[...] quel che conta perché un interesse individuale possa essere definito un diritto soggettivo, è che sia protetto sul piano sostanziale dall'ordinamento. Più precisamente, lo sia da una sua fonte che sia di legislazione primaria, almeno: perché il livello di questa fonte la rende a ciò sufficiente. Il che, per altro verso, in una prospettiva che abbracci insieme l'articolazione delle situazioni giuridiche soggettive col sistema delle fonti – con un collegamento che purtroppo rimane estraneo alla cultura di noi amministrativisti, e ancor più a quella dei costituzionalisti –, lascia intravedere un problema che, forse, non è stato sufficientemente approfondito: se il nostro diritto soggettivo possa derivare anche da una norma secondaria, specie dopo i tentativi di delegificazione – che nel profluvio della legislazione di questi ultimi anni, pur densa di rinvii a decreti attuativi e simili, sembrano essere stati ampiamente vanificati [...]».

Che, in coincidenza dei vincoli (obblighi) della p.a., al privato spettino diritti soggettivi, C. CUDIA, *Appunti sulla discrezionalità amministrativa (nello Stato di diritto)*, in *Colloquio sull'interesse legittimo*, cit., p. 131 s., segn. p. 145.

⁸⁰ Come già rilevato da: G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1958, p. 189; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1976, p. 49 ss. L'esempio tradizionalmente addotto è quello della situazione riconducibile al vincitore di concorso pubblico: qualificata come d'interesse legittimo, rispetto al potere di assunzione, quantunque quest'ultimo risulti del tutto vincolato (eccezion fatta per il profilo dell'an). Cfr. pure: P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa*, cit., p. 36 e G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975, p. 108.

spondentemente impostato secondo una predefinizione 'positiva' dell'interesse dominante: in assoluto o rispetto ad una data 'scala' spazio-temporale di riferimento. A questa stregua, risultano altresì comprese le ipotesi in corrispondenza delle quali (per quel che maggiormente rileva *ratione materiae*) l'ordinamento sia in grado di risolvere 'a monte' il concorso di disposizioni riconducibili a principi antinomici o che si presentino come tali, mediante strategie di gerarchizzazione-confinazione sistemica od avvalendosi di 'concetti-valvola': operazione complessificatasi dal momento che l'ordinamento nazionale è andato progressivamente compenetrandosi con quello 'comunitario-unionista'.

Laddove l'interesse legittimo ricorre ogniqualvolta sia sottesa, ai menzionati rapporti, una disposizione orientata secondo il criterio consequenzialista; come tale, integrante (l'esercizio di) un'attività discrezionale non solo sul presupposto della necessaria dipendenza, del soddisfacimento del titolare, da un contegno altrui⁸¹, ma anche perché implicante una *comparazione fra interessi*, non una 'mera' scelta degli strumenti soddisfatti⁸². Dunque, una situazione giuridica 'trasversale' rispetto ai due emisferi ordinamentali. Stavolta il problema giuridico è normativamente impostato (non secondo una predefinizione dell'interesse dominante, bensì) in base ad 'economie di scala', ad indeterminabilità delle contingenze ed a ri-

⁸¹ Convenendo su di un elucidato 'senso sostanziale' della discrezionalità del comportamento del soggetto agente, L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., p. 69, conclude nel senso che «essa vale a caratterizzare l'essenza tipica dell'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva attiva (e cioè di vantaggio) inattiva». Cfr. pure, *ivi*, pp. 79-80.

Sull'interesse legittimo quale «riflesso di una certa disciplina dell'attività amministrativa, della configurazione del potere della p.a. come discrezionalità e non come libertà», C. CUDIA, *Appunti*, cit., p. 133. Cfr. pure (fatte salve le specifiche accezioni connesse al termine "potere"): D. SORACE, *Gli "interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, col. 205; G. SIGISMONDI, *Interesse legittimo e discrezionalità amministrativa*, in *Colloquio sull'interesse legittimo*, cit., p. 147 ss. Per un accostamento (di teoria generale) dell'interesse legittimo alla discrezionalità (come tale coinvolgente il diritto privato), L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi*, cit., p. 258.

⁸² Prendendo spunto dai cc.dd. 'diritti sociali' da soddisfarsi mediante le prestazioni dei 'pubblici servizi' D. SORACE, *Notazioni*, cit., pp. 3917-3918.

sultati che ne possano derivare⁸³. Dunque, non è interesse legittimo il diritto soggettivo 'compresso' a condizioni predefinite.

Sempre per quanto già esposto, resta inteso che:

- pur essendo riconducibile ad uno schema normativo in corrispondenza del quale la relazione fra interessi è del tipo della complementarità (piuttosto che della funzionalità), sì da assecondare la tesi per cui all'interesse legittimo corrisponde un equilibrio *in fieri* (piuttosto che un rapporto di forza predeterminato, tipico del diritto soggettivo);
- accedendo alla tesi per cui la discrezionalità condivide la medesima natura dell'operazione interpretativa delle disposizioni (testi); potrà registrarsi (nel concreto dell'operazione applicativo-attuativa della norma)⁸⁴ un contributo costruttivo dell'interprete, dal 'tasso' non necessariamente superiore rispetto alle 'fattispecie' in cui la legalità (nella specie, amministrativa) è improntata ad uno schema ipotetico-casuistico (in corrispondenza del quale l'ordinamento è tendenzialmente improntato a prevedibilità).

Da qui, la possibilità di restituire all'interesse legittimo il rango di situazione giuridica, sostanziale staticamente distinta dal diritto soggettivo (per via di un reciproco riposizio-

⁸³ Resta inteso, per quanto anticipato, che può tornar utile, onde lumeggiare in ordine ai caratteri dell'interesse legittimo nel campo del diritto amministrativo, anche una disamina delle forme di tutela accordate ad omologhe figure (in termini di pretese ad una completa ed adeguata presa in considerazione dell'interesse al bene in vista del suo possibile soddisfacimento) individuate nell'ambito del diritto privato (per un esperimento di tal fatta, pur coi dovuti aggiornamenti, può rinviarsi a L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi...*, cit., pp. 104-105 s.).

⁸⁴ R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, p. 13.

Come noto, al contributo di M.S. GIANNINI si deve sia la distinzione della discrezionalità dalle manifestazioni dell'attività interpretativa (*L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939), sia la tesi secondo cui l'attività amministrativa (anche quando si presenti con le fattezze della discrezionalità) resta (sostanzialmente cura d'interessi, ma formalmente e) «fondamentalmente un'attuazione di legge» (*Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, pp. 13-14, 22).

namento). Laddove, sul piano dinamico, l'interesse legittimo, in quanto trasposizione del 'circolo ermeneutico' nella versione dialogica del rapporto (conflittuale di libertà) fra individuo ed autorità, si risolve nello stesso diritto soggettivo: nel suo aspetto di possibile trasformazione⁸⁵.

Salvo osservare che, nell'ambito di pertinenza del diritto amministrativo, quella figura si contraddistingue per ciò che la comparazione coinvolge l'interesse pubblico, sì da giustificare certa specialità a livello giurisdizionale.

Tale connotazione, calandosi nel contesto di esperienza pubblicistica, nazionale, non sempre risulta perspicua; quanto dipende da due ordini di ragioni. Innanzitutto, va tenuto presente che le norme di relazione (riconducibili all'ordinamento generale) sovente tendono ad occupare spazi che competerebbero a quelle d'azione, sì da ingenerare una ingiustificata 'ipervalutazione' dell'interesse pubblico 'di parte' rispetto a quello dell'individuo⁸⁶.

⁸⁵ F. LA VALLE, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza della libertà e dei diritti*, in *Riv. trim. Dir. pubbl.*, 1969; Id., *La tutela dinamica del diritto soggettivo secondo le sue potenzialità di trasformazione*, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, p. 1973 ss.

⁸⁶ «[...] se è chiara la rilevanza che assume l'interesse individuale protetto come diritto soggettivo mediante l'apposizione di corrispondenti limiti a poteri dell'amministrazione, meno chiari appaiono i caratteri dell'interesse pubblico connesso a questi limiti stessi, perché esso sembra svolgere un doppio ruolo: con maggiore evidenza, quello di interesse dell'amministrazione, contrapposto a quell'interesse individuale, e protetto entro i limiti posti ai poteri dell'amministrazione medesima; ma non solo: questo interesse dell'amministrazione, in tanto può essere limitato nei confronti di tale interesse individuale, in tanto può essere piegato alle esigenze della sua tutela, in quanto questa sua conformazione sia in funzione di un altro interesse: di un interesse che non può che essere di livello più elevato di quello che è pubblico, nel senso che è dell'amministrazione pubblica, e che dunque, per questo solo dato, è anch'esso pubblico, e anzi a maggior ragione pubblico» (A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, p. 95 ss., segn. pp. 99-100).

In quest'ottica, va inteso certo complessificarsi del 'problema (del rapporto) amministrativo': in quanto esposto (anche) ad una sorta di dissolvenza nella quale è incorsa l'autonomia normativa degli enti pubblici (c.d. di azione) rispetto al parlamento, le cui leggi non si limitano a conferire ai primi determinate prerogative, ma sovente ne disciplinano l'esercizio stesso. Come acutamente puntualizzato, si è andata via via smarrendo «la consapevolezza dei

S'aggiunga che finisce col contrarsi progressivamente il momento propriamente discrezionale, almeno nella misura in cui ci si approssimi allo stadio giudiziale, stanti certo tecnicizzarsi di quell'ambito dell'attività amministrativa e l'ampliarsi del novero delle occasioni 'giustiziali' offerto al cittadino già sul piano procedimentale⁸⁷; e, comunque, in considerazione:

- sia di una progressiva occupazione dello spazio di tutela degli interessi individuali da parte di una torrentizia pro-

valori che sono sottintesi dal perseguimento da parte del [...] "vero e proprio" legislatore [parlamento], di interessi pubblici che sono generali, nel preciso significato che questo aggettivo acquista, quando si considera che tali interessi costituiscono la sintesi suprema degli interessi di tutti i soggetti di quell'ordinamento che non a caso è parimenti detto generale: in quanto comprende anche i soggetti privati, che come tali già al suo livello mantengono la propria soggettività, la propria individualità. Correlativamente, si è persa la consapevolezza del carattere insuperabilmente di "parte" che l'amministrazione rivela, e della "parzialità" dei suoi interessi, per quanto pubblici, che persegue nella costruzione del suo ordinamento, nei confronti degli interessi che persegue il [...] "vero e proprio" legislatore, quando costruisce il suo ordinamento, quando costruisce l'ordinamento generale. Di conseguenza, si è persa la consapevolezza che la normazione di azione, in quanto sostanzialmente posta in funzione di interessi di "parte", anche se pubblici, quali devono essere comunque riconosciuti gli interessi dell'amministrazione, non può assurgere alla dignità della più elevata normativa di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione, che viene a porsi come elemento costitutivo dell'ordinamento generale, per il solo dato formale che essa viene ugualmente adottata in quella veste legislativa che è propria di questa. Così, proprio nel periodo storico nel quale sempre più largamente la normativa di azione assume forma legislativa, per le stesse ragioni politiche e istituzionali generali che hanno provocato questa evoluzione, sempre più difficilmente si possono percepire le differenze sostanziali tra questa e la normativa di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione; e non solo tra la prima e la seconda: anche, e ancor più, tra la seconda e la prima» (A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, cit., p. 205).

⁸⁷ A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive* -dir. amm.-, cit., pp. 980-981; D. SORACE, *Notazioni in tema di posizioni giuridiche soggettive e tecniche di tutela nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1988, p. 3914 ss., segn. pp. 3915-3916. Sul tema cfr. pure G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, cit., p. 97; F. BRIGNOLA, *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, in *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*. Atti del XXXVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 1992), Milano, 1994, p. 7 ss., segn. p. 9; E. CASSETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione*, ivi, p. 19 ss., segn. p. 28.

- duzione di disposizioni (primarie e secondarie) volte soprattutto a regolare competenze e procedure⁸⁸;
- sia di un graduale assorbimento dei 'tipi' delle situazioni soggettive, giuridiche, nazionali, corrispondenti ad un agire discrezionale, da parte dei modelli di garanzia concepiti dall'ordinamento dell'Unione europea⁸⁹.

Da qui, la predilezione da riservare alle ragioni per le quali una situazione giuridica 'trasversale' (rispetto ai due emisferi ordinamentali), nell'ambito di pertinenza del diritto amministrativo, si sia contraddistinta per aver assunto un rilievo 'identitario' (di là dal giustificare certa specialità in punto di tutela giurisdizionale). Ciò implica una riflessione ulteriore:

- a meno di rinunziarvi a favore dell'articolazione di una sola situazione giuridica sostanziale, senza per questo dover necessariamente mutuare la categoria dottrinale dei diritti pubblici soggettivi (dal momento che problema centrale non è più di sostenere la posizione del cittadino verso o contro lo Stato, onde plasmarne la struttura su quella base bensì, di difenderla in concreto)⁹⁰;

⁸⁸ Cfr. A. ROMANO, *Conclusioni*, cit., p. 198.

⁸⁹ F. BRIGNOLA, *Potere discrezionale*, cit., p. 8.

⁹⁰ Ciò, stanti l'estrema discutibilità della medesima (già dal punto di vista teorico) e le profonde diversità rispetto allo Stato costituzionale, ottocentesco (fondato sulle ideologie liberali). Basti pensare che, dopo l'opera di SANTI ROMANO (*La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, I, a cura di V.E. ORLANDO, Milano, 1900), la dottrina italiana non ha fornito alcun contributo significativo in quel campo; né si riscontrano differenze di rilievo nel percorso degli studi di lingua tedesca seguiti al lavoro fondamentale di G. JELLINEK (*Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, tr. it. Milano, 1912). Ciò che viene spiegato coll'origine del concetto di diritto soggettivo pubblico, contestualmente alla nascita ed allo sviluppo dello Stato costituzionale fondato sulle ideologie liberali, a seguito della rivoluzione francese. «L'affermazione solenne delle "libertà dell'individuo" di contro allo strapotere dello Stato assoluto esigea sul piano giuridico un corrispondente adeguamento delle strutture, in modo da impedire che quelle libertà continuassero a venire in pratica conculcate, ossia esigea un sistema di guarentigie che investisse l'intera organizzazione, da una parte assicurandone il rispetto attraverso la ripartizione delle funzioni tra organi diversi e con l'attribuzione di efficacia giuridica diversa ai diversi atti statuali; dall'altra rendendo possibile la instaurazione di rapporti giuridici fra Stato e singoli con il riconoscimento

della soggettività giuridica dello Stato, e quindi della titolarità tanto di suoi diritti verso il cittadino, quanto di obblighi e doveri nei suoi confronti; ed instaurando una efficiente tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive così riconosciute, a chiunque appartenessero» (E. CASETTA, *Diritti pubblici subbiettivi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 792). Pertanto, la rilevanza della dottrina del diritto soggettivo pubblico risiedeva, non tanto in sé (come teoria), quanto come occasione per rappresentare (a mo' di rivendicazione) il «nuovo punto di contatto e la posizione reciproca tra la libertà dei singoli e l'autorità dello Stato, fissando un certo modo, giuridicamente regolato, di esplicarsi dell'una e dell'altra». «Su questo piano finivano per scontrarsi le tendenze che, ricollegandosi alle teoriche del diritto naturale e fondandosi sui principi accolti delle Dichiarazioni dei diritti dell'uomo e del cittadino a partire dal 1789, oppure rifacendosi agli antecedenti storici e persino alla Sacra Scrittura (soprattutto in Inghilterra e in Nord-America), ritenevano necessario contrapporre all'onnipotenza dello Stato assoluto l'individuo inteso come persona, le cui manifestazioni non avrebbero dovuto giammai venire ostacolate o negate, siccome connesse con la sua stessa natura e pertanto originarie, innate, insopprimibili (*Grundrechte*); e le tendenze, forti soprattutto in Germania, ad una concezione più autoritaria dello Stato, concepito come fonte, e quindi come condizione d'esistenza di ogni situazione soggettiva individuale e misurata di essa [c.d. concezione volontaristica del diritto soggettivo, in un contesto concettuale di contrapposizione tra volontà, dello Stato e dell'individuo, per cui può rinviarsi a C.F. von GERBER, *Über Öffentliche rechte*, Tübingen, 1852 e Id., *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1865; osserva G. DI GA-SPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, p. 55, che tale soluzione «incrinava [...] la simmetrica corrispondenza tra diritto soggettivo e diritto oggettivo, focalizzando l'attenzione sul momento soggettivo, essa occultava, lasciandolo sostanzialmente irrisolto, il quesito del fondamento oggettivo, *extra legem*», dei nuovi rapporti giuridici]. Ovviamente il contrasto implica anche il problema dell'ammissibilità di un diritto naturale come diritto preesistente allo Stato e magari contrapponibile a quest'ultimo, e riflette le gravi dispute in proposito...» (E. CASETTA, *Diritti...*, cit., p. 792).

Si conviene, circa la ricorrenza di una qualificazione pubblicistica del diritto soggettivo, ogniquale volta esso sia elemento di un rapporto giuridico nel quale uno dei soggetti si trova in posizione di supremazia, 'come titolare, o anche soltanto come obbligato': dunque, una rappresentazione della posizione (*in fieri*) del cittadino nell'ambito dell'impero germanico, destinata a risultare obsoleta una volta raggiunto l'appagamento' (in nulla distinguendosi, a quel punto, dal diritto soggettivo). Prova ne sia la critica mossa al tentativo di salvare la figura, reputando decisiva, per la pubblicità del diritto del singolo, la sua 'idoneità' ad essere leso da altri soggetti mediante un'attività 'avente natura pubblicistica'. Si è replicato, infatti, che «non sembra [...] corretto riferirsi ad una caratteristica che non è propria del diritto in sé (esso sarebbe pubblico verso certi soggetti, e privato nei confronti di altri), ma pertiene al mezzo con cui lo si aggredisce. Ciò che giuridicamente importa è la protezione

- potendo così optarsi per certa polisemia all'insegna dell'interscambiabilità delle locuzioni (diritto soggettivo quale interesse legittimo dell'ordinamento generale, interesse legittimo quale diritto dell'ordinamento amministrativo).

Si tratta evidentemente di tornare sui rapporti fra interesse legittimo ed interesse pubblico (astratto-primario-concreto) per cui cfr. quanto *supra* esposto.

4. *Ritrascrizione 'in positivo' delle situazioni giuridiche, soggettive e residue precomprensioni in punto di riparto di giurisdizione*

Potrebbe obiettarsi che la linea di confine fra giurisdizioni così tracciata (avuto riguardo alle implicazioni, sulla 'qualificazione' degli interessi 'individuali', del 'modo di essere della produzione giuridica di diritto amministrativo') risulta in parte contraddetta dal dato 'positivo' e, in definitiva, assai labile.

Quanto alla prima obiezione, laddove fondata sul riscontro per cui, anche a fronte di disposizioni che regolano la competenza e/o la procedura, si è concluso di rinvenire interessi legittimi, può agevolmente replicarsi che essa sarebbe frut-

giuridica e la sua concreta attuazione ove il diritto sia violato, non le modalità possibili di tale violazione» (E. CASSETTA, *op. ult. cit.*, p. 796). Semmai, può riconoscersi solo un diverso grado di resistenza dei diritti soggettivi (della personalità, di proprietà, etc.) a fronte di una eventuale iniziativa di res[t]rizione (se non si soppressione) da parte dello Stato. Solo che (a conferma della tesi per cui al diritto soggettivo non si addice la distinzione tra pubblico e privato, trattandosi di una situazione soggettiva unitaria, propria della teoria generale del diritto), una volta intervenuta la limitazione, per via del relativo affievolimento scompare il diritto soggettivo, residuando una situazione di interesse legittimo (se non semplice). Né sono risultati di giovamento, onde superare l'*impasse*, i tentativi di ricondurre le situazioni giuridiche attive in campo pubblicistico alla figura del diritto soggettivo, ammettendo l'esistenza di un fondamentale diritto soggettivo pubblico alla legittimità degli atti amministrativi ed al buon uso della discrezionalità (E. CASSETTA, *op. ult. cit.*, p. 797).

Sul tema recentemente è tornato B. SPAMPINATO, *Interesse legittimo e dintorni*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 275 s.

to di travisamento: posto che prende le mosse da quell'“inversione di metodo” che storicamente ha ‘giustificato’ il riparto di giurisdizione mediante una sedicente distinzione fra situazioni giuridiche; laddove a quest’ultime corrispondono (solo) differenti schemi normativi⁹¹. Prova ne sia che le disposizioni che regolano la competenza e/o la procedura, tendenzialmente improntate ad uno schema ipotetico-casuistico, sono la risultante di una vicenda storica di progressivo depauperamento di spazi che furono di pertinenza di norme d’azione (dell’ordinamento amministrativo) eppertanto, della discrezionalità amministrativa, cristallizzando consolidati criteri di esercizio ed organizzativi, per rispondere a logiche interne agli enti di amministrazione, piuttosto che di garanzia⁹². *Ergo*, se e nella misura in cui non assolvono indiscutibilmente a (prevalenti) istanze di tutela d’interessi individuali, si dovrebbe concludere che sottendano (ancora) ad interessi legittimi⁹³; ed in quest’ottica andrebbe letto il ‘combinato disposto’ dell’art. 7 c.p.a., c. 1 e dell’art. 29 c.p.a. (tenendo presente che quest’ultima disposizione ha ormai ‘metabolizzato’ un ondivago atteggiamento del Legislatore, tra istanze di buon andamento e di garanzia, di cui l’art. 21-octies, c. 2, L. n. 241/1990, rappresenta solo l’ultima – non è detto definitiva – espressione).

Quanto alla seconda obiezione, non può non riconoscersi che ad un criterio distintivo ‘di massima’, in parte ancora invalso ai fini del riparto fra giurisdizioni, non deve necessariamente corrispondere l’esaustività. Sennonché, tale limite va semplicemente accettato (in una logica operativa di ‘costi/benefici’) sul presupposto che l’esercizio discrezionale condivi-

⁹¹ In tali connessioni paiono drammaticamente risuonare più nette riflessioni di C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Questione diritto*, 2009, p. 34 ss., segn. pp. 47-48, circa la funzione che sarebbe attualmente riconoscibile all’interesse legittimo.

⁹² E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, ed. 1942, p. 34 (ed. 1954, p. 37). Come anticipato, di diverso avviso E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1980, p. 266. Nell’ottica testé prospettata pare doversi ‘leggere’ lo specifico contributo sistematico offerto da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, p. 82.

⁹³ Tale prospettiva è nitidamente offerta da A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Colloquio sull’interesse legittimo*, cit., p. 171 ss., segn. pp. 198-199.

de la medesima natura del circolo ermeneutico. Laddove certa connessione, fra situazioni giuridiche e schemi normativi, può (se non altro) giovare all'interprete quale approccio tendenziale.

5. *Collaudo di un 'approccio' dogmatico*

Alla luce di quel che precede, pare potersi mettere alla prova la bontà di un costrutto dogmatico, sull'identificazione della giurisdizione amministrativa, che ha espunto il concetto di potere per limitarsi alla sola coordinata (dell'interesse pubblico, concreto come reso, secondo il punto di vista dell'amministrato, dall'istituto) dell'interesse legittimo. All'uopo, la cartina di tornasole è data dal conflitto instauratosi, sulle questioni di riparto, fra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato: *rectius*, su certo condizionamento dalla prima esercitato nel modificare l'assetto (costituzionale – art. 103 –) in senso monista (giurisdizione unica), facendo leva sulla sua prerogativa di sindacare le sentenze del secondo; in ispregio al limite strutturale (rappresentato dall'art. 111 Cost.) dei soli motivi inerenti alla giurisdizione. Laddove, come osservato da Corte cost., n. 204/2004, neppure allo stesso Legislatore sarebbe dato di affidare al giudice ordinario, senza preclusioni di sorta, controversie in punto d'interessi legittimi⁹⁴.

Gli è che, se il criterio di riparto è dato (non dal rapporto, pur ribaltato, fra potere/cittadino, bensì) dal tipo di situazione giuridica soggettiva (dunque, non meramente funzionale, ma strutturale), come determinato principalmente dall'orientamento della norma (in senso ipotetico-casuistico o consequenzialista) ed ulteriormente dal suo assolvere ad un interesse pubblico, integrerebbe un'inversione di metodo' (concetto di giurisdizione) e (in definitiva) un 'abuso del processo' l'associare il riparto ad istanze ulteriori (benché ispirantisi al prin-

⁹⁴ Per una dettagliata ricostruzione critica di quella disputa può rinviarsi a R. VILLATA, *Scritti in tema di questioni di giurisdizione. Tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, Padova, 2019.

cipio del ‘giusto processo’): in particolare, di concentrazione (ragionevole durata) dei giudizi e di effettività della tutela⁹⁵.

Non per caso, in tempi più recenti:

- ha conosciuto nuovo vigore l'indirizzo più rigido⁹⁶;
- il disagio che ne è scaturito (per violazione della garanzia della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) ha indotto a ipotizzare soluzioni di armonizzazione delle funzioni nomofilattiche, del tipo di quella d'integrare la composizione delle Sez. Un. con magistrati del Consiglio di Stato, ogniquale volta quelle siano chiamate a pronunciarsi su questioni di giurisdizione.

Salvo obiettare che l'art. 106 Cost. non consente di adottare consimili ‘ripieghi’, dal momento che limita la possibilità di chiamata all'ufficio di ‘Consigliere di Cassazione’ ai soli professori ordinari di università in materie giuridiche nonché, agli avvocati iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori, vantanti almeno 15 anni di servizio.

Beninteso, quanto testé perorato attiene al problema del riparto, rispetto al quale diversamente va impostata e trattata la questione dei motivi inerenti alla giurisdizione che pure investe (ma sotto altro profilo) il relativo concetto. Tale distinguo è ben reso dalla stessa Corte di Cassazione laddove così puntualizza: «nella giurisprudenza delle Sezioni unite è da molto tempo acquisito il principio secondo cui i motivi inerenti alla giurisdizione corrispondono, non solo, alle ipotesi in cui il giudice amministrativo si sia pronunciato su una contro-

⁹⁵ Invece, tali istanze sarebbero state oltremodo avvalorate da: Cass., sez. un., n. 24883 del 9 ottobre 2008 (in tema di giudicato implicito sulla questione pregiudiziale di giurisdizione); n. 4109 del 22 febbraio 2007 (quanto alla *translatio iudicii*); n. 30254 del 23 dicembre 2008 (sulla pregiudiziale amministrativa, rispetto alla quale si era pronunciato Cons. Stato, ad. pl., n. 12 del 22 ottobre 2007). In linea, cfr. pure: Cass., sez. un., n. 2312 del 17 febbraio 2012; sez. un., ord. n. 5446 del 5 aprile 2012.

⁹⁶ Così Cass., sez. un., n. 21260 del 20 ottobre 2016, secondo cui va riaffermato il seguente principio di diritto: «l'attore che abbia incardinato la causa dinanzi ad un giudice e sia rimasto soccombente nel merito non è legittimato a interporre appello contro la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui prescelto».

versia o materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale (cosiddetto difetto relativo di giurisdizione), ovvero abbia negato di esercitare la giurisdizione sull'erroneo presupposto che essa appartenga ad altri giudici o non possa formare oggetto di cognizione giurisdizionale, ma anche alle ipotesi del cosiddetto difetto assoluto di giurisdizione che si verifica quando il giudice amministrativo, pur avendo la giurisdizione su una determinata controversia, emetta una decisione finale che invada le attribuzioni di altri organi giurisdizionali o del legislatore (quando eserciti un'attività di produzione normativa che non gli compete) o della pubblica amministrazione, quando compia valutazioni di opportunità e convenienza dell'atto amministrativo»⁹⁷.

⁹⁷ Così sez. un., n. 19598 del 19 settembre 2020 (con ampio richiamo di precedenti che così prosegue: «alla luce di una nozione evolutiva del concetto di giurisdizione e della conseguente mutazione della nozione (e del giudizio) sulla giurisdizione – la cui interpretazione è riservata alle Sezioni Unite (art. 111 Cost., comma 8) – nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, che comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento, si è ritenuto che è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. Rientra pertanto nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, la eroghi concretamente. Le Sezioni Unite, in fattispecie relative a domande di risarcimento del danno causato dall'esercizio illegittimo della funzione pubblica, hanno ritenuto che la tutela risarcitoria anche autonomamente proposta, a prescindere dal pregiudiziale annullamento del provvedimento amministrativo lesivo illegittimo, costituisce una misura minima e necessaria di tutela dell'interesse sostanziale dedotto dal privato, con la conseguenza che il giudice amministrativo rifiuta di esercitare la giurisdizione, e la sua decisione si presta a cassazione, se l'esame del merito della domanda autonoma di risarcimento del danno sia rifiutato dal Consiglio di Stato per la ragione che nel termine per ciò stabilito non siano stati chiesti l'annullamento dell'atto e la conseguente rimozione dei suoi effetti [...] Si è ritenuto ammissibile il sindacato delle Sezioni Unite sulle decisioni del Consiglio di Stato, per motivi inerenti alla giurisdizione, nei casi di radicale stravolgimento delle norme di rito, tali da implicare un evidente diniego di giustizia e un eccesso di potere giurisdizionale [...] Sulla base di queste coordinate, le Sezioni Unite hanno giudicato ammissibili e accolto i ricorsi, in diverse materie, avverso sentenze con le quali il Consiglio di Stato, pur avendo la giurisdizione nella controver-

sia, in concreto aveva esercitato poteri giurisdizionali di cui era sfornito, in tal modo superando i limiti esterni della propria giurisdizione. A titolo esemplificativo, possono menzionarsi, negli ultimi anni, precedenti relativi a controversie in materie concernenti sia il diritto dell'Unione Europea [...], sia il diritto nazionale, come nei casi di indebita invasione delle attribuzioni di organi di rilevanza costituzionale [...], del giudice ordinario [...], di autorità amministrative [...] e nei casi di esercizio da parte del Consiglio di Stato di poteri di cognizione estesa al merito anziché limitata ai soli profili di legittimità [...].»

Lungo tale solco, come, noto la menzionata sentenza delle Sezioni Unite, attingendo a Cons. Stato, ad. pl., n. 11 del 9 giugno 2016, si è quindi soffermata sul principio che impone al giudice nazionale di adoperarsi onde evitare la formazione (o la progressiva formazione) di un giudicato anticomunitario o, più in generale, contrastante con norme di rango sovranazionale cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione. Da qui la conclusione per cui l'interpretazione, da parte del giudice amministrativo, di una norma di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell'Unione Europea, secondo quanto risultante da una pronunzia della Corte di giustizia successivamente intervenuta, dà luogo alla violazione di un 'limite esterno' della giurisdizione, rientrando in uno di quei 'casi estremi' in cui il giudice adotta una decisione anomala o abnorme, omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per *'errorres in iudicando'* o *'in procedendo'* che danno luogo al superamento del limite esterno. Pertanto, in questi 'casi estremi', s'imporrebbe la cassazione della sentenza amministrativa «indispensabile per impedire che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo ed efficace, espliciti i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario, con grave nocumento per l'ordinamento europeo e nazionale e con palese violazione del principio secondo cui l'attività di tutti gli organi dello Stato deve conformarsi alla normativa comunitaria».

Al solo scopo di completamento della narrazione, valga di rammentare che:

- In senso contrario all'orientamento fino ad allora seguito dalle sez. un., è intervenuta Corte cost. n. 6 del 18 gennaio 2018 secondo la quale «l'intervento delle sezioni unite, in sede di controllo di giurisdizione [non] può essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della Cedu [...] non potendo essere ricondotto al controllo di giurisdizione un motivo di illegittimità (sia pure particolarmente qualificata) come quella derivante dalla violazione del diritto dell'Unione Europea». In definitiva, la violazione, da parte del Consiglio di Stato, del diritto dell'Unione Europea, come interpretato dalla Corte di giustizia, integrerebbe una semplice violazione di legge, incensurabile con lo strumento del ricorso per cassazione, così come nei «casi estremi in cui il giudice amministrativo adotta una decisione anomala o abnorme». Il Giudice delle Leggi riconosce che «specialmente nell'ipotesi di sopravvenienza di una decisione contraria delle Corti sovranazionali», il problema di come reagire alla violazione del diritto dell'Unione imputabile a sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con sentenze della Corte di Giustizia (precedenti o successive) sussiste. Nondimeno, si osserva che quella criticità «deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione (quindi, di quella amministrativa per le sentenze dei giudici amministrativi)», non nel ricorso per Cassazione.

A tal punto e per concludere, niente esclude la possibilità di alternative alla conservazione (di una giurisdizione amministrativa imperniata sul criterio) della nozione d'interesse legittimo cui è approdata il presente scritto avvalendosi dell'ausilio metodologico. Se non che, non pare che le opinioni avanzate al riguardo (spintesi sino a neutralizzare quella figura facendola confluire nell'alveo del diritto soggettivo) abbiano condotto a risultati (se non inequivoci, quantomeno) plausibili sul piano concettual-sistematico e soddisfacenti su quello 'operativo'⁹⁸.

- Tale presa di posizione della Corte costituzionale è stata ritenuta vincolante e recepita dalla giurisprudenza successiva delle Sezioni Unite, nella quale è espressamente escluso il riferimento alla 'ipotesi estrema' del contrasto con sentenze della Corte di Giustizia come ipotesi di ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per travalicamento dei limiti esterni della giurisdizione (es.: n. 6460/2020; n. 29085/2019; n. 32773/2018).
- Tuttavia, quella 'prassi' giurisprudenziale destava perplessità soprattutto in quanto stridente: oltre che col principio 'unionista' di effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive; col principio dell'interpretazione conforme del diritto nazionale, imposto dal diritto dell'Unione, il quale «esige che il giudice nazionale prenda in considerazione tutto il diritto nazionale per valutare in quale misura possa essere applicato in modo tale da non sfociare in un risultato contrario a quello cui mira» (cfr. art. 1, comma 3, Direttiva 89/665/CE, circa la necessità di avvalersi di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile).

Da qui: l'iniziativa assunta da Cass., sez. un., n. 19598 del 18.09.2020, nel senso di domandare alla Corte di Giustizia di pronunciarsi su correlate questioni d'interpretazione del diritto dell'Unione Europea; il responso della Corte di Giustizia, intervenuto con la decisione Grande Sezione, 21 dicembre 2021 C-497/20, *Randstad Italia*, col quale si è (pilatescamente) statuito che le pertinenti disposizioni della menzionata Direttiva devono essere interpretate «nel senso che [...] non ostano a una disposizione del diritto interno di uno Stato membro che, secondo la giurisprudenza nazionale, produce l'effetto che i singoli [...] non possono contestare la conformità al diritto dell'Unione di una sentenza del supremo organo della giustizia amministrativa di tale Stato membro nell'ambito di un ricorso dinanzi all'organo giurisdizionale supremo di detto Stato membro».

⁹⁸ *Ex pluribus* possono segnalarsi: A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 273; C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, 2012; G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, Rimini, 2016; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017; P. COTZA, *L'interesse legittimo' alla luce di un discorso teoretico-giuridico sul rapporto amministrativo*

ed il suo processo, Napoli, 2017; F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 771 s.; M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, Rimini, 2017; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018; G. GRECO, *Interesse legittimo ed effettività della tutela (a proposito della sentenza 1321/19 del Consiglio di Stato)*, in *sipotra.it*, 14 gennaio 2020; R. BIN, *È scoppiata la terza 'guerra tra le Corti'? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *federalismi.it*, 18 novembre 2020; G. MONTEDORO, E. SCODITTI, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *Questione giustizia*, 11 dicembre 2020; B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2020; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia insieme*, 30 novembre 2020; A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Foronews (Foro it.)*, 12 ottobre 2020; G. TROPEA, *Il Golem europeo e i 'motivi inerenti alla giurisdizione'*, in *Giustizia insieme*, 7 ottobre 2020; I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto*, Rimini, 2021; P.L. PORTALURI, *La cambiale di ForsthoFF*, Napoli, 2021; A. CARRATTA, *Limiti esterni di giurisdizione e principio di effettività*, in *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo*, a cura di A. CARRATTA, Roma, 2021; F. FRANCIARIO, *Il pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021 C-497/20, Randstad Italia s.p.a.*, in *federalismi.it*, 9 febbraio 2022; M. MAZZAMUTO, *Il dopo Randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?*, in *Giustizia insieme*, 16 marzo 2022.

PAOLO COTZA, Sulla giurisdizione amministrativa. Riflessioni dogmatiche intorno al 'dato positivo' ('oggetto' e 'riparto')

Muovendo da un persistente disagio sul piano operativo, la prospettiva dogmatica (epistemologicamente assistita sul presupposto che l'esercizio discrezionale condivide la medesima natura del circolo ermeneutico) ha ispirato una 'rivisitazione' del dato 'positivo' inerente all'oggetto della giurisdizione amministrativa ed alle implicazioni in punto di 'riparto'. Sono stati coinvolti i concetti: di 'potere' in relazione a quello d'interesse pubblico' nonché, d'interesse legittimo' rispetto a quello di 'diritto soggettivo'. Si è così coltivata la pretesa di avanzare un discorso né esaustivo né (tantomeno) definitivo, ma solo 'di massima' (in una logica operativa di 'costi/benefici'), tenuto conto di certo conflitto fra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato. Ciò, nella consapevolezza dei rischi cui si va incontro minando il principio di 'certezza': sacrificando il criterio rappresentato (non dal rapporto, pur ribaltato, fra potere/cittadino, bensì) dal tipo di situazione giuridica soggettiva (dunque, non meramente funzionale, ma strutturale), come determinato principalmente dall'orientamento della norma (in senso ipotetico-casuistico o consequenzialista), sull'altare di istanze ideologicamente orientate; tali da integrare un'inversione di metodo' (rispetto al compito della giurisdizione), associando il riparto ad obiettivi ulteriori (ispirantisi al principio del 'giusto processo', ma potenzialmente risolvendosi in suo 'abuso'): segnatamente, di 'concentrazione (ragionevole durata) dei giudizi' e di 'effettività della tutela'.

Parole chiave: giurisdizione amministrativa, potere, interesse legittimo.

PAOLO COTZA, On administrative jurisdiction. Dogmatic reflections around the 'positive' datum ('object' and 'allotment')

Starting from a persistent discomfort on the operational level, the dogmatic perspective (epistemologically assisted on the assumption that the discretionary exercise shares the same nature as the hermeneutic circle) has inspired a 'review' of the 'positive' data inherent in the 'object' of administrative jurisdiction and the implications at the point of 'distribution'. The concepts of 'power' in relation to that of 'public interest' as well as 'legitimate interest' compared to that of 'subjective right' were involved. The claim has thus been cultivated to advance a discourse neither exhaustive nor (much less) definitive,

but only 'in principle' (in an operational logic of 'costs / benefits'), taking into account the certain conflict between the Court of Cassation and the Council of State. This, in the awareness of the risks encountered by undermining the principle of 'certainty': sacrificing the criterion represented (not by the relationship, albeit reversed, between power / citizen, but) by the type of subjective legal situation (therefore, not merely functional, but structural), as determined mainly by the orientation of the norm (in a hypothetical-casuistic or consequentialist sense), on the altar of ideologically oriented instances; such as to integrate a 'reversal of method' (with respect to the task of the jurisdiction), associating the division with further objectives (inspired by the principle of 'due process', but potentially resulting in its 'abuse'): in particular, of 'concentration (reasonable duration) of judgments' and 'effectiveness of protection'.

Key words: administrative jurisdiction, power, legitimate interest.

Note sui collaboratori del presente fascicolo

Laura D'AMATI, Professoressa ordinaria di Diritto romano e diritti dell'antichità, Università degli Studi di Foggia

Girolamo SCIULLO, già Professore ordinario di Diritto amministrativo, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna

Filippo VARI, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università Europea di Roma

Mario CATERINI, Professore associato di Diritto penale, Università della Calabria

Manuel GANARIN, Professore associato di Diritto ecclesiastico e Diritto canonico, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna

Saverio GENTILE, Professore associato di Storia del diritto medievale e moderno, Università Cattolica del Sacro Cuore (sede di Piacenza)

Paolo COTZA, Ricercatore di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Cagliari

Francesco Salvatore REA, Assegnista di ricerca in Diritto ecclesiastico e Diritto canonico, Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Giovanni PARISE, Dottore in Diritto canonico, Pontificia Università della Santa Croce

Ilaria SAMORÈ, Dottoranda di ricerca in Diritto ecclesiastico e Diritto canonico, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna

INDICE DEL FASCICOLO 1 2023

Miscellanea

<i>Laura D'Amati</i> , La morte e il mare: riflessioni a margine di Cic. leg. 2.22.57	11
<i>Filippo Vari</i> , The Legacy of Rosario Livatino's Legal Thinking.....	39
<i>Mario Caterini</i> , <i>In poenis benignior est interpretatio facienda</i>	51
<i>Saverio Gentile</i> , I magistrati del Tribunale della razza alla Corte Costituzionale: <i>fiat iustitia ne pereat mundus</i>	71
<i>Paolo Cotza</i> , Sulla giurisdizione amministrativa. Riflessioni dogmatiche intorno al 'dato positivo' (‘oggetto’ e ‘riparto’).....	103
<i>Francesco Salvatore Rea</i> , Responsabilità penale degli enti religiosi e riforma del terzo settore	165

Rassegne e note

<i>Manuel Ganarin</i> , <i>Ilaria Samorè</i> , Sinodalità, <i>munus legiferandi</i> , scienza canonistica. La comunità scientifica si confronta su due proposte di Costituzione Apostolica	257
--	-----

Recensioni	271
-------------------------	-----

ARCHIVIO GIURIDICO *Filippo Serafini*

Periodico Fondato nel 1868

Pubblicazione trimestrale

Caratteristica dell'*Archivio giuridico* è stata, sin dall'inizio, quella di essere visto in Italia e all'estero, come un autorevole e qualificato punto di riferimento sui progressi della dottrina giuridica italiana in una visione che, pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evita peraltro ogni eccesso.

I Collaboratori sono pregati di inviare i loro contributi via e-mail (scritti in formato.doc). Ogni lavoro dovrà essere corredato di: Nome, Cognome, Qualifica accademica, Indirizzo postale, Indirizzo e-mail, Numero di telefono (è gradito anche un numero di cellulare). Ogni articolo dovrà essere corredato di un titolo in lingua inglese e un riassunto in lingua italiana e inglese di non più di 200 parole specificando: scopo, metodologia, risultati e conclusioni; e di almeno tre parole chiave in lingua italiana e inglese. Gli articoli, salvo casi eccezionali non potranno superare le 32 pagine (intendendosi già impaginate nel formato della rivista, ovvero circa 16 cartelle in formato A4 corrispondenti a 88.000 battute spazi e note inclusi). Le opinioni esposte negli articoli impegnano solo i rispettivi Autori.

La Rivista adotta la procedura di revisione *double-blind peer review*.

I contributi pubblicati sono indicizzati nelle seguenti banche dati nazionali ed internazionali: Articoli italiani di periodici accademici (AIDA); Catalogo italiano dei Periodici (ACNP); DoGi Dottrina Giuridica; ESSPER Associazione periodici italiani di economia, scienze sociali e storia; Google Scholar; IBZ online International bibliography of periodical literature in the humanities and social sciences; SCOPUS.

La casa editrice fornirà, ai rispettivi Autori, estratto degli articoli in formato pdf. Possono altresì essere forniti fascicoli cartacei degli 'estratti', a pagamento. Chi fosse interessato è pregato di richiedere preventivo di spesa a: info@mucchieditore.it.

Recensioni e segnalazioni bibliografiche: gli Autori ed Editori di pubblicazioni giuridiche sono pregati di mandare un esemplare di ogni volume alla Redazione dell'*Archivio giuridico Filippo Serafini*. Sarà gradito un foglio di accompagnamento con i dati bibliografici, classificazione, sommario, etc. La Direzione della Rivista si riserva di recensire le opere che, a suo insindacabile giudizio, risulteranno di maggior interesse.