

Università degli Studi Roma Tre



Scuola Dottorale "Tullio Ascarelli"

Sezione Diritto amministrativo - ciclo XXVII

Interesse legittimo ed azione di adempimento

Tutor:

Chiar.mo Prof. Guido Corso

Dottorando:

Francesco Jacinto

Coordinatore del corso:

Chiar.mo Prof. Gianfranco D'Alessio

Giunto al termine di quest'affascinante percorso formativo e, soprattutto, della grande esperienza di vita che è stata la frequentazione della Scuola Dottorale "Tullio Ascarelli", desidero ringraziare il Chiar.mo Prof. Guido Corso per l'opportunità che ha inteso offrirmi nel godere degli insegnamenti di un autentico Maestro, ma, soprattutto, per avermi fatto sentire come un Suo allievo, nonostante il peso dei miei anni.

Grazie Professore ! E' un onore l'aver fatto parte della Cattedra di Guido Corso.

L'occasione è propizia per esprimere riconoscenza verso il Chiar.mo Prof. Gianfranco D'Alessio per essere stato sapiente regista del disegno culturale che, abbracciando l'intero ciclo triennale, ha contribuito in maniera determinante alla mia formazione da giurista.

Un pensiero di affettuosa riconoscenza va all'amico Prof. Guerino Fares, che, con la Sua costante vicinanza, quale novello Virgilio, mi ha guidato alla scoperta di un mondo nuovo.

Infine, un sentito ringraziamento va al Dott. Stefano Passera che, con grande professionalità e puntuale attenzione, ha fatto sì che tutto ciò si potesse concretamente realizzare.

Roma, 16 maggio 2016

Francesco Jacinto

CAPITOLO I
L'AZIONE DI ADEMPIMENTO:
IL TRAVAGLIATO INGRESSO
NEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

1. Il codice del processo amministrativo: un'occasione perduta.
2. Tipicità o atipicità delle azioni ?
3. Le reazioni della dottrina e della giurisprudenza all'opera dell'anonimo sforbiciatore in punto di tipicità o atipicità delle azioni.
 - 3.1. L'orientamento favorevole al principio di atipicità.
 - 3.2. L'orientamento contrario al principio di atipicità.
4. Il recepimento in diritto positivo, quale azione ancillare.

CAPITOLO II
IL DIFFICILE RAPPORTO TRA
AMMINISTRAZIONE E GIURISDIZIONE

1. In principio ... la potestà non ha giudice.
 - 1.1. Giurisdizione unica: la salvaguardia del principio di separazione dei poteri attraverso l'irrilevanza giuridica dell'interesse legittimo.
 - 1.2. La rilevanza giuridica dei “*diritti subordinati*”: il “contenzioso amministrativo” quale compromesso a tutela del principio di separazione dei poteri.
 - 1.3. Interessi o diritti subordinati ?
 - 1.4. 1865 - 2010: dalla discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo all'azione dell'anonimo sforbiciatore.
2. L'interesse è tutelato, ma da un giudice ?
 - 2.1. Il giudice ... *che fece per viltade il gran rifiuto* ...
 - 2.2. ... e finalmente ... *Giustizia nell'amministrazione*.
 - 2.3. Qualche considerazione.

CAPITOLO III
UNA TUTELA INCOMPLETA
PER
UN INTERESSE IN CERCA DI SOSTANZA

1. L'imperatività del provvedimento al centro del sistema.
2. L'evoluzione della nozione di interesse legittimo.
 - 2.1. Interesse legittimo come diritto alla legalità del provvedimento.
 - 2.2. Interesse legittimo come interesse occasionalmente protetto.
 - 2.3. Interesse legittimo come situazione processuale.
 - 2.4. Interesse legittimo quale situazione strumentale.
 - 2.5. Interesse legittimo quale situazione sostanziale.
3. Le possibili forme dell'interesse legittimo: interessi oppositivi ed interessi pretensivi.
4. L'ontologica insufficienza dell'azione di annullamento.
 - 4.1. Il processo amministrativo: da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto.
 - 4.2. Il provvedimento di diniego ed il diniego di provvedimento.
 - 4.2.1. L'atto amministrativo negativo.
 - 4.2.2. L'inerzia dell'Amministrazione.
 - 4.3. L'ampiezza dell'accertamento e la sua funzionalizzazione.
 - 4.4. Il rifugio nel giudizio di ottemperanza.
 - 4.5. La reintegrazione in forma specifica: un utile surrogato dell'azione di adempimento.
 - 4.6. Aspettando la *Verpflichtungskalge*.

CAPITOLO IV
L'AZIONE DI ADEMPIMENTO
NELLE ESPERIENZE EUROPEE

1. Le linee di tendenza.
2. L'esperienza inglese.
3. L'esperienza tedesca.

CAPITOLO V
INTERESSE LEGITTIMO
ED
AZIONE DI ADEMPIMENTO

1. La *Verpflichtungsklage* italiana.
2. I diritti pubblici soggettivi...
 - 2.1. ... in generale.
 - 2.2. ... nel pensiero di CAMMEO.
3. Interesse legittimo quale speciale diritto soggettivo.
4. L'esaurimento della discrezionalità quale momento di emersione dell'interesse legittimo.
5. La dimensione sostanziale dell'interesse legittimo.
 - 5.1. Potestà e diritti soggettivi.
 - 5.2. Potere vincolato ed interesse legittimo.
 - 5.3. Elementi costitutivi dell'interesse legittimo.
 - 5.4. La componente doverosa della potestà: l'obbligo di provvedimento.

BIBLIOGRAFIA

CAPITOLO I

L'AZIONE DI ADEMPIMENTO: IL TRAVAGLIATO INGRESSO NEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

1. Il codice del processo amministrativo: un'occasione perduta.

L'opera della Commissione istituita presso il Consiglio di Stato per l'elaborazione di un testo per l'adozione del codice del processo amministrativo¹, in esecuzione della delega legislativa di cui all'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69 ed in piena sintonia con il suo contenuto², si è contraddistinta per un significativo sforzo sistematico volto alla costruzione di una disciplina delle azioni articolata e soprattutto idonea ad assicurare *apertis verbis* la disponibilità nel processo amministrativo di tutte le possibili tecniche di tutela delle situazioni giuridiche suscettibili di essere coinvolte dall'esercizio dei pubblici poteri.

L'impostazione seguita, caratterizzata, secondo autorevole dottrina³, da “*un approccio forse troppo razional-illuministico e dogmatico*”, è stata, a parere di chi scrive, la naturale

¹ R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, Giust. amm., articoli e note, 28 luglio 2010, “*Pochi giorni dopo l'entrata in vigore dell'art. 44 della legge 18 giugno 2009 n. 69, il Governo si è avvalso della facoltà di affidare al Consiglio di Stato la formulazione del progetto di decreto legislativo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo e il Presidente del Consiglio di Stato ha deferito l'esame del predetto affare ad una apposita Commissione, composta da magistrati del Consiglio di Stato e dei T.a.r., da magistrati della Corte di Cassazione, avvocati dello Stato, avvocati del libero foro e professori universitari*”.

² La delega contenuta nell'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69 prevedeva che fossero regolate “*le azioni costitutive, dichiarative e di condanna idonee a soddisfare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*”.

³ M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenza del codice e apertura a nuove tutele*, in www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/Clarich_Azioni, pubblicato sul sito l'11 novembre 2010, p. 1.

conseguenza della percezione di una responsabilità storica che gravava sugli esperti chiamati a comporre, per la prima volta, in un codice di rito una disciplina processuale faticosamente costruita in oltre un secolo di storia della giustizia amministrativa, grazie all'opera degli stessi giudici trovatisi ad applicare una modesta e lacunosa trama di diritto positivo, offertagli dal legislatore in modo episodico⁴ e sempre dietro induzione pretoria⁵.

È così che agli insigni studiosi la circostanza deve essere necessariamente parsa un'irripetibile occasione⁶ per importare in quel codice tutto quel retroterra di riflessioni che, dalla legge abolitrice del contenzioso, aveva segnato la progressiva evoluzione del diritto amministrativo, ancor prima sul piano sostanziale che processuale.

⁴ R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, Giust. amm., cit., "Le norme processuali erano rimaste sparse in una molteplicità di testi normativi, non sempre coordinati tra loro: le prime regole processuali relative al Consiglio di Stato risalgono al 1907 e al 1924 ed hanno poi subito solo parziali modifiche e integrazioni ad opera della legge istitutiva dei T.a.r. nel 1971. Sono poi seguite ulteriori riforme processuali di rilievo nel 1998 (d.lgs. n. 80) e nel 2000 (l. n. 205), accompagnate da molteplici interventi legislativi relativi a singoli settori".

⁵ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, Riv. Dir. Proc., Anno XIX (1964), Num. 1, Cedam, Padova, 1964, ora in Scritti, Volume V, Giuffrè, 1964, pp. 225 – 228, "or bene mi è accaduto di sentirmi chiedere, da studiosi di altre discipline, se veramente l'elaborazione scientifica della nostra giustizia amministrativa è tanto arretrata o tanto complicata o tanto altro, che dopo un secolo dalla legge del 1865 e tre quarti di secolo dall'istituzione del Consiglio di Stato, ancor non si sa bene cosa sia".

⁶ F.SAITTA, *Relazione in Seminario "La sistematica delle azioni nel nuovo processo amministrativo"*, organizzato dal Dipartimento di Studi Giuridici "Angelo Sraffa" dell'Università Bocconi di Milano e dalla Scuola di specializzazione per le professioni legali delle Università Bocconi e di Pavia, tenutosi il 6 maggio 2010 presso l'Università Bocconi, pubblicato il 1° giugno 2010, in Giustamm.it, "non poteva che essere salutata con favore la prima scelta della Commissione incaricata di redigere il c.d. codice del processo amministrativo, la quale, recependo i principi e criteri direttivi contenuti nella legge delega... aveva previsto, tra l'altro, la possibilità di chiedere al g.a. «l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l'adozione delle consequenziali pronunce dichiarative» (art. 38, comma 1, della prima bozza di decreto legislativo)... L'estensione dell'azione di accertamento alle posizioni di interesse legittimo, «finalizzata anche a chiarire la portata della regola concretamente posta dal provvedimento amministrativo dopo l'esercizio del potere pubblico» (così nella relazione illustrativa dell'anzidetta bozza di codice)... era apparsa anche alla comunità accademica del tutto in linea con il principio della pluralità delle azioni contenuto nella delega legislativa (oltre al parere reso dall'A.I.P.D.A. il 5 febbraio 2010, si vedano le opinioni espresse da F. Merusi, V. Domenichelli ed E. Follieri nel seminario svoltosi a Padova il 26 marzo 2010, tutte favorevoli alla codificazione dell'azione di accertamento)".

Non vi è dubbio che il tema delle azioni costituisca argomento proprio del diritto processuale, ma, in ragione dell'inscindibile legame esistente tra modo di atteggiarsi delle situazioni soggettive e tecniche di tutela, è anche attraverso una certa costruzione di quest'ultime che si possono enfatizzare i caratteri strutturali della situazione da proteggere⁷.

Sicché, traguardando la puntuale architettura delle azioni⁸ descritta nello schema di articolato, poteva chiaramente scorgersi il tentativo di affermare un modello di interesse legittimo pienamente evoluto, quale situazione sostanziale, verso quella pariordinazione

⁷ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, cit., pp. 267 – 270, “il Piras riprende, principalmente da Cammeo, da Guicciardi e da Garbagnati, l'idea che il modo di costruire il giudizio amministrativo è strettamente condizionato dal modo di concepire la fine struttura dell'interesse legittimo, e nella composizione della sua ricerca ... opera una sorta di inversione del metodo ... Muove dall'analisi della giurisprudenza ... Occorre vedere ... come la giurisprudenza abbia realmente costruito il giudizio amministrativo, e per induzione si potrà comprendere quale è il concetto di interesse legittimo che ne costituisce... la premessa logico-giuridica ... il Piras constata che la giurisprudenza ha costruito il giudizio amministrativo come un giudizio di parti, retto dal principio dispositivo. Ne induce che essa deve accettare come premessa una concezione sostanziale dell'interesse legittimo, e di questo individua il contenuto dogmatico, sempre attingendo elementi dalla giurisprudenza ... L'interesse legittimo non può assumersi come positivamente vigente in modo diverso da come lo ha, sia pur implicitamente, determinato la giurisprudenza nel riconoscere una certa misura e certe modalità di tutela ... La normazione positiva vigente è ormai quella non scritta fissata dalla giurisprudenza”.

⁸ M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenza del codice e apertura a nuove tutele*, cit., p. 1, “l'articolato della Commissione prevedeva nel Capo II “Azioni” del Titolo III “Azioni e domande” la seguente articolazione: l'azione di accertamento (art. 36) dell'esistenza o inesistenza di un rapporto giuridico contestato e di accertamento della nullità di un provvedimento; l'azione avverso il silenzio (art. 37), che riprendeva la disciplina già vigente; l'azione di annullamento (art. 38); l'azione di condanna (art. 39) al pagamento di una somma di danaro o all'adozione di ogni altra misura idonea a tutelare la posizione giuridica soggettiva, che dava corpo a una disciplina dell'azione risarcitoria nel caso di lesione di interessi legittimi ispirata al superamento del principio della pregiudizialità amministrativa; l'azione di adempimento, cioè di condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento richiesto e negato (art. 40); le azioni esecutive, con una disposizione di rinvio alle disposizioni più specifiche contenute nel Codice (art. 41); l'azione cautelare, con una disposizione di principio sviluppata nel Titolo dedicato al procedimento cautelare (art. 42)”.

rispetto al diritto soggettivo fissata dall'art. 24 Cost.⁹ e, perciò, meritevole di godere delle stesse forme di tutela.

Ai fini che più interessano l'odierno studio, vi è da dire che, nel testo in rilievo, all'art. 40, trovava collocazione l'azione di adempimento, per mezzo della quale il soggetto interessato poteva chiedere la condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento richiesto ed illegittimamente negato.

Nel corpo della relazione, la Commissione non aveva fatto mistero in merito alla circostanza che tale azione fosse stata concepita sul modello della *Verpflichtungsklage* tedesca, dietro le sollecitazioni provenienti da autorevole dottrina, sin dagli anni '80¹⁰, onde poter assicurare finalmente protezione adeguata a quella categoria di interessi legittimi, c.d. *pretensivi* o *dinamici*¹¹, storicamente frustrati dal fatto di poter godere di un'unica opzione di tutela, palesemente inappropriata, quella offerta dall'azione di annullamento.

⁹ M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenza del codice e apertura a nuove tutele*, cit., p. 2, "Il Codice, invece, rovesciando l'impostazione, pone al suo centro le situazioni giuridiche soggettive e i bisogni di tutela ad esse correlati e, forgia, sulla base di questi, gli strumenti (le azioni, appunto, e le sentenze) necessari per dare ad essi piena soddisfazione. In questo modo si operava anche, secondo una visione più moderna, un distacco più netto tra diritto sostanziale e diritto processuale che per lungo tempo è stato impedito dalla consistenza ambigua dell'interesse legittimo ... Solo lentamente l'interesse legittimo ha acquisito una consistenza sostanziale autonoma dal processo e una connessione più stretta con un bene della vita il cui illegittimo disconoscimento può essere ora fonte di responsabilità".

¹⁰ M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenza del codice e apertura a nuove tutele*, cit., p. 2, "l'azione di adempimento, ricalcata, come chiarisce la relazione al testo della Commissione, sul modello normativo previsto nella legge sul processo amministrativo tedesco (*Verpflichtungsklage*) e da decenni reclamata dalla dottrina (Mario Nigro, Fabio Merusi), poteva essere vista come un'ulteriore erosione delle prerogative proprie dell'amministrazione".

¹¹ G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 4- 7, "In relazione alla cennata diversa efficacia della tutela giurisdizionale ... emergono ... due distinte categorie di interessi legittimi, che possono essere contrassegnate ... come interessi legittimi statici ed interessi legittimi dinamici...sono interessi legittimi dinamici quelli correlati alla potestà autorizzatoria, concessoria, ecc., che si pretende venga esercitata, trasformando così in modo ampliativo la sfera giuridica del titolare dell'interesse stesso ... rispetto all'esercizio dei poteri amministrativi, si potrebbe anche parlare ... di <<interessi pretensivi>> ... Già sotto il profilo della tutela processuale si manifesta la opportunità di una separata considerazione delle cennate due categorie di interessi legittimi ... Gli interessi legittimi dinamici, in particolare, proprio perché non possono mai essere soddisfatti dal mero giudizio di annullamento,

Senonché, quel disegno geometricamente realizzato dagli esperti intorno alle differenti istanze di protezione dell'interesse legittimo è stato modificato, a più riprese¹², dal Governo in nome di non meglio chiarite esigenze di salvaguardia della finanza pubblica dalle ricadute che, in termini di maggiore spesa, sarebbero potute derivare dall'applicazione degli istituti processuali, così come concepiti nel testo licenziato dalla Commissione¹³.

La reazione della dottrina¹⁴ è stata forte¹⁵ e si è tradotta in un'aspra critica nei confronti dell'opera di un "anonimo sforbiciatore ministeriale" che, con articolate cesure, ha cercato di

necessitano di una cognizione del rapporto amministrativo quanto più completa possibile, pur nell'ambito del giudizio di legittimità: solo così potranno sussistere le premesse necessarie per la realizzazione effettiva della pretesa, che è insita in detto interesse legittimo e che potrà essere compiutamente soddisfatta solo a seguito della successiva emissione del provvedimento positivo".

¹²F.G. SCOCA, *Relazione in Resoconto del Seminario conclusivo sul progetto di Codice del processo amministrativo svoltosi il 21 maggio 2010 presso l'Università degli studi di Torino*, a cura di L. CASOLI, L. MURGOLO, G. URBANO, Giust. amm., p. 2, "Il prof. Franco Getano Scoca, evidenzia... I seminari, invero, sono stati tagliati a metà dal fatto che la bozza di disegno di legge delegata, quale predisposta dalla commissione, è stata poi modificata parzialmente in sede di Consiglio dei Ministri. Chi ne ha seguito l'iter conosce almeno tre testi, quello redatto dalla commissione, quello portato all'attenzione della Presidenza del Consiglio e l'ultimo, quello trasmesso dalla Presidenza alla Camera dei Deputati".

¹³R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, Giust. amm., cit., "Espletato il suo compito, il Consiglio di Stato ha così consegnato l'articolato al Governo ... e sono state apportate dal Governo rilevanti modifiche al Codice ... Le finalità dichiarate sono state indicate nella necessità di procedere ad una rielaborazione del testo 'd'intesa con il Ministro della economia e delle finanze, al precipuo fine di non introdurre istituti che, anche indirettamente o mediamente ed in prospettiva temporale di medio periodo, potessero essere suscettibili di determinare incremento di oneri per la finanza pubblica, evidentemente insostenibili nell'attuale fase congiunturale".

¹⁴F.G. SCOCA, *Relazione in Resoconto del Seminario conclusivo sul progetto di Codice del processo amministrativo svoltosi il 21 maggio 2010 presso l'Università degli studi di Torino*, a cura di L. CASOLI, L. MURGOLO, G. URBANO, p. 2, "La bozza ha subito profonde modificazioni, non positive a giudizio di Scoca, che hanno ridotto profondamente la novità iniziale: un carattere innovativo che c'era, anche se moderato, nel primo testo, quello formulato dalla commissione. Molto probabilmente, il testo che sarà approvato in via definitiva non sarà l'inizio di un nuovo processo amministrativo. Il processo amministrativo resterà quello che, da lungo tempo, ben si conosce ... Coloro che si aspettavano un cambiamento profondo - un cambiamento non rivoluzionario, ma incisivo - delle norme sulla tutela, sono delusi".

¹⁵F.MERUSI, *Relazione in Seminario "La sistematica delle azioni nel nuovo processo amministrativo"*, organizzato dal Dipartimento di Studi Giuridici "Angelo Sraffa" dell'Università Bocconi di

riportare indietro l'orologio della storia, riconducendo i mezzi di tutela dall'illegittimo esercizio dei pubblici poteri allo stato in cui versavano precedentemente all'approvazione della legge Crispi nel 1889¹⁶.

Un significativo *vulnus* al complessivo assetto del codice era stato dato dall'espunzione delle norme sulle azioni di adempimento e di accertamento, imputata, secondo autorevoli commentatori, al timore di rendere realmente effettiva la protezione del privato rispetto all'*agere* amministrativo illegittimo, potendo godere di strumenti processuali particolarmente efficaci¹⁷.

Milano e dalla Scuola di specializzazione per le professioni legali delle Università Bocconi e di Pavia, tenutosi il 6 maggio 2010 presso l'Università Bocconi, a cura di M. ALLENA e S. VERNILE, pubblicato il 1 giugno 2010, in Giustamm.it, "Nell'elaborazione del Codice c'è stata una battuta d'arresto grazie a una serie di mail firmata da settantacinque Professori di diritto amministrativo che si sono lamentati con la Presidenza del Consiglio del fatto che le azioni che erano presenti nel primo elaborato della Commissione costituita dal Consiglio di Stato per la redazione del Codice fossero scomparse. Sono state per esempio tagliate alcune affermazioni di principio che c'erano all'inizio del Codice, ma soprattutto sono state eliminate due tipiche azioni, l'azione di accertamento e quella di adempimento".

¹⁶R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, Giust. amm., cit., "Ancor prima della definitiva approvazione del Codice il coro di critiche mosse alle modifiche apportate dal Governo è stato quasi unanime. Alcune dai toni aspri: 'Un anonimo sforbiciatore, che ha affermato di agire in nome del Ministro del Tesoro per contenere un possibile aumento della spesa pubblica, ha surrettiziamente mutilato il testo predisposto da una apposita commissione costituita in esecuzione della legge delega presso il Consiglio di Stato e ci ha aggiunto qualcosa di suo per trasformare, quel che doveva essere un processo paritario, in una sorta di giustizia domestica preunitaria. Insomma in qualcosa di più arretrato rispetto al discorso di inaugurazione della IV Sezione del Consiglio di Stato scritto da Silvio Spaventa verso la fine dell'Ottocento'. Altre dal contenuto severo: 'Il codice rappresenta una grande opportunità per la riorganizzazione del processo amministrativo ma il giudizio sullo schema, dopo l'intervento dello "sforbiciatore ministeriale", non può che essere negativo"'.

¹⁷R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, Giust. amm., cit., "L'eliminazione delle azioni di accertamento e di adempimento ha costituito il profilo, su cui maggiormente si sono soffermate le critiche. E' stato evidenziato che le modifiche apportate dal Governo sono un arretramento della linea di incisività della tutela, insieme alla eliminazione dell'azione di adempimento, dell'azione di accertamento ... Tale filo conduttore va individuato nella paura del Governo di rendere la tutela del cittadino realmente effettiva; nel timore di esporre una amministrazione inefficiente alle iniziative del privato ... Il timore di dare al giudice amministrativo strumenti troppo efficaci è, invece, prevalso anche in

Questo specifico profilo, di particolare interesse ai fini che ci occupano, sarà oggetto di adeguato approfondimento nell'ambito del secondo capitolo.

2. Tipicità o atipicità delle azioni ?

Ai fini dell'odierno studio, la ricostruzione di tali accadimenti non rileva esclusivamente sul piano storico, ma anche su quello proprio dell'indagine scientifica, considerato che la cancellazione delle norme sulle azioni anzidette ha comportato, quale diretta conseguenza, la riemersione di tutte quelle questioni dommatiche sulla loro esperibilità anche in difetto di espressa previsione di legge.

In estrema sintesi, ha reso nuovamente attuale la *vexata quaestio* sulla tipicità o sull'atipicità delle azioni, aspetto caratterizzato da evidenti ricadute sul tema dell'intima e naturale connessione tra situazione sostanziale e tecniche di tutela.

Sul piano concettuale, propendere, infatti, per la naturale applicazione al processo amministrativo del principio dell'atipicità delle azioni e, insieme, ammettere l'esperibilità dell'azione di adempimento significa aver aderito, a monte, ad una nozione di interesse legittimo che si atteggia quale situazione pienamente sostanziale, dai tratti simili a quelli propri del diritto di credito, nei termini che si chiariranno oltre.

Viceversa, negare la possibilità di proporre l'azione in rilievo, ricorrendo all'argomento della sua mancata enunciazione nella legge processuale, la quale ammetterebbe la praticabilità unicamente dell'azione di annullamento, corrisponde alla volontà di aderire ad una concezione dell'interesse legittimo ancora fortemente condizionata da orientamenti ormai superati, ma comunque sempre di grande interesse per lo studioso che, dovendo dare conto della fondatezza di nuovi approcci ricostruttivi, è con quelli precedenti che deve confrontarsi per dimostrare l'inconsistenza delle antitesi e, dunque, la validità della propria tesi.

In questa prospettiva, per poter apprezzare compiutamente gli effetti sul processo amministrativo che discendono dall'adesione all'una piuttosto che all'altra soluzione della questione della tipicità delle azioni, occorre fare riferimento a talune nozioni introduttive

proprie del diritto processuale civile, muovendo dalla previa individuazione della generale funzione del processo, che trova il suo fondamento nell'articolo 24 della Costituzione, nella parte in cui afferma che tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi.

Per cogliere il significato di tale nozione di tutela è necessario, quindi, guardare al suo oggetto e cioè alla situazione giuridica, intesa come posizione di vantaggio rispetto ad un interesse protetto dall'ordinamento, in ragione della quale il suo titolare ne dispone tenendo certi comportamenti, ovvero pretendendo che altri mantengano un certo contegno¹⁸.

Orbene, all'interrogativo rivoltosi "*che cosa vuol dire, precisamente, tutela dei diritti*", la migliore dottrina si è data la risposta secondo la quale "*tutela, nel linguaggio comune, significa protezione, nel senso di reazione ad un pericolo o ad un attacco. E poiché in generale il tipo di tutela o protezione deve determinarsi in relazione al tipo di pericolo o attacco, è chiaro che i caratteri della tutela dei diritti si determinano in relazione ai caratteri di ciò che può compromettere o pregiudicare i diritti in quanto è loro proprio*"¹⁹.

Ora, quel pericolo o quell'attacco consiste nel mantenere comportamenti contrari a quelli tipizzati dalla norma come soddisfattivi dell'interesse protetto e, dunque, comporta la frustrazione della relativa posizione giuridica soggettiva che rimane insoddisfatta.

È, quindi, in tale momento di insoddisfazione che trova legittimazione la tutela giurisdizionale, la quale si atteggia quale reazione volta ad impedire o a rimuovere gli effetti della lesione dell'interesse protetto²⁰, in modo che quel comportamento doverosamente imposto dalla legge e, in realtà, non tenuto venga sostituito dal *dictum* giudiziale.

¹⁸ C.MANDRIOLI e A.CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali.*, vol. I, Editio minor, Undicesima edizione, Giappichelli, 2013, Torino, p. 5 – 6.

¹⁹ C.MANDRIOLI e A.CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, op. cit., p. 6.

²⁰C.MANDRIOLI e A.CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, op. cit., p. 6, "*se allora si tiene presente che ciò che è proprio dei diritti è ... l'imposizione o il divieto o la permissione di determinati comportamenti, ne risulta che ciò che compromette o pregiudica i diritti consiste nel non fare ciò che si doveva fare o nel fare ciò che non si poteva o doveva fare; in altri termini, in quel fenomeno che si chiama lesione o violazione del diritto. Da tutto ciò emerge chiaramente che la tutela giurisdizionale dei diritti consiste, almeno in linea di massima, in una reazione alla loro violazione; reazione nel senso di impedirle o di eliminarne gli effetti nei limiti del possibile*".

Infatti, struttura e funzione della cognizione giurisdizionale, quale attività volta a dare attuazione ai diritti, sono strettamente dipendenti dal diritto sostanziale.

Ciascuna posizione soggettiva è, appunto, contemplata da una norma sostanziale o materiale, la quale reca una fattispecie astratta, che si occupa di descrivere un comportamento umano o un fatto, al verificarsi del quale si determina un dato effetto giuridico.

Nella fattispecie astratta è quindi contenuta una regola che esprime la volontà astratta della legge. I comportamenti o fatti, ai quali è subordinata l'insorgenza degli effetti giuridici, sono i fatti costitutivi dei diritti.

Sicché, dare attuazione ai diritti significa dare attuazione alla regola contenuta nella fattispecie sostanziale, trasformandola da regola astratta a regola concreta che esprime la volontà appunto concreta della legge rispetto allo specifico fatto²¹.

Pertanto, ciò che caratterizza l'attività giurisdizionale sotto il profilo funzionale, è appunto l'attuazione dei diritti in via secondaria e sostitutiva²².

È sulla scorta di tali presupposti di intima correlazione tra posizioni soggettive e tutele che il grande CHIOVENDA ha enunciato il fondamentale insegnamento secondo il quale *“il processo deve dare, per quanto è possibile praticamente, a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire”*, non già perché ritenesse che l'ordinamento processuale civile fosse dotato di un sistema di norme sulle azioni perfettamente sovrapponibile a tutte le possibili declinazioni delle situazioni sostanziali ed a tutte le relative forme di aggressione - articolato grazie ad *“un approccio ... razional-illuministico e dogmatico”*, per dirla con l'Autore citato nell'incipit dell'odierno studio²³ - , bensì in ragione di *“un principio generale”*, che *“non è, né ha d'uopo essere formulato in alcun luogo”*, in quanto *“il processo come organismo pubblico d'attuazione della legge è per sé stesso fonte di tutte le azioni praticamente possibili, che tendano all'attuazione di una volontà di legge”*.

²¹ C.MANDRIOLI e A.CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, op. cit., pp. 11 – 16.

²² C.MANDRIOLI e A.CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, op. cit., p. 6, *“si vengono così illuminando le due caratteristiche fondamentali dell'attività giurisdizionale: la sua strumentalità e la sua sostitutività. L'attività giurisdizionale è strumentale rispetto ai diritti che vuol tutelare, poiché costituisce appunto lo strumento per la loro attuazione, nell'ipotesi che tale attuazione non si verifichi spontaneamente”*

²³ Cfr. nota n. 3.

Semmai, per CHIOVENDA, “*questa tendenza del processo a dare quanto più possibile dare al creditore incontra naturalmente dei limiti: limiti di diritto, limiti di fatto*”.

Viceversa, “*mancando questi limiti giuridici, la tendenza del processo segue la sua naturale espansione, e di nuovo non s’arresta se non di fronte all’impossibilità di fatto*”.

Cosicché, l’illustre Autore perviene alla conclusione, secondo la quale “*ogni modo d’attuazione della legge (ed ogni mezzo esecutivo) che sia praticamente possibile e non sia contrario ad una norma generale o speciale diritto deve ritenersi ammissibile*”²⁴.

Si tratta del fondamentale principio dell’*atipicità delle azioni*, in ragione del quale è la consistenza della situazione giuridica in causa e la modalità della sua lesione che valgono a definire il *petitum* suscettibile di essere indirizzato al giudice e, conseguentemente, in ossequio al principio della domanda e di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, il contenuto della sua statuizione, la quale, nella sua attitudine a modellarsi in guisa da rimuovere il pregiudizio lamentato, incontra unicamente i limiti espressamente posti dal legislatore.

In quest’ottica, giova rammentare come a seconda del diritto controverso, l’azione di cognizione possa essere declinata *sub specie* di azione di mero accertamento, azione di condanna e azione costitutiva.

Dovendo affrontare la questione dei limiti allo svolgimento di azioni atipiche conviene richiamare i tratti salienti dell’ultima in ordine di menzione: l’azione costitutiva.

Al riguardo, si danno casi in cui la lesione alla situazione giuridica si sia perfezionata, ma a garantirne la tutela risulta sufficiente la sola pronuncia di cognizione.

Il riferimento è alla *giurisdizione costitutiva non necessaria*, cioè quella che, in ossequio a quanto stabilito dall’art. 2908 c.c., è ammissibile solo in virtù di una espressa previsione di legge che consenta alla sentenza di tenere luogo degli atti che avrebbero dovuto realizzare le parti, così da produrre i medesimi effetti giuridici.

L’esempio classico è dato dall’esecuzione specifica dell’obbligo di concludere un contratto di cui all’art. 2932 c.c., nell’ipotesi di inadempimento dell’obbligo assunto con la stipula del contratto preliminare, ma anche dalla risoluzione del contratto per inadempimento²⁵.

²⁴ G.CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, III ediz., Napoli, Jovene, 1923, p. 81.

²⁵ C.MANDRIOLI e A.CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, op. cit., p. 21.

L'azione costitutiva si caratterizza quindi per il fatto che non ha bisogno di esecuzione nella considerazione che le esigenze di tutela non richiedono lo svolgimento di una attività materiale, bensì, come detto, di un'attività strettamente giuridica, suscettibile di sostituzione ad opera della statuizione del giudice²⁶.

Comportando una significativa intromissione del giudice negli spazi riservati all'autonomia negoziale, potendo questi determinare *ex se* l'effetto giuridico riservato alla sfera decisoria delle parti, ai sensi dell'art. 2908 c.c., occorre, come detto, una specifica previsione di legge a fondamento dell'azione costitutiva, la quale, dunque, risponde al principio di tipicità.

Tornando, per un attimo, al processo amministrativo, giova evidenziare come a possedere il carattere dell'azione costitutiva sia proprio la storica azione di annullamento²⁷, la quale mira ad ottenere un pronuncia del giudice che realizzi *ex se* l'effetto di espungere il provvedimento impugnato dal mondo degli atti giuridici, cioè quel effetto che anche l'Amministrazione avrebbe potuto realizzare autonomamente, ricorrendo all'esercizio dei poteri di secondo grado.

È, dunque, l'azione di annullamento che, in ossequio alla previsione di cui all'art. 2908 c.c., deve rispondere e risponde al requisito della tipicità²⁸.

Se, come detto, nell'ordinamento civilistico, tale requisito è posto a presidio del principio dell'autonomia negoziale, con riferimento a quello pubblicistico, autorevole

²⁶ C.MANDRIOLI e A.CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, op. cit., p. 52.

²⁷ M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, "A ben considerare, un fondamento legislativo espresso appare necessitato soltanto per l'azione di annullamento. L'art. 113, ultimo comma, della Costituzione prevede che la legge debba determinare "quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa".

²⁸ M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., "La tipicità dell'azione di annullamento, costituzionalmente necessitata, corrisponde, finanche sul piano lessicale ("nei casi previsti dalla legge"), alla tipicità dell'azione costitutiva, da proporsi innanzi al giudice ordinario, prevista in termini generali dall'art. 2908 del codice civile".

dottrina²⁹ ha rinvenuto le ragioni della tipicità dell'azione di annullamento nell'esigenza di proteggere il potere amministrativo da indebite ingerenze ad opera del potere giurisdizionale (diffusamente *infra*).

Ritornando alla teoria generale delle azioni, va detto che, a differenza dell'azione costitutiva, l'azione di mero accertamento e l'azione di condanna³⁰ non trovano puntuali referenti normativi che regolino partitamente specifiche figure.

Mentre la prima è ritenuta immanente rispetto allo stesso potere di cognizione giurisdizionale, la seconda trova un referente normativo di ordine generale negli artt. 1453 e 2043 c.c. con riferimento, rispettivamente, alla condanna all'adempimento ed al risarcimento del danno.

L'azione di mero accertamento trova presupposto non in una lesione del diritto, bensì in una sua contestazione che abbia il carattere della consistenza e della serietà, contestazione che può esprimersi in due modalità, sotto forma di affermazione o vanto di un diritto proprio, ovvero di negazione dell'altrui diritto.

E' evidente quindi come l'*in se* di tale azione sia la stessa situazione soggettiva in discussione la quale richiede un accertamento giurisdizionale, affinché venga rimossa ogni incertezza in merito alla sua effettiva consistenza.

L'azione di condanna si contraddistingue, invece, per il fatto che tende ad ottenere una sentenza, appunto, di condanna, cioè una pronuncia giurisdizionale idonea a soddisfare la situazione frustrata mediante l'esecuzione forzata, atteggiandosi quale titolo esecutivo.

Ciò, in quanto non è sufficiente l'accertamento mero del diritto violato onde assicurare la tutela, ma è necessaria un'attività materiale, in assenza della quale gli effetti della lesione non risultano rimossi.

Ora, in difetto di formule qualificatorie aprioristicamente previste dalla legge in modo da attribuire il *nomen iuris* di sentenza di condanna ad una certa statuizione del giudice, il *proprium* di tale sentenza è dato dall'idoneità a dare luogo all'esecuzione forzata.

²⁹ M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., "Occorre dunque interrogarsi sulle ragioni sottostanti una siffatta limitazione... La tipicità dell'azione di annullamento nel processo amministrativo può trovare una spiegazione nell'analoga esigenza di salvaguardare la sfera del potere attribuito alla pubblica amministrazione".

³⁰ In disparte le c.d. azioni di condanna speciale, per cui cfr. C.MANDRIOLI e A.CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, op. cit., p. 48 - 51.

La statuizione di condanna fa sorgere un ulteriore diritto di azione, definito *actio iudicati* che risulta svincolato dalla originaria ragione del credito, così godendo, in ogni caso, della prescrizione ordinaria decennale³¹.

Ebbene, nella considerazione che infinite possono essere le forme di comportamento oggetto dei diritti di credito potenzialmente concepibili in virtù del principio dell'autonomia negoziale e della possibilità di dar vita a contratti atipici (art. 1322 c.c.), non vi è chi non veda come l'azione di condanna debba essere necessariamente atipica per potere soddisfare il bisogno di tutela di situazioni soggettive riconducibili ad una serie indeterminata.

3. Le reazioni della dottrina e della giurisprudenza all'opera dell'anonimo sforbiciatore in punto di tipicità o atipicità delle azioni.

Ciò premesso, è possibile ritornare *cognita causa* al tema delle reazioni suscitate nella dottrina e nella giurisprudenza dall'emanazione del codice del processo amministrativo, nella formulazione privata dell'espressa previsione delle azioni di accertamento e di adempimento.

3.1. L'orientamento favorevole al principio di atipicità.

Sulla scorta di quanto esposto, è facile intuire come sin da subito, in ossequio all'insegnamento chiovendiano, sia prevalsa la voce di quanti, muovendo dal richiamato principio di atipicità, pur dolendosi dell'occasione perduta³², abbiano ritenuto che le azioni espunte dall'anonimo sforbiciatore in realtà fossero rimaste nel sistema delle tutele quale rimedi immanenti³³.

³¹C.MANDRIOLI e A.CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, op. cit., pp. 47 – 48.

³²M.CLARICH, *Azione di annullamento*, in A.QUARANTA – V.LOPILATO, (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, p. 272, “*dover confidare ancora nella giurisprudenza pretoria del giudice amministrativo già all'indomani di un evento di portata storica quale la prima codificazione delle regole del processo amministrativo*” rappresenta un ‘*paradosso nel paradosso*’”.

³³M.A. SANDULLI, *L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento*, in www.treccani.it/enciclopedia; R.GISONDI, *Alcune riflessioni sulla permanenza di un'azione di adempimento*

Un primo argomento speso per affermare la reale esistenza del carattere atipico delle azioni³⁴, è stato ricavato dall'art. 24 Cost., quale fondamento costituzionale del principio di pienezza ed effettività della tutela, in ragione del quale risulterebbe *contra constitutionem* ogni interpretazione del sistema processuale che privasse le situazioni giuridiche lese della possibilità di godere di strumenti di protezione idonei a reintegrare la lesione patita³⁵.

In quest'ottica, il principio di atipicità della tutela è stato letto quale necessario corollario del principio di effettività, nel senso che non vi potrebbe essere tutela effettiva, cioè adeguata nel porre rimedio a tutte le possibili forme di aggressione dell'interesse protetto se essa non fosse atipica, cioè capace di adattarsi alle necessità riparatorie derivanti dalla lesione.

nell'ultima bozza del nuovo codice del processo amministrativo, in Giustamm.it, 2010; R.GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010; A.CARBONE, *Azione di adempimento e Codice del processo amministrativo*, in Giustamm.it, 2010; A.CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, p. 147 “*l'azione di adempimento dovrebbe ammettersi a prescindere da una qualsiasi base normativa, in forza del principio di atipicità delle azioni*”; p. 148 “*l'unica deroga, a ben vedere, riguarda proprio l'azione costitutiva di annullamento. Questa necessita di un fondamento normativo ai sensi dell'articolo 113 della Costituzione, secondo cui spetta al legislatore ordinario il compito di determinare gli organi di giurisdizione abilitati ad annullare gli atti della pubblica amministrazione. Inoltre, più in generale, la tutela costitutiva è resa tipica dalla disposizione dell'articolo 2908 cc, per cui 'nei casi previsti dalla legge, l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici' ”.*

³⁴ M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenza del codice e apertura a nuove tutele*, cit., p. 4 “*Un secondo problema, correlato al primo, è se il Codice abbia voluto ribadire il principio tradizionale della tipicità delle azioni nel processo amministrativo che la giurisprudenza più recente aveva superato*”.

³⁵ M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., “*L'art. 24 della Costituzione costituzionalizza anzitutto il carattere strumentale del processo rispetto al diritto sostanziale, carattere ben scolpito già dalla nota affermazione chiovendiana secondo cui “il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quelle e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire”*. Se così è, riprendendo una frase successiva, meno nota, della citazione chiovendiana, il processo “*è per sé stesso fonte di tutte le azioni praticamente possibili, che tendano all'attuazione d'una volontà della legge*”. Uno dei corollari dell'effettività della tutela è dunque, com'è stato osservato di recente, anche il principio della atipicità delle forme di tutela che, come si accennerà si è fatto sempre più strada nel processo civile”.

Considerata la pacifica acquisizione di tali conclusioni nell'ambito del processo civile, sulla base del coinvolgimento paritario del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo nel testo dello stesso art. 24 Cost., non vi sarebbe ragione di differenziare le due situazioni sostanziali in rilievo, in quanto entrambe volte alla protezione di un bene della vita³⁶.

Ciò peraltro in sintonia con quanto affermato dal Giudice delle leggi, nella nota sentenza n. 204 del 2004, a proposito della necessaria completezza dello strumentario in uso al giudice amministrativo, onde assicurare adeguato presidio alle posizioni di interesse legittimo³⁷, alle quali spettano *“le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare”*. È quanto si afferma con riferimento al tema secondo il quale il potere ascrivito al giudice amministrativo di disporre il risarcimento del danno ingiusto anche nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità (ex art. 7 della legge n. 205 del 2000) non costituisce una nuova *“materia”*, ma solo uno strumento di tutela ulteriore rispetto a quello caducatorio.

Un'attenta osservazione è stata poi quella che si è impegnata nel tentativo di accedere ad un'interpretazione costituzionalmente orientata in merito al mancato esercizio della delega con riferimento all'auspicata previsione delle *“azioni ... dichiarative e di condanna idonee a soddisfare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio”*³⁸, alla luce delle

³⁶ M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., *“E non vi è ragione di differenziare, in linea di principio, sotto il profilo delle implicazioni che possono trarsi dall'art. 24 della Costituzione, il processo amministrativo dal processo civile, soprattutto se si riconosce all'interesse legittimo, com'è ormai pacifico, una rilevanza sostanziale e ad esso venga ricollegata, anche sulla base delle garanzie procedurali previste in via generale dalla legge 7 agosto 1990 n. 241, una gamma sempre più articolata di poteri strumentali e si enfatizzi il collegamento a un “bene della vita” che il titolare mira ad acquisire o conservare”*.

³⁷ M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenza del codice e apertura a nuove tutele*, cit., p. 4 *“Anzitutto, l'art. 1 del Codice, nel richiamare l'esigenza di una tutela piena ed effettiva, rinvia implicitamente all'art. 24 della Costituzione. E non a caso proprio su questa disposizione ha fatto leva la Corte Costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004 per chiarire che anche il giudice amministrativo deve essere dotato di adeguati poteri, cioè di tutti i poteri necessari in relazione al bisogno di tutela della situazione giuridica fatta valere in giudizio. Un'interpretazione sistematica delle nuove disposizioni in tema di azioni, conforme a Costituzione, dovrebbe dunque evitare, per quanto possibile, interpretazioni restrittive”*.

³⁸ Cfr. nota n. 2.

giustificazioni enunciate dallo stesso Governo nella relazione illustrativa in merito al fatto che le azioni conservate nella formulazione ultima del testo fossero adeguate allo scopo.

In considerazione del fatto che uno dei criteri per l'emanazione del codice era appunto quello di tenere conto degli orientamenti della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori in punto di esperibilità delle azioni di accertamento e di adempimento³⁹, l'unica soluzione ermeneutica praticabile, utile a scongiurare un arretramento del sistema rispetto alle indicazioni provenienti dal Parlamento, è proprio quella di ritenere *ius receptum* il principio di atipicità, atteso che negare il suo vigore equivarrebbe a disconoscere quegli arresti giurisprudenziali che di esso hanno fatto applicazione, al cui rispetto il legislatore delegato era vincolato⁴⁰.

³⁹ F.MERUSI, *Relazione in Seminario "La sistematica delle azioni nel nuovo processo amministrativo"*, organizzato dal Dipartimento di Studi Giuridici "Angelo Sraffa" dell'Università Bocconi di Milano e dalla Scuola di specializzazione per le professioni legali delle Università Bocconi e di Pavia, tenutosi il 6 maggio 2010 presso l'Università Bocconi, a cura di M. ALLENA e S. VERNILE, op. cit., "Ora, l'azione di accertamento in pratica è oramai accettata da quasi tutti i Tar della Penisola nel senso che, mascherato dietro un'azione di annullamento, molto spesso si ottiene l'accertamento di determinati rapporti fra il cittadino e la P.A. ... In definitiva, c'è oramai un'abbondante giurisprudenza del Consiglio di Stato che di fatto, sotto altra veste, emana delle vere e proprie sentenze di adempimento (perché, una volta che il giudice ha accertato che le cose stanno in un certo modo, magari fingendo di annullare un provvedimento o di emanare una sentenza su un silenzio rifiuto, il risultato pratico è che l'amministrazione ha il dovere di adeguarsi). Tanto vale allora dire che c'è l'azione di adempimento".

⁴⁰ M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenza del codice e apertura a nuove tutele*, cit., p. 4 "D'altro canto la Relazione al Codice, nel dar conto della soppressione dell'azione di accertamento e dell'azione di adempimento, spiega che il Governo ha ritenuto "di non esercitare, allo stato, in parte qua tale facoltà concessa dalla delega, ritenendo adeguata e completa la tutela apprestata dalle azioni già previste dal Capo II". Il legislatore non sembrerebbe dunque aver inteso, quanto meno, compiere passi indietro rispetto ai livelli di tutela assicurati in precedenza dalla giurisprudenza recente anche in punto di atipicità delle azioni. Altrimenti, saremmo in presenza di una violazione di un principio contenuto nella legge di delega secondo il quale il legislatore delegato doveva tener conto degli orientamenti espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori (art. 44, comma 1, della legge delega)".

Sicché, accorta dottrina ha auspicato che l'opera dell'anonimo sforbiciatore potesse essere adeguatamente neutralizzata da una giurisprudenza attenta alle esigenze di tutela delle situazioni soggettive, mantenendo il contenuto della sue statuizioni nel solco già tracciato⁴¹.

Ancora, va detto che, nell'ottica di affermare l'esperibilità dell'azione di adempimento, agli argomenti sistematici sono stati affiancati altri di ordine letterale, ricavati dall'art. 34, co. 1 del codice e, in dettaglio, dalla lett. c), che, quale possibile contenuto della sentenza di condanna, prevede l'adozione "*delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*", come pure dalla lett. e), che si riferisce al potere del giudice di disporre "*le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato*"⁴², argomenti che risulterebbero sintomatici dell'immanenza del principio di atipicità, il quale consentirebbe al giudice amministrativo di statuire dettando prescrizioni il cui contenuto è rimesso al suo

⁴¹ F.SAITTA, *Relazione in Seminario "La sistematica delle azioni nel nuovo processo amministrativo"*, organizzato dal Dipartimento di Studi Giuridici "Angelo Sraffa" dell'Università Bocconi di Milano e dalla Scuola di specializzazione per le professioni legali delle Università Bocconi e di Pavia, tenutosi il 6 maggio 2010 presso l'Università Bocconi, op. cit., "*uno sforbiciatore che ormai non può più definirsi anonimo ha – come tutti sappiamo – eliminato sia l'azione di adempimento che quella di accertamento. A questo punto, coloro che hanno a cuore l'effettività della tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti dei pubblici poteri, oltre a sperare in un improbabile ripensamento dell'ultimora da parte del Governo, non possono far altro che verificare se – com'è stato, da ultimo, autorevolmente sostenuto – l'esperibilità di tale azione sarà in effetti comunque possibile grazie alla giurisprudenza che ne ha già riconosciuto la praticabilità: l'idea è che, se il Consiglio di Stato non cambierà indirizzo, sarà sufficiente camuffare l'azione di accertamento da azione di annullamento per ottenere lo stesso risultato (F. Merusi)*".

⁴² M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenza del codice e apertura a nuove tutele*, cit., p. 4 "*Ma vi sono anche dati normativi testuali che vanno nella direzione del principio di atipicità. In primo luogo, infatti, l'art. 34 comma 1, lett. c) del Codice, nel precisare i contenuti della sentenza di condanna, prevede non soltanto il pagamento di una somma di danaro, anche a titolo di risarcimento del danno (incluse le misure di risarcimento in forma specifica), ma anche l'adozione "delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio". Poiché, situazioni giuridiche, azioni e sentenze, quasi come in un gioco di specchi, rinviano le une alle altre e sono legate da un nesso di stretta interdipendenza, una siffatta disposizione ammette implicitamente che tra situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e pronuncia di condanna atipica si interpone un'azione che è altrettanto atipica. Muove nella stessa direzione anche la successiva lett. e) in base alla quale il giudice dispone "le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato" inclusa la nomina già in sede di cognizione di un commissario ad acta con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza*".

prudente apprezzamento e, quindi, da ritenersi atipiche in quanto idonee ad assumere una veste tale da assicurare la piena soddisfazione dell'interesse azionato in giudizio.

Ciò *a fortiori*, se si aderisce alla tesi che l'art. 30, c. 1, del codice del processo, anche nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, radicherebbe l'azione generale di condanna, la quale potendo ricomprendere pronunce ordinatorie atipiche, alla luce della richiamata previsione di cui all'art. 34, co. 1⁴³, può ragionevolmente fondare l'azione di adempimento volta ad ottenere una statuizione che ingiunga all'Amministrazione di adottare il provvedimento amministrativo invocato⁴⁴.

La circostanza che l'art. 30, co. 1, costituisca il fondamento di un'azione generale di condanna e non semplicemente l'*incipit* di una disposizione interamente dedicata all'azione risarcitoria da lesione dell'interesse legittimo, è stata affermata, anche ricorrendo

⁴³ F.G. SCOCA, *Relazione in Resoconto del Seminario conclusivo sul progetto di Codice del processo amministrativo svoltosi il 21 maggio 2010 presso l'Università degli studi di Torino*, a cura di L. CASOLI, L. MURGOLO, G. URBANO, Giust. amm., p. 2, *Quanto all'azione di condanna, Scoca confessa che inizialmente era stupito dal fatto che fosse caduto il primo comma dell'articolo, quello che determinava l'azione di condanna in via generale, benché gli altri commi dello stesso articolo riguardassero l'azione di condanna al risarcimento del danno. Una cosa è l'azione di condanna al risarcimento, cioè l'azione risarcitoria, altra cosa è avere uno spettro larghissimo di azioni di condanna, mediante cui chiedere l'adozione di qualsiasi misura utile per la soddisfazione delle pretese del ricorrente. Sennonché, andando a leggere l'articolo sulle sentenze di merito del giudice, Scoca ha poi trovato la stessa dizione, la quale lascerebbe intendere che, nel codice, sopravviva un'azione di condanna in termini generali - cioè una condanna a un facere specifico, non soltanto a un dare - la qual cosa appare come fatto innovativo, nello schema generale del processo amministrativo*".

⁴⁴ M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenza del codice e apertura a nuove tutele*, cit., p. 6: "Per l'azione di adempimento, volta ad garantire una tutela più piena ed effettiva degli interessi legittimi pretensivi, a ben riflettere, non occorre far leva sul principio di atipicità, in presenza di alcuni indici normativi che vanno nella direzione della sua ammissibilità. In particolare va esaminato con attenzione l'art. 30, comma 1, del Codice in tema di azione di condanna. Significativa è già la rubrica dell'articolo che fa riferimento all' "Azione di condanna" in senso ampio. Ma è soprattutto il primo comma che, contrariamente a quanto fanno i commi successivi che disciplinano le varie tipologie di azioni risarcitorie, contiene un riferimento all'azione di condanna, senza alcuna qualificazione restrittiva. L'ambito di applicazione del primo comma sembra cioè estendersi al di là dell'ambito delle azioni risarcitorie fino a includere anche l'azione di condanna ad un facere specifico consistente nell'emanazione di un provvedimento favorevole".

all'argomento sistematico offerto dalla presenza nel codice del processo amministrativo di talune azioni speciali di condanna, quali l'azione di condanna in materia di accesso (art. 116), l'azione di condanna a seguito del silenzio inadempimento (artt. 31 e 117) e l'azione di condanna all'aggiudicazione della gara ed alla stipulazione del contratto (art. 124), alle quali si affianca l'azione di classe di cui al decreto legislativo 20 dicembre 2009, n. 198⁴⁵.

La previsione di tali azioni speciali costituirebbe un segno che confermerebbe l'esistenza nel sistema di un'azione generale di condanna, risultando ammissibile concepire una statuizione del giudice che ordini all'Amministrazione l'esercizio del potere, senza perciò ledere il principio di separazione dei poteri.

Ritornando all'azione atipica di condanna all'adozione delle misure idonee a tutelare l'interesse legittimo leso, occorre però precisare come il legislatore abbia assoggettato tale rimedio al contestuale esperimento di altra azione, la quale non può che essere identificata nell'azione di annullamento del provvedimento di reiezione o nell'azione avverso il silenzio inadempimento, suscettibile di essere effettuata in presenza di un'inerzia da parte della PA non espressiva di un silenzio significativo⁴⁶.

⁴⁵ M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenza del codice e apertura a nuove tutele*, cit., p. 7: “Sempre sotto il profilo sistematico, può essere di aiuto un'altra considerazione e cioè che il Codice già contempla nella disciplina dei riti speciali ipotesi di azioni di adempimento. Infatti, a proposito del rito speciale in materia di contratti pubblici, l'art. 124 del Codice menziona espressamente la domanda di conseguire l'aggiudicazione, il cui accoglimento è condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto, nei casi in cui questa sia consentita. Il rito in materia di accesso continua a prevedere il potere del giudice di ordinare l'esibizione dei documenti richiesti (art. 116, comma 4). Inoltre, il d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198 sulla cosiddetta “class action” contro la pubblica amministrazione introduce un'azione volta a costringere la pubblica amministrazione a ripristinare il corretto svolgimento delle funzioni o la corretta erogazione di un servizio con conseguente potere del giudice di ordinare all'amministrazione soccombente di porre rimedio alla violazione accertata (art. 4). In presenza di queste previsioni tipiche, occorre chiedersi se si tratta di disposizioni eccezionali che confermano la mancanza di un'azione di adempimento come rimedio generale per gli interessi legittimi pretensivi, oppure soltanto di esemplificazioni di un'azione ammessa in via generale. Anche in questo caso un'interpretazione costituzionalmente orientata va in questa seconda direzione”.

⁴⁶ M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenza del codice e apertura a nuove tutele*, cit., p. 6: “Il comma chiarisce inoltre che l'azione di condanna può essere proposta “contestualmente ad altra azione” vietando cioè che essa possa essere esperita in via autonoma. Il comma ammette quest'ultima evenienza solo nei casi di giurisdizione esclusiva e “nei casi di cui al presente articolo”, cioè in quelli disciplinati nei commi successivi (condanna al risarcimento del danno ingiusto, in forma generica e in forma

Oltre, e precisamente nel secondo capitolo, ci si interrogherà *funditus* sulle ragioni di tale cautela adottata dal legislatore, potendosi anticipare sin d'ora come esse siano riconducibili al principio di separazione dei poteri che tanto ha condizionato l'evoluzione storica della tutela dell'interesse legittimo e, in generale, della giustizia amministrativa.

Sul fertile terreno arato dalla dottrina in risposta alla mutilazione dal testo del codice del processo amministrativo, la giurisprudenza, nella sua espressione più autorevole rappresentata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁴⁷, ha subito innestato argomenti in merito all'effettiva praticabilità dell'azione di condanna all'emanazione del provvedimento amministrativo richiesto ed illegittimamente negato dall'Amministrazione, individuandone, nello stesso tempo, i limiti in quelli già fissati dall'ordinamento, con riferimento all'azione avverso il silenzio inadempimento, per la valutazione in ordine alla fondatezza della pretesa della parte privata di fronte all'inerzia tenuta dall'organo competente, limiti dati dalla natura vincolata del provvedimento o dall'esaurimento della discrezionalità (diffusamente *infra*).

Ebbene, nell'occasione, in perfetta assonanza con le ragioni sopra richiamate, il più Alto Consesso di giustizia amministrativa, recependo i richiamati suggerimenti della dottrina, ha ricavato i frammenti di diritto positivo sui cui ancorare il giudizio di immanenza nel sistema dell'azione di adempimento, per un verso, dall'art. 30, c. 1, del codice, quale norma fondativa dell'azione generale di condanna, per altro verso, dall'art. 34, comma 1, lett. c), quale norma idonea a conferire a quest'ultima quel carattere di atipicità indispensabile per garantire l'effettività della tutela.

specifici, derivante da lesione di interessi legittimi e di diritti soggettivi). Occorre dunque chiedersi quali siano le altre azioni alle quali rinvia il comma 1. La risposta più naturale è che esse siano costituite essenzialmente dall'azione di annullamento e dall'azione avverso il silenzio.

⁴⁷ Cons. Stato, Adunanza plenaria, 29 luglio 2011, n. 15 in *obiter dictum*, ha argomentato che “*deve, inoltre, rilevarsi che il legislatore, sia pure in maniera non esplicita, ha ritenuto esperibile, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto. Ciò è desumibile dal combinato disposto dell'art. 30, comma 1, che fa riferimento all'azione di condanna senza una tipizzazione dei relativi contenuti (sull'atipicità di detta azione si sofferma la relazione governativa di accompagnamento al codice) e dell'art. 34, comma 1, lett. c), ove si stabilisce che la sentenza di condanna deve prescrivere l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio (cfr., già con riguardo al quadro normativo anteriore, Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139; 9 febbraio 2009, n. 717)*”.

Non si sono fatte, neppure, attendere pronunce di primo grado che abbiano fatto applicazione di tale orientamento, nel corpo delle quali il giudice amministrativo si sia pronunciato in merito al diniego opposto dall'Amministrazione ad istanze volte ad ottenere l'ampliamento della sfera giuridica mediante coltivazione di interessi pretensivi.

Muovendo dalla generale premessa secondo cui il potere giurisdizionale incontra l'unico ostacolo dato dalla persistenza di un nucleo di valutazioni discrezionali riservate all'Amministrazione, la giurisprudenza ha affermato la possibilità di spingersi alla verifica dell'esistenza in concreto dei presupposti per l'emanazione del provvedimento richiesto, soltanto quando si tratti di attività vincolata o quando risulti che non residuino ulteriori margini di discrezionalità, circostanza che ricorre ove l'Amministrazione, nel tempo, opponga reiterati dinieghi senza indicare "*alcuna valida causa ostativa*".

In tali circostanze, il dispositivo della sentenza, in accoglimento del ricorso, oltre all'annullamento del provvedimento di reiezione, può recare l'ordine rivolto all'Amministrazione di adottare il provvedimento chiesto infruttuosamente⁴⁸.

3.2. L'orientamento contrario al principio di atipicità.

Nonostante quanto appena esposto, non è mancato chi in dottrina abbia negato l'esistenza del principio di atipicità delle azioni e, conseguentemente, la fondatezza della tesi circa l'immanenza nel sistema del rimedio offerto dall'azione di adempimento, sulla scorta dell'osservazione che il legislatore, pur avendo avuto l'opportunità di definire in maniera organica un catalogo delle azioni, si è astenuto dal farlo, essendosi limitato a cristallizzare l'assetto preesistente, con al massimo qualche intervento di *maquillage*⁴⁹.

⁴⁸ TAR Lombardia - Milano, Sezione III, 8 giugno 2011, n. 1428; conformemente TAR Lazio, Sez. I, n. 472 del 19 gennaio 2011; TAR Puglia, Bari, Sez. III, n. 1807 del 25 novembre 2011.

⁴⁹ A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. Atti del LVI Convegno di studi amministrativi di Varenna del 23-25 settembre 2010*", Milano, 2011, p. 87; il codice del processo amministrativo "*non propone un catalogo delle azioni (talvolta il suo intervento appare piuttosto casuale), ma ne consente comunque un'identificazione precisa. Non ha inteso disciplinare in modo organico il tema delle azioni, ma ne ha assunto l'assetto precedente, quale era già presente nel nostro ordinamento, ed ha operato alcune integrazioni e correzioni specifiche. Di alcune azioni sono previsti più puntualmente i presupposti e i*

I fautori di questa tesi hanno fatto leva innanzitutto sul noto principio scolpito nel brocardo latino, secondo il quale “*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*”, dunque su un argomento formale secondo il quale, nel silenzio della legge, sarebbe esclusa la praticabilità dell’azione di specie in carenza di un referente normativo che ne costituisca fondamento, a differenza di quanto accade nell’ordinamento tedesco con la *Verpflichtungsklage*⁵⁰.

Le azioni speciali di condanna in materia di accesso, di silenzio e di appalti, sopra richiamate dai sostenitori dell’azione generale di condanna, sono state prese in considerazione anche da chi propende per il principio di stretta tipicità, facendo leva sull’argomento *a contrario*, secondo il quale la specialità delle singole previsioni vale ad escludere la generalità di un’azione atipica⁵¹.

Nondimeno, coloro che aderiscono al dogma della stretta tipicità dei rimedi nel processo amministrativo, percependo l’inidoneità dell’azione di annullamento nel soddisfare tutti i bisogni di tutela che possono derivare dalla lesione dell’interesse legittimo, hanno ricercato nel diritto positivo strumenti processuali che servano all’occorrenza.

Sicché, l’introduzione nell’ordinamento, ad opera dell’art. 7 della legge n. 205 del 2000, della proponibilità al giudice amministrativo della domanda di risarcimento del danno attraverso la reintegrazione in forma specifica, anche in sede di giurisdizione generale di legittimità (relativamente alla giurisdizione esclusiva, era già ammissibile ai sensi l’art. 35 del d.lgs. n. 80/98), è stata salutata come istituto processuale idoneo nel consentire alla sentenza di ingiungere all’Amministrazione l’adozione di adempimenti consistenti financo

possibili risultati... altre sono ammesse implicitamente, perché risultavano già acquisite nel quadro delle azioni nel processo amministrativo (si pensi all’azione di accertamento). Il quadro che si ricava dal codice, pertanto, non recepisce il canone dell’atipicità e non lascia comunque spazio ad azioni atipiche”.

⁵⁰ M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in Dir. Proc. Amm., 2005, “*Un primo argomento di tipo formale muove dalla considerazione che manca ancor oggi nel sistema normativo una disposizione espressa, analoga a quella prevista nell’ordinamento tedesco che disciplina la Verpflichtungsklage, che attribuisca in via generale al giudice amministrativo il potere di ordinare un facere all’amministrazione*”

⁵¹ M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in Dir. Proc. Amm., 2005, “*Le disposizioni, già richiamate, che ammettono in via eccezionale un siffatto potere nelle ipotesi limitate del rito speciale sull’accesso ai documenti amministrativi (che peraltro riguarda una fattispecie di diritto soggettivo) e sul silenzio, confermerebbero, sia pure a contrario, la tesi dell’inammissibilità dell’azione di adempimento nel processo amministrativo*”.

nell'adozione del provvedimento invocato, tutte le volte che il rimedio caducatorio si fosse rivelato inadeguato⁵².

Nello stesso solco si viene a collocare l'orientamento definito da autorevole dottrina “*dell'equivalenza dei rimedi*”, il quale, ai fini del soddisfacimento dell'interesse pretensivo rimasto frustrato, enfatizza il peso degli effetti conformativi derivanti dal giudicato di annullamento.

In pratica, risultando il dispositivo della sentenza il precipitato del ragionamento del giudice espresso in parte motiva, le ragioni poste alla base del giudizio costituirebbero altrettanti vincoli che l'Amministrazione verrebbe ad incontrare in sede di riedizione del potere, così da risultare obbligata ad esercitarlo in termini tali da risultare soddisfattivi dell'interesse dedotto in causa⁵³.

Sull'effettiva adeguatezza di tali soluzioni interpretative volte a limitare le statuizioni del giudice amministrativo entro il binario della stretta tipicità, ci si soffermerà oltre, allorquando si argomenterà in merito alle lacune che l'azione di adempimento è venuta a colmare.

Ora, occorre accennare all'obiezione più consistente che i fautori della tesi della tipicità delle azioni hanno posto in campo per opporsi all'idea di un'azione di adempimento capace di adattarsi ad ogni possibile istanza di tutela, fino a pervenire al conseguimento di una pronuncia ordinatoria che comporti in capo all'Amministrazione l'obbligo di emanazione del provvedimento.

⁵² M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in Dir. Proc. Amm., 2005, “*Per fondare l'azione di adempimento non può essere richiamato, peraltro, l'art. 35 del d.lgs. n. 80 (e l'omologo art. 7, comma 4, della legge n. 205 del 2000) che, come si è visto, attribuisce al giudice il potere di disporre “anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto”*”.

⁵³ M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in Dir. Proc. Amm., 2005, “*Un secondo argomento, che potrebbe essere definito “dell'equivalenza dei rimedi”, muove dal punto di vista dell'effettività e della celerità della tutela giurisdizionale e fa leva sul legame tra dispositivo e motivazione della decisione ai fini della determinazione dei limiti oggettivi del giudicato e dunque della determinazione dell'obbligo di conformazione che grava sull'amministrazione e che nel caso in cui si tratti di potere vincolato si traduce in un obbligo di provvedere in un modo determinato”*”.

Detta obiezione si appunta sull'inidoneità dell'interesse legittimo nel custodire all'interno del suo corredo genetico una pretesa protetta, a cui faccia da contraltare un obbligo in capo all'Amministrazione, suscettibile di divenire oggetto, prima, della statuizione ordinatoria che ingiunga al *facere*, poi, permanendo l'inadempimento, d'esecuzione forzata.

Ciò perché, dialogando l'interesse legittimo con il potere pubblico, quest'ultimo, in quanto situazione soggettiva sovraordinata, giammai potrebbe risultare gravato da un obbligo nei confronti di terzi, stante la prevalenza dell'interesse pubblico alla cui cura esso è preposto⁵⁴.

A tale argomento si lega un ulteriore profilo dell'obiezione in esame, quale logico sviluppo della prima osservazione, secondo il quale i pubblici poteri, essendo caratterizzati dall'elemento della discrezionalità amministrativa, non potrebbero essere mai compulsati da una pronuncia del giudice, pena la violazione del principio di separazione dei poteri che costituisce basilare fondamento dello Stato di diritto.

Ciò ad eccezione della marginale ipotesi del potere vincolato, con riferimento alla quale viene in rilievo il c.d. "primato della legge"⁵⁵, cioè la posizione di primazia che, comunque, il potere legislativo, in quanto diretta espressione della sovranità popolare, riveste rispetto al potere esecutivo ed al potere giurisdizionale, con l'effetto che quest'ultimo potrebbe sovrastare il primo, solo ove si atteggi esclusivamente nell'essere "*bouche de la loi*"⁵⁶.

⁵⁴ M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in Dir. Proc. Amm., 2005, "Un terzo argomento attiene al modo di costruire la relazione giuridica intercorrente tra soggetto privato e pubblica amministrazione specie nei casi in cui il potere abbia natura vincolata. L'azione di adempimento, cioè la condanna dell'amministrazione all'adozione di un provvedimento favorevole al ricorrente, 'postula, infatti, logicamente la configurabilità in capo al privato di un vero e proprio diritto a quell'atto ed in capo all'amministrazione di un vero e proprio obbligo alla soddisfazione di quella pretesa'. In buona sostanza, essa può intervenire solo là dove la struttura del rapporto giuridico possa essere costruita in termini di diritto soggettivo-obbligo e non anche in termini di interesse legittimo-potere (ancorché vincolato e dunque comportante un dovere di provvedere in un modo determinato)".

⁵⁵ M.S. GIANNINI, "Diritto amministrativo", Vol. I, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 81 ss.

⁵⁶ M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in Dir. Proc. Amm., 2005, "Un quarto argomento, di tipo sistematico, fa leva sul fatto che l'azione di adempimento non è compatibile, anche dopo la legge n. 205 del 2000, con la struttura attuale del processo amministrativo. Infatti, l'azione di adempimento tende a richiedere al giudice amministrativo un accertamento che non riguarda soltanto i vizi di legittimità degli atti impugnati, ma che si estende anche alla

Ebbene, è proprio sulle risposte che si cercherà di fornire a tali obiezioni che, più avanti, verrà ad incentrarsi il fulcro dell'odierno studio, risposte che, per utilizzare un'espressione di sintesi, attengono alla coercibilità del potere amministrativo da parte di una pronuncia giurisdizionale che riconosca al ricorrente la titolarità della parte attiva di un rapporto obbligatorio, il cui lato passivo è appunto occupato dall'Amministrazione.

4. Il recepimento in diritto positivo, quale azione ancillare.

Nondimeno, a questo punto dell'esposizione, occorre riferire che, sulla spinta della dottrina e della giurisprudenza favorevoli alla tesi dell'immanenza dell'azione in rilievo (come diffusamente evidenziato *supra*), il legislatore delegato, in sede di adozione dei decreti correttivi del codice del processo amministrativo previsti dalla legge delega, ha emanato il decreto legislativo 14 settembre 2012, n. 160, che, nel modificare l'art. 34 dedicato al contenuto delle sentenze di merito, ha aggiunto la statuizione secondo cui *“l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio”*.

È appena il caso di ricordare come l'art. 31, c. 3, reciti che *“il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione”*.

verifica dell'utilità specifica che spetta al ricorrente. Spesso, infatti, l'accertamento del vizio non esaurisce le valutazioni di competenza dell'amministrazione e non coincide dunque in modo automatico con l'attribuzione al ricorrente dell'utilità alla quale egli aspira ... L'accertamento del dovere di provvedere in modo determinato è possibile solo in presenza di un potere interamente vincolato. Ebbene, anche nel nostro ordinamento processuale si potrebbe ritenere ammissibile l'azione di adempimento almeno nei casi in cui in base alle regole oggi vigenti in tema di poteri delle parti e del giudice si pervenga in concreto a un accertamento completo dei presupposti e requisiti di legge che non lasci all'amministrazione spazio per alcuna valutazione ulteriore”.

In estrema sintesi, giova evidenziare come il legislatore *melius re perpensa* abbia dato corpo al progetto concepito in sede di elaborazione della bozza di codice, ma non con modalità speculari, avendo avuto cura di non disegnare un'azione autonoma.

Se tale fosse stata l'*intentio legis*, l'azione di condanna pubblicistica, in aderenza alle ragioni di ordine sistematico, avrebbe dovuto trovare collocazione nell'ambito del Libro I - Titolo III "Azioni e domande", piuttosto che nel Titolo IV "Pronunce giurisdizionali".

Viceversa, tale allocazione, accompagnata dalla previsione di un rapporto di pregiudizialità, se non addirittura di necessaria contestualità, rispetto all'azione di annullamento o avverso il silenzio, esprime la logica di un ingresso nel processo amministrativo di ordine residuale, a complemento del consolidato sistema delle tutele, che rimane incentrato sul giudizio impugnatorio⁵⁷.

Il modello conservativo della pregiudiziale annullatoria consente di invocare il sindacato del giudice solo ove il potere amministrativo sia stato esercitato o siano spirati i termini

⁵⁷ M.A. SANDULLI, *L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento*, in www.treccani.it/enciclopedia/, "Diversamente dall'azione atipica di cui all'art. 30, l'azione prevista dall'art. 34, lett. c), c.p.a. può essere proposta soltanto in dipendenza dall'azione di annullamento del diniego o dall'azione avverso il silenzio e "contestualmente" a queste ultime. La novella sembra in tal modo (il dubitativo è d'obbligo alla luce dei richiamati principi di effettività della tutela e delle interpretazioni "evolutive" cui in loro nome ci ha abituato la giurisprudenza amministrativa) radicalmente escludere, non solo ogni possibilità di proposizione dell'azione in via autonoma (neppure nei casi di giurisdizione esclusiva o di risarcimento), ma anche ogni possibilità di sua proposizione in correlazione con azioni diverse da quella caducatoria o di accertamento dell'inerzia (e, dunque, in termini difficilmente comprensibili, anche in correlazione con azioni di nullità o di risarcimento o con altre azioni costitutive o dichiarative, anche in sede di giurisdizione esclusiva). È analogamente difficile comprendere la ratio della prescrizione della contestualità, che, in termini più rigidi della mera pregiudizialità, impone che la domanda debba essere contenuta già nel ricorso introduttivo, insieme alla richiesta di annullamento o di accertamento dell'inerzia ex art. 31, co. 1, c.p.a. Se la correlazione ha una sua logica, in quanto, una volta concluso il giudizio di legittimità, sarebbe inutile proporre una domanda di adempimento, potendo la parte agire in sede di ottemperanza, non ha obiettiva ragion d'essere l'inammissibilità della sua proposizione nelle more della definizione del giudizio sulla domanda principale e, addirittura, nelle more della decorrenza dei termini di proponibilità di quest'ultima.".

procedimentali per esercitarlo, così da scongiurare l'evenienza che il potere giurisdizionale possa agire in forma di preventiva supplenza⁵⁸.

Il rispetto del limite costituito dall'attività vincolata o dalla discrezionalità esaurita, assicura la conformità a Costituzione, atteso che garantisce l'esercizio del potere dispositivo del giudice nei soli casi in cui il contenuto del provvedimento sia iscritto nella legge, ovvero l'Amministrazione abbia esaurito la discrezionalità.

Del resto, l'ipotesi di una scissione dell'azione di adempimento da quella annullatoria rischierebbe di porsi in contrasto con il criterio di riparto di giurisdizione di cui all'art. 103 Cost., dato che la nozione d'interesse legittimo è inscindibilmente legata all'esercizio del potere amministrativo.

Ammettere che il giudice amministrativo possa pronunciarsi sulla spettanza del bene della vita con modalità del tutto svincolate rispetto a quell'esercizio di potere, significherebbe propendere per l'esistenza di una posizione giuridica autonomamente iscritta nell'ordinamento e, perciò, direttamente conoscibile dal giudice, che, per la sua consistenza, verrebbe inevitabilmente a cadere nell'area del diritto soggettivo.

Come anticipato, sono questi i temi con i quali ci si intende confrontare nel corpo del presente studio, ma a patto di soddisfare, prima, l'esigenza di spiegare al lettore le ragioni dei tentennamenti dimostrati dal legislatore nel recepire l'azione di specie, dapprima ostracizzandola dalla trama del codice del processo amministrativo, in seguito recependola in forma più dimessa rispetto a quella originariamente concepita dalla Commissione, ragioni profondamente radicate nella storia della giustizia amministrativa e dell'evoluzione della figura dell'interesse legittimo.

⁵⁸ M.A. SANDULLI, *L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento*, in www.treccani.it/enciclopedia, "Il secondo limite ha carattere sostanziale ed è modulato sui limiti previsti dall'art. 31, co. 3, c.p.a. per l'azione diretta all'accertamento della pretesa nel rito avverso il silenzio, consentita soltanto «in caso di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione». La ratio della disposizione è evidente: essa mira ad impedire la sostituzione del giudice alla pubblica amministrazione, lasciando al tempo stesso ampio margine di intervento all'organo giudicante, anche attraverso l'esercizio di poteri sollecitatori degli adempimenti istruttori «che debbano essere compiuti dall'amministrazione» e la valutazione dell'esaurimento della discrezionalità".

CAPITOLO II

IL DIFFICILE RAPPORTO TRA AMMINISTRAZIONE E GIURISDIZIONE

1. In principio ... la potestà non ha giudice.

“Dunque l’amministrazione ha bensì il mandato di esercitare le funzioni che le spettano, e di compiere tutti gli atti che tendono al conseguimento dei suoi fini: ma sotto la condizione di non eccedere in quell’esercizio e nella scelta dei suoi atti tali limiti, cioè di non violare alcun diritto, di adempiere ai propri obblighi, di non infrangere nessuna legge. Allorché l’amministrazione si contiene entro questi confini, son io il primo a farmi strenuo propugnatore dell’indipendenza assoluta del potere amministrativo da ogni altro; ed in questo caso apertamente io respingo, anzi deplorerei qualunque ingerenza o immistione dell’autorità giudiziaria in un campo ad essa chiuso ed inaccessibile. Sia pure che l’autorità amministrativa abbia fallito alla sua missione, che non abbia provveduto con opportunità e saggezza, che non abbia saputo ottenere la massima somma di prosperità e di sicurezza pubblica mercè i suoi atti; sia pure che essa abbia, e forse anche senza motivi, rifiutato ad un cittadino una permissione, un vantaggio, un favore, che ogni ragione di prudenza e di buona economia consigliasse di accordargli; ovvero gli abbia ordinato di concorrere con soverchio e non necessario disagio allo scopo di un pubblico servizio, cui si abbia potestà di provvedere con l’opera gratuita dei privati; sia pure che questo cittadino è stato in conseguenza ferito, e forse anche gravemente, nei propri interessi: che perciò? Ed ecco, o signori, a questo punto sorgere il criterio proposto da più illustri pubblicisti, e adottato dalla Commissione. Che cosa ha sofferto il cittadino in tutte le ipotesi testé discorse? Semplicemente una lesione degli interessi? Ebbene, ch’ei si rassegni. Se nell’ordine gerarchico della stessa amministrazione siavi la possibilità del richiamo ad un’autorità amministrativa superiore, che egli ricorra pure a questa contro l’erroneo e lesivo

provvedimento dell'amministrazione inferiore. Questa autorità superiore pronuncerà sul richiamo"⁵⁹.

Nell'affrontare il tema che ci occupa, è parso a chi scrive che migliore *incipit* non vi sarebbe potuto essere del riportare un estratto del famoso discorso pronunciato da Pasquale Stanislao MANCINI, in occasione della discussione del disegno di legge per l'abolizione del contenzioso amministrativo, tenutasi alla Camera dal 9 al 22 giugno 1864⁶⁰.

Collocatosi nell'ambito del "*duello oratorio fra il CORDOVA ed il MANCINI ... il discorso del MANCINI ... fu un'esposizione, la più completa che si potesse desiderare, delle dottrine della scuola liberale. Da questo discorso, più e meglio che dalle relazioni del Governo o della Commissione, si può intendere in quale ambiente politico dottrinale fu compiuta in Italia l'abolizione del contenzioso e quali fossero i principi ed i criteri informatori delle nuove disposizioni legislative*"⁶¹.

In tale contesto, la classe dirigente liberale si contrappose aderendo a due distinti orientamenti, l'uno, risultato prevalente con l'approvazione della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E (da ora L.A.C.), propendente per l'abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo e la devoluzione al giudice ordinario di ogni controversia in materia di diritti civili e politici, orientamento sostenuto da MANCINI, MINGHETTI, BONCOMPAGNI e BORGATTI, l'altro, rivelatosi soccombente e sostenuto da CRISPI, CORDOVA e RATTAZZI, che invocava la conservazione del sistema del contenzioso amministrativo⁶²,

⁵⁹ A.SALANDRA, *La Giustizia amministrativa nei governi liberi con Speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Unione tipografico-editrice, Torino, 1904, p. 350.

⁶⁰ A.SALANDRA, *La Giustizia amministrativa nei governi liberi con Speciale riguardo al vigente diritto italiano*, op. cit., p. 328.

⁶¹ A.SALANDRA, *La Giustizia amministrativa nei governi liberi con Speciale riguardo al vigente diritto italiano*, op. cit., p.329.

⁶² G. GRECO, "*L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*", op. cit., pp. 70-78, "*Il nostro ordinamento del contenzioso amministrativo ... aveva già conosciuto e contemplato una più ampia forma di tutela giurisdizionale; una tutela giurisdizionale c.d. <<piena>>, in quanto investiva anche i profili non giuridici dell'attività amministrativa da sindacare e conferiva ai giudici poteri decisori altrettanto ampi. Statuiva, infatti, l'articolo 31 del R.D. 30 ottobre 1859, n. 3708, che <<le sentenze dei Consigli>> (di Governo, organi giurisdizionali di primo grado) <<produrranno gli stessi effetti di quelle dei tribunali civili e saranno esecutorie negli stessi modi>>*".

ritenendo che “*l’esistenza di un giudice apposito per l’amministrazione*” finisse per garantire meglio una “*azione amministrativa tanto più autonoma ed efficiente quanto maggiori erano i bisogni ai quali si doveva far fronte nella costruzione del nuovo Stato*”⁶³.

1.1. Giurisdizione unica: la salvaguardia del principio di separazione dei poteri attraverso l’irrelevanza giuridica dell’interesse legittimo.

Come traspare dalle stesse parole del MANCINI e come ricostruito da attenta dottrina, l’orientamento favorevole al sistema di giurisdizione unica non si limitava a richiedere un giudice separato dall’Amministrazione, ma in nome del principio di separazione dei poteri, una “*amministrazione ... ‘separata’ dalla giurisdizione e cioè sottratta al controllo di questa*”⁶⁴.

In estrema sintesi, il disegno concepito dal MANCINI e successivamente attuato con la L.A.C., mirava alla “*sottrazione al controllo giudiziario della sfera della cosiddetta amministrazione pura ... e l’immunità comunque dei provvedimenti amministrativi da ogni intervento diretto del giudice*”, in pratica sancendo “*l’esistenza di una zona amministrativa franca da controllo giudiziale*” e, dunque, realizzando un’area di “*non giuridicità*”⁶⁵.

⁶³ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, VI ed., Il Mulino, Bologna, 2002, pp. 62-63.

⁶⁴ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 63.

⁶⁵ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 63; VIII Legislatura del Regno d’Italia, Camera dei deputati, *Seguito della discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo*, tornata del 13 giugno 1864, intervento On. MANCINI, in storia.camera.it, p. 5275, “*Quando, invece, con l’opposizione, pur confessando che nessun diritto è stato violato dall’amministrazione, che essa si è conformata perfettamente alle legge, adducesi che l’amministrazione proceda troppo rigorosamente, esercitando un summum ius, richiedendo troppi sacrifici, allora evidentemente non è più una questione di diritti offesi, né di leggi violate; non vi ha che puramente e semplicemente una questione d’estimazione di interessi, queste sono le sole questioni che dovranno secondo il progetto della Commissione, appartenere all’esame dell’amministrazione, circondata però da tutti quei medesimi elementi d’una illuminata cognizione e voti consultivi, da cui pure la vorrebbe circondata l’onorevole Cordova... L’onorevole Cordova vuol mandare tutte queste materie all’amministrazione larvata sotto le forme del contenzioso amministrativo; noi invece vogliamo che una loro parte essenziale, quella in cui vengano in contestazione violazione dei diritti e di leggi, ora per la prima volta, mercé questa legge, ottenga le garanzie e la salvaguardia dell’autorità indipendente dei tribunali*”

Si tenga conto del fatto che, già in quell'epoca, sul piano concettuale, era assolutamente chiara la linea di demarcazione tra quanto potesse definirsi come “giuridico” e quanto difettesse di tale attributo, e altrettanto nitida era la risposta su quale fosse l'elemento discrezionale idoneo a tracciare la relativa linea di demarcazione, individuato nell'esistenza di una posizione sostanziale differenziata, riconosciuta dall'ordinamento, e nella sua conoscibilità da parte del giudice, ai fini della sua tutela⁶⁶.

⁶⁶ VIII Legislatura del Regno d'Italia, Camera dei deputati, *Seguito della discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo*, tornata del 13 giugno 1864, intervento On. MANCINI, in storia.camera.it, p. 5275, “*Nel progetto della Commissione si ripete sempre la stessa solenne e feconda distinzione: se vi sono opposizioni agli atti esecutivi della pubblica amministrazione, fossero anche impugnati quanto alla forma; quante volte il titolo o motivo dell'opposizione consista nella denuncia di una legge che sia stata violata, ovvero che l'amministrazione, stendendo la sua potente mano sopra un privato, i suoi diritti, le sue cose, abbia preteso di costringerlo ed obbligarlo a soggiacere all'esecuzione dei suoi atti senza l'osservanza di quelle forme che la legge prescrisse, poco importa che vi sia stato un atto esecutivo della pubblica amministrazione, giudice della legalità di questa opposizione all'atto esecutivo, in tal caso, nel sistema della Commissione, non è e non può essere che l'autorità giudiziaria*”; p. 5277, “*è nostra opinione che indistintamente tutti i diritti civili e politici, cioè i diritti da privato a privato, e da privato a pubblica amministrazione, sono sotto la vigile custodia dell'autorità indipendente ed inamovibile della magistratura. Tale ufficio non cessa perché sia intervenuto un atto del potere esecutivo o amministrativo; gli ordini di qualunque autorità per derogare le leggi o sospenderne ed impedirne l'osservanza, non possono produrre conseguenze obbligatorie ... la cognizione delle controversie di validità e di interpretazione degli atti amministrativi, non abbiamo dichiarato apertamente e schiettamente che tutte le volte che sorga questione di validità dell'atto amministrativo o, per dir meglio, di conformità dell'atto amministrativo con la legge, sicché vi sia alcun cittadino il quale ne dica lesa un proprio diritto che trova nella legge la sua protezione; importa nulla che quest'atto rivesta la forma amministrativa, e sia un ordine emanato forse dalla più eminente autorità, sono i soli tribunali ordinari ai quali spetta rivendicare alla legge il suo impero ed assicurarne l'osservanza come in faccia ai privati, così bene anche a fronte dell'autorità amministrativa; e quindi essi dichiarano se l'atto amministrativo sia capace o no di produrre conseguenze giuridiche, ed entro quali limiti possa produrle. Del pari, una volta che l'amministrazione ha emanato il suo atto, ha sottoscritto il suo contratto, sarebbe la più enorme delle ingiustizie, la più pericolosa delle parzialità pretendere che l'amministrazione stessa se ne faccia esclusivamente interprete: fino a che non ci è contesa nel campo dei diritti e dei precetti imperativi della legge, ciò si comprende; ma non appena si elevi una contesa tra l'amministrazione e il privato sull'interpretazione ed il vero significato e il valore dell'atto, sarebbe non solo una colpevole parzialità, ma qualche cosa che si avvicina alla derisione e allo scherno, il pretendere che questa contesa intorno alla*

Ebbene, il MANCINI costruisce questa sorta di porto franco rispetto alla forza espansiva dell'ordinamento giuridico e, dunque, della sfera di cognizione del giudice, disegnandovi intorno un ideale confine, il cui perimetro ritiene sia tracciato dalla legge e dalle situazioni di diritto soggettivo che essa riconosce ai privati, come si ricava dalla parte del discorso⁶⁷ in cui egli richiama i limiti che l'Amministrazione incontra nell'esercizio delle funzioni, limiti che l'insigne giurista ritiene costituiti dalla “*condizione di ... non violare alcun diritto ... di non infrangere nessuna legge*”.

All'interno di questo perimetro, per il MANCINI, onde consentire all'Amministrazione di ottemperare al “*mandato di esercitare le funzioni che le spettano, e di compiere tutti gli atti che tendono al conseguimento dei suoi fini*”, deve essere assicurata “*l'indipendenza assoluta del potere amministrativo da ogni altro*”, evitando “*qualunque ingerenza o immistione dell'autorità giudiziaria in un campo ad essa chiuso ed inaccessibile*”.

Posto che il giudice – è ben chiaro al MANCINI⁶⁸ –, per il fondamentale principio dell'azionabilità delle situazioni soggettive, è legittimato a conoscere di tutti i diritti ascritti ai soggetti dell'ordinamento, allo scopo di realizzare l'auspicata “riserva di amministrazione”,

presunta intenzione ed il senso di quel contratto, di quell'atto in cui l'amministrazione è stata parte, debba essere devoluta non ad un'autorità neutrale, indifferentemente, a quell'autorità che giudica ed interpreta i contratti e gli atti anche dei privati, ma che l'interprete unico e supremo, i cui errori rimangano irreparabili, debba essere una delle parti interessate, val quanto dire la stessa amministrazione”.

⁶⁷ VIII Legislatura del Regno d'Italia, Camera dei deputati, *Seguito della discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo*, tornata del 13 giugno 1864, intervento On. MANCINI, in storia.camera.it, p. 5276, “*Se invece ... supponete un diritto violato, una legge offesa; non importa che si tratti di uso e di esercizio di cose che non appartengono a nessun titolo di privata proprietà; immediatamente l'autorità giudiziaria se ne impadronisce, essa che è sola custode, sola difenditrice dell'integrità e dell'inviolabilità della legge; da ciò appunto deriva che senza distinzione di materie, le contestazioni relative passano tutte sotto il di lei giudizio*”.

⁶⁸ VIII Legislatura del Regno d'Italia, Camera dei deputati, *Seguito della discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo*, tornata del 13 giugno 1864, intervento On. MANCINI, in storia.camera.it, p. 5279, “*l'onorevole Soldi. ... mi obiettò che non un giureconsulto, ma qualunque novizio del foro sapeva che il diritto pratico era l'azione, e che ogni azione comprende un interesse. Ebbene, da ciò può concludersi soltanto che dove esista un diritto, necessariamente esistono pure un'azione ed un interesse, ciò che io per primo non mancai mai di riconoscere*”.

è necessario affermare l'irrelevanza giuridica degli interessi coinvolti dalla PA⁶⁹, quando, nel perseguire la sua "missione", agisce come "autorità amministrativa".

La distinzione tra diritti ed interessi e l'affermazione dell'irrelevanza giuridica di quest'ultimi divengono argomenti utili a consolidare il principio di separazione dei poteri, sulla scorta della considerazione che in tanto esso può essere considerato realmente esistente, in quanto gli atti discrezionali dell'amministrazione siano sottratti al sindacato giurisdizionale⁷⁰.

Stante la loro irrilevanza, di fronte alla frustrazione di tali interessi ad opera di un *agere* amministrativo che, per il MANCINI, può spingersi fino ai limiti della scorrettezza e della contrarietà alla buona fede⁷¹, il cittadino "ferito ... anche gravemente" non ha che da rassegnarsi, mancando la possibilità giuridica di far valere i "propri interessi" avanti ad un giudice, per carenza di una delle fondamentali condizioni dell'azione⁷².

⁶⁹ VIII Legislatura del Regno d'Italia, Camera dei deputati, *Seguito della discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo*, tornata del 13 giugno 1864, intervento On. MANCINI, in storia.camera.it, p. 5279, "Ma quando invece non esiste una legge positiva che riconosca questo diritto, quando niuna legge lo gaurentisca, quando non vi ha facoltà di costringimento né verso i privati, né verso la pubblica amministrazione, e quindi manca l'azione esperibile a piacimento; come mai pretendete chiamar diritto minore, benché manchino tutti gli elementi costitutivi dell'essenza di qualunque diritto, un semplice interesse, sempre subordinato all'apprezzamento della pubblica amministrazione, ed in altri termini alla sua potestà discrezionale, al suo buon piacere?".

⁷⁰ VIII Legislatura del Regno d'Italia, Camera dei deputati, *Seguito della discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo*, tornata del 13 giugno 1864, intervento On. MANCINI, in storia.camera.it, p. 5279, "quella distinzione tra gli interessi e i diritti, che insegnata dalla scienza, chiarita dalla dottrina degli interpreti ed applicata dalla giurisprudenza, la Commissione scorse come il meno fallace criterio razionale cui potesse affidarsi per mantenere la separazione e l'indipendenza dei due poteri, giudiziario ed amministrativo".

⁷¹ "non abbia provveduto con opportunità e saggezza ... abbia ... senza motivi, rifiutato ad un cittadino una permissione, un vantaggio, un favore, che ogni ragione di prudenza e di buona economia consigliasse di accordargli; ovvero gli abbia ordinato di concorrere con soverchio e non necessario disagio allo scopo di un pubblico servizio"

⁷² VIII Legislatura del Regno d'Italia, Camera dei deputati, *Seguito della discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo*, tornata del 13 giugno 1864, intervento On. MANCINI, in storia.camera.it, p. 5276, "se l'autorità amministrativa, provvedendo con i suoi atti circa l'uso e l'esercizio di cose che non appartengono ad alcuno a titolo di privato dominio, ha esercitato una potestà discrezionale, e

Tali interessi - secondo il MANCINI - cadono nell'ambito dell'agire libero dell'Amministrazione e, perciò, l'unica prospettiva per ottenere un provvedimento di segno diverso, è quella di rimettersi allo “*ordine gerarchico della stessa amministrazione*”, il quale non può che decidere secondo opportunità e non certo secondo diritto.

La chiave di volta offerta dalla distinzione tra diritti ed interessi allo scopo di dare sicuro consolidamento all'assoluta impermeabilità tra competenze dell'amministrazione e competenze della giurisdizione, ancor prima del MANCINI, è stata azionata, nel corso dei lavori parlamentari, dal relatore al disegno di legge che ci occupa, l'onorevole BORGATTI, il quale ha tenuto a precisare la necessità di una sua certa affermazione in diritto positivo, avendo ritenuto non praticabile la rimessione della delicata questione all'opera della giurisprudenza, come accaduto in Francia, stante la complessità della disciplina italiana in tema di contenzioso amministrativo⁷³.

Nondimeno, osservava il BORGATTI, come il regime giuridico che il disegno della L.A.C. intendeva introdurre e ha poi introdotto, recepisce gli insegnamenti della scuola

solamente la estimazione degli interessi ha potuto essere più o meno saggia, più o meno avveduta, senza che però sia lesiva di veruna legge, né contenga l'offesa di veri diritti; in tal caso la magistratura giudiziaria è incompetente, ed il riesame amministrativo di tali atti non può aver luogo che gerarchicamente avanti la stessa amministrazione”.

⁷³ VIII Legislatura del Regno d'Italia, Camera dei deputati, *Seguito della discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo*, tornata del 13 giugno 1864, in storia.camera.it, intervento On. BORGATTI, p. 5259-5260, “*perché non avete lasciato tutto ciò alla scienza e alla giurisprudenza amministrativa, e non vi siete limitati a uno o due articoli portanti puramente e semplicemente l'abolizione del contenzioso amministrativo? Io credo che ciò si sarebbe potuto fare senza inconveniente alcuno in Francia, ove appunto la scienza e la giurisprudenza sopperirebbero al silenzio della legge... Il principio della separazione dei due poteri troverebbe, mercè le regole già introdotte nella giurisprudenza, quella piena e regolare applicazione che non ritrova ora per le ragioni indicate. In altri termini: in Francia non si tratterebbe se non di sostituire i tribunali ordinari agli attuali tribunali amministrativi... Ma in Italia, ove il contenzioso amministrativo è regolato da leggi e pratiche diverse, e ove per ciò la scienza e la giurisprudenza non hanno norme comuni ed uniformi, l'abolizione non può essere fatta come potrebbe essere fatta in Francia. Qui la legge deve provvedere nel modo stesso che in Francia provvederebbero il corollario della scienza e le regole della giurisprudenza. E primo tra questi corollari, prima tra queste regole di giurisprudenza è appunto la distinzione fra i diritti e gli interessi”.*

francese⁷⁴, dal momento che, quanto alla distinzione tra diritti ed interessi, il *Conseil d'État* non aveva mai pronunciato se non in materia di diritti, avendo rimesso all'amministrazione ogni questione attinente interessi, mentre in relazione alla questione dell'intangibilità dell'atto amministrativo ad opera del giudice, la soluzione della disapplicazione era pacificamente adottata, a tutela dell'insormontabilità del più volte richiamato principio di separazione dei poteri.

Nello stesso solco si è venuto a collocare l'intervento dell'onorevole BONCOMPAGNI, il quale ha posto l'accento sul particolare che l'attività del Governo si traduca nella promozione degli interessi pubblici attraverso l'imposizione di comandi, con il limite che tali comandi non possono incidere sui “*diritti individuali*”, i quali sono tutelati da una “*regola immutabile*”, invocabile ed applicabile nell'ambito di un giudizio e, perciò, impenetrabile dalla potestà dispositiva dell'Esecutivo.

Diversamente, quando cura l'interesse pubblico, il Governo agisce con poteri discrezionali, ispirandosi a regole di prudenza e di opportunità, che non possono tradursi in una “*regola assoluta*” e, per sua natura, suscettibile di tutela giurisdizionale⁷⁵.

⁷⁴ VIII Legislatura del Regno d'Italia, Camera dei deputati, *Seguito della discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo*, tornata del 13 giugno 1864, in storia.camera.it, intervento On. BORGATTI, p. 5259-5260, “*Ma il Vivien ... finisce col dire che non ha che un modo per conseguire siffatta separazione. E sapete qual è questo modo? La distinzione appunto tra i diritti e gli interessi che si è osato di deridere e disprezzare siccome una sottigliezza scolastica. Ed aggiunge di più il Vivien che in questa distinzione si ha la definizione più esatta e precisa del contenzioso amministrativo, secondo la giurisprudenza costantemente seguita dal Consiglio di Stato. 'Giammai, egli dice, il Consiglio di Stato, salvo che si trattasse di casi espressamente eccettuati per legge, ammise ricorsi in via contenziosa, se essi non erano fondati sopra un diritto, come respinse sempre ogni pretesa fondata sopra un semplice interesse, rinviandola all'amministrazione pura e ricusandosi di conoscerne in via contenziosa'... I nostri oppositori ci hanno censurati: anche per l'articolo quarto del nostro progetto, in cui sta scritto che la potestà giudiziaria deve limitarsi a pronunciare sulle conseguenze giuridiche dell'atto amministrativo senza revocarlo, modificarlo, toccarne come che sia il merito ... Il Dufour ... dice che ... il giudice ... non può revocare o modificare un atto amministrativo, imperocché, ove il facesse, assumerebbe l'ufficio proprio soltanto dell'amministrazione. In una parola: anche l'articolo quarto come gli altri precedenti è logicamente e rigorosamente dedotto da quel fondamentale principio della separazione dei poteri tante volte ricordato*”.

⁷⁵ VIII Legislatura del Regno d'Italia, Camera dei deputati, *Seguito della discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo*, tornata del 10 giugno 1864, in storia.camera.it, intervento On. BONCOMPAGNI, p. 5201, “*Ora, quando adempie a tutti questi diversi uffici, sia che egli giudichi, sia*

Di qui, nel ricostruire la linea di confine tra l'attività di diritto privato dell'amministrazione, involgente situazioni di diritto soggettivo, e quella autoritativa o di comando (come definita nel linguaggio di allora), incidente solo su interessi, il BONCOMPAGNI, riferendosi all'attività di esproprio, tanto diffusa a quell'epoca e tanto sensibile per i giuristi d'impronta liberale particolarmente attenti alla tutela della proprietà, si è, altresì, posto la questione della sopravvivenza del diritto stesso *sub specie* di diritto al risarcimento del pregiudizio causato dall'atto ablativo, cogliendo l'irragionevolezza dell'orientamento di quanti avrebbero voluto trattenere tale questione alla competenza del contenzioso amministrativo, ai quali lo studioso ha rimproverato: *Se voi amministrare, non giudicate; se voi giudicate, non amministrare*⁷⁶.

che egli protegga gli individui, sia che egli promuova gli interessi pubblici, che fa il Governo? Il Governo comanda sempre ... Allorquando egli protegge i diritti individuali, procede da una regola immutabile, come è immutabile la giustizia; indi avviene che i giudizi non prendono norma dai comandi di chi governa ... Allorquando si tratta di atti che promuovono l'interesse pubblico, che non proteggono il diritto delle persone, il Governo fa altra cosa; egli prende norma dalla prudenza, dall'estimazione delle occorrenze, da un complesso di considerazioni che non possono definirsi per mezzo di una regola assoluta. Indi quella parola barbara di potere discrezionale. Necessariamente è sempre un potere discrezionale quello che il Governo esercita nell'amministrazione dello Stato. Diciamolo in linguaggio più italiano, più accomodato al senso comune, di un potere il cui uso dipende dal discernimento, dalla prudenza, dalla discrezione di chi l'adopera. Indi due norme affatto diverse, allorquando il Governo difende un diritto, o allorquando promuove un interesse comune".

⁷⁶ VIII Legislatura del Regno d'Italia, Camera dei deputati, *Seguito della discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo*, tornata del 10 giugno 1864, in storia.camera.it, intervento On. BONCOMPAGNI, p. 5201, "Vi ho detto che coloro che amministrano comandano. Comandano si sa, ma talvolta essi fanno altra cosa: essi posseggono dei beni, essi risarciscono dei danni, essi stipulano dei contratti. Quando compiono tutti questi atti essi non comandano, essi non esercitano quell'autorità a cui tutti devono obbedire. Ma avvi ancora un'altra considerazione. Quando essi comandano possono trovarsi di contro a dei diritti, e questi diritti possono porre un ostacolo all'esecuzione di questo comando. Udii in questa discussione che non è ben chiaro, ben definito il limite che separa l'interesse dal diritto... Io ho interesse e posso avere un giusto interesse che una strada passi in un luogo piuttosto che in un altro; mi competerà perciò un diritto come mi compete quando rivendico una proprietà, quando pretendo l'esecuzione di un contratto, o il risarcimento di un danno che mi sia stato cagionato? Certamente avvi qui una differenza sostanziale tra i due casi, perché non si può procedere nell'istesso modo. Che cosa dovrà dunque farsi quando il Governo abbia innanzi a sé un diritto; dovrà prevalere il potere amministrativo sul potere giudiziario? Dovrà egli dire: io procedo all'esecuzione dell'atto che ho comandato nell'interesse dell'amministrazione pubblica, qualunque

Il BONCOMPAGNI ha, poi, invocato l'autorevolezza di un insigne studioso di diritto pubblico francese, il duca di BROGLIE, il quale, per il vero, è stato conteso da ambedue gli schieramenti, così che ciascuno lo ha chiamato in causa per i profili che più risultavano utili a sostenere la propria tesi.

In particolare, nell'occasione, è stata richiamata la riflessione del Maestro in merito alla ripartizione tra la *materia giudiziaria* e la *materia del contenzioso amministrativo*, la quale comporta che le singole questioni, nell'ambito della prima, devono essere portate all'esame di un giudice terzo, imparziale e protetto da quelle garanzie che ne assicurano la sottoposizione soltanto alla legge, il quale pronuncia nei limiti del *thema dedicendum* fissato dalle parti, nell'ambito della seconda, avanti alla stessa autorità che ha emanato l'atto in contestazione, la quale è viceversa inserita in un contesto gerarchico ed è libera di decidere tenendo conto di tutti gli interessi in gioco e non soltanto di quelli dedotti nella domanda attorea⁷⁷.

sia il diritto che ci si possa porre, o dovrà riscattarsi e fare risolvere l'opposizione dai magistrati che sono preposti alla tutela del diritto? ... Ma, si dirà, insomma, con l'amministrazione esecutiva vi è l'amministrazione giudicante, l'amministrazione contenziosa. Io confesso che questo accoppiamento di due parole che fanno a pugni, mi pare mostruoso. Se voi amministrare, non giudicate; se voi giudicate, non amministrare. Queste due funzioni procedono con due metodi assolutamente diversi”.

⁷⁷ VIII Legislatura del Regno d'Italia, Camera dei deputati, *Seguito della discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo*, tornata del 10 giugno 1864, in storia.camera.it, intervento On. BONCOMPAGNI, p. 5201, “*Da uno di quelli che presero a parlare nella presente discussione fu invocata dall'autorità di uno dei più grandi pubblicisti costituzionali della Francia, il duca di Broglie. Permettetemi che io vi metta innanzi un passo in cui l'illustre scrittore fa spiccare tutte le differenze sostanziali che passano tra l'andamento dell'amministrazione e quello del procedimento giuridico. 'In materia giudiziaria, dice egli, è massima che ogni questione debba portarsi innanzi ad un giudice estraneo agli interessi di cui si tratta, che non ne abbia preso cognizione insino allora, innanzi a un giudice di cui né l'interesse, né l'amor proprio, siano impegnati nell'esito che possa avere la questione; in materia di contenzioso amministrativo, all'opposto, è massima che ogni questione debba portarsi innanzi all'autorità stessa contro cui è rivolto il richiamo. In materia giuridica, è massima che il giudice che pronuncia sia inamovibile, indipendente, esente da ogni responsabilità, che non abbia sopra di sé altri che Dio e la legge; in materia di contenzioso amministrativo è massima che l'autorità che pronuncia sia amovibile, responsabile, dipendente, soggetta a rendere conto dell'operato suo. In materia giuridica è massima che ogni inchiesta si restringa rigorosamente nei limiti dell'azione e dell'eccezione; in materia di contenzioso amministrativo è massima che l'inchiesta dei fatti si estenda a tutti gli interessi, a tutte le persone interessate, che sono o non sono in causa”.*

1.2. La rilevanza giuridica dei “diritti subordinati”: il “contenzioso amministrativo” quale compromesso a tutela del principio di separazione dei poteri.

Alla tesi dell'irrelevanza giuridica degli interessi coinvolti dall'esercizio del potere si opponevano i fautori dell'orientamento facente capo al CORDOVA, il quale argomentava in ordine all'esistenza di situazioni giuridiche minori, che trovavano protezione proprio avanti ai tribunali del contenzioso amministrativo, la cui abolizione avrebbe privato siffatte situazioni di ogni forma di garanzia, con la conseguenza di determinare un regresso, anziché una progressione, del sistema delle tutele⁷⁸.

In particolare, CORDOVA, dal canto suo e quindi a favore della prospettazione a lui cara, ha introdotto nel dibattito parlamentare quelle riflessioni del duca di BROGLIE, in cui egli ebbe a qualificare *intérêts à apprécier*, cioè “interessi da apprezzare”, quelle situazioni minori, alle quali lo stesso CORDOVA attribuisce il *nomen* di “diritti subordinati”, ossia posizioni sostanziali che in nulla si differenziavano dai diritti soggettivi, se non dall'essere subordinati alla previa soddisfazione dell'interesse pubblico⁷⁹.

Ciò premesso, così come realizzato per i sostenitori del sistema di giurisdizione unica, conviene riportare le posizioni anche di altri autorevoli rappresentanti dello schieramento favorevole alla conservazione del contenzioso amministrativo, per la ricchezza dei loro contributi ai fini della ricostruzione storica del sistema delle tutele di fronte ai pubblici poteri, che rivela una sconcertante attualità anche ai fini di studio che ci occupa.

⁷⁸ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 64 “‘Se si riservano alcune materie (all'amministrazione pura) e si sottraggono ai tribunali ordinari, allora, si spogliano i privati delle garanzie offerte dai tribunali del contenzioso amministrativo e, sotto colore di progredire, si fa un regresso’. Questa corrente aveva occhio alle situazioni giuridiche minori, agli interessi-non diritti che, come s'è visto, già trovavano protezione attraverso gli istituti del contenzioso amministrativo”.

⁷⁹ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 64, “Replicava Cordova ‘Broglie pensò di chiamare quelli che chiamo diritti legittimi, *intérêts à apprécier* ... Ma questi interessi da apprezzare che cosa sono se non diritti? Non vi è alcuna differenza fra questi diritti e quelli che sono affidati alla tutela dell'autorità giudiziaria, se non che di diritti che sono subordinati alle considerazioni dell'utilità pubblica, di diritti minori, di diritti subordinati”.

Ecco che, allo scopo dell'odierna ricostruzione, di grande rilievo è parso l'intervento dell'onorevole SOLDI, il quale, nel contestare aspramente il ricorso alla distinzione tra diritti ed interessi in modo strumentale allo scopo di creare uno spazio libero per l'agire amministrativo - ovviamente con riferimento all'ambito degli interessi ritenuti dal MANCINI inidonei ad atteggiarsi quali diritti -, si è chiesto e provocatoriamente si è dato la risposta che interessi a cui non corrispondesse una situazione soggettiva, potevano essere rinvenuti unicamente "*nel campo dei desideri*"⁸⁰.

In pratica, l'oratore, nel lontano 1864, ci ha voluto dire che l'interesse legittimo - situazione soggettiva che egli ancora non sapeva come ben denominare - non può essere ritenuta irrilevante per l'ordinamento, tanto da rimanere priva di una tutela che in qualche modo assomigli a quella giurisdizionale, essendo rimessa unicamente all'arbitrio di chi avrebbe dovuto atteggiarsi quale parte e, nello stesso tempo, quale giudice.

Il tema viene sviluppato dall'onorevoli CRISPI, il quale, anni più tardi, da Ministro dell'interno, sarebbe stato il promotore della legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato.

Egli ebbe a manifestare le sue perplessità per la scelta di abolire i tribunali del contenzioso amministrativo, per via del fatto che le loro attribuzioni si caratterizzavano per una peculiarità tale da non poter essere rimesse né alla giurisdizione ordinaria, pena il

⁸⁰ VIII Legislatura del Regno d'Italia, Camera dei deputati, *Seguito della discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo*, tornata del 10 giugno 1864 -, in storia.camera.it, intervento dell'On. SOLDI, p. 5186, "*è forse una distinzione vera ed efficace la distinzione dei diritti e degli interessi ? ... Ma, signori, questa distinzione di diritti e d'interessi ha potuto avere una certa influenza quando si è trattato di distaccare l'amministrazione pura dall'amministrazione contenziosa ... Ma quando si tratta di fare questa distinzione per dividere la giurisdizione dall'amministrazione, la cosa ... nel fondo è inconcepibile questa distinzione ... Il diritto e l'interesse ... Il diritto non si traduce in altro che in ciò che giova o nuoce, o sì vero negli interessi ... L'Onorevole MANCINI pur soggiungeva: se non è concepibile il diritto senza interesse, sonvi importanti interessi senza diritti ... ed è di questi interessi, che secondo lui si deve occupare l'amministrazione, lasciando di tutti i diritti la materia ai tribunali ordinari ... Ho domandato a me medesimo se mai ci fossero veramente interessi cui non corrispondesse un diritto; ed ho trovato che interessi veri, che nuocciano o che giovino, senza diritto corrispondente, è raro trovarli. Li potete trovare nel campo dei desideri Questi, se pur ne trovate, sono casi troppo rari, e se voi lasciate all'amministrazione trattare solo queste cose che o non esistono o raramente possono esistere, io non so che cosa farmi più di cotale inutile amministrazione. Dunque la differenza di diritti e d'interessi non mi pare né verace, né seria*".

deterioramento nell'efficacia dell'azione amministrativa, né all'autorità amministrativa, pena la privazione, in danno del cittadino, delle garanzie tipiche del giudizio, quindi con una deriva tipicamente illiberale⁸¹.

Di qui, anche CRISPI ha attaccato la distinzione diritti – interessi orientata all'annichilimento della posizione del privato ed alla costruzione della riserva di amministrazione, introducendo l'esempio del proprietario espropriato del suo terreno per la realizzazione di una strada e, con riferimento ad esso, argomentando su più punti: in primo luogo, sull'alta possibilità che il giudice ordinario avrebbe finito per compiacere l'autorità governativa, perché non sufficientemente garantito rispetto ad essa; in secondo luogo, sulla scarsa incisività della misura della disapplicazione dell'atto amministrativo, dal momento che il funzionario pubblico avrebbe cercato di non darvi esecuzione, così frustando le effettive esigenze di tutela.

Sicché, per il CRISPI, l'abolizione del sistema del contenzioso amministrativo si sarebbe rivelato un momento di compressione dei diritti, sconosciuto persino ai precedenti regimi autoritari⁸².

⁸¹ VIII Legislatura del Regno d'Italia, Camera dei deputati, *Seguito della discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo*, tornata del 10 giugno 1864 -, in storia.camera.it, intervento dell'On. CRISPI, p. 5188, “*alquante delle attribuzioni che sono, per dir così, il patrimonio del contenzioso amministrativo, non possono tutte passare alla giurisdizione ordinaria, senza danno del pubblico servizio, e non possono abbandonarsi agli agenti del governo, senza pregiudizio delle pubbliche guarentigie. Ora, la proposta di legge sottoposta al nostro esame è caduta nel peggiore di codesti vizi; essa accorda nuovi poteri all'autorità amministrativa; onde, invece di essere un'opera di libertà e di progresso, riuscirebbe illiberale e allo stato delle nostre politiche istituzioni, qualora fosse accettata, noterebbe il nostro regresso*”.

⁸² VIII Legislatura del Regno d'Italia, Camera dei deputati, *Seguito della discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo*, tornata del 10 giugno 1864 -, in storia.camera.it, intervento dell'On. CRISPI, pp. 5190 – 5192, “*e qui, o signori, permettetemi che io vi dica non aver saputo ben comprendere quella distinzione fra interessi e diritti che si è voluto fare, onde, a commento di questa legge, stabilire un limite tra l'autorità giudiziaria e la pubblica amministrazione. Io non so capire, o signori, l'esercizio di un diritto privo di interesse, come non so capire che possa esistere un interesse senza che vi si legghi un diritto. Il potere esecutivo, per esempio, che apre una strada e che in conseguenza è obbligato ad occupare il terreno d'un privato cittadino, tocca gli interessi di costui e ne colpisce il diritto. Dacché esiste il regno d'Italia, o signori, non ho visto mai una questione politica decisa dai tribunali a favore di privati cittadini. Spessissimo giudici timorosi cercano di evitare la risoluzione di questioni che sono cocenti e che temono di toccare appunto per non rendersi ostile un potere che non garantisce abbastanza... Al cittadino che*

Ritornando, ora, all'intervento del CORDOVA, di cui si è fatto cenno nell'*incipit* del paragrafo, va detto che questi, sintetizzato il pensiero del MANCINI, secondo il quale *“ogni qualvolta vi sono diritti, si deve andare innanzi all'autorità giudiziaria”*, mentre *“quando vi sono semplici interessi”* occorre andare *“innanzi all'amministrazione, perché non trattandosi di diritti veri, sarà l'amministrazione che pronuncerà”*, ha chiamato in causa il duca di BROGLIE e, in particolare, la sua memoria sul contenzioso amministrativo, nella parte in cui il giurista francese *“pensò di chiamare ... interessi legittimi, interets a apprecier”* quelli che lo stesso CORDOVA chiamava *“diritti”*⁸³.

Infatti, quest'ultimo si è interrogato sul fatto che *“questi interessi ad apprezzare, questi interessi a valutare”* non fossero altro che un'espressione tipicamente francese per indicare diritti che si distinguevano da quelli *“confidati alla tutela dell'autorità giudiziaria”*, esclusivamente per essere *“subordinati alla considerazione dell'utilità pubblica”*, per essere, dunque, qualificabili come *“diritti minori, diritti subordinati”*⁸⁴.

si crede lesa da un atto amministrativo voi date la facoltà di adire i tribunali, i quali devono limitarsi a dichiararne le conseguenze giuridiche, ma non possono revocarlo, né modificarlo ... Avrete la sentenza di un tribunale per un atto da cui il cittadino è stato lesa: questa sentenza non potrete eseguirla, perché il funzionario pubblico vi si rifiuterà ... Per me, se sopprimete i giudici del contenzioso amministrativo, e non date delle loro attribuzioni all'autorità giudiziaria, voi offendete ogni libertà, togliendo ai diritti dei cittadini quelle misere guarentigie di cui non osavano privarci le distrutte tirannidi”.

⁸³ VIII Legislatura del Regno d'Italia, Camera dei deputati, *Seguito della discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo*, tornata del 13 giugno 1864 -, in storia.camera.it, intervento dell'On. CORDOVA, p. 5265, *“Mi ricordo anch'io che l'Onorevole Boncompagni mi fece l'onore, molti anni sono, di comunicarmi nella sua casa, nella sua biblioteca la memoria di Broglie sopra il contenzioso amministrativo; quella memoria in cui egli notava con compiacenza, mi ricordo, con un'espressione esatta, come il potere esecutivo fosse a considerarsi quasi potere legislativo au petit pied, quando concede lo stabilimento del mulino, dell'usina natante nel fiume pubblico e via discorrendo. Broglie pensò di chiamare, quelli che io chiamo diritti, interessi legittimi, interets a apprecier, ed è questa in rapporto ai privati la vera funzione dell'amministrazione”*.

⁸⁴ VIII Legislatura del Regno d'Italia, Camera dei deputati, *Seguito della discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo*, tornata del 13 giugno 1864, in storia.camera.it, intervento dell'On. CORDOVA, p. 5265, *“Ma questi interessi ad apprezzare, questi interessi a valutare, cosa che sta bene nella bocca di un francese, che cosa sono se non diritti? Non vi è altra differenza fra questi diritti e quelli*

Non per questo, non perché l'interesse di specie risulti subordinato all'interesse pubblico, ciò comportava, per il CORDOVA, che esso dovesse essere destinato a rimanere privo di tutela, dal momento che “ogni qualvolta” la situazione denominata interesse dall'orientamento facente capo al MANCINI si fosse rivelata “*un interesse legittimo fondato, un interesse a far conseguire giustizia*”, sarebbe venuto in rilievo “*un diritto naturale ad ottenerla*” e, perciò, il corrispondente diritto di azione⁸⁵.

Il passaggio successivo che ha impegnato il CORDOVA è stato quello di dare corpo a questa situazione sostanziale ulteriore rispetto al diritto all'indennizzo della proprietà espropriata su cui si appuntavano le esclusive preoccupazioni della schiera del MANCINI, impegno che ha prodotto esiti sorprendenti in termini di attualità rispetto all'odierna ricerca.

Egli, infatti, ha qualificato il “*diritto subordinato all'autorità pubblica*” come situazione soggettiva che legittima alla conservazione di posizioni di vantaggio sino a quando

che sono confidati alla tutela dell'autorità giudiziaria, se non che si tratta di diritti che sono subordinati alla considerazione dell'utilità pubblica, di diritti minori, diritti subordinati, espressione appunto di cui io mi valeva quando ebbi l'onore di intrattenere la prima volta la Camera su questo argomento”.

⁸⁵ VIII Legislatura del Regno d'Italia, Camera dei deputati, *Seguito della discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo*, tornata del 13 giugno 1864, in storia.camera.it, intervento dell'On. CORDOVA, p. 5265, “*Ogni qualvolta vi è la proprietà compromessa, ogni qualvolta è compromesso lo stato civile delle persone, ogni volta che è compromessa la libertà individuale, questi affari naturalmente devono essere la garanzia dell'ordine giudiziario... Per la tutela dei diritti privati del cittadino, per la tutela della sua proprietà e della sua libertà, la società ha un interesse di un ordine morale sociale così superiore che avanza ogni considerazione di utilità materiale: per la Repubblica, purché non per un solo innocente; si facciano tutti i sacrifici pecuniari del mondo, purché non si faccia torto alla privata proprietà, purché, nel caso in cui si debba espropriare, a questa privata proprietà sia dato un compenso, una previa e conveniente indennità... Dopo viene l'amministrazione, la quale cura le pubbliche utilità, che provvede a che sia ottenuta la massima possibile sicurezza ed utilità pubblica col minor sacrificio possibile della privata proprietà e libertà. Ebbene, quando essa fa quegli atti che voi riconoscete che non si possono deferire all'autorità giudiziaria, quello che essa compromette, che voi chiamate interessi, che io chiamo diritto subordinato alle considerazioni di utilità pubblica, deve essere garantito. Io lo chiamo diritto, perché ogni qualvolta vi è un interesse legittimo fondato, un interesse a far conseguire giustizia, vi ha un diritto naturale ad ottenerla... Or bene, voi mi dite, quando non vi è facoltà di citare, non vi è diritto, e perché non vi è diritto, non vi do la facoltà di citare. Ma questa è una evidente petizione di principio, un circolo vizioso. Io rispondo che vi è diritto, e che perciò dovete dare facoltà di citare. Ed è questo che io sostengo, ed è quanto fa il mio emendamento”.*

non ricorra la necessità di sacrificarle onde soddisfare l'interesse pubblico, a condizione che tale *patis* sia contenuto entro i limiti del “*minimo sacrificio*”⁸⁶.

Nella tensione di introdurre ulteriori elementi qualificatori utili a meglio definire la situazione di specie, l'oratore si è poi intrattenuto in alcune esemplificazioni, indicando alcuni settori dell'attività amministrativa nel cui ambito verrebbero in rilievo i “*diritti subordinati*”, a partire dalle servitù militari, per giungere ai pubblici incanti ed alla conseguenziale stipula dei contratti con il partecipante vittorioso.

Ebbene, rispetto alla situazione di chi è stato ingiustamente pretermesso da una gara pubblica, definita dal MANCINI di interesse legittimo e, perciò, rimessa alla rivalutazione da parte dell'amministrazione, il CORDOVA ha ritenuto di affermare che essa fosse qualificabile come quel “*diritto che ogni cittadino ha di concorrere agli appalti che dà l'amministrazione*”, che trova il suo fondamento nelle “*forme stabilite per gli incanti e per i deliberamenti, che non solo servono ad assicurare la concorrenza negli appalti*”, un diritto minore perché destinato a cedere il passo innanzi l'interesse pubblico, ma pur sempre un diritto e, pertanto, dotato della sua corrispondente azione, così come argomentato dal CRISPI⁸⁷.

⁸⁶VIII Legislatura del Regno d'Italia, Camera dei deputati, *Seguito della discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo*, tornata del 13 giugno 1864, in storia.camera.it, intervento dell'On. CORDOVA, p. 5266, “*ora il cittadino, oltre il diritto che ha di farsi indennizzare quando è espropriato, ha un altro diritto, secondo me, quello che i miei avversari chiamano interesse. Ora è in che consiste questo diritto subordinato all'autorità pubblica? Egli è che nessuno possa costringerlo alla necessità di sradicare le sue piantagioni, sempre che ciò non sia necessario alle fortificazioni; e la questione della necessità e della opportunità di queste disposizioni che certo non può sottoporsi alle autorità giudiziarie; secondo il progetto di legge essa resterà all'amministrazione... Voi potete esercitare l'autorità che la legge vi dà nello stabilire le servitù militari, ma dovete esercitarla secondo la vera necessità e col minimo sacrificio possibile della mia proprietà. Per queste questioni, le quali sono precisamente di amministrazione, la legislazione degli Stati sardi dà la facoltà del ricorso al contenzioso amministrativo*”.

⁸⁷ VIII Legislatura del Regno d'Italia, Camera dei deputati, *Seguito della discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo*, tornata del 13 giugno 1864, in storia.camera.it, intervento dell'On. CORDOVA, p. 5266 “*All'esempio delle servitù militari, ne contrapponeva un altro l'Onorevole Mosca, e diceva: volete vedere qual è l'attribuzione che esercita l'amministrazione quando occorre un atto amministrativo, e come questo non dia luogo in conto alcuno al contenzioso? Egli citava un esempio, ed era quello degli atti di incanti e di deliberamenti. Egli diceva: quando l'amministrazione, derogando anche per*

Il punto è che, per il CORDOVA, tale azione non potrebbe essere esperita “*dinanzi a dei giudici*”, perché, in nome del principio di separazione dei poteri, dovendo l’amministrazione esercitare le sue attribuzioni per “*curare l’interesse pubblico, non può, non deve rispondere a nessuna autorità giudiziaria che l’interpelli su questo*”.

Sembra, dunque, che, al riguardo, il CORDOVA concordi con l’orientamento del MANCINI, ma solo in apparenza, avendo egli aggiunto che l’amministrazione “*debba dar conto essa stessa al cittadino che lo chiede del perché non lo ha ammesso al concorso, del perché l’ha escluso chiamandolo inabile a poter concorrere, del perché ha detto che in un determinato appalto non era stato puntuale, mentre forse le era stato*”⁸⁸.

ragioni di pubblica utilità ai regolamenti che si riferiscono agli incanti e ai deliberamenti, crede di approvare un contratto, di preferire un offerente ad un altro, questo non conferisce un diritto a colui che è stato postergato per richiamare l’amministrazione in giudizio, perché nessuno ha il diritto di contrattare per forza con chi non vuol contrattare con lui; non conferisce un diritto; egli ha bensì un interesse. Infatti, diceva egli, nel caso in cui ci siano violate le forme degli incanti non si va punto all’autorità giudiziaria, alla quale solo si va dopo che il contratto è concluso; se sorgono questioni intorno ad esso, si va innanzi all’amministrazione pura. Credete dunque che per irregolarità o di incanti o di deliberamento si possa fare una citazione? Qui l’Onorevole Crispi rispondeva sì e si rispondeva io pure dal canto mio, perché la cosa sta in quel modo. L’amministrazione pubblica non è come l’amministrazione privata; checché si dica, vi sarà sempre tra queste una profonda distinzione. Un privato può dare per incanto o senza, può anche donare la cosa propria mentre nell’amministrazione pubblica avete delle forme stabilite per gli incanti e per i deliberamenti, che non solo servono ad assicurare la concorrenza negli appalti, ma anche servono ad assicurare il diritto che ogni cittadino ha di concorrere agli appalti che dà l’amministrazione. Questo diritto che hanno tutti i cittadini di concorrere agli appalti, i miei onorevoli avversari lo chiamano interesse legittimo; io lo chiamo diritto, lo chiamo un diritto minore, un diritto subordinato all’interesse dell’amministrazione, ma che è veramente un diritto se non che a differenza del diritto di proprietà, cede il passo al vero interesse dell’amministrazione.

⁸⁸ VIII Legislatura del Regno d’Italia, Camera dei deputati, *Seguito della discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo*, tornata del 13 giugno 1864, in storia.camera.it, intervento dell’On. CORDOVA, p. 5266, “*Nessun privato mai potrà dinanzi a dei giudici dire all’amministrazione: perché, mentre l’offerta mia era la migliore, voi avete deliberato a Tizio, la cui offerta era meno vantaggiosa? L’amministrazione, che deve curare l’interesse pubblico, non può, non deve rispondere a nessuna autorità giudiziaria che l’interpelli su questo. Essa per la natura delle sue funzioni è arbitra della convenienza delle determinazioni amministrative... L’amministrazione non può render conto di ciò all’autorità giudiziaria, perché a lei è confidato dalla legge il patrimonio dello Stato, senza che la legge l’abbia sottoposta alla tutela dei giudici; ma debba dar conto essa stessa al cittadino che lo chiede del perché non lo ha ammesso al*

Ebbene, il CORDOVA percepiva chiaramente come un “*render conto*” che non fosse solo un simulacro di tutela, non poteva esaurirsi nel “*domandare ... all’amministrazione in via gerarchica*”, ma occorre “*garanzie ... forme contenziose ... forme tolte a prestito all’autorità giudiziaria*”, senza che “*perciò costituiscono un ordine giudiziario*”.

A tali “*garanzie*” si sarebbe dovuto rimettere “*l’esame dell’opportunità, della necessità che colpisce gli interessi*”, quelli che il CORDOVA chiamava “*diritti subordinati*”, con la peculiarità che esse sarebbero state assicurate sempre dall’amministrazione, ma da una particolare forma organizzativa intranea, ispirata al modello dell’autorità giudiziaria⁸⁹.

Quindi, il CORDOVA chiariva ancor di più il disegno che avrebbe voluto contrapporre al progetto della L.A.C., spiegando di non auspicare “*un amministratore giudice*”, ma soltanto un amministratore che “*cerchi di trovare la verità con metodi acconci*”, cioè idonei nel consentire a chi ha subito una lesione dei propri interessi di far valere le proprie ragioni.

L’attuazione di simili garanzie non sarebbe valsa, secondo il CORDOVA, a dar luogo alla conversione dell’amministratore in giudice, nella considerazione che la natura di

concorso, del perché l’ha escluso chiamandolo inabile a poter concorrere, del perché ha detto che in un determinato appalto non era stato puntuale, mentre forse le era stato”.

⁸⁹ VIII Legislatura del Regno d’Italia, Camera dei deputati, *Seguito della discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo*, tornata del 13 giugno 1864, in storia.camera.it, intervento dell’On. CORDOVA, p. 5266, “*Ora, secondo il progetto della Commissione, questo conto a chi lo deve domandare il cittadino offeso? Ve lo ha detto l’Onorevole Mosca, questa non può essere materia di contenzioso; questi conti il privato non li può domandare che all’amministrazione in via gerarchica, vale a dire che il ministro sarebbe chiamato a pronunciare sull’atto del prefetto... Ora io vi domando, se così sta la cosa, perché non volete dare nel grembo dell’amministrazione delle garanzie, delle forme contenziose, delle forme tolte a prestito all’autorità giudiziaria, ma che non perciò costituiscono un ordine giudiziario, per la discussione di questi interessi? Quel contenzioso... Ce n’è una parte viva, ed è grandissima, ed è precisamente quella parte che concerne l’esame dell’opportunità, della necessità che colpisce gli interessi, quelli che io chiamo diritti subordinati, la quale non deve essere sfornita delle garanzie del contenzioso amministrativo... Ma siccome l’amministrazione pubblica è contabile dei suoi atti anche in faccia a qualunque degli amministrati, è bene che vi sia una garanzia che vi domandiamo, per cui io considero sempre il contenzioso amministrativo, non come lo credono i miei contraddittori quasi un tribunale di eccezione, ma come un mezzo per cui l’amministrazione stessa impronta all’ordine giudiziario delle forme che valgano a garantire quello che voi chiamate interesse e che io chiamo diritto di tutti i cittadini”.*

quest'ultimo è data dalla competenza a conoscere dei “diritti privati”, dall’imamovibilità e dall’indipendenza.

Il CORDOVA pensava, invece, ad un organo dell’amministrazione preposto all’emanazione di “*pronunce amministrative*”, ma “*circondate dalle garanzie di pubblicità ed altre*”, a cui si è più volte fatto riferimento⁹⁰.

1.3. Interessi o diritti subordinati ?

A questo punto, occorre dare conto delle repliche che il MANCINI ha rivolto agli argomenti sostenuti dal fronte del CORDOVA, circa la rilevanza giuridica degli interessi,

⁹⁰ VIII Legislatura del Regno d’Italia, Camera dei deputati, *Seguito della discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo*, tornata del 13 giugno 1864, in storia.camera.it, intervento dell’On. CORDOVA, p. 5270, “*l’Onorevole Mancini si opponeva al mio discorso, dicendo: non vi è giudice amministrativo, perché volete che vi sia un amministratore giudice? Ma, d’accordo perfettamente con lui, non è un giudice che io voglio, voglio che l’amministratore soltanto cerchi di trovare la verità con metodi acconci; che le si conferisca una certa responsabilità con la pubblica discussione; voglio delle forme che diano omaggio ai cittadini che credono lesi i loro interessi a far valere le loro ragioni. Nè perciò l’amministratore si converte in giudice; non è la pubblicità, non è il collegio, non è il rito che fa il giudice; ma lo fa la missione di pronunciare nella materia dei diritti privati, l’essere inamovibile, indipendente, non potere in conto alcuno pronunciare in via di disposizione generale di regolamento, non poter ritardare la sentenza sotto pretesto di silenzio della legge. Io non voglio amministratori giudici, perciò nel mio emendamento non parlo di giudicare, e ciò per essere nel linguaggio più giusto e più esatto, io dico: l’amministrazione pronuncerà negli affari A, B, C: parlo di pronunce amministrative, parlo di quelle determinazioni, di quelle nozioni che voi volete economiche e che io voglio circondate dalle garanzie di pubblicità ed altre che più volte ho indicato ... L’Onorevole Mosca, dopo avere descritto il contenzioso amministrativo, diceva: è vera commedia o una giustizia questa del contenzioso amministrativo che voi volete? Risponderò che io non trovo in conto alcuno che sia una commedia. Ed è giustizia quella che ciascuno, e più di tutti l’amministrazione pubblica, è obbligata a fare ai cittadini, non solo per quei diritti che sono esperiti dinanzi ai tribunali, ma ancora per gli interessi legittimi”*”.

ossia la protezione loro offerta dal diritto positivo,⁹¹ e la loro possibile declinazione *sub specie* di diritti subordinati⁹².

Ebbene, egli appuntava la sua critica sul fatto che la giuridicità di una situazione è assicurata dal carattere della coercibilità, ossia dall' idoneità ad essere eseguita forzosamente, mediante il ricorso agli strumenti dell' esecuzione che l' ordinamento appresta all' occorrenza, carattere che riteneva assicurato esclusivamente a “*quelli che l' onorevole Cordova chiama diritti maggiori*”⁹³.

⁹¹ VIII Legislatura del Regno d'Italia, Camera dei deputati, *Seguito della discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo*, tornata del 13 giugno 1864, in storia.camera.it, intervento dell' On. MANCINI, p. 5279, “*Ma l' onorevole SOLDI non ha poi saputo dimostrare la verità della proposizione inversa, cioè che se ogni diritto comprende un interesse, ogni interesse sia necessariamente protetto dalla sanzione di leggi positive che lo circondino di quel sommo grado di civile sicurezza e protezione per cui soltanto un semplice interesse viene sublimato a diritto, posto sotto la malleveria del legislatore e della società, ed ha nell' intima sua natura potestà di costringere privati ed amministrazione a rispettarlo*”.

⁹² VIII Legislatura del Regno d'Italia, Camera dei deputati, *Seguito della discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo*, tornata del 13 giugno 1864, in storia.camera.it, intervento dell' On. MANCINI, p. 5279, “*L' onorevole Cordova alla sua volta volle oggi ricorrere ad una escogitazione, non so quanto felice, ma al certo nuova, le escogitazione dei diritti maggiori e dei diritti minori. Dopo il discredito ed il definitivo abbandono della vieta distinzione dei diritti perfetti ed imperfetti, confesso che ho ammirato e la arditezza ed il sottile avvedimento del mio valoroso oppositore, comunque non mi senta assolutamente il coraggio di collocarmi dietro a lui qual partigiano di questa novella scuola di diritto filosofico che egli vorrebbe istituire*”.

⁹³ VIII Legislatura del Regno d'Italia, Camera dei deputati, *Seguito della discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo*, tornata del 13 giugno 1864, in storia.camera.it, intervento dell' On. MANCINI, p. 5279, “*È questione di parole, se all' onorevole Cordova piace dare il nome di diritti anche quelli che riconosce per semplici interessi. Ma egli ha detto che vi sono certi diritti maggiori, come quelli di libertà e di proprietà, e questi non si possono assolutamente violare; ed ha preteso che esistono pure altri diritti minori, i quali, a suo credere, sono subordinati all' apprezzamento dell' utilità pubblica, cioè, alle considerazioni dell' amministrazione. Poi ha soggiunto che egli crede di aver consenziente in questa teorica la grande autorità di uno scrittore da me invocato, non solo pubblicista di grido, ma ben anche insigne filosofo, del duca di Broglie. Mi permetta all' onorevole Cordova di contraddire interamente ad ognuna delle proposizioni di questa sua originale teorica. Anzitutto è manifesto che non si può concepire il diritto senza che vi sia congiunta la facoltà di costringere al rispetto di questo diritto, la facoltà di usar la forza, e di ottenere in una ben ordinata società civile l' impiego della forza sociale, onde impedire a chicchessia di violarlo e di annullarlo. Perciò unicamente hanno l' essenza e meritano il nome di diritti quelli che l' onorevole*

Sicchè, il CORDOVA, a dire del MANCINI, non riusciva a fornire una risposta soddisfacente in merito a come quella stessa coercibilità potesse essere assicurata ai “*diritti minori*”, o “*subordinati*”, rimanendo quest’ultimi sempre sottoposti “*alle considerazioni della pubblica utilità*”⁹⁴.

Ciò, *a fortiori*, in punto di attuazione forzosa per equivalente, sulla scorta del fatto che nel caso in cui a vantaggio dell’interesse pubblico venisse sacrificato un “*diritto maggiore*”, al suo titolare spetterebbe un’indennità pari all’equivalente. Viceversa, se ad essere sacrificato fosse un “*diritto minore*”, non sarebbe “*dovuta indennità, perché non esisteva un diritto*”.

Ciò in quanto esso, qualificato dal MANCINI come “*legittimo interesse*”, risulterebbe sempre recessivo rispetto all’interesse generale e, quindi, privo di “*titolo ad essere rispettato*”.

Cordova chiama diritti maggiori, precisamente perché quando il privato, l’amministrazione o l’autorità pubblica si arbitrano di attentare a questi diritti, sorge immediatamente nel cittadino, che ne è investito, la facoltà del costringimento, il quale, in uno stato ben governato, non può far lungamente attendere la reintegrazione o il riparo. Conseguentemente, con questo titolo nelle mani, il cittadino, rivolgendosi appunto all’autorità giudiziaria, custode delle leggi e garante dei diritti, ottiene giustizia, e costringe il privato, l’amministrazione pubblica, e, quando occorra, anche l’autorità governativa a rispettare il suo diritto. Sono questi, o signori, precisamente i mezzi di garanzia e di difesa, di cui nel sistema della commissione, rimarrà armato nel nostro paese ogni cittadino contro i violatori del diritto e delle leggi, umili o potenti che essi siano, laddove alla camera piacerà votare la nostra proposta di legge”.

⁹⁴ VIII Legislatura del Regno d’Italia, Camera dei deputati, *Seguito della discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo*, tornata del 13 giugno 1864, in storia.camera.it, intervento dell’On. MANCINI, p. 5279, “*Mi dirà l’onorevole Cordova che questo buon piacere qualche volta può essere erroneo, onde occorre rivolgersi ad un’altra autorità amministrativa superiore perché corregga l’errore o il vizioso apprezzamento dell’autorità inferiore. Ma quando egli riconosce che questo richiamo può essere unicamente fondato sopra un’erronea estimazione di interessi, non mai sulla violazione di una legge, o sull’offesa di un nuovo diritto, non è egli abbastanza chiaro che il suo preteso argomento si riduce ad un semplice abuso di parole, e che in realtà egli stesso, senza saperlo, è nel sistema della Commissione, cioè forzato suo malgrado ad accettarlo? Avvertite, o signori, all’essenziale diversità tra i diritti e gli interessi, ossia tra quelli che egli chiama diritti maggiori e quelli che vuol chiamare diritti minori. Al vero, gli uni e gli altri, per conseguimento del gran fine dell’ordine sociale, debbono svolgersi ed esercitarsi in modo subordinato alle considerazioni della pubblica utilità: ma oh con quale diverso effetto!*”

e mantenuto incolume”, anzi sempre esposto a “*con tutta giustizia perire, senza che la società per ciò contragga alcun debito di risarcimento*”⁹⁵.

1.4. 1865 - 2010: dalla discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo all’azione dell’anonimo sforbiciatore.

L’aver intrattenuto così a lungo il lettore sul tema della ricostruzione storica dei lavori parlamentari che hanno preceduto l’emanazione della L.A.C., nell’ambito di uno studio che riguarda la recentissima introduzione di un’azione nel processo amministrativo, merita un’adeguata e convincente spiegazione.

Ebbene, a parere di chi scrive, sul piano dottrinario e storico, l’opera dell’*anonimo sforbiciatore* che *prima facie* ha espunto l’azione di adempimento dallo schema del codice di rito (cfr. Cap. I, para. 3), è legata alla logica ispiratrice di quel memorabile dibattito parlamentare da un *fil rouge* che, nel suo dipanarsi, percorre trasversalmente tutte le vicende evolutive, e della giurisdizione amministrativa, e della nozione d’interesse legittimo, tra loro unite da un nesso di stretta interdipendenza.

⁹⁵ VIII Legislatura del Regno d’Italia, Camera dei deputati, *Seguito della discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo*, tornata del 13 giugno 1864, in storia.camera.it, intervento dell’On. MANCINI, p. 5279, “*Nei veri diritti, in quelli che voi chiamate diritti maggiori, laddove nell’interesse pubblico occorra di chiederne il sacrificio, la società intiera si riconosce nel dovere di compensare questo sacrificio pagando l’equivalente. Così quando poi, per causa di pubblica utilità, espropriate il privato proprietario di ciò che possedeva a titolo di dominio, certamente voi fate primeggiare la considerazione della pubblica utilità anche al di sopra di quello che chiamate diritto maggiore; ma a condizione di pagarne il risarcimento. Voglia ora dirmi l’onorevole Cordova, se per quelli che egli chiama diritti minori, allorché l’autorità pubblica, estimatrice delle necessità sociali, ne imponga il sacrificio, vi sia possibilità di chiedere e di ottenere indennità. Non è dovuta indennità, perché non esisteva un diritto. Operando l’espropriazione d’un diritto, la società è debitrice del prezzo; ma nulla si deve a colui che, privo d’un vero diritto, benché avesse un legittimo interesse, dalle ragioni stesse della sociale convivenza è obbligato a conciliarlo con gli interessi generali, per esempio con la difesa del paese, con la salute pubblica, con l’ordine pubblico, con tutti quei grandi interessi con i quali, se l’interesse privato non può coordinarsi mercé le cure e la missione d’una saggia amministrazione, non ha titolo ad essere rispettato e mantenuto incolume, ed anzi deve con tutta giustizia perire, senza che la società per ciò contragga alcun debito di risarcimento*”.

Nel taglio di quella mano invisibile, c'è l'intento del decisore politico che fu proprio del MANCINI nel 1865, cioè quello di assicurare un'estrema difesa all'impermeabilità del merito amministrativo da eventuali intrusioni da parte del giudice che, sostituendosi alle valutazioni discrezionali spettanti all'Amministrazione, con il *placet* del legislatore, le avrebbe potuto ordinare non solo l'adozione di un provvedimento, ma anche il suo contenuto dispositivo.

C'è la volontà di fermare il corso di una storia punteggiata dalle speculazioni della dottrina e della giurisprudenza, negando la dimensione sostanziale dell'interesse legittimo, al fine di mantenere una “*amministrazione ... 'separata' dalla giurisdizione e cioè sottratta al controllo di questa*”⁹⁶.

C'è, appunto, il disegno di “*sottrazione al controllo giudiziario della sfera della cosiddetta amministrazione pura ... e l'immunità comunque dei provvedimenti amministrativi da ogni intervento diretto del giudice*”, onde “*l'esistenza di una zona amministrativa franca da controllo giudiziale*”⁹⁷.

Si è detto sopra, ampiamente, come la conseguenza di tale modello sia quella dell'espulsione dell'interesse legittimo dall'ambito delle situazioni soggettive o meglio di quelle che meritano una tutela integrale ed effettiva.

Certo, l'anonimo sforbiciatore non poteva avere la pretesa *uno actu* di cancellare, con la disposizione sull'azione di adempimento, tutti i momenti di un cammino ultracentenario di riconoscimento all'interesse legittimo della sua natura sostanziale, ma almeno quella più modesta, ma oltremodo utile, di impedirne il completamento.

Ciò, perché è dall'istante in cui si è avuta l'approvazione della L.A.C. che questo cammino ha preso inesorabilmente piede, pur con fatica e con non poche contraddizioni, generate da un fattore condizionante, quello rappresentato dall'esigenza di far convivere “*amministrazione*” e “*giurisdizione*”, senza che, per un verso, la prima dovesse subire le incursioni della seconda nella sua sfera di attribuzioni, per altro verso, la seconda fosse privata di strumenti appropriati, onde garantire adeguata tutela agli interessi lesi dall'*agere* amministrativo contraddistinto dai tratti dell'illegittimità.

⁹⁶ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 63.

⁹⁷ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 63.

Questa esigenza di garantire “rapporti di buon vicinato” tra i due poteri ha finito per frustrare le straordinarie intuizioni del CORDOVA, allorquando ha descritto con esemplare lucidità la reale consistenza della situazione oggi denominata interesse legittimo e che lui stesso qualificava come “*diritto subordinato*”.

Rispetto a beni della vita, vuoi già presenti nella sfera giuridica del soggetto interessato, come la proprietà, vuoi in predicato di accedervi, quali l’aggiudicazione di una commessa pubblica, il CORDOVA descrive un diritto a non essere leso dall’esercizio di un potere amministrativo che agisca fuori dalla “*vera necessità*”, produca una sofferenza che vada oltre il “*minimo sacrificio possibile*” e non sia rispettoso “*delle forme stabilite*”⁹⁸.

Orbene, ribaltando tali concetti sul veicolo attraverso il quale tipicamente si esprime la potestà pubblica, cioè l’atto amministrativo, non vi è chi non veda come il CORDOVA, nel definire la struttura della situazione in rilievo, abbia delineato i tratti dei vizi di violazione di legge e di eccesso di potere.

Il CORDOVA aveva, dunque, intuito che il *diritto subordinato* era quello alla conservazione o al conseguimento di concreti vantaggi mediante la preclusione opposta dall’ordinamento all’adozione di atti viziati dai richiamati profili di illegittimità, in sostanza da un esercizio del potere contrario alla legge o ai principi che governano l’azione amministrativa.

Il punto è che, per ossequiare il *Moloch* del principio di separazione dei poteri, il giurista, costruita una situazione giuridica soggettiva che egli stesso arriva a chiamare “diritto”, ha inteso rimetterne la cognizione non ad un giudice dell’Ordine giudiziario, intestatario del potere di *iuris dicere*, bensì ad uno strano giudice – amministratore, o meglio ad un amministratore che “*cerchi di trovare la verità con metodi acconci*”, che è amministratore sotto il profilo della struttura, in quanto rimane inquadrato nell’organizzazione amministrativa, e giudice sotto il profilo della funzione, atteso che dovrebbe esercitarla nel rispetto delle garanzie proprie della giurisdizione, pur rimanendo alieno alla Magistratura.

⁹⁸ VIII Legislatura del Regno d’Italia, Camera dei deputati, *Seguito della discussione generale del disegno di legge sul contenzioso amministrativo*, tornata del 13 giugno 1864, in storia.camera.it, intervento dell’On. CORDOVA, p. 5266.

Questa contraddizione, che prenderà poi corpo con la legge CRISPI, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, risulterà determinante nel generare quella congerie di viscosità che hanno frenato l'affermazione dell'interesse legittimo quale posizione sostanziale e delle sue prospettive di tutela, tanto che ci troviamo ancora qui a discorrerne.

La genialità dell'intuizione insita nell'elaborazione della figura del “*diritto subordinato*” è stata dispersa dal timore di darle sviluppo logico e consequenziale, affidandone la cognizione ad un giudice terzo, che avrebbe potuto apprestare tutto il ventaglio delle tutele, compresa quella di adempimento, piuttosto che ad uno pseudogiudice di parte.

Sicché, in ultima analisi, da un lato, l'ansia del MANCINI di rimettere al giudice ordinario la competenza a conoscere dei diritti soggettivi e, quindi, di svincolare da ogni controllo giurisdizionale l'esercizio del potere discrezionale, dall'altro, la volontà del CORDOVA di riconoscere il diritto di controllare quello stesso potere, ma ricorrendo ad un organo formalmente giurisdizionale e, in realtà, amministrativo nella sostanza, hanno fatto sorgere un'area grigia nella quale ancor oggi dibattiamo.

In quest'area, per nulla sostenuto dal legislatore, che, anzi, è sempre stato parco nel dettare norme di diritto positivo che potessero in qualche modo vincolare l'Amministrazione, ha faticosamente operato il giudice amministrativo, nel corso della sua storia ultracentenaria, agendo su un duplice fronte, in primo luogo, nel comporre la dimensione sostanziale dell'interesse legittimo, in secondo luogo, nell'assicurarne la tutela nell'ambito di un giudizio di tipo soggettivo, dunque affermando la sua natura di giudice pieno e non di giudice amministratore.

È chiaro che questo processo si è sviluppato per approssimazioni successive, cosicché più affinava le tecniche di tutela dell'interesse legittimo, più il giudice amministrativo si accreditava come giudice e, in particolare, come giudice di quella situazione soggettiva.

Le soluzioni individuate in via pretoria, andavano progressivamente raffinandosi, pendendo, sempre e comunque, sul giudice amministrativo la spada di Damocle della possibile reazione ad opera del Governo, per il tramite del legislatore, ove il primo avesse percepito che da tali soluzioni sarebbe potuta derivare una limitazione della sua sfera di potere.

Sicché, poter parlare oggi *cognita causa* della praticabilità dell'azione di condanna all'adempimento, dove l'adempimento consiste nell'emanazione di un provvedimento favorevole, significa esplorare quell'area lasciata grigia dal CORDOVA che illuminatosi

dell'immensa profondità dell'interesse legittimo, si è fermato proprio nell'atto di dare piena realizzazione alla sua intuizione per timore di generare quei possibili condizionamenti del potere pubblico che si atteggiavano quale inevitabile conseguenza.

2. L'interesse è tutelato, ma da un giudice ?

2.1. Il giudice ... *che fece per viltade il gran rifiuto* ...

In disparte la correttezza di ordine dommatico dei due distinti orientamenti, occorre ora precisare come la soluzione prevalsa con l'emanazione della L.A.C. deluse integralmente le aspettative dei suoi ideatori, per via della posizione prudentiale che il giudice ordinario assunse rispetto all'esercizio del potere di disapplicazione.

La profezia del CRISPI (cfr. *supra* para. 1.2.), secondo la quale “*giudici timorosi*” avrebbero cercato “*di evitare la risoluzione di questioni ... cocenti*”, al fine di “*non rendersi ostile un potere che non garantisce abbastanza*”, ha trovato piena realizzazione, perché “*mai il giudice ordinario ritenne la propria competenza nei confronti di provvedimenti di autorità amministrativa restrittivi della libertà personale, della libertà di domicilio, della libertà di manifestazione del pensiero, di espressioni settoriali del diritto di personalità (come l'onore, la salute), delle espropriazioni per pubblica utilità, dei provvedimenti ablatori in materia militare*”⁹⁹.

La ragione di tale accadimento è da rinvenirsi in una carenza di autonomia che la Magistratura pativa rispetto all'Esecutivo, con l'effetto che i giudici ordinari si guardavano bene dall'esercitare il sindacato sul potere amministrativo¹⁰⁰.

⁹⁹ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, Riv. Dir. Proc., Anno XIX (1964), Num. 1, Cedam, Padova, 1964, ora in *Scritti*, Volume V, Giuffrè, 1964, pp. 288 – 293, “*In tutti questi casi esso ritenne di essere di fronte a <<interessi di privati o di collettività>> ... ossia a materie da risolvere – allora – mediante ricorsi amministrativi*”.

¹⁰⁰ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 70, “*La giurisdizione unica richiede l'esistenza di giudici indipendenti e coraggiosi nell'esercizio del sindacato dell'azione amministrativa. La magistratura italiana versava invece, dopo l'unificazione, in condizioni di vera e propria inferiorità ... Essa dipendeva organizzativamente dal potere esecutivo, il quale esercitava sui magistrati, prevalentemente tramite gli uffici del pubblico ministero, la sorveglianza morale e ne controllava l'operosità professionale, e perfino la condotta*

Eppure, come abbiamo avuto modo di apprezzare *funditus*, il disegno che gli ideatori del sistema della L.A.C. avevano concepito, onde affermare pienamente lo “*Stato di diritto*”, comportava che la tutela dei diritti dagli abusi del potere pubblico dovesse spettare al giudice ordinario, compresi i diritti di libertà e di proprietà, sopra richiamati¹⁰¹.

Sicché, la linea assunta dal giudice ordinario ha indignato autorevole dottrina che ha osservato come la L.A.C. non avesse affatto limitato la sfera di cognizione di quel giudice in presenza di esercizio di pubblici poteri, dal momento che questi avrebbe potuto sempre sindacare la conformità alla legge dell’atto amministrativo, disapplicandolo ove ne avesse accertato la sua difformità rispetto al paradigma normativo di riferimento¹⁰².

politica. Di indipendenza, quei magistrati ne avevano ben poca... Qui interessa ... il profilo della retrazione del giudice ordinario da tutto un settore d’azione amministrativa”

¹⁰¹ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 288 – 293, “*Che il disegno originario fosse nel senso di assegnare al giudice civile un ruolo importante è sicuro, perché ce lo dicono non solo i suoi autori, i protagonisti della legge del 1865, ma tutti i giuristi ... fino ad oggi. Si volle infatti ... dare attuazione al principio compreso nella costituzione materiale dello <<Stato di diritto>>, per cui in ultima istanza la tutela dei diritti deve sempre spettare al giudice civile. I lavori preparatori della legge del 1865, ci dicono che non vi furono dubbi da parte del legislatore circa l’estensione della giurisdizione ordinaria ad ogni controversia che riguardasse i diritti della persona, i diritti reali, i diritti di obbligazione (diritti civili) e i diritti connessi allo status civitatis o da esso derivanti (diritti politici)”*.

¹⁰² M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 231 – 233, “*Sembra opportuno cominciare con la monografia del Klitsche de la Grange ... c’è ... l’indignazione nel constatare che il giudice ordinario, nell’interpretazione della Corte di cassazione e dei <<dottori>>, non può fare quasi nulla nei confronti dell’amministrazione. Perché, si chiede l’autore? In quali norme sta scritto tutto ciò? La legge del 1865 abolitiva del contenzioso amministrativo, l’unica che regola la materia, non enuncia affatto ciò che i suoi interpreti magistrati e giuristi vorrebbero! Essa invece assegna al giudice poteri molto più ampi, e la Costituzione repubblicana esige che essi vengano riconosciuti ... Si ritiene che il giudice ordinario sia competente solo sulle controversie nelle quali si ponga questione di tutela dei diritti; può essere più o meno esatto; ma l’interesse legittimo che cosa è? È il diritto alla legittimità del provvedimento amministrativo; ne segue che il giudice ordinario può sempre sindacare la conformità alla legge dell’atto amministrativo e sempre disapplicarlo, poiché non esistono controversie sulle quali non abbia competenza e invece la abbia solo il giudice amministrativo. Di fronte al giudice ordinario ogni sorta di azione contro l’amministrazione è proponibile. Dove si legge infatti la norma che ne vieta talune? Quanto all’obbligo di conformarsi al giudicato, dove stanno, anche qui, le norme che limitano o condizionano l’assolvimento?”*

In ciò, la dottrina in rilievo si è resa interprete delle posizioni di Vittorio Emanuele ORLANDO e di Lodovico MORTARA, rimarcando, da un lato, la sostanziale inutilità della figura dell'interesse legittimo sostenuta dal secondo, traducendosi nel diritto alla legittimità del provvedimento amministrativo, dall'altro e in via consequenziale, la fondatezza dell'orientamento del primo pensatore circa l'estensibilità della giurisdizione ordinaria a tutte le situazioni di diritto soggettivo¹⁰³.

Senza voler anticipare le conclusioni che saranno tratte al termine di questo studio, dopo aver esposto diffusamente in merito al pensiero del MANCINI e preso cognizione di tali ultime considerazioni che in quel pensiero si incastrano perfettamente, si richiama l'attenzione del lettore su un dato, cioè quello che studiosi di grande autorevolezza avevano ritenuto dommaticamente possibile che un diritto fronteggiasse l'esercizio del potere, o meglio che una situazione di diritto potesse essere oggetto di una controversia in cui viene in rilievo l'esercizio del potere.

¹⁰³ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 231 – 233, “Si potrebbe osservare che la teoria, riesumata dalle tesi del Mortara, circa l'interesse legittimo è una delle cose più insensate che esistano, poiché con essa l'interesse stesso perde ogni ragion d'essere e si cancella interamente; sì che giustamente era stata posta in oblio ... Questo libro ... ha validità almeno sotto due aspetti ... Il primo è la protesta contro questo assurdo parasistema di giustizia amministrativa che ci affligge, e su di esso torneremo poi ampiamente alla fine di questo studio. Il secondo per ora è di maggior rilievo: Klitsche de la Grange si riporta, come fonti, a Mortara e ad Orlando, ossia a due teorici che gli sviluppi della dottrina processualistica ed amministrativistica (nella materia della giustizia amministrativa) hanno accantonato ... L'opera di Orlando sulla giustizia amministrativa ... oggi ricordata solo per un punto, che è quello della natura di diritto oggettivo della giurisdizione del Consiglio di Stato ... ma in Orlando era anche importante il punto teorico relativo alla giurisdizione ordinaria, che viene intesa in un senso che ... possiamo dire oggettivamente illimitato. Il giudice ordinario conosce di ogni controversia in cui la situazione originaria del privato sia quella di titolare di un diritto soggettivo; non può annullare il provvedimento amministrativo, ma lo può sempre dichiarare illegittimo e lo può disapplicare. Questo punto teorico in Orlando era pochissimo chiaro, perché egli ammetteva per altro aspetto l'esecutorietà del provvedimento amministrativo e la <<presunzione di legittimità>>, laddove, se fosse stato coerente, avrebbe dovuto negarle ... La tesi di Orlando ricompare, con molta finezza di elaborato, in Cannada Bartoli, a cui però interessa la spiegazione dogmatica della disapplicazione più che l'ampiezza della giurisdizione ordinaria nei confronti del provvedimento amministrativo; prorompe in Klitsche nel tono protestatario proprio dell'A., per essere stata - essa tesi - ingiustamente abbandonata”.

Chi scrive non ignora, come si avrà modo di esporre oltre, quali siano stati gli approdi interpretativi successivi, sviluppatasi sino ai giorni nostri, in ordine al fatto che il diritto soggettivo risulti situazione inidonea nel dialogare con il potere.

Il punto è intendersi su cosa debba essere qualificato per diritto soggettivo e cioè una situazione in gioco nell'ambito di un rapporto necessariamente paritario, ovvero anche una posizione soggettiva tipica di un rapporto caratterizzato dall'esercizio del potere, suscettibile di essere denominata tanto interesse legittimo, quanto "*diritto subordinato*" per dirla con il CORDOVA.

In estrema sintesi, se si tratta soltanto di una questione di nomenclatura o di reale sostanza.

Messo da parte tale interrogativo, in vista di un buon uso successivo, ritornando al contegno tenuto dal giudice ordinario all'indomani dell'approvazione della L.A.C., giova specificare come egli si limitò a ritenere la sua competenza esclusivamente con riferimento alle controversie in materia di rapporti paritari tra cittadino e PA, ossia quando quest'ultima si comportava alla stregua del privato, astenendosi dall'ingerirsi in quei rapporti in cui l'Amministrazione agiva come autorità¹⁰⁴, salvo eccedere nella qualificazione giuridica di talune fattispecie, al fine di attrarle nell'orbita delle relazioni negoziali¹⁰⁵.

¹⁰⁴ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 71, "la giurisprudenza dei tribunali ordinari cominciò subito a interpretare la legge del 1865 prevalentemente nel senso riduttivo: essa si arrestò cioè di fronte al provvedimento amministrativo direttamente incidente su diritti soggettivi, del quale era affermata l'illegittimità, perché ritenne che, di fronte ad esso provvedimento, non più diritti ma solo interessi potesse vantare il privato".

¹⁰⁵ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., p. 288 – 293, "La realtà è stata che se questi diritti fruiscono di tutela giurisdizionale del giudice civile nei confronti dell'amministrazione quale soggetto di diritto comune, ossia quando i rapporti sono di diritto privato, non ne fruiscono affatto nei confronti dell'amministrazione-autorità; anzi sin dall'inizio in certe materie non ne fruirono... La posizione del giudice civile nella meccanica della giustizia amministrativa italiana può quindi dirsi periferica. Ed è questa la ragione profonda per cui si deve alla giurisprudenza della Cassazione lo sforzo di riportare per quanto più possibile i rapporti patrimoniali dell'amministrazione pubblica nell'ambito del diritto comune: è infatti l'unico modo di dar respiro al giudice civile nelle controversie riflettenti l'amministrazione autorità, per evitargli di una quasi completa asfissia. Ci riferiamo qui a quella giurisprudenza della Cassazione che, per es., nelle <<concessioni-contratto>> ha qualificato il rapporto patrimoniale tra amministrazione e concessionario come rapporto contrattuale; nelle <<convenzioni

2.2. ... e finalmente ... *Giustizia nell'amministrazione.*

In sostanza, il sistema della giurisdizione unica stava tradendo le aspettative dei suoi ideatori, con l'effetto che, quasi in attuazione di una sorta di contrappasso, anche le situazioni di diritto soggettivo finivano per essere attratte in quell'area di irrilevanza giuridica, con riferimento alla quale, per dirla con il MANCINI, il cittadino non aveva che da rassegnarsi, ossia che da rivolgersi ad un sistema di giustizia ritenuta¹⁰⁶.

Ciò, con l'aggravante che il Paese viveva una stagione di grande espansione sotto il profilo della realizzazione delle infrastrutture pubbliche e, dunque, delle correlate espropriazioni, con conseguente esposizione della proprietà privata a momenti di sofferenza imputabili, talvolta, all'adozione di atti illegittimi¹⁰⁷.

Ecco che si percepì l'esigenza di presidiare anche il settore dell'amministrazione libera con un giudice che potesse apprestare le tutele del caso agli interessi, come pure a quei diritti abbandonati al loro destino da un giudice ordinario pavido che li aveva ritenuti estranei alla sua sfera di cognizione per essere coinvolti dall'esercizio del potere.

A farsi portatori di quest'istanza furono quelli che, a suo tempo, erano stati gli oppositori dell'abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo, i quali, già

urbanistiche>>, negli <<accordi amichevoli>> accessivi alle espropriazioni e alle autorizzazioni, nelle <<convenzioni organizzative>> tra enti pubblici, e così via, ha identificato rapporti eminentemente contrattuali, o quantomeno obbligatori”

¹⁰⁶ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 73, “*Il sistema della giurisdizione unica stava mancando alle aspettative – ‘tutto o quasi il diritto pubblico rimaneva in balia di quella che può chiamarsi amministrazione arbitraria, non in quanto arbitrio implichi sempre, secondo il significato volgare della parola, ingiustizia o abuso, ma in quanto implica potere incensurabile, e quindi possibilità di irrimediabili ingiustizie e abusi’(SALANDRA) - tanto più in un momento di crescente ampliamento dell’azione statale, e doveva quindi essere integrato”.*

¹⁰⁷ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 74, “*passata l’epoca dei rivolgimenti costituzionali, compiute le grandi unificazioni (Germania, Italia), lo Stato liberale era alle prese con i più modesti ... compiti amministrativi... Lo Stato liberale si trovava, in particolare, ad affrontare il problema di ordinarsi come stato soggetto al diritto anche sul terreno dell’attività amministrativa, rendendo da una parte ‘giustiziabile’ tale attività, sottraendola dall’altra alle inframmentenze dei politici”.*

all'indomani dell'approvazione della L.A.C., avevano intrapreso le iniziative riformatrici del caso, dietro la spinta in primo luogo del CRISPI¹⁰⁸.

La soluzione di una giurisdizione amministrativa, a cui domandare protezione dagli atti dell'amministrazione *iure imperii*, era già stata sperimentata in Germania sotto la spinta della scuola tedesca del *Rechtsstaat*, la quale aveva elaborato la nozione di *diritto soggettivo pubblico* quale posizione del cittadino nei confronti del potere amministrativo¹⁰⁹.

Si anticipa, sin d'ora, come gli approdi della scuola tedesca si riveleranno determinanti ai fini del nostro studio, onde pervenire alla soluzione della compatibilità tra la situazione di interesse legittimo e la previsione di un'azione di adempimento.

Orbene, il manifesto recante l'esplicitazione delle ragioni, tanto di ordine politico, quanto di natura giuridica, che richiedevano l'istituzione di un giudice che si occupasse della materia di specie, è rappresentato dal discorso, dal titolo "*Giustizia nell'amministrazione*", pronunciato da Silvio SPAVENTA all'associazione costituzionale di Bergamo, il 6 maggio 1880¹¹⁰.

¹⁰⁸ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 73, "*nel settore dell'amministrazione pura e degli interessi sprovvisti di qualunque tutela giurisdizionale la materia (era: Ndr) bisognevole di riforma. Occorreva dare un giudice anche questo settore. E verso la istituzione di un giudice apposito per esso (un giudice cioè degli interessi) spingevano il ricordo, non del tutto sgradevole, del contenzioso amministrativo ... Gli orientamenti degli oppositori al sistema adottato con la legge del 1865... ripresero la loro battaglia immediatamente dopo. La storia dei vari tentativi di riforma legislativa dell'ordinamento creato con la legge del 1865 comincia appena dopo questa legge e vi ha larga parte un uomo, il CRISPI, il quale era stato tra i più decisi oppositori del sistema della giurisdizione unica*".

¹⁰⁹ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 74, "*All'approfondimento del problema, anche nelle sue delicate implicazioni teoriche che comportavano la definizione della posizione del cittadino nei confronti del potere amministrativo (il cosiddetto diritto soggettivo pubblico), si dedicò la scuola tedesca del Rechtsstaat ... La quale ritenne di averne trovato la soluzione nell'impianto di una giurisdizione amministrativa e cioè nella creazione di un giudice apposito per le liti con l'amministrazione, per quelle liti essenzialmente relative all'attività di impero dell'amministrazione*".

¹¹⁰ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 74, "*Su questa linea si pose da noi Silvio SPAVENTA, il quale fu ... il più vivace propugnatore dell'istituzione in Italia di una siffatta giurisdizione amministrativa e diede, con il discorso pronunciato all'associazione costituzionale di Bergamo il 6 maggio 1880 dal titolo suggestivo 'Giustizia nell'amministrazione', la più forte spinta a tale istituzione*".

In esso si muove l'accusa ai sostenitori della L.A.C. di non aver compreso la rilevanza che il diritto pubblico aveva assunto nella vita degli Stati moderni, nel cui ambito l'amministrazione aveva così esteso i suoi settori d'intervento, tanto da aver dato luogo ad una proliferazione di rapporti di diritto pubblico, in cui venivano in rilievo interessi meritevoli di tutela¹¹¹.

Questi interessi dovevano essere affidati alla cura di "veri giudici", nel contesto di "veri giudizi di diritto pubblico"¹¹².

L'attuazione del manifesto "Giustizia nell'amministrazione" ebbe concreta realizzazione con la legge 31 marzo 1889, n. 5992, su iniziativa del CRISPI, che, allora Ministro dell'interno, aveva presentato il relativo disegno di legge il 22 novembre 1887¹¹³.

¹¹¹ S.SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione e altri scritti*, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, Napoli, 2006, in www.iisf.it/pubblicazioni/quaderni_del_trentennale/q10.pdf, pp. 38- 39, "Questa riforma non fece avanzare, anzi è a temere che abbia fatto retrocedere, l'ordinamento del nostro diritto pubblico. I suoi autori non pare che intendessero tutta l'importanza che questo ha oggi nella vita degli Stati moderni, dove gli uomini sono collegati sempre più da nuovi rapporti di diritto pubblico tra loro, mediante la estensione sempre maggiore di un'amministrazione comune, nella quale l'interesse di ciascuno vuole essere egualmente ed efficacemente protetto. Essi si preoccuparono solo delle lato meramente politico del diritto pubblico... trascurando quasi tutto il resto, cioè quei rapporti giuridici, o, se volete, interessi di indole puramente amministrativa, ma non meno importanti nella vita di un uomo moderno, che la qualità di elettore o di eleggibile. Essi adunque non intesero che la libertà oggi deve cercarsi non tanto nella costituzione e nelle leggi politiche, quanto nell'amministrazione e nelle leggi amministrative. Nell'amministrazione, la libertà è essenzialmente il rispetto del diritto e della giustizia; e ciò che costituisce quello che i tedeschi chiamano *Rechtsstaat*, il carattere cioè della monarchia moderna, per cui non solo i diritti relativi ai beni privati, ma ogni diritto e interesse che ciascun cittadino ha nell'amministrazione dei beni comuni, siano morali siano economici, è a ciascuno sicuramente garantito e imparzialmente trattato".

¹¹² S.SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione e altri scritti*, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, Napoli, 2006, in www.iisf.it/pubblicazioni/quaderni_del_trentennale/q10.pdf, p. 58, "L'importante, ora, è di fissare questa idea: la necessità di avere, veri giudici e veri giudizi di diritto pubblico in tutte le sfere della nostra amministrazione; unico rimedio ai pericoli che corre il sistema parlamentare".

¹¹³ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 75, "La questione entrò in uno stadio risolutivo con la presentazione, da parte del CRISPI, ministro dell'interno, il 22 novembre 1887 di un disegno di legge (dal titolo significativo: *modificazioni della legge sul consiglio di Stato*), il quale divenne la legge 31 marzo 1889, n. 5992".

La legge CRISPI, nell'istituire la IV Sez. del Consiglio di Stato, le attribuiva la competenza a decidere sui ricorsi avverso atti e provvedimenti dell'amministrazione, adottati nella veste di autorità, in relazione ai vizi di incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge, con conseguente lesione di quegli interessi che ricadevano al di fuori della sfera di cognizione dell'autorità giudiziaria ordinaria o di altre giurisdizioni speciali¹¹⁴.

Si dava, quindi, un giudice a quella vasta congerie di interessi diversamente destinati a rimanere frustrati nella rassegnazione invocata dal MANCINI, perché rimessi all'arbitrio della sola potestà amministrativa¹¹⁵, ma ciò senza chiarezza sul fatto che la natura di quel giudice fosse effettivamente propria della giurisdizione.

Intanto, insieme con le nuove funzioni di tipo giurisdizionale, il Consiglio di Stato conservava quella di organo amministrativo di tipo consultivo¹¹⁶.

In seconda battuta, sul dato che la nuova giurisdizione fosse complementare rispetto alla giurisdizione ordinaria e, dunque, circoscritta alla cognizione dei soli interessi¹¹⁷, pesava

¹¹⁴ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 75, “La legge del 1889 ... attribuì ad una sezione (la IV) del Consiglio di Stato, di nuova istituzione, la competenza a decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante che avessero per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non fossero di competenza dell'autorità giudiziaria né si trattasse di materia spettante alla giurisdizione o alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali (articolo tre)”.

¹¹⁵ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 75, “Si dava quindi un giudice (ma non fu subito chiaro che si trattava di un vero e proprio giudice) alle situazioni che la legge del 1865 aveva lasciato senza tutela giurisdizionale (gli interessi): questa almeno era la precisa intenzione dei legislatori (il primo periodo della relazione con cui il CRISPI accompagnò il suo disegno di legge suona: ‘La legge 20 marzo 1865, all. E, proclamò l'unità della giurisdizione ..., ma nulla avendo sostituito al contenzioso amministrativo che abolì, rimase abbandonata alla potestà amministrativa l'immensa somma di interessi onde lo Stato è depositario’)”.

¹¹⁶ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 76, “il Consiglio presentava quella duplice natura di organo amministrativo (consultivo) e di organo giurisdizionale che consentiva ai legislatori - i quali non avevano le idee chiare circa la natura del nuovo organo o non volevano metterne nettamente in luce la natura giurisdizionale per non mostrare di volere attentare ai sacri poteri del giudice ordinario complicando così l'iter della riforma - di lasciare indefinita tale natura”.

¹¹⁷ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 74, “La struttura del sistema creato dalla legge del 1865 portò, quasi fatalmente, a concepire la nuova giurisdizione come integrazione del sistema precedente e a stabilirla a tutela delle situazioni non coperte dall'articolo due della legge del 1865 e cioè come giudice degli interessi”.

ancora il pensiero del CORDOVA, secondo il quale (diffusamente *supra* in para. 1.2.) i “*diritti subordinati*” dovevano essere comunque rimessi alla competenza di un giudice intraneo all’Amministrazione.

Ancora, questa incertezza era alimentata dal fatto che l’aspettativa della classe politica di allora non fosse certo quella di garantire una tutela effettiva all’interesse legittimo, anche mediante il riconoscimento dell’azione di adempimento¹¹⁸, bensì quella di pervenire all’eliminazione dell’atto amministrativo illegittimo, specie per tutelare la proprietà dai provvedimenti di esproprio, stante la circostanza che la classe dirigente dell’epoca era assai sensibile al problema, essendo essenzialmente espressione del ceto dei grandi proprietari latifondisti.

L’inevitabile conseguenza di tali presupposti non poteva che essere quella di darsi un sistema in cui un organo, in disparte la sua effettiva natura giurisdizionale, fosse in grado di espungere quell’atto amministrativo che il giudice ordinario si asteneva dal disapplicare, per le ragioni sopra ampiamente esposte.

Sicché, il giudizio avanti al Consiglio di Stato nasce come giudizio cassatorio¹¹⁹, perché non si atteggia come frutto di un’autonoma rivisitazione della materia, utile occasione

¹¹⁸ F.CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911, pp. 838-839 “*La teoria accolta dalla giurisprudenza... interpreta secondo il principio formulato dall’articolo quattro (allegato E legge 2248 del 23 marzo 1865) nel senso non solo di interdire all’autorità giudiziaria la revoca o l’annullamento dei negozi giuridici e degli ordini, e la emanazione di pronunce che impongano all’amministrazione di emettere tali atti, ma anche ogni condanna all’adempimento specifico di obblighi di fare, sopportare, dare o restituire cose diverse dal denaro*”; p. 840 “*La condanna è un comando da eseguirsi coattivamente e di conseguenza è la surroga della volontà lecita del giudice alla volontà illecita del soccombente rivelatasi nella sua condotta antigiuridica. E con l’interpretazione qui sostenuta è appunto tale surroga di volontà che al giudice interdetta*”.

¹¹⁹ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 75, “*Il potere decisorio del Consiglio di Stato era limitato all’annullamento dell’atto impugnato: il giudizio si costruì quindi come un giudizio di tipo cassatorio. Venivano dettati i principi del procedimento avanti il Consiglio di Stato coerenti con la funzione cassatoria della giurisdizione e veniva ridisciplinata l’organizzazione del Consiglio stesso garantendosi l’inamovibilità ai suoi membri*”.

per dare chiarezza alla natura sostanziale degli interessi in gioco, bensì come intervento suppletivo rispetto all'enormi lacune lasciate nell'ordinamento dal sistema dalla L.A.C.¹²⁰.

In ragione dell'obiettivo da cogliere, non era il caso di sottilizzare sulla natura amministrativa o giurisdizionale dell'organo, anzi tale incertezza faceva gioco per soddisfare una duplice finalità: *de iure condendo*, quella di non produrre attriti in sede di approvazione del disegno di legge CRISPI, ove il suo testo avesse mostrato di “*volere attentare ai sacri poteri del giudice ordinario*”, *de iure condito*, quella di mantenere in vita un strano legame tra amministrazione e giudice che, comunque, rassicurava in punto di rispetto del principio di separazione dei poteri¹²¹.

¹²⁰ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 76 – 78, “*sulla concentrazione - operata dalla legge del 1889 - della difesa del cittadino nella reazione all'atto amministrativo illegittimo ha poi influito anzitutto la stessa impostazione che il problema della giustizia amministrativa aveva ricevuto con la legge del 1865... in quella legge, in verità, l'atto amministrativo veniva in rilievo essenzialmente come limite alla competenza del giudice ordinario ... ma così veniva posta anche una grossa ipoteca sul completamento del sistema di giustizia amministrativa, perché l'attenzione degli interpreti e dei riformatori ... si portava di necessità prevalentemente sul settore che dalla legge del 1865 risultava escluso dalla possibilità di tutela giurisdizionale apposita, il settore degli atti amministrativi. Gli articoli ... della legge abolitiva prefiguravano così in negativo il tipo di processo cui darà vita la legge del 1889; il divieto al giudice ordinario di eliminare l'atto amministrativo segna fin dal 1865 il posto e la funzione del futuro giudice amministrativo ... Era così perfettamente logico che, nel processo amministrativo che si istituiva, 'campeggiasse' l'atto amministrativo ed era del tutto conseguente che il processo venisse ad assumere forma cassatoria*”.

¹²¹ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 76 – 78, “*Ma in favore della scelta del tipo cassatorio influirono anche altri fattori. Influi la stessa incertezza circa la natura (amministrativo o giurisdizionale) del nuovo istituto: la struttura prescelta cavava ancora una volta d'impaccio, perché si accordava benissimo anche con l'inserzione dell'istituto nel sistema dei mezzi di tutela amministrativa ... Quanto abbia gravato, sull'efficacia della tutela accordata al cittadino contro la p.a., la scelta operata da quel legislatore sulla base di un equivoco (la natura della funzione) ... è già stato messo in rilievo dalla dottrina e su ciò si può convenire a patto di non dimenticare che tale scelta traeva, almeno nell'essenziale, le sue ragioni dal valore che l'atto amministrativo aveva ... nell'economia dei rapporti tra l'amministrazione e i cittadini, e che quindi è a tale determinate caratteristiche di base che vanno fatti risalire, sempre nell'essenziale, la natura e i limiti (i difetti) del tipo di tutela giudiziale allora adottato*”.

In estrema sintesi, ad annullare l'atto amministrativo sarebbe stato quel “*giudice nell'amministrazione*”, delineato nel manifesto di Silvio SPAVENTA, un organo in qualche modo legato al potere esecutivo e non un giudice dell'Ordine giudiziario.

L'inevitabile conseguenza di tale logica ispiratrice è stata quella che, nella costruzione della legge CRISPI, il sindacato di quel giudice – amministratore finiva per appuntarsi sul profilo della legittimità dell'atto, secondo le categorie di vizi pervenute intatte sino ai giorni nostri¹²², disinteressandosi della dimensione sostanziale della situazione che da quell'atto veniva coinvolta.

Essa veniva declinata *sub specie* di interesse, ma in realtà l'attenzione del legislatore era integralmente catturata dal veicolo della lesione, cioè l'atto amministrativo, con conseguenze di ordine interpretativo che, ancora oggi, risultano tutt'altro che risolte¹²³.

2.3. Qualche considerazione.

Volendo sintetizzare quanto la legge CRISPI abbia rassegnato nelle mani degli interpreti dell'epoca, si potrebbe di dire che tale lascito si sia risolto nella previsione di un giudice – amministratore destinato a tutelare un interesse privo di sostanza, attraverso l'unico rimedio offerto dall'annullamento dell'atto amministrativo.

Si è tentati di affermare che si sia trattato di ben poca cosa, rispetto alla complessità delle questioni sul terreno.

L'unico dato di possibile certezza, intuibile sin d'allora, è che le sorti tanto del giudice, quanto della situazione affidata alla sua tutela fossero indissolubilmente avvinte da un filo inestricabile, così che il modo di atteggiarsi dell'uno avrebbe finito per determinare l'ontologia dell'altra.

¹²² M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 75, “*il sindacato era (normalmente) limitato alla legittimità dell'atto amministrativo e si fissava la triade dei vizi, rimasta immutata nel nostro diritto (incompetenza, violazione di legge, eccesso di potere: ancora non era però chiaro cosa si intendesse con questa ultima espressione)*”.

¹²³ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 75, “*La competenza del Consiglio di Stato era fissata in via generale in relazione alla particolare situazione soggettiva lesa (l'interesse) e al tipo di comportamento amministrativo lesivo (l'atto o provvedimento amministrativo)*”.

Inoltre, verosimilmente per le ragioni di convenienza politica sopra evidenziate, la scarsa disciplina di diritto positivo aveva lasciato in ombra un punto fondamentale.

Se i motivi che avevano indotto il legislatore ad implementare il sistema di giurisdizione unica introdotto dalla L.A.C. erano stati anche quelli di porre rimedio all'inerzia del giudice ordinario di fronte a provvedimenti amministrativi che incidevano la materia dei diritti soggettivi, non si comprende come il giudice degli interessi avrebbe potuto esercitare il potere di annullamento quando erano in gioco situazioni rimesse alla giurisdizione di altro giudice.

Evidentemente spinto dal timore delle insidie di un dibattito parlamentare in cui avrebbe dovuto dichiarare *apertis verbis* che la materia dei diritti soggettivi incisi dai pubblici poteri sarebbe stata rimessa al neo giudice – amministratore e, dunque, avrebbe goduto della sola tutela cassatoria, il legislatore ha preferito ricorrere alla formula ermetica della “*competenza a decidere sui ricorsi ...contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa ... che avessero per oggetto un interesse*”, aspettando che fossero le successive decisioni dei due giudici ad autoregolare il confine tra le rispettive giurisdizioni.

Così è stato, come è stato il fatto storico che, in presenza di un diritto positivo tanto scarno, il giudice amministrativo, in via pretoria, abbia dettato non solo il regime processuale del suo rito e, quindi, la modalità di essere della sua giurisdizione, ma anche la disciplina sostanziale degli interessi affidati alla sua tutela.

Non è stato casuale, infatti, come ci rammenta autorevole dottrina¹²⁴, che il primo importante tentativo di trattazione scientifica della giustizia amministrativa, elaborato dal grande Cammeo sia rimasto incompiuto, proprio perché l'illustre autore, avendo abbracciato

¹²⁴ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 225 – 228, “*Il primo importante tentativo di trattazione scientifica della giustizia amministrativa sia quello di Federico Cammeo nel commentario delle leggi della giustizia amministrativa. È un'opera che – com'è noto - è rimasta incompiuta, in quanto Cammeo, dopo aver trattato delle questioni generali, dei ricorsi amministrativi e dell'azione giudiziaria, si fermò proprio alla materia più importante: il giudizio dinanzi al Consiglio di Stato... Si deve quindi supporre che l'illustre Cammeo sia rimasto colpito dalle teorie di Chiovenda al punto di adottarle per spiegare la tutela giudiziale dei diritti contro l'amministrazione pubblica, ma si sia dovuto poi fermare perché con queste teorie non riusciva di spiegare la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi in sede di Consiglio di Stato; così sarebbe accaduto che egli, nelle sue due maggiori opere, abbia lasciato incompiuta la parte concernente il giudizio amministrativo*”.

le teorie di Chiovenda (cfr. Cap. I, para 2) per spiegare la tutela dei diritti contro l'amministrazione, non seppe dare adeguata spiegazione alla questione della tutela degli interessi legittimi avanti al Consiglio di Stato.

Era, appunto, insito nella parsimonia dimostrata dal legislatore nel definire il sistema, che il modo di concepire la situazione in causa finisse per condizionare l'essenza della giurisdizione, come si ricava dalla circostanza che Vittorio SCIALOJA pensò di concentrare la sua attenzione sulla possibilità che i diritti soggettivi potessero esser tutelati anche *sub specie* di interessi legittimi, ritenendo che l'interesse legittimo fosse interamente iscritto nel diritto soggettivo¹²⁵.

La soluzione avrebbe risolto pianamente la questione della tutela del diritto di proprietà dall'atto di espropriazione illegittimo, consentendone l'annullamento ad opera del novello giudice.

La risposta che si è affermata è stata quella della giurisprudenza, secondo la quale l'interesse legittimo era situazione differente dal diritto soggettivo sul piano sostanziale e, dunque, non su quello meramente dimensionale¹²⁶.

Del resto, come osservato, dalla migliore dottrina *“Il legislatore del 1865 e del 1889 (legge sul Consiglio di Stato) in effetti non aveva preso alcuna posizione sulla struttura*

¹²⁵ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 225 – 228, “Vittorio Scialoja ... pose la ben nota questione se diritti soggettivi potessero optativamente esser tutelati come interessi legittimi, rispondendo affermativamente in base alla teoria secondo cui l'interesse legittimo è contenuto interamente nel diritto soggettivo”.

¹²⁶ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 225 – 228, “La risposta a Scialoja non fu data dalla dottrina, bensì dalla giurisprudenza. Questa per il vero fu mossa ... dall'esigenza di non arrecare ulteriori complicazioni ad un congegno che essa <<sentiva>> già estremamente complicato; il valore della statuizione che andava a porre però le sfuggì; essa credette infatti, sulla scorta di Cammeo e di Ranalletti, che l'interesse legittimo fosse per sua natura situazione soggettiva distinta dal diritto soggettivo, onde non ci fosse che prende atto della distinzione stessa; non si accorse invece che il legislatore aveva posto, sì, una distinzione, ma tale che la tesi di Scialoja avrebbe anche potuto essere ritenuta accettabile nel nostro sistema positivo; restringendo tale tesi essa in realtà ... attribuiva alla nozione di interesse legittimo un certo qual significato fra i due o forse anche tre possibili; veniva infatti a dire che l'interesse legittimo è situazione sostanzialmente diversa da quella del diritto soggettivo e non invece solo quantitativamente diversa, ossia un'articolazione del diritto soggettivo medesimo”.

interna dell'interesse legittimo, onde nessuno avrebbe potuto veramente dire che cosa egli avesse voluto disporre"¹²⁷.

Ne è derivato che il giudice – amministratore abbia sostenuto quanto era più in sintonia con l'esigenza della sua progressiva affermazione, cioè che l'interesse legittimo era situazione affatto diversa dal diritto soggettivo. Diversamente, avrebbe negato la sua stessa ragion d'essere.

Infatti, il medesimo Autore ha avuto modo di constatare come l'adozione della legge CRISPI abbia segnato una sorta di spartiacque nell'interpretazione delle scarse norme dettate dalla L.A.C.¹²⁸.

In fin dei conti, esse erano norme processuali che prescindevano dall'enunciazione delle corrispondenti norme di diritto sostanziale¹²⁹.

Sicché, essendole stato rimesso l'onere di elaborare, per via pretoria, le norme di diritto sostanziale, la giurisprudenza amministrativa non potette che raccogliere quel testimone, iniziando a costruire il suo sistema intorno ad un elemento che ritenne assolutamente centrale e che valorizzeremo oltre: l'imperatività del provvedimento amministrativo¹³⁰.

La tessitura della trama normativa in rilievo si è sviluppata per decenni, senza alcun cenno d'intervento da parte del legislatore, tanto che ogni tentativo da parte di taluni autori di confutarne la fondatezza, si è rivelato incongruente per autorevole dottrina, sulla scorta della

¹²⁷ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 225 – 228.

¹²⁸ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 234 – 239, “*Le ricerche del Cannada Bartoli sulla giurisprudenza dei giudici ordinari nel periodo tra il 1865 e il 1889 hanno mostrato che l'interpretazione che nel periodo stesso fu data delle scarse e misere norme della legge detta abolitiva del contenzioso amministrativo non fu eguale a quella che si tiene dopo l'istituzione del Consiglio di Stato*”.

¹²⁹ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 234 – 239, “*Le norme della legge del 1865 contenute negli articoli dal due al cinque erano delle norme solo processuali, le quali non comportavano alcuna automatica presupposizione di norme sostanziali*”.

¹³⁰ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 234 – 239, “*La giurisprudenza, non potendo fare a meno delle norme sostanziali per poter decidere sulle controversie che le erano presentate, si trovò quindi in grande imbarazzo, anche perché la dottrina non le offriva nulla di praticamente serio. Senza consapevolezza, anzi con concetti sovente fuori sesto, essa ritenne che il provvedimento amministrativo fosse imperativo*”.

considerazione che la *costruzione pretoria*, in presenza di un vuoto legislativo, aveva finito per divenire essa stessa *costruzione normativa*.

In estrema sintesi, era venuto a mancare il *tertium comparationis* da prendere in riferimento per poter affermare che l'interpretazione del giudice fosse infondata.

Essa era fondata perché conforme alle regole che lo stesso giudice si era dato, agendo in supponenza del potere legislativo¹³¹.

Ne deriva che, nel diritto amministrativo, la *funzione pretoria della giurisprudenza* ha assunto un significato particolare, non tanto di interpretazione della disposizione posta, bensì di vera e propria creazione del *corpus iuris* in materia di atti e procedimenti amministrativi, stante l'assoluta latitanza sul punto da parte del legislatore¹³².

In quest'opera, la giurisprudenza ha provveduto anche a selezionare il carattere della sua giurisdizione, che taluni autorevoli interpreti avrebbero voluto di *diritto oggettivo*, cioè volta al mero ripristino della legalità violata, a prescindere dall'esistenza della lesione di una posizione differenziata, e che Essa, invece, ha costruito come di *diritto soggettivo*, ossia

¹³¹ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 234 – 239 , “Quando perciò i nostri Orlando, Cannada Bartoli e Klitsche de la Grange ci vengono a proporre delle costruzioni che contrastano diametralmente con le regole poste da una giurisprudenza ormai di oltre 70 anni, dobbiamo dire che esse, possibili in ipotesi, sono inesatte in tesi, perché la costruzione imposta dalla giurisprudenza è ormai una costruzione normativa. Né ci si dica che la giurisprudenza ha sbagliato, perché per dire che ha sbagliato occorrerebbe mostrare che il legislatore aveva posto delle norme sostanziali diverse, alle quali essa non si sarebbe attenuta; con più precisione, che avrebbe posto dei principi sostanziali circa il provvedimento diversi da quelli che la giurisprudenza ha riconosciuto vigenti. Ma nessuno potrà mai dimostrare questo, perché il legislatore non aveva posto nulla, anzi aveva solo posto delle norme processuali ambigue... Dobbiamo quindi accettare come diritto positivo vigente quello posto dalla giurisprudenza. Esso potrà non piacere, e anzi ... esso è, a nostra opinione, un complesso aberrante; ciò significherà solo che ci si deve battere in sede legislativa affinché esso venga modificato. Non si può invece ragionevolmente sperare di ottenere che la giurisprudenza lo cambi”.

¹³² M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 234 – 239 , “Quando si parla di funzione pretoria della giurisprudenza nella materia del diritto amministrativo, non si usa una figura retorica, non si vuol dire solo ... che è essa a elaborare quei costrutti che rendono possibile l'applicazione degli istituti. Si vuol dire invece qualcosa di più e di significato specifico: che è essa a creare il corpo delle norme sostanziali generali del diritto amministrativo, cioè degli atti e dei procedimenti amministrativi, poiché il legislatore non si è mai occupato di fissarle”.

destinata a fornire tutela ad una situazione giuridica lesa in quanto condizione per esercitare il diritto di azione¹³³.

In estrema sintesi, all'indomani della legge CRISPI, il giudice – amministratore, o l'amministratore preposto alla ricerca della “*verità con metodi acconci*” che dir si voglia, dotato dell'unico mezzo di tutela rappresentato dal potere di annullamento, si è messo in cammino alla ricerca di una duplice dignità: quella di vero giudice per sé e quella di situazione giuridica soggettiva per l'interesse legittimo, affidato alla sua protezione.

Ciò premesso, si ritiene che gli argomenti meritevoli di sviluppo nel successivo capitolo siano rappresentati, in primo luogo, dall'illustrazione del criterio prevalso nell'attrarre la cognizione in materia di diritti soggettivi lesi dai pubblici poteri alla giurisdizione del giudice amministrativo, in secondo luogo, dall'introduzione di cenni sull'evoluzione della nozione d'interesse legittimo, che da mero interesse alla legalità del provvedimento è giunto ad assumere rango di situazione sostanziale.

È, infatti, necessario dotarsi di un patrimonio di conoscenze adeguato per poter affrontare *cognita causa* il tema dell'evoluzione del sistema delle tutele e, in particolare, dell'ammissibilità dell'azione di adempimento.

¹³³M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 225 – 228, “*La stessa giurisprudenza aveva spontaneamente ... aggirato un'altra questione che più tardi Orlando riprendeva e ribatteva: se la nuova giurisdizione del Consiglio di Stato fosse <<di diritto oggettivo>>. Senza neppure porsi la domanda essa aveva cominciato ad operare come giurisdizione <<di diritto soggettivo>>*”.

CAPITOLO III

UNA TUTELA INCOMPLETA

PER

UN INTERESSE IN CERCA DI SOSTANZA

1. L'imperatività del provvedimento al centro del sistema.

Si è detto sopra che, nella poderosa opera di costruzione per via pretoria del sistema del diritto amministrativo, e sostanziale, e processuale, il giudice amministrativo ne abbia individuato il fulcro nel concetto di imperatività del provvedimento, che è stato inteso quale attitudine dell'atto a produrre modificazioni nella sfera giuridica altrui, in via unilaterale, ossia prescindendo dalla collaborazione e dalla volontà del titolare delle situazioni incise¹³⁴.

Il carattere dell'imperatività risulta centrale anche ai fini di spiegare come sia stato possibile superare l'incertezza lasciata dalla legge CRISPI in merito ai criteri per mezzo dei quali si sarebbe dovuta colmare quella lacuna nella tutela dei diritti, generata dall'astensione da parte del giudice ordinario nell'ingerirsi in questioni ove veniva in rilievo un provvedimento amministrativo.

¹³⁴ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, Riv. Dir. Proc., Anno XIX (1964), Num. 1, Cedam, Padova, 1964, ora in Scritti, Volume V, Giuffrè, 1964, pp. 234 – 239, “è sulla constatazione dell'avverarsi di siffatti effetti ad opera di un atto di volontà unilaterale di un certo soggetto, quale è l'amministrazione, che si è attribuita al provvedimento amministrativo la caratteristica dell'imperatività ... L'imperatività è semplicemente una qualifica che diamo a certi atti della pubblica autorità, in quanto aventi attitudine a produrre effetti che incidono in sfere giuridiche altrui ... chi non accoglie il concetto di imperatività del provvedimento amministrativo... si priva di una delle chiavi per comprendere la teoria sostanziale degli effetti del provvedimento, e quella processuale dei vari giudizi che compongono il nostro parasistema di giustizia amministrativa ... La giurisprudenza ha riconosciuto il principio di imperatività del provvedimento amministrativo ... questa vicenda è fondamentale per intendere tutti i nostri istituti di giustizia amministrativa ...”.

Si è ritenuto, infatti, che l'atto amministrativo, appunto imperativo, possedesse l'idoneità a degradare o ad affievolire i diritti, trasformandoli in interessi legittimi, così da giustificare la possibilità di invocare la tutela cassatoria del giudice amministrativo rispetto a quell'atto *ex se* generativo della lesione¹³⁵.

È chiaro che, grazie agli insegnamenti della migliore dottrina, la *teoria della degradazione*, la quale ha pur svolto un ruolo meritorio in un certo periodo storico, consentendo di risolvere difficoltà concettuali generate da una normazione incompleta, è stata ampiamente superata grazie alla constatazione che, con l'avvio del procedimento amministrativo, diritto soggettivo, di proprietà nella specie, ed interesse legittimo coesistono.

Semmai, all'esito del procedimento, il provvedimento amministrativo imperativo può condurre ad un effetto estintivo o conformativo del diritto soggettivo, non certo di trasformazione della situazione sostanziale¹³⁶.

Quando i tempi della trattazione saranno maturi avremo modo di chiarire che le ragioni di tale assunto risiedono nel fatto che diritto soggettivo e interesse legittimo sono situazioni che possono inerire ad un medesimo bene della vita, ma che si distinguono per tutelare quello stesso bene da una differente schiera di soggetti.

Il diritto soggettivo tutela il godimento di un bene rispetto all'ingerenza di quanti si collocano in posizione paritaria, compresa l'Amministrazione, quando agisce *iure*

¹³⁵ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., p. 234, "L'imperatività ha un contenuto minimo, che si suole esprimere con i termini, di origine giurisprudenziale, di degradazione dei diritti, o anche di affievolimento: termini poco precisi, il secondo decisamente ridicolo, ma nel complesso espressivi".

¹³⁶ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 234 – 239, "A rigore il diritto non <<degrada>> mai ad alcunchè: o si estingue o si modifica; degradazione è quindi termine metaforico e non rigoroso; ciò che accade è che si avvera un effetto giuridico, consistente, come si è visto, nell'estinzione, nella perdita, nella modificazione di un diritto o di una facoltà, o nella nascita di un obbligo ... L'osservatore superficiale che trova ... il soggetto, prima del provvedimento espropriativo, titolare di un diritto di proprietà e poi di un interesse legittimo, è portato a commassare nella vicenda cronologica una sola vicenda giuridica, e quindi a dire che il diritto degrada a interesse; in realtà il diritto si estingue, o si perde, o si modifica; l'interesse legittimo o già esisteva nel medesimo soggetto insieme al diritto (contitolarità) e rimane solitario con l'efficacia del provvedimento, o da questo nasce direttamente".

privatorum, l'interesse legittimo difende quello stesso bene dall'azione dell'Amministrazione autorità, che opera con strumenti di tipo imperativo.

Non è questa la sede per sviluppare a fondo il tema del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Nondimeno, è necessario fare un cenno al dato storico che la soluzione dell'imperatività del provvedimento e dell'affievolimento dei diritti non mise al riparo dall'insorgenza di conflitti di giurisdizione tra i due giudici, a causa di quella che, a ragione, fu definita, la “*fine struttura dell'interesse legittimo*”.

Dall'intuizione di SCIALOJA, secondo il quale l'interesse legittimo era iscritto entro il perimetro del diritto soggettivo e, dunque, si poteva far valere il primo, quando era necessario adire il giudice dell'annullamento del provvedimento, perché il rimedio più attagliato alla situazione di specie era quello cassatorio, piuttosto che quello risarcitorio, sorse la questione della *doppia tutela* e l'inevitabile *querelle* giurisprudenziale che venne risolta, solo parzialmente, dal noto concordato del Caffè Greco, intercorso tra il Presidente del Consiglio di Stato e quello della Corte di Cassazione, rispettivamente, Romano e D'Amelio¹³⁷.

¹³⁷ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 296 – 298, “*vi fu una prima fase, in cui la giurisprudenza della Corte di cassazione, la giurisprudenza della IV e della V Sezione del Consiglio di Stato e anche la dottrina, si appagarono delle proposizioni che trovavano nelle norme: controversie concernenti diritti civili e politici e controversie concernenti atti amministrativi viziati sembrò che fosse sufficiente. In realtà dietro la facciata vi era già, in piena opera, tutto il lavoro ricostruttivo dell'imperatività del provvedimento amministrativo ... Fu Scialoja che, formulando la tesi della possibilità di far valere il diritto soggettivo come interesse legittimo per ottenere l'annullamento del provvedimento amministrativo, abbattè la facciata formulare, e introdusse una querela che si trascinò per 15 anni, in giurisprudenza almeno: dal 1915 al 1930. Fu evocato ancora una volta Chiovenda, e così si pose il problema se il riparto di giurisdizione dovesse stabilirsi sulla base del petitum ovvero della causa petendi ... La dottrina ... non ebbe la forza di ... decifrare cioè la verace sostanza dei problemi, di cui Scialoja, con una di quelle sue straordinarie intuizioni, aveva invece individuato uno dei punti nodali nel problema, non di diritto processuale ma sostanziale, della fine struttura dell'interesse legittimo ... Fu l'iniziativa dei presidenti della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato, Mariano d'Amelio e Santi Romano, che portò a ciò che potrebbe dirsi un concordato giurisprudenziale: essi stabilirono che il riparto delle giurisdizioni dovesse farsi sulla base del <<contemperamento tra petitum e causa petendi>>*”

In realtà, il criterio risolutore dei problemi di riparto individuato, dai due Presidenti, nel “*contemperamento tra petitum e causa petendi*”¹³⁸ riuniva in sé un valore non solo processuale, ma anche normativo, perché, nel silenzio della legge, dettava la disciplina sostanziale del provvedimento amministrativo, sotto il duplice profilo sia della natura, fissata in quella dell’atto imperativo - perché idoneo ad incidere unilateralmente sui diritti -, che del regime delle invalidità, circoscritto alla sola annullabilità, in ragione della quale l’atto continuava a dispiegare i suoi effetti, sino alla pronuncia del giudice che segnava la sua rimozione¹³⁹.

Come detto, per ragioni di economia espositiva, non è più possibile procedere oltre sul versante del riparto di giurisdizione. Nondimeno, dai brevi cenni richiamati, si sono potute ricavare ulteriori conferme sulla centralità dell’interesse legittimo che inducono all’approfondimento in merito all’evoluzione della sua nozione, argomento questo, invece, assolutamente centrale ai fini dello studio che ci occupa.

¹³⁸ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 299 – 303, “*dal 1930 domina dunque la formula detta del contemperamento del petitum e della causa petendi. Ma che cosa si voleva dire con essa? Negli autori e nelle pronunce essa viene spiegata più o meno così: occorre considerare la situazione giuridica incisa dall’atto amministrativo: se è diritto giudice civile, se interesse giudice amministrativo, e la domanda giudiziale dinanzi al primo è di condanna al risarcimento del danno, dinanzi al secondo di annullamento*”

¹³⁹ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 296 – 298, “*La sconfitta della V sezione (della teoria del petitum e della tesi V. Scialoja) fu una sconfitta della libertà. Ma il bello è che nessuno se ne accorse ... Nessuno si accorse: a) che il concordato giurisprudenziale era ben altro che un accordo su problemi processuali, e che esso rappresentava invece la definitiva sanzione della concezione del provvedimento amministrativo come atto imperativo, e fortemente autoritativo ... nonché l’accoglimento del modo dell’equiparazione in ordine alla fattispecie del provvedimento invalido; b) che il concordato era solo apparentemente un fatto giurisprudenziale, essendo in realtà normativo: mediante un accordo, i giudici supremi venivano in realtà a stabilire nel vigente ordinamento la disciplina degli effetti del provvedimento amministrativo valido e invalido ... c) che le forze le quali operarono sulla scelta dei giudici, seppure non immediatamente identificabili, furono comunque delle forze illiberali*”.

2. L'evoluzione della nozione di interesse legittimo.

I tempi sono maturi per dar conto, seppur sinteticamente, del percorso evolutivo che l'interesse legittimo ha conosciuto nel pensiero degli interpreti e, soprattutto, nelle applicazioni che la giurisprudenza ha dato degli orientamenti via, via succedutisi, in considerazione del fatto che proprio all'opera del giudice amministrativo è ascrivibile il merito di aver conferito alla posizione in rilievo piena dignità di situazione sostanziale.

2.1. Interesse legittimo come diritto alla legalità del provvedimento.

Muovendo dal diritto positivo e, in particolare, dal dato che la legge CRISPI aveva garantito tutela giurisdizionale all'interesse legittimo, raccogliendo grande consenso in dottrina, CAMMEO, nello sposare appieno la teoria di CHIOVENDA, secondo la quale a ciascuna situazione soggettiva corrisponde il relativo diritto di azione, ritenne che l'interesse legittimo fosse stato elevato alla dignità di diritto, perché solo quest'ultimo poteva godere di protezione da parte del giudice.

Nello specifico, tale diritto coincideva con il diritto alla legittimità del provvedimento, ossia il diritto all'emanazione di un atto che risultasse conforme al paradigma normativo di riferimento¹⁴⁰.

Ai fini della nostra ricerca, di grande interesse risulta la considerazione di CAMMEO, secondo la quale, in taluni casi - che oggi indicheremmo correlati alla ricorrenza di un

¹⁴⁰ G.CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile, I, Le azioni. Il processo di cognizione*, Napoli, 1965, pp. 357-358, “*La legittimità degli atti amministrativi, in sé, non è un bene garantito al singolo, ma alla collettività ... Il singolo può avere un diritto individuale di impugnativa soltanto se l'atto amministrativo illegale gli impedisca il godimento di un bene garantitogli dalla legge o gli imponga una prestazione non dovuta: ma la IV Sezione non deve esaminare questo: essa esamina soltanto la legalità in sé. La nuova legge ha dunque accordato al singolo il potere giuridico di chiedere l'attuazione della legge, nell'interesse generale della legalità amministrativa. Il singolo come tale non ha che la pura azione: questo è tutto l'elemento soggettivo che si riscontra nella giurisdizione di legittimità del Consiglio di Stato; in sé essa è giurisdizione di mero diritto oggettivo, cioè attuazione della legge indipendentemente dal diritto individuale di alcuno*”.

interesse pretensivo, nozione di cui si dirà meglio oltre -, al diritto di specie corrispondeva l'obbligo dell'autorità di esercitare i propri poteri secondo legge¹⁴¹.

Senonché, al CAMMEO non sfuggiva l'esistenza di caratteri tali da differenziare la figura del diritto soggettivo rispetto a quella dell'interesse legittimo, *rectius* del diritto alla legittimità del provvedimento.

Mentre il contenuto del primo si compone, infatti, dell'interesse e della volontà, cioè il titolare dispone direttamente dell'interesse stesso, quello del secondo si esaurisce nell'interesse, in quanto l'elemento della volontà è sottratto alla signoria del titolare della situazione stessa per essere imputato all'Amministrazione che esercita la potestà.

Tale disallineamento impedì al CAMMEO di dare un'applicazione piana, nell'ambito del sistema della giustizia amministrativa, alla teoria processuale del CHIOVENDA, secondo la quale è il profilo della volontà a guidare l'iniziativa dell'azione ed a rendere il giudizio civile un processo di parte.

Il difetto dell'elemento della volontà ed il particolare contenuto della nuova situazione, declinabile *sub specie* di interesse alla legalità del provvedimento, costituivano degli impedimenti nel concepire il processo amministrativo come un giudizio di tipo soggettivo¹⁴².

¹⁴¹ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 258 – 262, “*Cammeo, catturato dallo splendido sistema di Chiovenda, aveva lasciato interrotta la costruzione del sistema della giustizia amministrativa alla quale si era accinto, arrestandosi proprio al giudizio amministrativo... Oggi possiamo comprendere perché ciò avvenne: l'ostacolo che Cammeo trovò fu quello della fine struttura giuridica dell'interesse legittimo. La costruzione che Cammeo diede all'interesse legittimo, seppur già accennata da altri, trovò il consenso di notevole parte della dottrina ... che esso fosse un diritto alla legittimità - o legalità, come Cammeo preferiva - dei provvedimenti amministrativi. La tesi si fondava su un dato di diritto positivo: se la legge del 1889 ha dato agli interessi legittimi tutela giurisdizionale, vuol dire che essa li ha elevati alla dignità di diritto, poiché solo per (gli interessi qualificati come) i diritti (soggettivi) esiste tutela giurisdizionale. Or in taluni casi la situazione del privato sarebbe chiaramente riconoscibile come situazione di diritto soggettivo, in quanto l'amministrazione ha nei suoi confronti un obbligo (per esempio diritti di prestazioni amministrative), negli altri invece non può raffigurarsi se non come avente quale corrispondente il dovere – o l'obbligo - dell'autorità di esercitare i propri poteri secondo legge”.*

¹⁴² A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, p. 127, si registrano le difficoltà nel “*tradire una (perdurante) concezione della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo come giurisdizione di carattere (ancora) eminentemente 'oggettivo', volta, cioè, più che ad offrire tutela effettiva delle situazioni giuridiche soggettive incise dal potere amministrativo autoritativo, a verificare la mera*

La prova del disagio percepito dal CAMMEO risiede nella circostanza che la sua opera rimase incompleta proprio nella parte in cui l'Autore avrebbe dovuto riferire sul sistema della giustizia amministrativa¹⁴³.

Dalla teorica del CAMMEO è possibile ricavare spunti che risultano comunque di grande interesse ai fini dell'indagine scientifica.

Il solo dato che l'Autore abbia ascritto l'interesse legittimo alla categoria dei diritti soggettivi risulta sintomatico del fatto che, in punto di rilevanza dell'elemento della volontà, egli percepiva in quella situazione giuridica, se non la "signoria della volontà" propria del diritto soggettivo, quantomeno un potere di scelta, che, alla luce delle odierne conoscenze, potremmo indicare nella scelta delle allegazioni da introdurre nel procedimento amministrativo, onde conformare l'esercizio della potestà pubblica¹⁴⁴.

legittimità del provvedimento impugnato ai fini del ripristino, mediante il potere di annullamento, dell'ordine giuridico (obiettivo) violato".

¹⁴³ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 258 – 262, "Dunque diritti soggettivi, diversi però da quelli tutelati con l'azione giudiziaria, perché mentre in questi il soggetto ha interesse e volontà (una delle tradizionali concezioni del diritto soggettivo), in quelli il soggetto ha solo interesse e non volontà. Il collegamento indeclinabile tra diritto soggettivo e azione, che è a fondamento della concezione di Cammeo, è una salda derivazione da Chiovenda (pur se la tesi sull'interesse legittimo doveva essere fatta propria anche dal Mortara, è però vero che le premesse di questi erano in parte diverse): in tanto c'è tutela giurisdizionale, cioè azione, in quanto c'è diritto soggettivo. Senonché per accertare il postulato dogmatico di Chiovenda occorre ampliare la nozione di diritto (soggettivo) introducendo un secondo tipo di diritto (soggettivo), diverso da quello che la pandettistica ... aveva elaborato per il diritto privato. Se la profondità di siffatta forzatura sfuggì ad altri, non sfuggì affatto a Cammeo, tanto che egli si soffermò su di essa ... peraltro con la soluzione da lui data non era possibile costruire il giudizio amministrativo ad instar del giudizio civile, cioè come compiuto processo di parti; il perché oggi lo si vede senza fatica: il fatto che nel giudizio amministrativo sia tutelato un <<diritto>> mancante dell'elemento <<volontà>>, impedisce al titolare del <<diritto>> di avere quei poteri che ha il titolare del diritto soggettivo provvisto dell'elemento volontà, e che si concretano nel potere di scelta dei fatti da introdurre nel processo, con i conseguenti poteri in ordine all'istruzione probatoria e alle vicende del processo medesimo. Di qui l'impossibilità di applicare la sistematica di Chiovenda, e in pratica la rinuncia finale del Cammeo all'impresa a cui si era accinto".

¹⁴⁴ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 258 – 262, "L'impostazione del Cammeo contiene però in sé tutta la problematica della dottrina successiva; occorre quindi analizzare le componenti ...a) ascrivendo l'interesse legittimo alla categoria dei diritti soggettivi - potremmo dire in senso largo - Cammeo avvertì che nell'interesse legittimo v'è un elemento di <<signoria>>".

Inoltre, il CAMMEO ha riconosciuto che la legittimazione ad azionare la tutela giurisdizionale discende da una violazione di norme, imputabile all'autorità, ed ha aggiunto che, se non si vuole che tale tutela si riveli difettosa, l'interesse legittimo dovrebbe essere quanto più possibile assimilato ad un diritto soggettivo.

Se, qualificando l'interesse legittimo come diritto alla legalità del provvedimento, l'oggetto di tale diritto rimane evanescente, in quanto scollegato da un vero e proprio bene della vita, è pur vero che siffatta costruzione va comunque tenuta in debita considerazione ai fini che ci occupano, dal momento che fa emergere un profilo di grande interesse, dato dalla correlazione, in termini di confronto, tra lo stesso interesse legittimo e la situazione giuridica intestata all'Amministrazione e qualificabile come potestà, la quale va esercitata nel rispetto delle norme che ne costituiscono il fondamento.

In pratica, al diritto del privato alla legalità dell'atto fa da contraltare il dovere della amministrazione di agire *secundum ius*.

A tale ultimo dovere corrisponderebbe “una pretesa che copre un interesse individuale”, cioè l'interesse a conservare o ad ottenere un bene della vita per mezzo dell'esercizio legale dell'attività amministrativa, interesse affatto diverso rispetto a quello pubblico che, viceversa, è correlato alla situazione attiva intestata all'Amministrazione¹⁴⁵.

Non è la <<signoria della volontà>> propria del diritto soggettivo - in senso stretto ... -, ma pur sempre un'entità nella quale la <<scelta>> del soggetto dell'interesse ha un suo rilievo”.

¹⁴⁵ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 258 – 262, “b) altresì presente nell'interesse legittimo è quella che potrebbe esser similmente detta un'attitudine ad azionare una tutela giurisdizionale volta a porre riparo a una violazione di norme commessa dall'autorità; c) se pure non è un diritto soggettivo in senso pieno, tuttavia l'interesse legittimo dovrebbe essere quanto più possibile assimilato ad un diritto soggettivo in senso pieno, se gli si vuol assicurare una tutela giurisdizionale non difettosa; d) concependo l'interesse legittimo come diritto alla legalità, l'oggetto del supposto diritto non è identificabile, e difatti la dottrina successiva non mancò di usare l'argomento per respingere la tesi; ma al fondo della tesi vi è uno spunto importante: che l'interesse legittimo è collegato strettamente con una situazione giuridica soggettiva aliena, nella specie una situazione soggettiva che riguarderebbe la pubblica amministrazione; e) in particolare il dovere della amministrazione di agire *secundum ius*, correlativo al diritto del privato alla legalità dell'atto, è costruzione che offre il fianco a molte critiche; però anche qui c'è uno spunto di rilievo: che l'interesse legittimo si riferisce sempre ad una pretesa che copre un interesse individuale, mentre l'amministrazione pubblica porta una pretesa che copre un interesse pubblico. Donde un particolare

2.2. Interesse legittimo come interesse occasionalmente protetto.

La teorica del diritto al provvedimento conforme alla legge, elaborata da CAMMEO è stata seguita, in ordine di tempo, da quella che configurava l'interesse legittimo come “*un'aspettativa legittima tutelata in via riflessa*”.

L'esponente più autorevole di tale corrente dottrinale è stato RANELLETTI, il quale ha definito l'interesse legittimo come interesse “*occasionalmente protetto*”, cioè tutelato individualmente, in quanto coincidente con l'interesse pubblico.

In ultima analisi, esso godeva di tutela giurisdizionale, solo se accidentalmente la sua soddisfazione veniva a sovrapporsi con quella dell'interesse pubblico in attribuzione all'Amministrazione.

Non avendo, quindi, tale situazione elementi in comune con la figura del diritto soggettivo, i sostenitori della tesi in rilievo, dovendo dare una giustificazione teorica alla protezione del diritto di proprietà inciso dal provvedimento illegittimo di esproprio, hanno fatto ricorso alla suggestiva categoria del “*diritto affievolito*”, che nasce come diritto, ma si trasforma *medio tempore* in interesse protetto¹⁴⁶.

Ebbene, siffatto interesse finiva per atteggiarsi quale aspettativa riflessa, cioè una situazione soggettiva ancor più evanescente rispetto all'aspettativa legittima, la quale poteva almeno godere di tutela *recta via*¹⁴⁷.

problema di relazione tra queste due posizioni che si può indicare volutamente con il termine di pretesa, assunto in un senso atecnico”.

¹⁴⁶ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 258 – 262, “*La dottrina successiva a Cammeo non ha seguito il filo di uno svolgimento problematico ... Così la tesi dominante ... ancor oggi in giurisprudenza, ... configura l'interesse legittimo come un'aspettativa legittima tutelata in via riflessa. In Ranelletti, che ne fu il principale propugnatore, l'interesse legittimo è definito come interesse <<occasionalmente protetto>> in quanto individuale, e direttamente protetto in quanto pubblico; egli, e gli altri con lui, si sforzano dimostrare che la tutela dell'interesse legittimo è il riflesso di una tutela dell'interesse pubblico, e quindi non ha nulla a che fare con la tutela del diritto soggettivo; e per spiegare la vicenda del provvedimento ablatorio, che purtuttavia colpisce sempre un diritto soggettivo, sono costretti ad inventare la categoria del <<diritto affievolito>> che è un diritto ma si comporta come se fosse un interesse protetto”.*

¹⁴⁷M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 258 – 262, “*L'interesse legittimo è così qualcosa di ancor meno di una aspettativa legittima, perché questa gode di tutela*

Sicché, la concezione di un interesse che per assumere meritevolezza di protezione dovesse essere incorporato in una diversa situazione soggettiva, funzionale alla cura di un altro interesse, quello pubblico, è parsa priva di fondamento alla dottrina successiva ed essenzialmente collegata ad una concezione assolutistica dell'agire amministrativo, legittimato a travolgere ogni altro interesse, pur di perseguire l'interesse pubblico, concezione ormai superata dalle successive elaborazioni in ordine al riconoscimento di diritti soggettivi verso l'amministrazione pubblica, all'azionabilità delle pretese del cittadino contro l'amministrazione ed alle regole sul procedimento amministrativo¹⁴⁸.

In pratica, la teoria della tutela riflessa è frutto della concezione di un Consiglio di Stato inteso quale “*Giudice nell'amministrazione*”, con la conseguenza che è stata considerata non sostenibile, in ragione delle difficoltà nel concepire la figura di un giudice preposto alla cura di uno specifico interesse, ancorché pubblico, in luogo di quella di un giudice che assicura giustizia in un determinato campo¹⁴⁹.

diretta, mentre quello solo di tutela riflessa; ossia è un'aspettativa a tutela riflessa, l'infima, diremmo oggi, delle situazioni soggettive che possa pensare un cervello giuridico”.

¹⁴⁸ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 258 – 262, “È difficile capire come una tesi così insoddisfacente abbia potuto riscontrare tanto successo, anche presso giuristi di indubbia acutezza: il fatto che un interesse della vita si incorpori in una situazione soggettiva collegata ad un'altra situazione soggettiva, a sua volta attinente ad un altro interesse della vita, dà luogo ad un nesso strutturale il cui significato è solo questo: che vi sono due situazioni sostanzialmente collegate; come da ciò dedurre che esse debbano essere altresì processualmente collegate, non è mai stato dimostrato da chicchessia. Storicamente la realizzazione del pubblico interesse è partita anzi da un principio diametralmente opposto, racchiuso nel concetto di assolutismo: il precetto mediante il quale si realizza il pubblico interesse ha attitudine a travolger tutto dinanzi a sé, sacrificando indiscriminatamente posizioni e situazioni giuridiche, patrimoniali e non, che gli si ponessero innanzi. L'introduzione di regole come quelle del riconoscimento di diritti soggettivi verso l'amministrazione pubblica, dell'azionabilità delle pretese del cittadino contro l'amministrazione, del procedimento amministrativo, e così via, fanno sì che oggi la realizzazione del pubblico interesse si articoli in più modi, che sostanzialmente si ispirano a quelli elaborati dalla scienza del diritto privato, pur essendovi numerosi campi nei quali l'interesse pubblico beneficia di un favor legis, e quindi nel caso incerto prevale.”

¹⁴⁹ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 258 – 262, “La teoria dell'interesse legittimo come oggetto di tutela riflessa è un derivato storico della concezione del Consiglio di Stato come organo di giustizia nell'amministrazione. Essa afferma che il Consiglio di Stato è organo che cura un interesse pubblico specifico, che è appunto la realizzazione della giustizia

2.3. Interesse legittimo come situazione processuale.

Altri autori e, in particolare, GUICCIARDI, GARBAGNATI e ALLORIO, hanno ricostruito la figura dell'interesse legittimo come situazione di tipo eminentemente processuale¹⁵⁰.

La dottrina in esame muove dalla concezione dell'interesse legittimo quale semplice interesse di fatto che, per effetto dell'invalidità del provvedimento, acquista la qualità di fatto generativo della legittimazione alla proposizione del ricorso giurisdizionale¹⁵¹.

nell'amministrazione-attività. Ma bisogna dir chiaramente che derivare da essa la tesi dell'interesse legittimo come aspettativa tutelata in via riflessa è un sofisma: che il Consiglio di Stato come organo giurisdizionale realizza la giustizia in un certo settore, così come il giudice civile la realizza in un certo altro, quello penale in un altro e quello contabile in un altro ancora; esso non tutela però alcun interesse, né pubblico né privato, salvo quello che attiene alla funzione propria, al proprio essere giudice: solo che in ciò ancora una volta trovasi nella posizione che è propria di qualunque altro giudice. Si può dunque dire che il fatto che il Consiglio di Stato realizzi giustizia nel campo degli interessi pubblici, non significa che esso tuteli gli interessi pubblici curati dai provvedimenti sui quali emette pareri o pronunce giurisdizionali, ma significa solo e non altro che l'interesse generale alla giustizia trova in esso uno dei suoi strumenti di realizzazione”.

¹⁵⁰ V.E.ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, III, Milano, 1889, p. 718, con riferimento ai “ricorsi ... contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse di individui o enti morali giuridici ... può ritenersi che la legge abbia in tal modo voluto riprodurre quello che è principio fondamentale del diritto comune, cioè che per poter proporre una domanda qualsiasi davanti ad un'autorità giurisdicente, occorre avere interesse”.

¹⁵¹ E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi della giustizia amministrativa*, in Arch. Dir. Pubbl. 1937, p. 57, “ogni possibilità della sopravvivenza della categoria dell'interesse legittimo cade di fronte al preciso dilemma che la dogmatica giuridica pone senza lasciar adito ad equivoci o a mezzi termini, o un interesse è riconosciuto e tutelato dall'ordinamento giuridico, ed allora viene elevato a diritto soggettivo perfetto del suo titolare; oppure esso manca di quel riconoscimento e di quella tutela, e rimane un interesse semplice, cioè un interesse di fatto”, che (p. 61) “possiede tuttavia una sua specifica rilevanza giuridica nel campo processuale”.

L'oggetto del processo non è, dunque, l'interesse legittimo, ma l'azione amministrativa, con la conseguenza che l'interesse legittimo, in quanto proiezione processuale dell'interesse di fatto, svolge il ruolo di mero veicolo introduttore del giudizio¹⁵².

Sicché, il provvedimento amministrativo affetto da un vizio di legittimità determina l'insorgenza di un potere di azione qualificabile come diritto potestativo, esercitabile attraverso lo strumento del ricorso.

L'interesse legittimo, dunque, non esiste sul piano sostanziale, risolvendosi in un elemento teleologico, su cui si fonda il potere di ricorso per l'annullamento del provvedimento viziato¹⁵³.

¹⁵² M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 263 – 267, “Le altre tesi proposte per spiegare la fine struttura dell'interesse legittimo ... si possono dividere in due gruppi: quelle che risolvono ... in termini processuali, e quelle che ne prospettano delle soluzioni anche - se non solo - sostanziali. Le prime colpiscono tutte per una loro compiuta eleganza formale, pur essendo fra loro notevolmente diverse; in ordine di tempo sono quelle pensate dal Guicciardi, dal Garbagnati e dall'Allorio. Tutte negano decisamente il carattere di signoria dell'interesse legittimo, e invece affermano altrettanto decisamente l'attitudine di esso ad eliminare la tutela giurisdizionale (quindi negano a e affermano b nelle componenti di Cammeo) ... Il Tosato ... concepisce l'interesse legittimo come un interesse soggetto ad una potestà, sia pur protetto da norme solo secondarie e strumentali, e che pur essendo oggettivo si subiettivizza e si formalizza con la mediazione dell'«<<interesse a ricorrere>>»; invero questa concezione appartiene appieno al gruppo delle teorie sostanziali ... e il ruolo che essa assegna all'interesse a ricorrere non sembra possa alterarne la sostanza. Chi nega all'interesse legittimo natura di situazione sostanziale, lo spiega in soli termini processuali. In Guicciardi esso concepito come un mero fatto di legittimazione al processo; egli spiega che l'interesse legittimo, in sé, è un semplice interesse di fatto, che per effetto dell'invalidità del provvedimento acquista la qualità di fatto di legittimazione alla proposizione del ricorso giurisdizionale; non è l'interesse legittimo, ma l'azione aliena - cioè della pubblica amministrazione - che viene conosciuta nel giudizio amministrativo, e l'interesse legittimo, che è proiezione processuale dell'interesse (di fatto) qualificato, svolge il ruolo di veicolo introduttore del giudizio”.

¹⁵³ E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, p. 181, “il cittadino, dal punto di vista giuridico, non agisce per un interesse proprio, ma per la tutela dell'interesse pubblico che è il solo che sia protetto dalla norma di legge, la cui inosservanza rende l'atto amministrativo invalido”, con la conseguenza che gli interessi legittimi (p. 42) “rimangono quindi dal punto di vista sostanziale, interessi semplici, di mero fatto”.

Ne deriva che, antecedentemente all'emanazione dell'atto amministrativo, l'interesse di fatto è privo di tutela, qualificandosi come interesse legittimo solo al perfezionamento della lesione.

La conclusione a cui si perviene è che la dottrina in esame abbia “polverizzato” la nozione sostanziale di interesse legittimo, a vantaggio di una meramente processuale¹⁵⁴.

2.4. Interesse legittimo quale situazione strumentale.

Alla concezione dell'interesse legittimo quale situazione sì sostanziale, ma contraddistinta dal carattere della strumentalità, sono riconducibili alcune tesi formulate da differenti autori.

Prima fra tutte si colloca quella di CANNADA BARTOLI che, nell'accettare l'idea di un interesse alla legittimità del provvedimento, qualificabile alla stregua di un interesse di fatto, irrilevante sino a quando il provvedimento è valido (e fin qui la tesi non si discosta da quella sub. 2.3.), associa all'adozione di un provvedimento invalido l'insorgenza dell'interesse legittimo quale entità di diritto sostanziale, in ragione del suo intimo collegamento con il diritto soggettivo preesistente.

In pratica, nonostante la ricorrenza di un vizio di legittimità, il provvedimento amministrativo determina l'estinzione del diritto soggettivo da esso inciso, ma la modificazione di tale situazione giuridica viene a costituire il “*presupposto di*

¹⁵⁴ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 263 – 267, “*Garbagnati ... suggerisce una diversa e ancor più membrata prospettiva: il provvedimento amministrativo illegittimo, lesivo di un interesse di fatto del privato, fa sorgere in questi un potere o diritto potestativo, un potere di azione, che si esercita con l'esperienza del ricorso; l'interesse legittimo, in fondo, non esiste, poiché è solo un aspetto o elemento di carattere teleologico, che sta alla base del potere di ricorso, quale potere di chiedere l'annullamento del provvedimento viziato. Prima dell'emanazione di questo, l'interesse di fatto è privo di tutela; si qualificata come interesse legittimo avverandosene la lesione. È facile riscontrare come le tesi or esposte sviluppino, rispettivamente le componenti e), d) e c) del disegno di Cammeo; è comprensibile come esse comportino diversi modi di configurare il giudizio amministrativo. Si può parimenti constatare che tutte minimizzano se non polverizzano, la nozione di interesse legittimo, che diviene, a seconda delle tesi, un momento di subiettivazione, un presupposto processuale, un elemento di qualificazione di un evento giuridico, o una prospettiva di un evento dannoso che si attualizza solo processualmente”.*

subiettivizzazione dell'interesse oggettivo alla legittimità del provvedimento”, cioè determina la nascita dell'interesse legittimo.

In estrema sintesi, l'interesse legittimo, secondo la prospettazione del CANNADA BARTOLI, sarebbe una situazione sostanziale di tipo strumentale, perché funzionale alla tutela del diritto soggettivo illegittimamente inciso dall'esercizio dei pubblici poteri¹⁵⁵.

Se la tesi presenta degli elementi di conferma in diritto positivo allorché la potestà pubblica coinvolge diritti già presenti nella sfera giuridica dell'interessato, non altrimenti può dirsi con riferimento a tutte quelle situazioni che non vi fanno parte e che lo stesso interessato aspira a conseguire attraverso l'esercizio legittimo di quella potestà¹⁵⁶.

¹⁵⁵ E.CANNADA BARTOLI, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in Riv. Trim. dir. Pubbl., 1953, p. 348, “*concepito come un diritto potestativo all'annullamento, l'interesse legittimo coinciderebbe con l'azione ... l'interesse legittimo ha natura esclusivamente formale, siccome concernente la legittimità degli atti amministrativi ... esso ha come presupposto di qualificazione una situazione di diritto soggettivo*”.

¹⁵⁶ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 263 – 267, “*Le tesi del secondo gruppo sono tutte delle tesi complesse che hanno sviluppato soprattutto le ultime due delle componenti del disegno di Cammeo: gli aspetti che potrebbero dirsi relazionali ... dell'interesse legittimo. Per questa loro ricchezza di composizione esse sono assai meno nettamente profilate di quelle dell'altro gruppo, e anzi fra esse solo quella del Cannada Bartoli si pone in termini molto netti. Questa tesi ... accetta dalle tesi processualistiche l'idea che vi sia un interesse rivolto alla legittimità del provvedimento, il quale come tale non avrebbe altra sostanza che quella di un interesse di fatto, di carattere oggettivo, senza rilevanza sin che il provvedimento è valido. Nega però che una volta nato, ossia una volta che abbia assunto rilevanza per essersi avverato l'evento del provvedimento invalido, esso sia entità meramente processuale, fatto di legittimazione o fatto costitutivo del potere di chiedere l'annullamento giudiziale; esso sarebbe invece entità di diritto sostanziale e di carattere soggettivo. La vicenda andrebbe costruita così: in quanto il provvedimento amministrativo incide su un diritto soggettivo del privato, se il provvedimento è illegittimo, il diritto inciso cade, ma diviene presupposto di subiettivizzazione dell'interesse oggettivo alla legittimità del provvedimento, ossia dà vita all'interesse legittimo. La cerniera della costruzione sta nell'idea base dell'incidenza ... del provvedimento su un diritto soggettivo. Non senza ragione quindi la tesi è piaciuta a costituzionalisti, ma si può osservare che se il provvedimento è sempre manifestazione di autorità, non necessariamente esso, nell'ambito delle situazioni soggettive, incide su diritti (o facoltà o poteri) dei privati. L'autorità del provvedimento, in altre parole, non si esprime con la produzione di effetti giuridici sempre omogenei, quali sarebbero l'estinzione, la perdita, la modificazione (riduttiva) di diritti, poteri, facoltà, aspettative, cioè situazioni soggettive di vantaggio di cui sia titolare l'amministrato; può esprimersi invece anche con la sola costituzione, nell'amministrazione, di un nuovo diritto o potere; può esprimersi con la costituzione di un diritto*”.

Si tratta di un argomento di grande rilevanza ai fini dell'odierno studio, che, a breve, affronteremo *funditus*.

Il tema della strumentalità è stato sviluppato dal MIELE che, nell'enfatizzare la natura di situazione soggettiva dell'interesse legittimo, in quanto posizione collegata con un interesse della vita proprio del suo titolare, specifica che tale ultimo interesse viene tutelato solo correlativamente ad un differente interesse della vita che costituisce l'oggetto di un'altra situazione soggettiva, che è intestata all'Amministrazione e si atteggia quale potestà.

Dovendo l'esercizio di quest'ultima rivelarsi conforme al paradigma normativo di riferimento, l'interesse legittimo manifesta la sua strumentalità, dal momento che in tanto risulta soddisfatto, in quanto lo sia anche l'interesse pubblico, che assume la veste di interesse finale¹⁵⁷.

2.5. Interesse legittimo quale situazione sostanziale.

o potere, ecc., in capo ad un privato, diverso da colui che subisce lo svantaggio economico che il provvedimento possa provocare. Sicché in sede teorica, esistono casi nei quali il provvedimento non incide su diritti alieni, ed in tali casi la tesi perde forza esplicativa. Si aggiunga però che a queste ipotesi corrispondono concrete realtà di diritto positivo, costituite da una cospicua parte dei provvedimenti concessori. Se la tesi per i provvedimenti ablatori potrebbe ancora trovare in diritto positivo un addentellato ... è difficile invece darle applicazione in ordine a provvedimenti di altro tipo”.

¹⁵⁷ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 263 – 267, “È ancora nel Miele che esse trovano la loro espressione più compiuta, attraverso questo riportandosi ad un orientamento di teoria generale a cui hanno partecipato studiosi del diritto privato e del diritto processuale civile. Comunque secondo questa tesi, l'interesse legittimo è una situazione soggettiva, quindi di rilievo sostanziale prima che processuale, contraddistinta da tratti... di relazionalità e di strumentalità, volendosi dire che se all'interesse legittimo corrisponde sempre un interesse della vita di chi ne è titolare (così come in ogni altra situazione soggettiva attiva), tale interesse della vita tuttavia non è mai tutelato in modo solitario, bensì in correlazione ad un interesse della vita che abbia altro soggetto, il quale sia titolare di altra situazione soggettiva attiva - un potere (ma anche un diritto, secondo il Miele, anzi anche un obbligo senza diritto corrispondente). Questo aspetto relazionale si riscontra anche in altre situazioni soggettive, come l'aspettativa legittima, come l'onere; però l'interesse legittimo ha caratteri propri in ciò che esso è correlato ad un potere altrui in modo conforme a norma; si può dire cioè che esso si realizza in modo strumentale e non finale”

Al PIRAS si deve il grande merito di essere partito da un'analisi storicistica sull'evoluzione del “*modo di concepire la fine struttura dell'interesse legittimo*”, che lo ha condotto a concludere che, seppure tutte le varie tesi espresse in dottrina potrebbero essere teoricamente accettabili (tranne quella della aspettativa tutelata in via riflessa, ritenuta non coerente), ciò che, in fin dei conti, rileva è “*come la giurisprudenza abbia realmente costruito il giudizio amministrativo*”, dal momento che “*per induzione si potrà comprendere quale è il concetto di interesse legittimo che ne costituisce... la premessa logico-giuridica*”.

Dalla constatazione che “*la giurisprudenza ha costruito il giudizio amministrativo come un giudizio di parti, retto dal principio dispositivo*”, il PIRAS ha ricavato che detta giurisprudenza di quel giudizio abbia accettato “*come premessa, una concezione sostanziale dell'interesse legittimo*”.

Ora, in ragione dell'inconsistente trama normativa fornita dal legislatore, il PIRAS ha dedotto che “*l'interesse legittimo non può assumersi come positivamente vigente in modo diverso da come lo ha, sia pur implicitamente, determinato la giurisprudenza nel riconoscere una certa misura e certe modalità di tutela*”, concludendo, in ultima analisi che “*la normazione positiva vigente è ormai quella non scritta fissata dalla giurisprudenza*”¹⁵⁸.

Muovendo da tale premessa, cioè che la figura dell'interesse legittimo da studiare è quella elaborata dal giudice amministrativo, perché è questa ad essersi affermata nell'ordinamento per via pretoria, l'Autore ne ha ricavato gli elementi di fattispecie.

In primo luogo, ha colto il dato fondamentale secondo il quale l'interesse legittimo costituisce uno dei due poli di un “*rapporto giuridico sostanziale*”.

È, infatti, da abbandonarsi la concezione che esso si realizzi solo allorquando sia soddisfatto l'interesse pubblico dato in cura al potere amministrativo, il cui esercizio coinvolge la posizione del privato.

Tutt'altro ! Accade, infatti, che l'interesse legittimo costituisca una posizione antagonista rispetto alla potestà pubblica, tanto da rivelarsi protetto, quando non si perfeziona il progetto di tutela dell'interesse generale¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Cfr. nota Cap. I, para. 1., nota n.7.

¹⁵⁹ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 267 – 270, “*L'interesse legittimo ... è termine di un <<rapporto giuridico sostanziale>>, è una situazione giuridica soggettiva che non si può definire <<relazionale>>, perché ciò sarebbe troppo poco. Non è che essa si realizza con la realizzazione dell'altra situazione giuridica a cui è correlata, ma si realizza autonomamente da questa, perché*

La seconda grande intuizione del PIRAS si è tradotta nell'affermazione, per un verso, dell'infondatezza della tesi processuale dell'interesse legittimo, secondo la quale esso si realizzerebbe soltanto nel processo, per altro verso, nella conseguente costruzione dell'idea che l'interesse legittimo stesso si realizzi nel procedimento amministrativo, grazie alle norme che disciplinano la partecipazione dei soggetti interessati e conferiscono loro poteri tali da condizionarne, con propri atti, lo svolgimento.

In estrema sintesi, per l'illustre Autore, le norme sul procedimento sono "*norme di tutela sostanziale, o, se si vuole, extraprocessuale, dell'interesse legittimo*".

Ne deriva che la situazione soggettiva in rilievo non nasce con la lesione dell'interesse, al cui presidio essa è destinata, bensì con l'atto di avvio del procedimento amministrativo, che segna il momento di costituzione del rapporto amministrativo e di sua compiuta attuazione¹⁶⁰.

Se, dunque, il diritto e l'interesse legittimo sono accomunati dal fatto di trovare entrambi attuazione nel rapporto e di determinare il collegamento ad un bene della vita, il PIRAS coglie la distinzione tra le due situazioni nella differente natura dei poteri che esse comportano, poteri sia sostanziali che strumentali, il diritto, soltanto poteri strumentali, l'interesse legittimo¹⁶¹.

l'interesse della vita a cui si riferisce non è legato in alcun modo con l'interesse della vita a cui si riferisce l'altra situazione correlata, e anzi può essere in contrasto con esso".

¹⁶⁰ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 267 – 270, "*Neppure sarebbe esatto che l'interesse legittimo si realizza solo nel processo, come presupposto o come fatto di legittimazione di poteri processuali; esso si realizza anche fuori del processo ... soprattutto fuori del processo, nel procedimento amministrativo: le norme che disciplinano le posizioni dei soggetti nel procedimento medesimo, che attribuiscono al privato poteri di condizionare con propri atti lo svolgimento del procedimento, sono norme di tutela sostanziale, o, se si vuole, extraprocessuale, dell'interesse legittimo. Ecco quindi che esso non nasce con la lesione dell'interesse della vita a tutela del quale è riconosciuto ... ma nasce con l'atto o col fatto con cui ha inizio il procedimento amministrativo, cioè con la costituzione del rapporto amministrativo, e nel corso di questo si realizza o si attua*".

¹⁶¹ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 267 – 270, "*Se, come il diritto, l'interesse legittimo si attua in un rapporto, tuttavia differisce dal diritto; ma questo non perché il diritto attiene sempre ad un bene e l'interesse legittimo no ... bensì perché l'interesse legittimo comporta sempre e solo dei poteri strumentali, mentre il diritto comporta poteri sia sostanziali che strumentali*".

Naturalmente il PIRAS si è preoccupato di distinguere le due nozioni di potere, chiarendo che, mentre il potere sostanziale comporta la “*disponibilità di un effetto giuridico*”, che si realizza con la manifestazione di volontà del suo titolare e coincide direttamente con il godimento del bene della vita, il potere strumentale non ha la disponibilità dell’effetto giuridico, bensì la disponibilità di mezzi che, fondandosi su una norma d’azione, offrono tutela a situazioni soggettive collegate all’interesse al bene della vita¹⁶².

Il potere strumentale avrebbe, dunque, un carattere astratto, perché idoneo a tutelare ogni situazione sostanziale, senza perciò essere esso stesso una situazione sostanziale.

In secondo luogo, il potere in rilievo sarebbe regolato da una norma d’azione, cosicché è ad essa che l’effetto giuridico rimarrebbe imputato, mediante l’intermediazione dell’atto espressione di quel potere.

L’effetto si esprimerebbe in termini di mutamento o non mutamento di una situazione giuridica, la quale, a sua volta, in ragione di tale modificazione, verrebbe a produrre ulteriori effetti.

Ciò, a differenza del potere sostanziale, il cui atto di esercizio possiede l’attitudine a modificare *recta via* le altrui situazioni soggettive¹⁶³.

¹⁶² M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 267 – 270, “A questo proposito, il Piras inserisce una sottile analisi delle nozioni di potere usate dai giuristi, che lo porta a riordinare la materia e ad inserire una netta distinzione tra potere sostanziale (o diritto potestativo) e potere strumentale; il primo, che è posto sempre a protezione di un interesse sostanziale del soggetto in ordine ad un bene, si concreta nella <<disponibilità di un effetto giuridico>>, e si realizza con l’atto di volontà del suo titolare; il secondo, in cui manca la disponibilità di un effetto, che si fonda su una norma d’azione che attribuisce al soggetto mezzi per tutelare situazioni soggettive, le quali abbiano - queste sì - riferimento ad interessi sostanziali del soggetto stesso”.

¹⁶³ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 267 – 270, “Il potere strumentale si può connettere ad ogni situazione sostanziale, ma non è esso stesso una situazione: ha carattere astratto ... perché ciò che preesiste è la situazione sostanziale, e l’atto con cui si realizza il potere strumentale non è atto di tutela di un interesse (com’è l’atto che realizza la situazione sostanziale) ma è atto di tutela di una situazione sostanziale. È quindi la norma d’azione (o strumentale) che regola interamente il potere strumentale e determina l’effetto che è prodotto dall’atto che lo realizza; effetto che in termini generali può essere definito solo in questo modo: mutamento (o non mutamento) di una situazione giuridica, che altrimenti senza l’atto di esercizio del potere strumentale non si avrebbe (o si avrebbe). Gli altri effetti che si possono produrre a seguito dell’esercizio del potere strumentale derivano dalla situazione sostanziale a cui il

Ne deriva che i poteri di partecipazione al procedimento non vanno presi in considerazione secondo una visione disintegrata, bensì avendo cura di considerarli riuniti nell'ambito della categoria del potere strumentale alla realizzazione dell'interesse legittimo, sorto con l'atto iniziale del procedimento, da intendersi quale momento introduttivo del rapporto¹⁶⁴.

La fine ricostruzione del PIRAS è stata ritenuta, a ragione, a parere di chi scrive, una superfetazione sul punto dell'intermediazione di un'ulteriore situazione sostanziale tra l'interesse legittimo e l'effetto di tutela del bene della vita, sulla scorta dell'argomento che l'interesse legittimo è esso stesso una situazione soggettiva sostanziale che riunisce in sé la tutela apprestata dall'ordinamento al godimento di detto bene della vita, senza che ci sia necessità di costruire ulteriori schermi¹⁶⁵.

Nondimeno, nell'aderire alla prospettazione del PIRAS e, in particolare, alle sue intuizioni circa la "strumentalità" dell'interesse legittimo e l'instaurazione del "rapporto amministrativo", autorevole dottrina tiene a precisare che la strumentalità dell'interesse legittimo si rivela nel fatto che la situazione in rilievo "*non comporta godimento di beni, né disposizione di beni, né incide in situazioni soggettive altrui*", bensì implica "*l'adozione di misure ... di reazione ad atti dell'autorità*" e, dunque, si palesa come "*fatto facoltizzante la proposizione di una misura*".

potere è connesso, e non dal potere medesimo; è quindi solo per il potere sostanziale che l'atto di esercizio modifica situazioni soggettive sostanziali altrui".

¹⁶⁴ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 267 – 270, "i molti <<poteri>> che le norme attribuiscono al privato di porre in essere questo o quell'atto nel corso del procedimento amministrativo, non sono in realtà tanti atti a sé stanti, esercizio di altrettanti poteri (sostanziali) a sé stanti, ma sono atti di realizzazione dell'interesse legittimo nato con l'atto iniziale del procedimento (introduttivo del rapporto), e i <<poteri>> non sono che poteri strumentali".

¹⁶⁵ F.G. SCOCA "*Il silenzio della pubblica amministrazione*", Milano, 1971, p. 125, l'interesse legittimo starebbe "*prima della lesione: è anzi l'oggetto della lesione ... se l'interesse legittimo è esso stesso una situazione soggettiva sostanziale, non sembra vi sia spazio per una diversa situazione soggettiva che attenga alla stessa vicenda giuridica: la tutela che l'ordinamento assicura si può infatti riassumere nell'interesse legittimo*".

Il punto è che la “strumentalità” non è carattere esclusivo dell’interesse legittimo, in quanto riscontrabile in ogni situazione soggettiva¹⁶⁶.

L’elemento individualizzante è, quindi, dato dal fatto che l’interesse al bene della vita tutelato dall’interesse legittimo fronteggia un altro interesse ad un bene della vita, intestato all’Amministrazione, la quale lo cura mediante l’esercizio di una potestà, ossia di un potere sostanziale.

È, dunque, la struttura della potestà a determinare il modo di atteggiarsi dell’interesse legittimo quale situazione che dispone di poteri esclusivamente strumentali, perché alla prima è riconosciuto dall’ordinamento un potere sostanziale di decisione e di disposizione idoneo a conformare le posizioni altrui¹⁶⁷.

¹⁶⁶ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 271 – 272, “sembra si possa dire che il concetto ricostruttivo formulato dal Piras sia molto felice per almeno due aspetti: quello che attiene alla <<strumentalità>> dell’interesse legittimo, e quello che attiene al <<rapporto amministrativo>>. Quanto alla <<strumentalità>>, il Piras stesso ci avverte che trattasi di termine usato nella pratica, e accettabile se accuratamente definito; ma in fondo improprio ... Ciò che in effetti si è voluto esprimere con la <<strumentalità>> è che l’interesse legittimo appare ... come situazione che non comporta godimento di beni, né disposizione di beni, né incide in situazioni soggettive altrui; e invece comporta l’adozione di misure ... sempre aventi un carattere di reazione ad atti dell’autorità... l’interesse legittimo appariva come fatto facoltizzante la proposizione di una misura, donde il suo affermato carattere strumentale. Con la nuova tesi il fatto della strumentalità resta, solo che non costituisce un <<carattere>> della situazione <<interesse legittimo>>; anche il diritto soggettivo infatti, anche il potere sostanziale o diritto potestativo, anche la potestà, si possono realizzare mediante poteri meramente strumentali, oltre che mediante atti di esercizio diretto delle facoltà che in essi si comprendono. E non è a dire che l’interesse legittimo comporterebbe solo poteri strumentali, onde avrebbe per ciò stesso propria individualità, poiché anche la aspettativa legittima - che è sicuramente situazione soggettiva - comporta solo poteri strumentali, e persino l’onere - di cui è invece dubbia la natura - consta di egual ordito ... L’interesse legittimo ... il manifestarsi mediante poteri strumentali ... ha in comune con tutte le situazioni soggettive, e che anche il manifestarsi esclusivo mediante detti poteri non è proprio solo di esso”.

¹⁶⁷ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 271 – 272, “L’interesse della vita tutelato mediante l’attribuzione della situazione soggettiva interesse legittimo non è infatti solitario, ma dalla norma connesso con un altro interesse della vita, anch’esso tutelato, di altro soggetto, che è di solito titolare di una potestà o di un potere (sostanziale). È la struttura di quest’altra situazione a cui si collega a far sì che l’interesse legittimo non possa manifestarsi se non mediante poteri strumentali, poiché il potere (sostanziale) di decisione e disposizione lo ha solo il titolare dell’altra situazione di potestà ad esso collegata”.

3. Le possibili forme dell'interesse legittimo: interessi oppositivi ed interessi pretensivi.

Abbiamo sin qui descritto, seppur sinteticamente, l'iter che l'interesse legittimo ha percorso dal momento in cui è uscito dall'area di irrilevanza giuridica in cui il MANCINI intendeva confinarlo, sino a quando ha acquistato dignità di situazione sostanziale, grazie alla paziente opera di un *giudice nell'amministrazione* che, nel momento in cui costruiva la posizione di specie nei termini descritti, cercava di dare a sé stesso quel carattere di giudice pieno che il legislatore del 1899 sembrava avergli negato.

Occorre adesso dare seguito ad alcune anticipazioni, via, via presentate nel corso della trattazione, circa il fatto che l'interesse legittimo non possieda una consistenza monolitica, ma possa essere declinato sotto diverse forme.

Ebbene, autorevole dottrina ha rilevato come esistano due distinte categorie di interessi legittimi, nel cui ambito militerebbero, da un lato, gli *interessi legittimi statici* o *interessi oppositivi*, dall'altro, gli *interessi legittimi dinamici* o *interessi pretensivi*.

Posto che possiamo ormai considerare per acquisito il dato che, nell'ambito del rapporto amministrativo, l'interesse legittimo è naturalmente correlato ad una situazione di potestà, va detto che, ove tale potestà possieda carattere ablatorio, la posizione dell'interessato viene definita come *interesse legittimo statico*, ossia una pretesa acché la potestà stessa non sia esercitata, ovvero sia esercitata in modo diverso, onde conservare intatta la propria sfera giuridico – patrimoniale o vederla lesa nella misura minore.

Viceversa, a fronteggiare una potestà di tipo autorizzatorio o concessorio è l'interesse *legittimo dinamico*, che si atteggia sotto forma di pretesa affinché quella potestà venga esercitata, in modo da ampliare la sfera giuridica del titolare dell'interesse in rilievo¹⁶⁸.

¹⁶⁸ G. GRECO, “L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo”, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 4- 7, “In relazione alla cennata diversa efficacia della tutela giurisdizionale ... emergono ... due distinte categorie di interessi legittimi, che possono essere contrassegnate ... come interessi legittimi statici ed interessi legittimi dinamici. Sono interessi legittimi statici quelli correlati ... alla potestà ablatoria, che si pretende non venga esercitata, mantenendo viceversa lo <<status quo ante>>; sono interessi legittimi dinamici quelli correlati alla potestà autorizzatoria, concessoria, ecc., che si pretende venga esercitata,

In estrema sintesi, le due forme d'interesse legittimo si distinguono a seconda che l'interesse materiale connesso alla potestà amministrativa si trovi già nel patrimonio del soggetto interessato, in virtù di altra posizione giuridica soggettiva, ovvero l'esercizio del potere pubblico divenga occasione perché quell'interesse possa accedervi.

Un'ulteriore dottrina ha inteso ripartire gli interessi legittimi in *diritti affievoliti* ed in *diritti in attesa di espansione*¹⁶⁹.

Orbene, i *diritti affievoliti* altro non sarebbero che gli *interessi legittimi statici* o *oppositivi* di cui si è detto, caratterizzandosi per il fatto che l'esercizio del potere interviene in una relazione soggetto – bene, in cui il primo già vanta sul secondo un diritto soggettivo, per cui, onde conservare la titolarità di quel bene, sarà sufficiente per lui difenderlo dall'iniziativa amministrativa.

Sicché, un orientamento dottrinale ha fatto ricorso alla figura dei “*diritti affievoliti e di affievolimento dei diritti*” per spiegare lo “*effetto di estinzione, perdita o riduzione di diritti soggettivi*” proprio dei procedimenti ablatori, lasciandosi però sfuggire come, all'avvio del procedimento, sorga in capo al privato un interesse legittimo che convive con il diritto soggettivo, non avendo ad oggetto quest'ultimo, “*bensì direttamente l'interesse alla conservazione del bene della vita che la pretesa ablatoria dell'autorità minaccia di togliergli*”.

trasformando così in modo ampliativo la sfera giuridica del titolare dell'interesse stesso. In altri termini, appartengono alla prima categoria gli interessi alla conservazione di un bene della vita, mentre appartengono alla seconda categoria gli interessi all'acquisizione del bene della vita: rispetto all'esercizio dei poteri amministrativi, si potrebbe anche parlare nel primo caso di <<interessi oppositivi>>, nel secondo di <<interessi pretensivi>>”.

¹⁶⁹ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 273 – 281, “*L'interesse legittimo, come terza sorta di situazione soggettiva ... si presenta in termini di diversa interconnessione a seconda dei tipi di procedimenti (di correlativi provvedimenti) amministrativi: il Sandulli lo ha già espressamente percepito, allorché ha introdotto la suddivisione interessi legittimi-diritti in attesa di espansione-diritti affievoliti*”.

Prova ne è che se, durante lo svolgimento del procedimento ablatorio, quell'interesse viene minacciato da un privato, il suo titolare conserva nei suoi confronti il diritto d'azione che trova quale condizione processuale appunto il diritto soggettivo leso¹⁷⁰.

Al contrario, in un momento antecedente l'avvio dei procedimenti concessori e, in parte, anche autorizzatori, il privato non è titolare di alcuna situazione soggettiva se non all'atto della presentazione della relativa domanda, atteso che è proprio in questo istante che si determina l'insorgenza dell'interesse legittimo¹⁷¹.

Si è fatto riferimento solo ad una parte dei procedimenti autorizzatori, in ragione del fatto che alcuni di essi implicano la preesistenza di un diritto, il quale subisce una limitazione a monte ad opera della norma di legge che ne assoggetta l'esercizio, prima, ad una previa verifica da parte dei pubblici poteri di taluni requisiti, poi, al successivo conseguimento, ove tale verifica produca effetti favorevoli, di un provvedimento amministrativo recante l'autorizzazione auspicata.

Al riguardo, gli esempi che si suole fare, si riferiscono alle licenze per svolgere attività commerciali che è vero rimuovono un limite all'esercizio del diritto di impresa, che preesiste

¹⁷⁰ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 273 – 281, “*Per i procedimenti ablatori la dottrina ha subito avvertito la diversità delle fattispecie normative, al punto di aver escogitato la denominazione di diritti affievoliti e di affievolimento dei diritti ... Nell'accadimento che denominasi affievolimento dei diritti le fattispecie che si avverano sembra siano due: in tutti i procedimenti ablatori il provvedimento dell'autorità trova di fronte a sé una soggezione del privato, e sempre si avvera un effetto di estinzione, perdita o riduzione di diritti soggettivi; però non appena ha inizio il procedimento, sorge insieme nel privato un interesse legittimo, il quale non ha ad oggetto il diritto soggettivo ... bensì direttamente l'interesse alla conservazione del bene della vita che la pretesa ablatoria dell'autorità minaccia di togliergli. Che in ordine ad un medesimo bene della vita possano sussistere interessi diversificati, e che questi possano esser tutelati da diverse situazioni soggettive, è vicenda che dovrebbe esser nota ... le situazioni di interesse legittimo in senso stretto attengono sempre ad interessi della vita, in modo diretto, e che non è necessaria la mediazione di altre situazioni soggettive per spiegare come esse realizzano la tutela*”.

¹⁷¹ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 273 – 281, “*L'interesse legittimo si presenta in termini assolutamente semplici solo nei procedimenti concessori qui infatti la domanda del privato apre il procedimento e costituisce l'interesse legittimo; il privato non è titolare di altre situazioni soggettive... Anche una parte dei provvedimenti autorizzatori si inserisce in situazioni eguali a queste*”

nella sfera giuridica dell'interessato, ma in quanto riconoscono il titolo alla conduzione dell'esercizio pubblico, nel cui ambito lo stesso diritto d'impresa si realizza.

Ancora, viene presentato il caso della licenza edilizia, che implica l'antecedente per cui la legge ha conformato il diritto di proprietà del privato, fissando una limitazione nell'esercizio di una facoltà, quella di edificazione, rispetto alla quale si è instaurato un rapporto potestà-soggezione.

Orbene, è vero che la soggezione al rispetto delle prescrizioni dell'Autorità comporta l'obbligo di rivolgersi ad essa per poter esercitare detta facoltà, ma è altrettanto vero che, all'atto della presentazione del progetto per ottenere l'auspicata licenza, sorge l'interesse legittimo a godere finalmente di quel bene della vita grazie all'emanazione del provvedimento favorevole.

Si può, dunque, concludere che, anche in punto di procedimenti autorizzatori, pur rimanendo sullo sfondo la titolarità di posizioni di diritto, con il potere amministrativo non si confronta mai il diritto, bensì la situazione d'interesse legittimo¹⁷².

¹⁷²M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 273 – 281, “Ci limitiamo ... a talune fattispecie esemplari ... Licenze per svolgere attività commerciali ... Il privato è titolare del diritto di impresa; la norma non lo disconosce né lo limita; solo che accanto all'impresa crea una entità giuridica, l'esercizio pubblico, alla quale dà separata rilevanza, ed in ordine alla quale la situazione del privato non è quella del diritto soggettivo, ma quella dell'interesse legittimo. Sicché qui vi è un diritto assoluto, che però nei rapporti con l'autorità amministrativa vede il proprio oggetto scisso in due parti, una delle quali, l'esercizio, acquista separata rilevanza, e non può esser realizzata senza il provvedimento autorizzatorio ... Per le licenze edilizie la fattispecie sembra sia la seguente: una delle facoltà del diritto di proprietà del privato, la facoltà o potere di godimento, viene dequalificata, e la cosa viene ascritta nella categoria dei beni ad uso controllato. Un atto dell'autorità (nella specie il piano regolatore) stabilisce in concreto le modalità d'uso. In ordine all'uso della cosa vi è dunque un rapporto potestà-soggezione, essendo il privato vincolato a ricevere le determinazioni circa l'uso della cosa che emette l'autorità. Quando presenta il progetto per la licenza, egli realizza la propria situazione di (obbligo da) soggezione; ma poiché del bene egli è proprietario ed ha un interesse della vita ad utilizzarlo economicamente, nel contempo diviene titolare di una situazione di interesse legittimo all'ottenimento del provvedimento autorizzatorio di licenza. Ottenuto questo, nasce ... il diritto di costruire (o meglio il diritto di proprietà diviene realizzabile nella sua facoltà di costruire). Se così è, in questa fattispecie l'autorità non ha mai di fronte a sé un diritto del privato, prima del provvedimento che essa stessa adotta”.

4. L'ontologica insufficienza dell'azione di annullamento.

Acquisito il dato che l'interesse legittimo non possiede una consistenza monolitica, potendosi manifestare secondo le due differenti forme dell'interesse oppositivo e dell'interesse pretensivo, l'aver già svolto nel Capitolo II un'approfondita disamina storica in ordine al retroterra di pensiero che ha condotto, prima, alla L.A.C., poi, alla legge CRISPI, non può non indurre ad alcune riflessioni, riferite appunto alla classificazione delle posizioni in esame.

In primo luogo, si osserva come, nell'idea del MANCINI, quelli che oggi, grazie al pluriennale sforzo della dottrina, definiamo con il termine di *interessi oppositivi*, avrebbero già potuto godere della tutela apprestata dal giudice ordinario, sotto la denominazione di "*diritti civili*" propria della L.A.C., essendo ormai chiaro come essi convivano con i preesistenti diritti soggettivi durante il procedimento.

Il sostenitore della L.A.C., di certo, non pensava all'esistenza di due diverse posizioni soggettive in relazione ad un medesimo bene della vita, atte a distinguersi a seconda delle situazioni con cui si confrontavano, di diritto o di potestà.

Nella considerazione, però, che il giudice ordinario avrebbe comunque esercitato il potere di disapplicazione solo all'esito della verifica della legittimità del provvedimento, quindi applicando il paradigma decisorio del controllo di conformità alla legge del potere pubblico, il sistema della L.A.C. avrebbe finito per tutelare l'interesse oppositivo, sotto una differente nomenclatura.

Quanto agli interessi pretensivi, per il MANCINI, andavano confinati nell'area dell'irrelevanza giuridica e della rassegnazione per il loro titolare, dal momento che, come si è dimostrato, essi, non poggiandosi su un diritto preesistente, non potevano ricadere nella sfera di cognizione del giudice ordinario, in pratica non costituivano una posizione soggettiva¹⁷³.

¹⁷³ G. GRECO, "*L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*", op. cit., pp. 79 – 83, "*mentre il giudizio di annullamento rappresenta una tutela sufficientemente soddisfattoria per quelli che noi oggi chiamiamo interessi legittimi statici (la più parte dei quali ha avuto accesso al giudizio amministrativo a seguito della diaspora della giurisdizione ordinaria), non rappresentò viceversa - come non rappresenta tuttora - una tutela soddisfacente per gli interessi legittimi dinamici (la più parte dei quali era ricompresa nell'informe <<genus>> degli <<interessi>> e degli <<affari>>, che la legge abolitiva del*

Viceversa, il CORDOVA ne percepiva l'esistenza, quando li classificava sotto la voce dei "*diritti subordinati*", come ha fatto, a titolo d'esempio, con riferimento alla posizione di chi partecipa ad una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del contraente – di certo ascrivibile alla categoria degli interessi pretensivi –, qualificandola come "*diritto che ogni cittadino ha di concorrere agli appalti che dà l'amministrazione*", fondato sulle "*forme stabilite per gli incanti e per i deliberamenti, che non solo servono ad assicurare la concorrenza negli appalti*" (cfr. Cap. II, para. 1.2.).

Per il vero, CORDOVA ricomprendeva sotto la figura dei "*diritti subordinati*" anche gli interessi oppositivi, come si ricava dal fatto che, in tema di assoggettamento della proprietà alle servitù militari, sosteneva che l'autorità dovesse essere esercitata "*secondo la vera necessità e col minimo sacrificio possibile*".

L'insigne giurista aveva, dunque, perfettamente compreso che, quando è in rilievo l'esercizio del potere, il diritto soggettivo pieno non è la situazione appropriata onde instaurare un confronto in prospettiva di tutela, essendo destinato, comunque, a soccombere innanzi al provvedimento legittimo.

Secondo la sua prospettazione, la situazione appropriata era il "*diritto subordinato*", quale pretesa acchè l'Amministrazione agisse, appunto, "*secondo la vera necessità e col minimo sacrificio possibile*".

Così quando attribuisce alla IV Sez. del Consiglio di Stato la competenza a decidere sui ricorsi avverso atti e provvedimenti dell'amministrazione, adottati nella veste di autorità, in relazione ai vizi di incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge (Cap. II, para.

contenzioso amministrativo, articolo tre, aveva abbandonato alla mera tutela in sede amministrativa e al ricorso straordinario al Re). Gli è che tutti quegli interessi, che la legge abolitiva del contenzioso non considerò meritevoli di tutela giurisdizionale, furono proprio per tale ragione alquanto trascurati dalla meditazione giuridica dell'epoca. Il lasso di tempo trascorso dopo la legge del 1865 aveva certamente consentito di superare il giudizio di irrilevanza giuridica e politica fornito su detti interessi dal Mancini, ma la dottrina non si era spinta al di là di generiche sollecitazioni della loro tutela giurisdizionale; detta dottrina ... non aveva certo approfondito la natura e la struttura dei cennati interessi, né studiato le forme di tutela giurisdizionale ad essi più confacenti".

2.2.), la legge CRISPI¹⁷⁴ fonda una tecnica di tutela appropriata per la difesa degli interessi oppositivi, ma assolutamente inadeguata per soddisfare gli interessi pretensivi¹⁷⁵.

Se la cancellazione dell'atto amministrativo illegittimo risulta misura certamente idonea a proteggere l'interesse al godimento di un bene già nella disponibilità del privato, venendo meno il titolo amministrativo che potrebbe estinguere ogni pretesa su quello stesso bene, non lo è di certo quando è in gioco l'interesse pretensivo, perché caduto l'atto di diniego all'istanza del privato, questi continua a rimanere privo di quel titolo che solo potrebbe legittimarlo al godimento del bene della vita auspicato.

È chiaro che dietro l'adozione di questo sistema di tutela dimidiato, si celava allora l'ansia di mantenere intatto il dogma della separazione dei poteri¹⁷⁶, onde conservare uno

¹⁷⁴G. GRECO, *“L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo”*, op. cit., p. 70, *“il nostro ordinamento appare ancora oggi rigidamente ancorato allo schema di giudizio di impugnazione di atti amministrativi, introdotto con la legge 31 marzo 1889, numero 5992 (la c.d. Legge Crispi), rifiuta poi nel testo unico sul Consiglio di Stato con R.D. 2 giugno 1889, n. 6166. Statuiva l'articolo 24, al. 1, del citato R.D. N. 6166 del 1889 che <<spetta alla Sezione IV del Consiglio di Stato di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici>>”*.

¹⁷⁵G. GRECO, *“L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo”*, op. cit., pp. 70-78, *“Il legislatore del 1889 non si è certo ispirato, nel prevedere la competenza generale della IV Sezione del Consiglio di Stato, alla attività giurisdizionale già in passato attribuita agli organi del contenzioso amministrativo ... Eppure in linea astratta ... la legge del 1889 avrebbe potuto rappresentare un'ottima occasione per apprestare una tutela effettiva a quegli <<interessi>>, che con un linguaggio moderno qualifichiamo come interessi legittimi dinamici. Questi ultimi, infatti, rientrano nella più ampia categoria di situazioni (interessi), che ebbero accesso alla tutela giurisdizionale proprio con la legge Crispi, mentre la più parte delle posizioni che oggi chiamiamo interessi legittimi statici o diritti affievoliti ricevevano già da tempo - o almeno avrebbero dovuto ricevere - tutela giurisdizionale davanti al giudice ordinario”*.

¹⁷⁶G. GRECO, *“L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo”*, op. cit., pp. 70-78, *“Sarebbe stato lecito dunque attendersi che detta tutela fosse ... pienamente soddisfattoria ... poiché ciò non avvenne, è necessario tentare di comprenderne le ragioni ... La funzione di integrazione, che fu unanimemente attribuita alla riforma del 1889 rispetto alla legge abolitiva del contenzioso amministrativo, influò peraltro in modo alquanto singolare sulla formazione della legge Crispi. Infatti, con la istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato il legislatore non si preoccupò tanto ... di fornire un'adeguata tutela giurisdizionale a tutta quella composita gamma di interessi, che per l'innanzi non l'aveva. La cennata funzione integrativa si*

spatium deliberandi riservato all'amministrazione, entro la quale non potesse entrare il potere giudiziario.

Se, pertanto, era difficile da accettare l'idea di un giudice che potesse annullare il provvedimento amministrativo, tanto da dover concepire una figura di un giureconsulto che, pur conservando la veste di intraneo all'Amministrazione, sapesse e potesse agire da giudice, era assolutamente fuori dalla logica dell'epoca¹⁷⁷ che anche uno pseudogiudice¹⁷⁸ potesse incardinare avanti a sé una domanda in cui “*la parte verso cui non fu eseguita l'obbligazione,*

manifestò, viceversa, attraverso l'abbattimento dei limiti che la legge abolitiva aveva posto - in ossequio al principio della separazione dei poteri - ai poteri decisorio del giudice ordinario. Fu così finalmente consentito l'annullamento giurisdizionale dell'atto amministrativo ... Certamente i principi ed i limiti decisorio previsti nella legge abolitiva del contenzioso amministrativo costituirono una grave ipoteca sulla successiva legge di riforma”.

¹⁷⁷ G. GRECO, “*L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*”, op. cit., pp. 70-78, “*Sotto il vigore del citato R.D. 30 ottobre 1859 n. 3708, i cennati interessi avevano ricevuto tutela giurisdizionale solo sporadicamente ... ciò era del tutto coerente con la diffusa mentalità dell'epoca, per la quale non era concepibile tutela giurisdizionale alcuna in certe materie con ampia discrezionalità amministrativa, che per tale caratteristica venivano denominate di amministrazione <<pura>>. Con la legge abolitiva del contenzioso amministrativo l'ambito della c.d. amministrazione pura venne ad ampliarsi. Come è a tutti noto, infatti, furono esclusi dall'accesso in giudizio tutti quegli interessi che non assurgevano a diritti soggettivi: secondo la mentalità dell'epoca il giudice (ordinario) non avrebbe potuto conoscere di tali interessi, senza compiere un'evidente invasione ed usurpazione dei poteri dell'amministrazione. Tra siffatti <<interessi>> non ammessi alla cognizione del giudice ordinario v'erano certamente i nostri interessi legittimi dinamici, anche perché era <<communis opinio>> di quel tempo che non potessero sorgere diritti soggettivi veri e propri da leggi amministrative. È solo con la legge Crispi che i cennati interessi varcano finalmente la soglia di una generale tutela giurisdizionale”.*

¹⁷⁸ G. GRECO, “*L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*”, op. cit., pp. 91 – 90, in nota n. 181 “*è nota l'interpretazione di V.E. ORLANDO, contenzioso amministrativo, cit., pag. 912 e ss., che escludeva il carattere giurisdizionale della competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato, per riconoscere, invece, a detto Organo la natura di un'Autorità che, nell'ordine stesso amministrativo, è incaricata di curare la legalità dei provvedimenti con forme e garanzie contenziose: argomenti favorevoli a siffatta interpretazione si rinvennero in S. SPAVENTA, discorso per l'inaugurazione del Consiglio di Stato (31 marzo 1890), in Riv. Dir. pubbl., 1909, I, pag. 290”.*

ha la scelta ... di costringere l'altra all'adempimento”, allora prevista dall’art. 1165 del codice civile del 1865¹⁷⁹.

Già, perché l’azione adeguata a fornire tutela all’interesse pretensivo è, appunto, l’azione di adempimento con la quale il soggetto interessato domanda al giudice una pronuncia che condanni la controparte all’attuazione delle misure idonee a soddisfare l’interesse rimasto frustrato, misure che non possono che identificarsi nell’emanazione del provvedimento auspicato.

Ciò posto, prima di poter giungere a tirare delle conclusioni sul punto centrale della nostra ricerca, occorre ricostruire i percorsi evolutivi della dottrina e della giurisprudenza.

In particolare quest’ultima, nel promuovere l’ingresso dell’azione di adempimento pubblicistico nell’ordinamento, ha dimostrato di voler definitivamente completare il processo che ha portato il giudice amministrativo dalla condizione di *giudice nell’amministrazione*, nella quale era stato confinato dalla legge del 1889, a quella di giudice pieno che ha inteso conferirgli il Costituente nel 1947-48.

4.1. Il processo amministrativo: da giudizio sull’atto a giudizio sul rapporto.

A partire dal 1965, il LA VALLE, nel percepire la diversa struttura l’interesse legittimo, che egli declina sotto la duplice categoria degli “*interessi legittimi assoluti*”, corrispondenti alla nozione di interesse oppositivo, e degli “*interessi legittimi – attesa*”, riconducibili alla figura dell’interesse pretensivo, osserva come “*l’azione d’impugnazione*” risulti attagliata alla tutela dei primi e, viceversa, inefficace quanto alla protezione dei secondi.

Così, per essi, invoca un rimedio adeguato rispetto all’eziologia della lesione, imputabile ad un inadempimento del dovere di provvedere che ha frustrato l’attesa del cittadino¹⁸⁰.

¹⁷⁹ F.CARINGELLA e G. DE MARZO, *Codice civile e delle leggi complementari*, II ed., DIKE Giuridica Editrice, Trento, 2010, p. 1169.

¹⁸⁰ F. LA VALLE, *Azione d’impugnazione e azione di adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, in *Jus*, 1965, p. 160 “*quella che certamente rileva sul terreno del diritto sostanziale è comunque l’omissione dell’atto dovuto, perché è tale omissione che consuma l’inadempimento del dovere amministrativo e la correlativa lesione dell’interesse legittimo del cittadino*”.

Di qui, l'Autore teorizza un'ideale ripartizione delle azioni processuali amministrative tra azioni d'impugnazione ed azioni di adempimento che corrispondano all'anzidetta classificazione delle situazioni sostanziali¹⁸¹.

Il trascorrere degli anni determina in dottrina il consolidamento dell'idea che la suddivisione tra interessi oppositivi ed interessi pretensivi non fosse un mero esercizio di scuola, guidato da intenti esclusivamente classificatori, ma rispondesse a reali esigenze di differenziazione della tutela giuridica accordata all'una o all'altra manifestazione dell'interesse legittimo.

Ne deriva che rispetto agli interessi pretensivi, che si atteggiavano come “*aspettativa di provvedimento*”, i mezzi di tutela non possono esaurirsi nella sola azione d'annullamento, in considerazione del fatto che essi devono realizzare l'effettivo godimento dell'interesse materiale protetto dalla situazione azionata¹⁸².

¹⁸¹ F. LA VALLE, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza delle libertà e dei diritti*, Riv. Trim. dir. pubbl. 1969, pp. 838 – 845, “*l'interesse legittimo presenta una struttura diversa... interessi legittimi – attesa... si contrappone alla categoria di interessi legittimi che si rapportano alla restrizione o alla distruzione di un diritto*”, così in punto di tutela, l'Autore con riferimento ai secondi, definiti “*interessi legittimi assoluti*”, ritiene appropriata “*l'azione d'impugnazione*”, mentre in relazione ai primi invoca un “*rimedio a quell'inadempimento del dovere dell'Amministrazione, che segna il mancato soddisfacimento dell'attesa tutelata dal cittadino*”. Di qui, passa ad affermare che “*alla distinzione cardinale degli interessi legittimi in due categorie, strutturalmente dissimili ... corrisponde pertanto una summa divisio delle azioni processuali amministrative, classificabili nelle due fondamentali categorie delle azioni d'impugnazione e delle azioni di adempimento*”.

¹⁸² P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1981, p. 21 – 24, “*una suddivisione all'interno dell'unica situazione d'interesse legittimo, non è ... fine a sé stessa, né risulta giustificata soltanto da finalità classificatorie, ma consegue a reali esigenze di differenziazione della tutela giuridica accordata, nell'un caso e nell'altro, dall'ordinamento*”; così si distinguono “*interessi legittimi che sintetizzano la protezione di interessi contrari ad un provvedimento ed interessi legittimi che sintetizzano invece la protezione di interessi che attendono di essere realizzati da o mediante un provvedimento*”, che si traducono in “*aspettativa di provvedimento*”, per cui “*la richiesta d'annullamento non può mai essere considerata isolatamente, ma ... va vista come mezzo per realizzare l'invocata soddisfazione dell'interesse sostanziale protetto di cui il ricorrente si assume portatore*”, in modo che “*il giudizio verta in realtà sull'affermazione di una determinata esigenza di tutela, la quale trova a sua volta la sua legittimazione nella situazione sostanziale protetta, cioè nell'affermato interesse legittimo del ricorrente*”.

Senonché, nel percepire tale tensione, una parte della dottrina non è riuscita a distaccarsi dalla centralità dell'azione di annullamento, negando che *de iure condito*, nel giudizio amministrativo, si potesse concepire un'azione di mero accertamento, essendo preclusa al giudice amministrativo la disapplicazione degli atti illegittimi.

Nondimeno, è emersa la coscienza del fatto che il giudizio di annullamento non potesse esaurirsi in un giudizio sull'atto, dal carattere meramente cassatorio, bensì dovesse necessariamente comportare, non solo, un accertamento in merito alla legittimità delle modalità con cui il potere era stato esercitato, ma anche un secondo accertamento in ordine a come il potere avrebbe dovuto essere esercitato¹⁸³.

Certamente, si è diffusa l'opinione circa l'inidoneità del sistema di giustizia amministrativa nel soddisfare adeguatamente le esigenze di tutela dell'interesse legittimo, per via della limitazione posta dall'ordinamento ai poteri cognitori e decisorii riconosciuti al giudice amministrativo, in quanto circoscritti al sindacato di legittimità degli atti amministrativi oggetto di ricorso e, come detto, al loro annullamento.

Ora, se tali poteri risultano sufficienti per garantire quegli interessi legittimi che si trovano in correlazione con i poteri ablatori dell'Autorità amministrativa, non altrimenti può dirsi per quegli interessi legittimi che si confrontano con i poteri concessori ed autorizzatori.

L'annullamento del provvedimento negativo non implica, infatti, l'emissione del provvedimento ampliativo auspicato e, dunque, l'immissione nel godimento del bene della vita protetto dall'interesse legittimo, rivelatosi meritevole di tutela¹⁸⁴.

¹⁸³ P. STELLA RICHTER, *Per l'introduzione dell'azione di mero accertamento nel giudizio amministrativo*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988, p. 860, "anche il giudice amministrativo, per pronunciarsi sul ricorso, compie necessariamente un accertamento, relativo alla legittimità o meno del modo di esercizio del potere, ed eventualmente – seppur congiuntamente – un secondo accertamento, relativo al modo in cui il potere avrebbe dovuto essere esercitato"; p. 862, "La richiesta di annullamento ... rimane pur sempre mezzo necessario ed insopprimibile, poiché nel giudizio amministrativo non è ammessa la disapplicazione degli atti illegittimi ... è esclusa quindi, allo stato, l'ammissibilità di un'azione di mero accertamento".

¹⁸⁴ G. GRECO, "L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo", Giuffrè, Milano, 1981, pp. 1- 3, "E' opinione diffusa che il nostro sistema di tutela giurisdizionale amministrativa non sia idoneo a soddisfare compiutamente le posizioni giuridiche che hanno ingresso in giudizio ... una delle più evidenti lacune e carenze del processo amministrativo, che pregiudica gravemente l'effettività della tutela degli interessi legittimi, è rappresentata ... dagli angusti limiti, entro i quali sono circoscritti, per costante

Si è andata, quindi, progressivamente maturando l'idea che il processo amministrativo non dovesse essere circoscritto ad un giudizio sull'atto, secondo la più antica concezione¹⁸⁵,

interpretazione ... i poteri cognitori e decisorî riconosciuti al Giudice amministrativo di legittimità ... I limiti ... vengono ricollegati ai poteri cognitori e decisorî del giudice di legittimità, in relazione alla funzione tipica che detto giudice è chiamato ad esercitare e che consiste ... nel sindacato giurisdizionale (di legittimità) degli atti amministrativi oggetto di ricorso. Si tratta di limitati poteri cognitori, perché hanno come essenziale punto di riferimento l'atto amministrativo e solo attraverso il sindacato sull'atto possono (talvolta) giungere ad accertare il rapporto tra Pubblica Amministrazione ed amministrato; si tratta altresì di limitati poteri decisorî, perché sono circoscritti ... al solo annullamento dell'atto amministrativo impugnato. Ora, siffatti poteri cognitori e decisorî forniscono una tutela giurisdizionale soddisfacente soltanto per quegli interessi legittimi che si trovano in correlazione con i poteri ablatori dell'Autorità amministrativa. Infatti, con l'annullamento dell'atto e con il ripristino della preesistente situazione di vantaggio ... si può ben dire che l'interesse legittimo fatto valere in giudizio dal ricorrente risulti sufficientemente tutelato. I cennati poteri cognitori e decisorî non forniscono, viceversa, adeguata e soddisfacente tutela a quegli interessi legittimi che si trovano in correlazione con i poteri concessori, autorizzatori e simili della Pubblica Amministrazione ... In questi casi, infatti, l'annullamento del provvedimento negativo dell'Amministrazione non produce, ancora, l'emissione del provvedimento ampliativo richiesto e, dunque, la soddisfazione della pretesa insita nell'interesse legittimo, in ipotesi fondata”.

¹⁸⁵ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 1948, p. 131 ss.; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, p. 191; E. CAPACCIOLI, “*Per la effettività della giustizia amministrativa*”, in *Il processo amministrativo. Scritti in onore di G. Miele*, Milano, 1979, p. 212, secondo il quale, aderendo alla tesi del giudizio sul rapporto, il g.a. verrebbe a sostituirsi (pp. 194-195) “*non ad entrambe le parti, ma al solo titolare del potere, con il risultato che cessa di esser ... terzo, per diventare – lui – il gestore dell'interesse pubblico*”; p. 195 – 196 “*il sindacato sulla legittimità dell'azione dell'autorità è l'unico configurabile nel settore in cui v'è un soggetto che opera in posizione di supremazia istituzionalizzata*”; p. 206 “*Il compito di controllore*” si esaurisce esclusivamente nel valutare “*se i limiti della legge sono stati osservati dal gestore medesimo*”; cosicché la sentenza (p. 216) “*non fissa alcuna disciplina di un rapporto che, semmai fosse derivato dall'atto, cessa di esistere con l'eliminazione (annullamento) dell'atto stesso*”; F. BENVENUTI, *Giudicato (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1969, nonché in *Scritti giuridici*, vol. IV, Milano, Vita e Pensiero, 2006, pp. 2606 – 2608, “*è da escludere infatti che al giudicato amministrativo possa riconnettersi l'effetto di sostituire all'atto la pronuncia giurisdizionale come statuizione positiva su di un rapporto; è da escludersi cioè che sia la sentenza amministrativa ad imporre una disciplina del rapporto tra amministrazione e cittadino, sostitutiva della disciplina che si racchiude nel potere amministrativo e nella funzione amministrativa, in quanto realizzatrice della fattispecie reale in confronto alla*

ma dovesse coinvolgere quello che, secondo l'insegnamento del PIRAS (cfr. *supra* para 2.5.), ne costituisce il presupposto, ossia il rapporto amministrativo¹⁸⁶.

Peraltro, il differente modo di essere dell'interesse legittimo finisce anche per condizionare i caratteri della cognizione del rapporto amministrativo.

Nel campo degli interessi oppositivi, tale cognizione è funzionale nel rendere indiscutibile l'assetto del rapporto delineato dall'annullamento (che è misura *ex se* soddisfattiva dell'interesse in causa), realizzando così quello che viene definito l'effetto preclusivo del giudicato amministrativo, in ragione del quale l'Amministrazione non può reiterare un provvedimento analogo a quello caducato.

A *fortiori*, nell'area degli interessi pretensivi, non ricevendo essi alcuna soddisfazione dall'annullamento dell'atto, occorrendo al riguardo l'emanazione del provvedimento positivo, il rapporto amministrativo deve essere accertato *funditus*, dovendo tale accertamento risultare idoneo a dar luogo all'effetto conformativo del giudicato, ossia al vincolo ex art. 2909 c.c. acchè l'Amministrazione rieserciti il potere, secondo le indicazioni contenute in sentenza¹⁸⁷.

fattispecie astratta determinata dalla norma. Si tratta di dimostrare perché il giudice amministrativo non statuisce sul rapporto. Il fatto che la sentenza amministrativa raggiunga il rapporto tra amministrazione e cittadino solo attraverso lo schermo del problema concreto di validità dell'atto amministrativo è di importanza decisiva nella qualificazione del giudicato amministrativo dal punto di vista sostanziale... Il livello al quale il legislatore ha costruito e posto il giudice amministrativo è tale da consentire a questo di cogliere solo alcuni aspetti formali dell'atto amministrativo e da concepire invece l'atto amministrativo come disciplina effettiva e completa di un rapporto ad opera dell'amministrazione".

¹⁸⁶ F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, p. 294; P.STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970, p. 111 ss.; V. CAIANIELLO, *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in Foro. Amm., 1980.

¹⁸⁷G. GRECO, "L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo", Giuffrè, Milano, 1981, pp. 4- 7, "Già sotto il profilo della tutela processuale si manifesta la opportunità di una separata considerazione delle cennate due categorie di interessi legittimi ... Gli interessi legittimi dinamici, in particolare, proprio perché non possono mai essere soddisfatti dal mero giudizio di annullamento, necessitano di una cognizione del rapporto amministrativo quanto più completa possibile, pur nell'ambito del giudizio di legittimità: solo così potranno sussistere le premesse necessarie per la realizzazione effettiva della pretesa, che è insita in detto interesse legittimo e che potrà essere compiutamente soddisfatta solo a seguito della successiva emissione del provvedimento positivo. Gli interessi legittimi statici presentano - è vero - un'analogha esigenza di compiuta cognizione del rapporto, ma solo al fine di rendere indiscutibile l'assetto dei rapporti

In pratica, se si resta ancorati all'idea che l'accertamento giurisdizionale investa unicamente l'atto, onde verificarne la sua legittimità, non è concettualmente concepibile un giudicato che vincoli l'Amministrazione in sede di riedizione del potere con riferimento alla stessa vicenda amministrativa.

Se, viceversa, si ritiene che l'effettività della tutela giurisdizionale non possa fare a meno dell'effetto conformativo del giudicato, allora non si può che essere dell'opinione che gli accertamenti che hanno condotto all'annullamento del provvedimento impugnato, non si siano appuntati sull'atto, ma abbiano coinvolto il rapporto, cioè abbiano studiato gli elementi di fatto e di diritto, la cui combinazione ha dato luogo alla disciplina dell'esercizio del potere nel caso concreto¹⁸⁸.

In fondo, l'espressione "giudizio sull'atto" è figlia del retroterra di pensiero che ha ispirato prima la L.A.C. e poi la legge CRISPI, secondo il quale giammai il potere esecutivo – amministrativo poteva essere assoggettato ad un penetrante controllo giurisdizionale¹⁸⁹.

realizzato con l'annullamento, che è di per sé satisfattorio ... L'esigenza di un accertamento autonomo del rapporto - di un accertamento, cioè, indipendente da quello compiuto nell'ambito del giudizio di annullamento - si presenta essenzialmente con riferimento agli interessi legittimi dinamici".

¹⁸⁸ M.S. GIANNINI, A. PIRAS, "Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione", in Enc. Dir., XIX, Milano, 1970, pp. 255 – 256, "occorre infatti essere coerenti almeno rispetto ai principi posti dall'ordinamento in tema di giurisdizione e di giudicato. Il problema non ammette soluzioni alternative: o si ritiene che l'accertamento investa l'atto, abbia cioè per contenuto la qualificazione dell'atto stesso come illegittimo, e in questo caso non si potrà parlare di giudicato come di un accertamento che vincoli l'amministrazione nella emanazione di un nuovo provvedimento relativo al medesimo fatto, con il medesimo oggetto, nei confronti degli stessi soggetti; o si pensa che questo vincolo sia essenziale all'idea della tutela giurisdizionale, che l'amministrazione deve essere legata agli accertamenti che hanno provocato l'annullamento del provvedimento impugnato, ed allora è necessario riconoscere che questi stessi accertamenti non hanno riguardo dell'atto - che scompare, annullato - ma stanno fuori di esso, si riferiscono al rapporto, hanno cioè per oggetto il diritto ed il fatto che segnano i termini della disciplina a cui è concretamente assoggettato un dato potere e la sua trasformazione in un provvedimento".

¹⁸⁹ F. BENVENUTI, *Giudicato (dir. amm.)*, in Enc. Dir., XVIII, Milano, 1969, nonché in *Scritti giuridici*, vol. IV, Milano, Vita e Pensiero, 2006, pp. 2608, "il giudice amministrativo non conoscere l'atto amministrativo nella sua interezza e quindi come inclusivo del rapporto fra l'amministrazione e il cittadino, ma solo il momento formale dell'atto che si riassume nel problema di validità. E di ciò ci rendiamo conto immediatamente, ove pensiamo che la giurisdizione del Consiglio di Stato è stata concepita e costruita non come giudice dell'amministrazione e quindi del rapporto tra amministrazione e cittadino, ma come giudice

Sicché, se proprio si dovevano difendere i diritti rimasti nudi di fronte all'esercizio della potestà pubblica a seguito del “*gran rifiuto*” opposto dal giudice ordinario rispetto all'uso del potere di disapplicazione, era opportuno limitare l'invasione della sfera di attribuzione del Governo alla sola eliminazione dell'atto e ad opera di un soggetto neppure qualificabile come giudice, il quale doveva limitarsi a cassare i provvedimenti d'esproprio, usando deferente discrezione verso l'allora classe dirigente, formata dai proprietari latifondisti¹⁹⁰.

nell'amministrazione e quindi di quel profilo esteriore del rapporto anzidetto, che viene riassunto nella formula della validità dell'atto. La giurisdizione amministrativa è stata aggiunta all'amministrazione, in quanto quest'ultima, in base all'articolo tre legge 20 marzo 1865, numero 2248, allegato E, aveva di per sé stessa la disponibilità e quindi il potere della disciplina concreta ed effettiva del rapporto col cittadino. Questo potere non è stato tolto all'amministrazione neppure in parte dalla legislazione istitutiva del Consiglio di Stato come giudice, ma è stato soltanto limitato dal potere, riconosciuto al giudice, di respingere quegli atti che apparissero in contrasto con l'ordinamento alla stregua di quegli strumenti di rilevazione del contrasto che sono le tre categorie di vizi indicate nell'articolo 26 testo unico Consiglio di Stato... L'intreccio congegnato dal legislatore del 1889 consiste nell'aver individuato o concepito un livello di controversia tra interessi tale per cui la soluzione del conflitto non si pone come risolutiva in modo positivo e sostanziale del conflitto stesso, ma come meramente definitiva di esso dal punto di vista, assai limitato, della validità formale dell'atto”.

¹⁹⁰ G. GRECO, “L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo”, op. cit., pp. 70-78, “Tuttavia non va a parer mio trascurato il ruolo che deve aver giocato all'atto della riforma l'indirizzo giurisprudenziale, che aveva fornito una interpretazione riduttiva dell'ambito di giurisdizione del giudice ordinario; detto indirizzo giurisprudenziale ... influì non poco sulla costruzione del giudizio amministrativo come giudizio di annullamento di atti. La legge abolitiva del contenzioso amministrativo aveva predisposto una tutela, tendenzialmente ampia, per tutte quelle che erano ritenute le posizioni giuridiche meritevoli della più rigorosa protezione secondo le ideologie liberali: si tratta soprattutto dei diritti di proprietà e di libertà. Siffatti diritti <<civili e politici>> erano ... sottoposti alla giurisdizione del giudice ordinario, <<ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa>> (articolo due, seconda parte, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E). Sembra del tutto conforme al cennato dettato legislativo la interpretazione secondo la quale i cennati diritti non perdessero la propria consistenza giuridica, allorché fossero aggrediti e sacrificati da atti amministrativi illegittimi; con l'ulteriore ovvia conseguenza che in detta fattispecie la competenza giurisdizionale del giudice ordinario (giudice unico fino al 1889) non avrebbe dovuto essere posta in dubbio, né, quindi, mai declinata ... Tuttavia, man mano che ci si allontana dal 1865 e ci si avvicina alla data della riforma Crispi, si nota che sempre più spesso sussistono pronunce giurisdizionali che ... declinavano la competenza del giudice ordinario di fronte ad un atto amministrativo, ancorché illegittimo. A sua volta la giurisprudenza del Consiglio di Stato, che era a quell'epoca - e sino alla legge 31

Solo muovendo da simili presupposti, si poteva ipocritamente ignorare come l'*in se* della tutela giurisdizionale fosse dato proprio dall'accertamento del rapporto, i cui opposti poli sono costituiti dagli interessi in lite, per cui le differenti forme di tutela, costitutiva, di condanna o di mero accertamento, sono funzionali alla protezione della situazione dedotta in giudizio, ponendo rimedio alla lesione lamentata¹⁹¹.

Eppure, l'idea del giudizio sul rapporto ha fatto fatica ad attecchire in dottrina, tanto che maestri della caratura di Franco LEDDA- salvo poi abiurare le convinzioni di gioventù-, sono rimasti a lungo ancorati alla tesi secondo la quale, *de iure condito*, la struttura del processo amministrativo non potesse essere che quella del giudizio impugnatorio, in quanto il *thema decidendum* era considerato come delimitato dalle censure rivolte all'atto.

Sicché, tutti i fatti pur potenzialmente conformativi rispetto all'esercizio del potere, ma non presi concretamente in considerazione dall'atto stesso, erano destinati a rimanere fuori dalla cognizione del giudice.

In punto di tutela degli interessi pretensivi, la conseguenza di tale prospettazione non poteva che essere quella per cui la censura del provvedimento negativo era idonea, al più, nel ricondurre l'amministrato nella stessa posizione in cui si trovava prima del provvedimento

marzo 1887 n. 3761 - giudice dei conflitti, propendeva in modo netto per questa seconda interpretazione. Questi ultimi orientamenti giurisprudenziali non potevano non allarmare i riformatori del 1889, anch'essi con matrice spiccatamente liberale. Pertanto, quando si trattò di colmare - attraverso l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato - le lacune della legge abolitiva del contenzioso, il legislatore non si preoccupò soltanto di apprestare una tutela giurisdizionale per tutti quegli <<interessi>>, che ne erano rimasti privi nel 1865, ma anche di apprestare una tutela giurisdizionale per tutti quegli interessi - connessi con posizioni soggettive tradizionalmente protette dalle ideologie liberali, quali la proprietà e la libertà personale -, che l'interpretazione giurisprudenziale dinanzi riferita sempre più escludeva dalla competenza del giudice ordinario".

¹⁹¹ M.S. GIANNINI, A. PIRAS, "Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione", op. cit., pp. 255 – 256, "giudizio sull'atto... una fraseologia oggi sostanzialmente priva di significato, elaborata al tempo in cui era incerto il carattere sostanziale dell'interesse legittimo, dubbia la natura giurisdizionale dell'attribuzione e prevalente l'opinione che la difesa dell'interesse protetto si esaurisse con l'annullamento del provvedimento illegittimo ... La tutela giurisdizionale trova il suo nucleo essenziale nel concetto dell'accertamento giudiziale - dell'accertamento cioè del rapporto nel quale si iscrivono le situazioni a cui afferiscono gli interessi in contrasto -, la diversità tra i vari processi derivando dal contenuto delle situazioni giuridiche soggettive delle quali si chiede la tutela, e non da proprietà del processo o della sentenza".

annullato dal giudice, non certo ad introdurre nel giudizio elementi, estranei ai profili di illegittimità dell'atto, su cui fondare l'addebito della mancata emanazione del provvedimento positivo, a titolo di inadempimento di un dovere incombente sull'autorità amministrativa¹⁹².

Un correttivo al fenomeno per cui all'annullamento del provvedimento negativo potesse fare seguito una serie indeterminata di reiterazioni di provvedimenti dello stesso segno sulla scorta di infinite motivazioni diverse, accompagnata da altrettanti annullamenti, senza che si potesse mai giungere a conclusione della vicenda contenziosa ed alla stabilizzazione del rapporto amministrativo, è stato dato dalla tesi secondo la quale il giudicato copre il dedotto ed il deducibile¹⁹³.

È, infatti, vero che tale elaborazione è stata concepita per ricondurre il diritto all'esercizio dell'azione di annullamento al rispetto dei principi di concentrazione dei rimedi processuali e di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico, ma ciò non toglie che essa può essere orientata nell'opposta direzione, secondo la quale, se l'Amministrazione non ha enunciato le sue ragioni nel corpo della motivazione del provvedimento di reiezione o, al

¹⁹² F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, pp. 73 – 74 “il cittadino non può pretendere l'adempimento del dovere incombente all'autorità amministrativa, rappresentando come inadempimento la mancata emanazione del provvedimento positivo; ma può promuovere un sindacato sulla legittimità dell'atto estintivo del dovere stesso, e chiedere l'annullamento di quest'ultimo quando il modello legale non sia stato osservato”; p 267, si osserva come l'annullamento “costituisca una premessa necessaria, non anche sufficiente alla realizzazione della tutela, poiché lascia l'amministrato nella stessa posizione in cui egli versava, come portatore di un interesse materiale insoddisfatto, prima del provvedimento annullato dal giudice”; pp. 276-277, “se anche per gli atti negativi deve valere la logica fondamentale del giudizio di legittimità, la rappresentazione del ricorrente non basta a fare di questi elementi un oggetto del giudizio, poiché la individuazione di tale oggetto, pur essendo opera esclusiva di quella parte, trova un limite insuperabile nello stesso atto amministrativo contro cui l'affermazione è rivolta: i fatti che non concorrono a determinare il valore di quest'atto potrebbero acquisire rilevanza solo in un processo di struttura diversa, cioè in un processo tendente alla condanna dell'autorità o alla dichiarazione del dovere di emanare il provvedimento positivo atteso”.

¹⁹³ M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, p. 135, “se si afferma che nei processi eliminativi esiste un unico diritto all'annullamento, rigettata una prima azione, non è ammessa ... una nuova azione fondata su fatti costitutivi non dedotti, ma che sarebbero stati deducibili, nel primo processo ...il ricorrente è gravato soltanto dall'onere di enunciare nel ricorso tutti i motivi di impugnazione”, (p 137) così da “far acquistare stabilità al rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino ricorrente”.

più, nelle sue difese in giudizio, non può esternarle in sede di riedizione del potere, a meno che esse non risultino imputabili a sopravvenienze¹⁹⁴.

4.2. Il provvedimento di diniego ed il diniego di provvedimento.

Esposte queste premesse in merito al fatto che siano gli interessi pretensivi ad essere maggiormente esposti ad un deficit di tutela, in ragione delle peculiarità del giudizio amministrativo, occorre, ora, concentrate il nostro studio sugli atti negativi e sul silenzio della Pubblica Amministrazione, cioè su quelle manifestazioni dei pubblici poteri che, nell'esprimere attività o inattività, dimostrano attitudine a ledere le posizioni in rilievo¹⁹⁵.

La dottrina è concorde nel muovere la sua analisi a partire dagli artt. 24 e 103 della Costituzione, ricavando da essi come, sotto il profilo della tutela, gli interessi legittimi siano stati affiancati ai diritti soggettivi, senza che, perciò, sia stata chiamata in causa l'intermediazione dell'atto amministrativo e, quindi, la sua necessaria caducazione a mezzo dell'annullamento.

L'annullamento dei provvedimenti negativi non avrebbe neppure un fondamento logico, perché detti provvedimenti non sarebbero innovativi dell'assetto del rapporto amministrativo. In estrema sintesi, se un soggetto era privo di un titolo amministrativo per

¹⁹⁴ A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, p. 198, secondo l'Autore il contenuto della sentenza d'annullamento è l'accertamento del “rapporto che risulta dalla modificazione giuridica prodottasi in dipendenza del verificarsi dei fatti costitutivi della situazione sostanziale esercitata con l'azione”; pp. 581 – 582, sicché “la cognizione del giudice, per quanto sia e debba essere limitata ... dalle deduzioni e produzioni delle parti, produce con la decisione finale, l'effetto di coprire, in relazione al rapporto controverso, il dedotto ed il deducibile”; la sentenza del g.a. assume, quindi, una struttura mista, funge “cioè, ove la natura della controversia lo richieda, da mezzo non soltanto d'accertamento, ma d'ulteriore determinazione del rapporto”, cosicché “il giudice investito della controversia originata dal silenzio – rifiuto dell'amministrazione non potrà non conoscere – e ciò in ogni caso, per effetto stesso del principio, secondo il quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile – di tutte le possibili ragioni che, nella fattispecie, possono giustificare il provvedimento amministrativo negativo”.

¹⁹⁵ G. GRECO, “L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo”, op. cit., pp. 10 -13, “un certo approfondimento degli interessi legittimi dinamici si è verificato ... in relazione allo studio degli atti negativi e del silenzio della Pubblica Amministrazione: in relazione, cioè, ai due fenomeni di attività o inattività amministrativa, che sono in grado di ledere gli interessi legittimi dinamici stessi”.

esercitare una certa attività, la reiezione della sua istanza volta ad ottenerlo lo ha lasciato nella sua condizione originaria di indisponibilità di detto titolo.

Sicché, sarebbe più corretto ritenere che la statuizione del giudice si debba risolvere nell'accertamento dell'antigiuridicità del comportamento tenuto dall'Amministrazione, anche sotto forma di silenzio.

Nella migliore dottrina, pertanto, non si è compreso perché mai il legislatore, a tutela degli interessi legittimi pretensivi, non avesse concepito un'azione di accertamento autonomo del rapporto amministrativo, se non addirittura un'azione di adempimento, che conferisse al giudice poteri sostitutori o - quanto meno - di accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente e del correlativo dovere della Pubblica Amministrazione¹⁹⁶.

4.2.1. L'atto amministrativo negativo.

Nel giudizio di annullamento dell'atto amministrativo negativo è insito un problema di effettività della tutela, atteso che è ricorrente l'evenienza di un accertamento dell'illegittimità del provvedimento che non risulti idoneo a fornire la disciplina del rapporto amministrativo.

¹⁹⁶ G. GRECO, "L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo", op. cit., pp. 10-13, "articoli 24 e 103 della Costituzione ... pongono al centro della tutela giurisdizionale (oltre ai diritti soggettivi) gli interessi legittimi, senza alcun necessario riferimento agli atti amministrativi. Proprio con riferimento alla tutela giurisdizionale degli interessi legittimi dinamici (o interessi-attesa) è stato sostenuto in dottrina - ma in un'ottica <<de iure condendo>> - che la forma tipica di detta tutela dovrebbe essere rappresentata non già da un'azione (ricorso) di annullamento, ma da un'azione c.d. di adempimento, consistente o nell'attribuzione al giudice di poteri sostitutori o - quanto meno - nell'attribuzione di poteri di accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente e del correlativo dovere della Pubblica Amministrazione. Già da tempo, peraltro, la dottrina - affrontando tradizionalmente il problema con riferimento all'atto e non alla posizione sostanziale del ricorrente aveva evidenziato che non si potrebbe a stretto rigore parlare di annullamento degli atti amministrativi negativi - poiché siffatti atti non innoverebbero nell'assetto di rapporti giuridici -, né di annullamento del silenzio della Pubblica Amministrazione: in entrambi i casi la decisione del giudice avrebbe il carattere dell'accertamento dell'antigiuridicità del comportamento della Pubblica Amministrazione... anche se si riconosca l'ammissibilità di detto annullamento ... per gli atti negativi ... non per questo viene meno il problema e l'esigenza di un accertamento autonomo del rapporto amministrativo (interesse legittimo dinamico-potestà amministrativa)".

Si tratta della naturale conseguenza del fatto che il provvedimento di reiezione non richiede necessariamente il compiuto svolgimento della funzione amministrativa, dal momento che esso può essere adottato in qualunque fase del procedimento amministrativo, non appena l'autorità procedente abbia accertato il difetto di anche uno solo dei presupposti per l'emissione del titolo amministrativo auspicato.

Se, a titolo d'esempio, la reiezione è imputabile alla proposizione di un'istanza intempestiva o non conforme al protocollo indicato dall'Amministrazione, i motivi su cui verrà a fondarsi il ricorso per l'annullamento non potranno che attenersi al vizio di eccesso di potere per falsità dei presupposti, deducendo la tempestività o la ritualità della domanda.

Ebbene, in questo caso, non vi è chi non veda come resti del tutto estranea all'oggetto del giudizio ogni questione sulla fondatezza o meno della pretesa sostanziale del ricorrente.

Soltanto nell'evenienza in cui l'atto di rifiuto sia il risultato di un apprezzamento completo della fattispecie amministrativa in esame, è possibile che il giudizio verta sull'intero rapporto amministrativo¹⁹⁷.

Anche ove ricorra la felice evenienza di uno sviluppo completo dell'esercizio del potere, spesso la prassi giurisprudenziale dell'assorbimento dei motivi del ricorso finisce per

¹⁹⁷ G. GRECO, "L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo", op. cit., pp. 29 – 35, "Nei giudizi di annullamento degli atti amministrativi negativi (o di rifiuto) si ripropongono ... i problemi di effettività della tutela ... presenti allorché il giudizio verta sul silenzio-inadempimento. Anche in questo diverso caso, infatti, può accadere ... che il giudizio che accerti l'illegittimità del provvedimento non sia idoneo a fornire, sia pure in negativo, la disciplina dell'intero rapporto amministrativo. Ciò deriva dalla circostanza che il provvedimento di rifiuto ... non presuppone necessariamente il compiuto svolgimento della funzione amministrativa (o ... comporta talvolta la conclusione anticipata della funzione amministrativa) ... Gli atti di rifiuto possono scaturire in qualunque momento dell'esercizio della funzione amministrativa, non appena l'autorità procedente abbia accertato la mancanza di uno (anche uno solo) dei presupposti per l'emissione del provvedimento positivo... il quale potrà essere rifiutato, ad esempio, perché l'istanza è stata proposta fuori termine o perché è stata proposta in modo irrituale ... Gli eventuali vizi deducibili nel giudizio di annullamento non potranno che basarsi sulla dimostrazione della tempestività o della ritualità della domanda ... Resta del tutto estranea ad essa e, dunque, all'oggetto del giudizio ogni questione sulla fondatezza o meno della pretesa sostanziale del ricorrente ... Solo quando l'atto di rifiuto è il risultato del completo svolgimento della funzione amministrativa il soggetto, eventualmente leso, si troverà in condizione di dedurre in giudizio l'intero rapporto amministrativo".

frustrare l'aspettativa del ricorrente ad ottenere un accertamento giurisdizionale esauriente dell'intero rapporto amministrativo¹⁹⁸.

4.2.2. L'inerzia dell'Amministrazione.

Se le questioni descritte si pongono con riferimento ai provvedimenti negativi, dove comunque si ha a che fare anche solo con un simulacro di provvedimento, *a fortiori* si moltiplicano quando all'istanza del privato fa seguito soltanto la mera inerzia da parte della PA.

¹⁹⁸ E.CAPACCIOLI, "Per la effettività della giustizia amministrativa", in *Il processo amministrativo. Scritti in onore di G. Miele*, Milano, 1979, p. 214, "enucleato l'effetto preclusivo, ... risulta invece innegabile che i motivi debbono essere esaminati tutti: niente assorbimento, se non in senso proprio ... è il principio della domanda ... se il giudizio può produrre l'effetto di preclusione, la domanda non è solo di annullamento, ma, almeno per implicito ... è domanda di produzione di tale effetto"; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, p. 149, "i motivi di ricorso concorrono ... a delimitare ciò che il giudice deve conoscere, non ciò su cui deve decidere, cioè l'oggetto del giudizio. La funzione dei motivi è soltanto quella di individuare il materiale che il giudice può porre alla base della propria decisione", così che il giudice (p. 150) "è tenuto ad esaminare, al di là dei casi di assorbimento in senso proprio, tutti i motivi di ricorso. Ma ciò, non perché essi rientrino nell'oggetto del processo, bensì con riguardo alle conseguenze della *Begrundungstheorie*"; A.CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, p. 120, "rimane possibile per il giudice limitare l'oggetto dell'accertamento attraverso la prassi, da sempre criticata in dottrina, dell'assorbimento improprio dei motivi di ricorso, qualora venga dichiarata l'illegittimità del provvedimento per uno dei vizi dedotti senza che siano state esaminate le ulteriori censure. Possibilità che non è venuta meno neppure con l'adozione del codice del processo amministrativo, essendo stata espunta, nel testo definitivo, la disposizione che imponeva al giudice amministrativo di esaminare comunque tutti i motivi di ricorso, presente invece nella versione provvisoria"; p. 122, "al cospetto di un'azione di adempimento ... l'amministrazione sarebbe onerata ad estendere l'oggetto dell'accertamento giudiziale, mediante la produzione di ulteriori cause ostative al soddisfacimento della pretesa del ricorrente, al fine di sottrarsi alla pronuncia di condanna"; G. GRECO, "L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo", op. cit., pp. 29 – 35, "La ben nota prassi giurisprudenziale dell'assorbimento dei motivi del ricorso ... (come nel caso in cui l'accertamento dei vizi formali è ritenuta ragione assorbente dei motivi sostanziali) comporta un'evidente limitazione della tutela sostanziale sia degli interessi legittimi statici che degli interessi legittimi dinamici".

Non si può dire che il problema non fosse stato percepito nel corso dei lavori parlamentari che condussero all'approvazione della legge CRISPI, allorquando, nella seduta del Senato del 22 ottobre 1888, il senatore CAVALLINI sollevò un articolato ordine di questioni.

Il parlamentare ebbe, infatti, ad osservare come la tutela giurisdizionale di tipo esclusivamente impugnatorio, se poteva risultare attagliata al caso in cui l'Amministrazione avesse provveduto, ancorché illegittimamente, diveniva illusoria nell'ipotesi in cui l'Amministrazione medesima avesse ommesso di provvedere, perché, mancando l'atto oggetto dell'azione, sarebbe mancata la stessa azione.

La replica del relatore della legge, on. COSTA, si rivelò del tutto inadeguata, essendosi risolta nell'affermazione che si sarebbe potuto fissare un termine per provvedere¹⁹⁹.

Per il vero, vi è da dire che, in quell'epoca, la sensibilità verso la tutela degli interessi pretensivi era modesta, perché limitate erano le fattispecie amministrative in cui essi potevano venire in rilievo nell'ambito di uno Stato liberale che muoveva con parsimonia la leva dell'intervento della mano pubblica nelle attività dei cittadini.

Così, al momento dell'approvazione della legge CRISPI, il fenomeno dei procedimenti concessori o autorizzatori era assai contenuto, di certo non paragonabile al rilievo assunto con l'affermazione dello Stato democratico pluriclasse.

L'ideologia dominante al tempo della fondazione del sistema di giustizia amministrativa era quella dell'intangibilità dei diritti, non certo quella della loro

¹⁹⁹G. GRECO, "L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo", op. cit., pp. 79 – 83, "Nella seduta del Senato del 22 ottobre 1888 ... Il senatore Cavallini sollevò la questione della insufficienza della tutela giurisdizionale imperniata sulla impugnazione degli atti amministrativi, rilevando come fosse <<evidente che il Ministro può abusare sia con il provvedere contro la legge, sia col non provvedere omettendo di rendere giustizia a chi la invoca. Qui invece il progetto contempla solamente i casi in cui il Ministro abbia provveduto, vi sia cioè un atto, un provvedimento del ministero. Mancando l'atto o provvedimento non vi ha azione per il contenzioso amministrativo. Ora, stando le cose in questi termini, può rendersi illusoria o derisoria la garanzia ...>>. La replica del relatore della legge, on. Costa, fu assai deludente ed elusiva del problema: essa consisté nella osservazione che si sarebbe potuto tutt'al più fissare un termine al Governo per provvedere".

conformazione, mediante soggezione a pubblici poteri che potessero regolarne l'ampiezza del godimento grazie al rilascio di autorizzazioni amministrative²⁰⁰.

Quelle poche ipotesi di provvedimento concessorio o autorizzatorio, poi, erano caratterizzate da una discrezionalità tale in capo all'amministrazione che si faceva fatica a concepire gli interessi pretensivi come situazioni giuridiche soggettive, specie se la loro tutela doveva essere rimessa ad una giurisdizione esclusivamente di legittimità²⁰¹.

²⁰⁰ G. GRECO, "L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo", op. cit., pp. 79 – 83, "Dal cennato breve dibattito emerge la riprova che a quell'epoca non fu colto il vero problema degli interessi legittimi dinamici ... la categoria ... rappresentava a quei tempi un fenomeno di dimensioni assai più limitate di quanto non lo sia oggi in uno Stato a fronte impronta sociale. Ancora nella seconda metà del secolo scorso sussisteva il principio che i diritti (ad esempio, quello di proprietà) fossero tendenzialmente illimitati anche di fronte all'autorità amministrativa, che tuttavia talvolta poteva comprimerli con specifici interventi restrittivi. Ben diversa è la situazione attuale, in cui anche il più tradizionale dei diritti privati (la proprietà) sorge già limitato in tutta una serie di sue manifestazioni, sicché abbisogna di specifici provvedimenti amministrativi per superare i propri limiti intrinseci ... Il limitato numero delle concessioni e delle autorizzazioni amministrative sussistenti al momento della approvazione della legge Crispi, non può neppure essere paragonato con l'esplosione degli interventi amministrativi ... che oggi giorno conosciamo".

²⁰¹ G. GRECO, "L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo", op. cit., pp. 79 – 83, "La categoria di interessi, che oggi chiamiamo interessi legittimi dinamici, risultava a quell'epoca con contorni alquanto sfuggenti all'interprete ... Ciò era dovuto, verosimilmente, al largo margine di discrezionalità amministrativa che il legislatore aveva riconosciuto alla Pubblica Amministrazione ... in quei settori in cui gli atti amministrativi non incidevano sui diritti soggettivi. Ne derivava che i cennati <<interessi>> non potevano essere colti ed apprezzati nella loro autonoma struttura di posizioni soggettive correlate all'esercizio del potere amministrativo, poiché sfumavano del tutto nella considerazione dell'ampia discrezionalità del potere amministrativo stesso. È sempre difficile enucleare posizioni giuridiche sostanziali di fronte all'esercizio di un potere largamente discrezionale; è difficile, in particolare, considerarne autonomamente la struttura, la cui precisa determinazione è a sua volta presupposto essenziale per individuare il tipo di tutela giurisdizionale più adeguato: di fronte ad un potere largamente discrezionale ... l'unica giurisdizione che consente la cognizione dell'intero rapporto potestà-interesse legittimo è rappresentata dalla giurisdizione (competenza) anche in merito".

Nondimeno, se il problema dell'inerzia dell'Amministrazione non era percepibile dall'on. COSTA, lo divenne in seguito quando si prese coscienza delle difficoltà derivanti dal fatto che il silenzio della PA non fosse una fattispecie suscettibile di annullamento²⁰².

Eppure, per lungo tempo, si è sostenuto in giurisprudenza che il ricorso introduttivo avverso il silenzio inadempimento dovesse essere proposto entro i consueti termini di decadenza, che cominciavano a decorrere dal momento della formazione del silenzio stesso, inteso, originariamente, come provvedimento implicito di rigetto²⁰³, e solo successivamente quale comportamento al quale la legge attribuisce certi effetti²⁰⁴.

Al riguardo, infatti, la migliore dottrina ha osservato come attribuire all'inerzia valore di atto implicito di diniego, ne avrebbe impedito la qualificazione quale inadempimento dell'obbligo di provvedere, avendone costituito, viceversa, adempimento, ancorché sul piano meramente formale.

Così, si sarebbe finito per equiparare l'attività all'inerzia, l'emanazione del provvedimento all'omissione del provvedimento, perché, aderendo alla tesi del provvedimento negativo implicito, sarebbero state considerate entrambe come forme di

²⁰² G. GRECO, *“L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo”*, op. cit., pp. 10-13, *“Tale problema e tale esigenza emergono con maggiore evidenza per il caso in cui la lesione dell'interesse legittimo dinamico è opera di una fattispecie non suscettibile di annullamento, è opportuno prendere le mosse dell'indagine che segue proprio dal caso del silenzio della Pubblica Amministrazione, che è, secondo la opinione ormai di gran lunga prevalente in dottrina e in giurisprudenza, un fatto di mera inerzia e, dunque, un fenomeno non suscettibile di annullamento”*.

²⁰³ Cons. St., Sez. IV, 16 marzo 1893, n. 109; 27 maggio 1893, n. 189; in Cons. St., Ad. Plen. 10 marzo 1978, n. 10, che costituisce uno spartiacque nella concezione dell'inerzia della PA, viene ricostruita tale giurisprudenza, pp. 12-13, *“La giurisprudenza, e sulle sue orme gran parte della dottrina, ritenne senz'altro di dover qualificare l'inerzia come ‘atto negativo’. La soluzione dal punto di vista operativo presentava problemi di notevole complessità e l'unanimità che su di essa si formò si spiega probabilmente in relazione allo stato degli studi del tempo. In una giustizia amministrativa da poco elevata al livello giurisdizionale e tutta imperniata, in contrapposizione a quella civile, sull'atto amministrativo e sul suo annullamento, apparve naturale ... Presupporre l'esistenza di un atto tacito poiché ciò permetteva di fare applicazione del sistema costruito intorno all'azione di impugnazione”*.

²⁰⁴ Cons. St., Ad. Plen. 3 maggio 1960, n. 8, *“Il silenzio non è un atto, cioè una dichiarazione di volontà dell'Amministrazione: il silenzio è un comportamento al quale la legge attribuisce certi effetti, sostanziali e processuali, indipendentemente dal reale contenuto di volontà”*.

adempimento, con l'effetto di negare la categoria dell'obbligo di agire in una certa maniera, cioè quella satisfattiva dell'interesse in gioco²⁰⁵.

Senonché, la stessa struttura dell'interesse pretensivo fa sì che, quando tale situazione soggettiva viene lesa dall'inadempimento da parte dell'Amministrazione del dovere di emanazione di un provvedimento o di tenuta di un certo contegno, la tutela non può essere offerta che da una pronuncia di accertamento di quel dovere e del fatto dell'inadempimento.

Mancando l'atto, non per questo vengono a mancare le ragioni di tutela²⁰⁶.

Sicché, è parso che la soluzione più acconcia fosse quella per cui il giudizio dovesse riguardare l'accertamento dell'antigiuridicità dell'inerzia, cosicché, in caso di accoglimento del ricorso, la sentenza non avrebbe annullato un provvedimento tacito di diniego, bensì dichiarato l'obbligo di provvedere da parte della PA.

Un formante giurisprudenziale *in subiecta materia* è rappresentato dalla sentenza 10 marzo 1978, n. 10, pronunciata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale, nel dettare la disciplina risoltrice delle incertezze interpretative in merito ai rimedi appropriati

²⁰⁵ F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, pp. 168 – 169, la concezione dell'inerzia come atto “*contiene un equivoco, il quale viene evidenziato dal fatto che, essendo il contenuto dell'obbligo esaurito nel porre in essere un atto, l'inerzia, valendo come atto, non è qualificabile come inadempimento dell'obbligo, bensì ne costituisce adempimento. Ne consegue che non si possa in alcun caso parlare di inadempimento dell'obbligo di agire, perché l'attività e l'inerzia ne costituiscono ambedue, forme di adempimento, distinguendosi soltanto riguardo al modo di esso: si viene in tal modo a negare la categoria dell'obbligo di agire in una certa maniera*”; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 1387 ss..

²⁰⁶ F. LA VALLE, *Azione d'impugnazione e azione di adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, in *Jus*, 1965, p. 156 “*quando la lesione dell'interesse legittimo (interesse - attesa) del cittadino si ricollega all'inadempimento da parte dell'Amministrazione del dovere giuridico – amministrativo di emanazione di un provvedimento o in genere di produzione di un determinato comportamento, la tutela giurisdizionale – amministrativa non può essere realizzata che da una pronuncia la quale accerti il preciso dovere ed il fatto dell'inadempimento*”; pp. 164 – 165, mancando l'atto da impugnare, veniva a mancare “*l'oggetto e la ragione di un'impugnazione in senso proprio, ma non per questo mancava la ragione e l'oggetto della tutela*”; sicché, il giudice amministrativo “*non avrebbe potuto garantire ... la piena funzionalità di tale giurisdizione, ove non avesse attratto nell'ambito di tutela anche i casi in cui la lesione dell'interesse legittimo è consumata non dall'attività, cioè dall'emissione di un atto nell'esercizio di un potere discrezionale, ma dall'inerzia della PA*”.

avverso l'inerzia della PA, ha preso le mosse da un altro formante, la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 8 del '60, che, pur rimanendo ancorata alla concezione che la statuizione del giudice amministrativo dovesse *“annullare il rifiuto”*, era stata lungimirante nell'affermare che l'impugnativa del silenzio-rifiuto fosse *“rivolta ad ottenere l'emanazione di un atto che definisca per la prima volta il rapporto”*.

A parere dell'Adunanza Plenaria del 1978, la precedente pronuncia n. 8 del '60 aveva dato la stura ad una serie di pronunce che all'idea del giudizio sul rapporto annettevano, quale logica conseguenza, l'abbandono dello schema dell'azione di annullamento.

È, dunque, accaduto che le decisioni si riferissero sempre più esplicitamente all'idea di una pronuncia dichiarativa dell'obbligo di provvedere della PA, ispirandosi, nella sostanza, a quella dottrina che poneva al centro dell'istanza di tutela il concetto di inadempimento²⁰⁷.

La soluzione adottata dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 10 del 1978 (che è stata costantemente applicata sino alla novella apportata alla legge n. 241/1990 dalla legge 15 del 2005²⁰⁸) è stata ricavata, a seguito di motivata ricerca di un referente normativo in diritto positivo, dall'art. 25 del d.P.R. n. 3 del 10.1.1957, recante lo Statuto degli impiegati civili dello Stato, secondo il quale *“l'omissione di atti o di operazioni, al cui compimento*

²⁰⁷ Cons. St., Ad. Plen. 10 marzo 1978, n. 10, pp. 17-18, *“Un punto fermo di fondamentale importanza nella storia di questa problematica: si allude alla decisione dell'adunanza plenaria n. 8 del '60. Con essa si chiarisce definitivamente che l'impugnativa del silenzio nei procedimenti di primo grado - il c.d. silenzio-rifiuto - è “rivolta ad ottenere l'emanazione di un atto che definisca per la prima volta il rapporto” e se è vero che si afferma ancora che la relativa pronuncia e diretta ad “annullare il rifiuto”, è anche vero che ciò costituisce il frutto inevitabile di una certa vischiosità terminologica del resto presente anche nella giurisprudenza successiva. Quel che conta è che da quel momento non vi è stata più incertezza sia in ordine alla non deducibilità dei vizi del c.d. rifiuto (quello della motivazione, ad esempio), sia circa la rilevanza del provvedimento sopravvenuto. È interessante poi rilevare che come logica conseguenza si comincia anche ad abbandonare lo schema dell'azione di annullamento: ed infatti le decisioni parlano sempre più esplicitamente di pronuncia dichiarativa dell'obbligo di provvedere della pubblica amministrazione, ispirandosi in sostanza a quella dottrina che costruiva l'istituto facendo perno sul concetto di inadempimento, al punto che già nella relazione del Consiglio di Stato per gli anni 1961-1965 (vol. III pag. 521) il particolare contenuto di questo contenzioso è dato per acquisito”*.

²⁰⁸ La legge n. 15 del 2005, nel modificare l'art. 2 della legge n. 241/90 ha poi eliminato l'onere della previa diffida, legittimando la proposizione *recta via* del ricorso avverso il silenzio inadempimento allo spirare dei termini di conclusione del procedimento.

l'impiegato sia tenuto per legge o per regolamento, deve essere fatta constare da chi vi ha interesse mediante diffida notificata all'impiegato ed all'Amministrazione a mezzo di ufficiale giudiziario".

Ebbene, secondo la Plenaria la tesi che l'inerzia della PA conducesse alla formazione di un provvedimento implicito di diniego (elaborata sul modello del silenzio – rigetto, che si maturava decorsi 90 giorni dalla proposizione del ricorso gerarchico - d.P.R. n. 1199 del 1971), veniva palesemente demolita dalla disciplina dell'art. 25 del d.P.R. n. 3/57, che piuttosto, *apertis verbis*, annetteva al silenzio dell'amministrazione l'insorgenza di un potere di stimolo in capo al soggetto privato.

Ciò perché si trattava di norma rivolta non tanto a disciplinare lo stato giuridico dell'impiegati pubblici, quanto a regolare l'azione amministrativa, fondando un obbligo di provvedere in capo alla pubblica amministrazione, che, a parere della Plenaria, poteva divenire oggetto di un'azione dichiarativa, volta all'accertamento della violazione davanti all'organo giurisdizionale competente, stante peraltro l'obbligo della PA di conformarsi al giudicato²⁰⁹.

²⁰⁹Cons. St., Ad. Plen. 10 marzo 1978, n. 10, pp. 25-29, *“Ritiene l'Adunanza Plenaria che, mancando ogni altra fonte idonea, possa ben trovare applicazione in questa materia la disposizione contenuta nell'art. 25 dello Statuto degli impiegati civili dello Stato approvato con d.P.R. n. 3 del 10.1.1957 ... La norma ... è idonea a disciplinare l'azione della pubblica amministrazione ed anzi si inserisce esplicitamente nel suo iter procedimentale ... essa inoltre prende in considerazione la stessa situazione giuridica che ... è alla base dell'istituto e cioè un obbligo di provvedere della pubblica amministrazione disatteso dalla stessa. È vero che come conseguenza dell'omissione la norma prevede solo la sanzione del risarcimento del danno e quindi una sanzione per sua natura estranea al silenzio-rifiuto il quale, per costante giurisprudenza, attiene al rapporto potestà - interesse legittimo; viene qui in evidenza, tuttavia, quel contenuto dispositivo implicito di cui si è detto in precedenza. Tale sanzione infatti costituisce la inequivocabile manifestazione della volontà legislativa di dare rilevanza giuridica alla violazione dell'obbligo e se può legittimare l'esercizio di un'azione di condanna (in quanto possibile), deve a maggior ragione legittimare l'esercizio di un'azione dichiarativa, volta cioè al mero accertamento della violazione (secondo lo schema tipico del silenzio-rifiuto) davanti all'organo giurisdizionale competente. La conferma della validità di questa interpretazione si trae dal successivo articolo 26 che disciplina l'inesecuzione del giudicato amministrativo ... Da un canto, non può disconoscersi che l'inerzia è dell'ente e non solo dello “impiegato”, dall'altro, è testualmente puntualizzato il contenuto della conseguente azione come volta appunto a dichiarare l'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato”*.

Se, poi, l'inerzia avesse riguardato l'esercizio del potere vincolato, secondo la Plenaria, la statuizione del giudice sarebbe potuta andare anche oltre il solo riconoscimento dell'obbligo di provvedere, potendo, altresì, precisare i contenuti del relativo adempimento

In conclusione, il formante in esame ha affermato il principio che rispetto all'impugnazione del silenzio – rifiuto, la pronuncia del giudice amministrativo reca una statuizione non già di annullamento, bensì ricompresa tra le opzioni della declaratoria del solo obbligo di emettere il provvedimento richiesto, in caso di potere discrezionale, ovvero di fondatezza della pretesa sostanziale, in caso di attività vincolata²¹⁰.

Sicché, il modello affermatosi è stato quello del giudizio di accertamento modellato sul giudizio di annullamento, con l'unica differenza che la statuizione finale non sarebbe stata quella tipicamente caducatoria, bensì quella dichiarativa dell'obbligo di provvedere²¹¹.

²¹⁰ Cons. St., Ad. Plen. 10 marzo 1978, n. 10, pp. 34-35 “*nei limiti in cui l'inerzia riguardi scelte o attività vincolate, la decisione possa e debba andare oltre il mero riconoscimento dell'obbligo di procedere, precisando anche come e quando tale obbligo debba essere adempiuto ... giudicando ... sull'impugnazione di un silenzio rifiuto il giudice amministrativo deve dire se l'Amministrazione ha l'obbligo di emettere il provvedimento che gli è stato richiesto, e, se trattasi di attività vincolata, deve dire se è fondata la pretesa sostanziale del ricorrente*”.

²¹¹ G. GRECO, “*L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*”, op. cit., pp. 13 – 20, “*la qualificazione del silenzio come inerzia - e non come atto o come provvedimento - è certo la più fedele alla natura intrinseca del fenomeno; il procedimento ricavato in via analogica dal disposto dell'art. 25 del T.U. degli impiegati civili dello Stato 10 gennaio 1957, n. 3, è, a sua volta, l'unico coerente con siffatta premessa qualificatoria ... Nell'attuale stato di elaborazione giurisprudenziale, i caratteri peculiari del giudizio di legittimità avverso il silenzio-inadempimento possono così essere sintetizzati: a) il ricorso introduttivo deve essere proposto entro i consueti termini di decadenza, che cominciano a decorrere dal momento della formazione del silenzio inadempimento; b) il giudizio verte sull'accertamento dell'antigiuridicità o meno dell'inerzia della pubblica amministrazione; c) in caso di accoglimento del ricorso, la sentenza del giudice amministrativo dichiara l'obbligo della pubblica amministrazione di provvedere o ... dichiara l'obbligo di procedere sull'istanza del privato. Il disegno complessivo che emerge è quello di un giudizio di accertamento modellato sul tipo del consueto giudizio di annullamento ... L'unica differenza, rispetto al giudizio di annullamento, è data dal tipo di pronuncia, che il giudice adotta in caso di accoglimento del ricorso: il giudice del silenzio-inadempimento, una volta pervenuto al penultimo sillogismo del consueto giudizio di annullamento ed accertata, dunque, la antigiuridicità dell'azione amministrativa, non procede più all'annullamento di ciò che atto non è, ma conclude il giudizio con una sentenza meramente dichiarativa dell'obbligo di procedere o dell'obbligo di provvedere*”

Mediante tale ricostruzione si sortiva un vantaggio duplice, da un lato, quello di eliminare l'irragionevolezza di una soluzione che concepiva una sentenza cassatoria in relazione ad un mero fatto omissivo, dall'altro, quello di affermare il principio che la pronuncia del giudice di legittimità potesse avere un contenuto ordinatorio²¹².

Senonché, ad attenta dottrina non è sfuggito come la pronuncia dichiarativa dell'obbligo di provvedere, senza che venga specificato il contenuto di tale obbligo, sia assolutamente inidonea nel definire il rapporto giuridico tra amministrazione e amministrato e, dunque, nell'apprestare una tutela effettiva all'interesse pretensivo leso, con la conseguenza che il soggetto interessato rischia di dover affrontare una serie infinita di giudizi, senza peraltro veder soddisfatta la sua pretesa²¹³.

4.3. L'ampiezza dell'accertamento e la sua funzionalizzazione.

È, così, che autorevole dottrina, nell'intento di riempire di contenuti la statuizione in merito all'obbligo di provvedere, diversamente destinata a rimanere un simulacro di tutela,

²¹² G. GRECO, *“L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo”*, op. cit., pp. 13 – 20, *“Tale innovazione ha soltanto il merito di eliminare definitivamente l'incongruenza logica ... di una sentenza cassatoria applicata ad un mero fatto omissivo e, soprattutto, il merito di evidenziare il contenuto ordinatorio della pronuncia del giudice di legittimità”*.

²¹³ G. GRECO, *“L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo”*, op. cit., pp. 13 – 20, *“Peraltro, il risultato finale di siffatto giudizio è assai deludente e del tutto insoddisfacente appare - in termini di effettività - la tutela accordata alla posizione giuridica sostanziale fatta valere dal ricorrente. La pronuncia dichiarativa dell'obbligo di provvedere - senza peraltro, che sia indicato il contenuto di tale obbligo -, così come la pronuncia dichiarativa dell'obbligo di procedere, non è idonea a definire neppure parzialmente il rapporto giuridico tra amministrazione e amministrato ... Dopo un <<iter>> talvolta lungo, il processo approda, pertanto, al misero risultato di riportare le parti alle reciproche posizioni di partenza e, cioè, alle posizioni che avevano al momento della proposizione dell'istanza”*; E. FERRARI, *La decisione giurisdizionale amministrativa: sentenza di accertamento o sentenza costitutiva ?*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, IV, p. 586, *Nei giudizi sul silenzio “se la sentenza fosse di semplice accertamento, il suo effetto sarebbe che l'inadempimento dell'amministrazione sarebbe acclarato con autorità di giudicato ... ma non par dubbio che questo non è il risultato al quale mira l'eventuale ricorrente, né quello che gli studi in materia di silenzio hanno cercato di assicurare alla relativa sentenza: anzi, se questo fosse veramente l'effetto, l'unico effetto dell'eventuale sentenza, vi sarebbero serie ragioni per dubitare della sussistenza dell'interesse a ricorrere”*.

laddove circoscritta alla mera declaratoria di detto obbligo, ha posto l'accento sulla necessità che essa contenga un accertamento su tutti gli aspetti del rapporto amministrativo, in modo da fornire all'Amministrazione la disciplina del caso concreto, in vista della riedizione del potere.

Ciò perché l'oggetto del giudizio non è dato dall'obbligo di provvedere, ma dal modo di atteggiarsi del rapporto amministrativo, in considerazione del fatto che l'obbligo di conformarsi al giudizio di legittimità si traduce nella concreta attuazione di tale rapporto, naturalmente fatti salvi gli aspetti di merito²¹⁴.

Ecco che il processo amministrativo tende a perdere la natura di processo costitutivo puro, manifestando taluni tratti tipici del processo di condanna, emergenti nel contenuto ordinatorio della statuizione, senza, però, assumere in pieno la sostanza del modello condannatorio²¹⁵.

²¹⁴ F.G. SCOCA *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, p.p. 294 – 295, “il giudice amministrativo, adito in seguito alla formazione del silenzio, deve, a mio avviso, centrare la sua attenzione, non tanto sull'accertamento dell'obbligo di provvedere, quanto su tutti gli aspetti del rapporto amministrativo, e deve fornire all'Amministrazione che dovrà provvedere, l'adattamento puntuale al caso concreto della disciplina giuridica risultante, in astratto e in generale, dalle diverse fonti normative. L'oggetto del giudizio non è pertanto l'obbligo di provvedere, ma il concreto rapporto amministrativo: il sopraggiungere di un provvedimento non fa venir meno, pertanto, l'oggetto del giudizio, ma, essendo portatore della disciplina del rapporto, semmai lo amplia”; A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, in Riv. Trim. dir. Proc. civ., 1960, anche in “Atti del convegno di studi sull'adempimento del giudicato amministrativo di Napoli, 23 – 25 aprile 1960”, Milano, 1962, p. 428, “Le pronunce giurisdizionali di annullamento di atti amministrativi di rifiuto o di altri atti omissivi ... vanno, sotto il profilo in esame, trattate alla stregua di pronunce dichiarative, dato che ... il problema di ‘conformarsi al giudicato’ qui non si pone per l'amministrazione nel senso della necessità di operare in modo da rimuovere taluni effetti realizzati in virtù del provvedimento annullato ... bensì nel senso della necessità di porre in essere gli atti e i comportamenti occorrenti per la realizzazione di uno stato di fatto conforme alla affermazione di diritto risultante”; E.STICCHI DAMIANI, *Il giudice del silenzio come giudice del provvedimento virtuale*, in Dir. proc. amm., 2010, pp. 14 ss, “quale che sia la natura, discrezionale o vincolata, del provvedimento stesso, inteso come provvedimento virtuale, all'amministrazione è attribuito l'obbligo di conformarsi a tale giudizio di legittimità salvo l'esercizio di un residuo potere di merito”.

²¹⁵ M.NIGRO, “L'appello nel processo amministrativo”, Milano, 1960, p. 26, “Il processo amministrativo non è un processo costitutivo puro ..., ma contiene un elemento ordinatorio: troppo poco

In disparte i profili nominalistici, ciò che, comunque, rileva è che nella sentenza amministrativa vi sia un amplissimo contenuto di accertamento, che ne costituisce il punto centrale, in difetto del quale non si potrebbe neppure accennare una riflessione sul valore direttamente precettivo della sentenza amministrativa.

L'accertamento fa emergere, infatti, il contenuto dell'obbligo, per un verso, di ripristinare lo *status quo ante*, in caso di lesione degli interessi oppositivi, per altro verso, di conformazione al giudicato, in relazione agli interessi pretensivi, perché, nell'accertare i profili d'invalidità dell'atto, il giudice indica quale sia il corretto modo di esercizio del potere, così fissando la regola alla quale l'amministrazione si dovrà attenere in sede di riedizione del potere²¹⁶.

Il punto è che tale regola è per sua natura incompleta, in ragione del fatto che involge i soli tratti dell'azione amministrativa ricompresi nei vizi dell'atto dedotti nei motivi di ricorso e, perciò, sottoposti alla cognizione del giudice, con ciò vincolando direttamente soltanto quegli stessi tratti, in quanto debbano essere ripercorsi al momento del riesercizio del potere, a seguito della pronuncia di annullamento.

Secondo autorevole dottrina siffatto limite all'idoneità del processo amministrativo nel fornire una tutela realmente satisfattiva all'interesse legittimo, segnatamente nella forma

perché si parli anche di processo di condanna, abbastanza perché i lineamenti tipici del processo costitutivo ne escano alterati in alcuni profili”.

²¹⁶ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, p. 317, “*la sentenza amministrativa impone (è essa, cioè, ad imporlo direttamente) all'amministrazione l'obbligo di compiere le necessarie ripristinazioni e di uniformare l'attività di esercizio del potere alle regole di azione poste o confermate dalla pronuncia. Se per tale contenuto ordinatorio, la sentenza amministrativa sia diventata anche una sentenza di condanna, è questione meramente terminologica... L'essenziale è che, dietro tale contenuto ordinatorio, vi è nella sentenza amministrativa un amplissimo contenuto di accertamento. In contrasto con l'idea che questa sentenza sia povera o addirittura priva di accertamento, l'attività di accertamento costituisce il centro vitale della pronuncia amministrativa... senza la considerazione del quale neppure potrebbe riproporsi un discorso sul valore direttamente precettivo della sentenza amministrativa... l'attività di accertamento fornisce... il contenuto dell'obbligo di ripristinare e fornisce il contenuto dell'obbligo di conformazione... perché, sotto mostra di accertare l'invalidità dell'atto e le ragioni che la provocano, il giudice stabilisce quale è il corretto modo di esercizio del potere e fissa quindi la regola alla quale l'amministrazione si deve attenere nella sua attività futura”.*

pretensiva, è stato sempre connesso al dato che il processo non cadeva direttamente sull'interesse sostanziale²¹⁷.

Il giudizio impugnatorio ha, infatti, mostrato tutti i suoi limiti nell'accordare un rimedio completamente soddisfacente laddove quell'interesse si atteggiasse nella forma dell'interesse pretensivo e, quindi, richiedesse un'attività positiva da parte dell'amministrazione, con riferimento alla quale l'unico mezzo processuale offerto dall'azione di annullamento si palesava inadeguato.

La conseguenza è stata quella di un utilizzo atipico del momento cognitivo del giudizio attraverso la sua funzionalizzazione ad una pretesa formalmente estranea alla domanda processuale, senza tuttavia riuscire a sostituire pienamente gli effetti di una pronuncia di condanna²¹⁸.

La migliore dottrina processualcivilistica insegna, infatti, che l'oggetto del processo è determinato dall'esercizio del diritto di azione, cosicché, per individuare i confini di una certa causa è necessario realizzare un'operazione logico-giuridica di *“identificazione dell'azione”*²¹⁹.

²¹⁷ M. NIGRO, *“Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza”*, in Riv. Trim. Dir. Proc. civ., 1981, ora in Scritti giuridici, I, Milano, 1996, pp. 1532-1533, *“la regola esposta dalla sentenza amministrativa è (o può essere) incompleta, per l'ovvio motivo che riguarda solo i tratti dell'azione amministrativa sottoposti all'esame del giudice e quindi vincola direttamente soltanto questi stessi tratti in quanto debbano o possano ripresentarsi nell'azione amministrativa successiva... Questa incompletezza della regola è certamente il limite dell'efficienza del processo amministrativo e deriva dal fatto che il processo, così come oggi è congegnato, non cade direttamente sull'interesse sostanziale”*.

²¹⁸ A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, pp. 133 ss., *“Il giudizio impugnatorio ... ha mostrato infatti i suoi limiti nell'accordare un rimedio completamente soddisfacente laddove vi sia l'esigenza di un'attività positiva dell'amministrazione. La disponibilità di un unico mezzo processuale - l'azione di annullamento - per la tutela di situazioni di carattere sia oppositivo che pretensivo ha determinato un utilizzo atipico della fase cognitiva del giudizio... attraverso la sua funzionalizzazione ad una pretesa formalmente estranea alla domanda processuale, senza tuttavia riuscire a sostituire pienamente gli effetti di una pronuncia di condanna”*.

²¹⁹ C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, vol. I, Editio minor, Undicesima edizione, Giappichelli, 2013, Torino, pp. 97 ss.

In quest'opera, accanto agli elementi soggettivi (*personae*), rappresentati dai soggetti dell'azione, in quanto soggetti del rapporto sostanziale²²⁰, si collocano gli elementi oggettivi, dati dall'oggetto, o *petitum*, e dal titolo, o *causa petendi*.

Se, in via generale, l'oggetto, o il *petitum*, è ciò che si chiede con la domanda, va, comunque, precisato che esiste un *petitum* immediato, che è quanto si chiede al giudice, ed un *petitum* mediato, che è quello che si chiede alla controparte.

Il *petitum* immediato coincide con il provvedimento chiesto al giudice, ossia una condanna, un mero accertamento, un sequestro, una pronuncia costitutiva.

Il *petitum* mediato è rappresentato dal bene della vita che l'attore mira ad ottenere dal convenuto, un bene, una prestazione, l'astensione dal mettere in discussione una certa situazione giuridica.

La situazione soggettiva vantata su quel bene costituisce il secondo dei due elementi oggettivi dell'azione, ossia il titolo o *causa petendi*.

L'espressione *causa petendi* significa ragione del domandare e naturalmente ragione o titolo giuridico, cioè il diritto sostanziale affermato in forza del quale si chiede il *petitum*²²¹.

Richiamate tali fondamentali nozioni della teoria dell'azione, è al momento della loro applicazione al processo amministrativo che sorgono evidenti incongruenze.

Prendendo le mosse dal *petitum* immediato, è facile osservare come, nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, ciò che il ricorrente domanda al giudice amministrativo sia l'annullamento dell'atto o, al più, nell'azione avverso il silenzio-inadempimento, la declaratoria dell'obbligo di provvedere.

Di qui, non può sfuggire che la statuizione di annullamento del provvedimento, a cui corrisponde la sua eliminazione dal mondo degli atti giuridici, costituisca espressione di esercizio di giurisdizione costitutiva, perché il detto effetto eliminatorio è direttamente imputabile alla sentenza.

²²⁰ C.MANDRIOLI e A.CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, vol. I, Editio minor, Undicesima edizione, Giappichelli, 2013, Torino, pp. 99 ss..

²²¹ C.MANDRIOLI e A.CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali.*, vol. I, Editio minor, Undicesima edizione, Giappichelli, 2013, Torino, pp. 102 ss..

Al riguardo, occorre, infatti, rammentare (cfr. *supra* Cap. I, para. 2.) come, in taluni casi, la finalità di tutela della situazione giuridica lesa possa risultare adeguatamente colta a seguito di un giudizio di sola cognizione.

E', appunto, il caso della giurisdizione costitutiva non necessaria, cioè quella che, in virtù di una espressa previsione di legge, consente alla sentenza di tenere luogo degli atti che avrebbero dovuto realizzare le parti, così producendo i medesimi effetti giuridici.

Esempi tipici sono dati della risoluzione del contratto per inadempimento, ovvero dall'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto di cui all'articolo 2932 c.c., a seguito d'inadempimento dell'obbligo derivante dal contratto preliminare²²².

Orbene, applicando le nozioni sopra richiamate a tali ultimi esempi, è apprezzabile *ictu oculi* come al *petitum* immediato rappresentato dalla sentenza che sciolga l'attore dal vincolo del contratto in precedenza stipulato con una parte rivelatasi infedele, ovvero che tenga luogo del contratto dedotto nel preliminare rimasto inadempito, corrisponda il *petitum* mediato costituito dal bene della vita individuabile, rispettivamente, nel riacquisto della libertà negoziale rispetto ai vincoli di un contratto non più d'interesse e nell'ingresso nella propria sfera giuridico – patrimoniale dell'oggetto del contratto definitivo.

L'*in se* delle anzidette pronunce costitutive del giudice è che l'effetto giuridico auspicato si realizza istantaneamente con l'emanazione della sentenza, perché ad essa è imputabile.

È, appunto, questa la *ratio* della giurisdizione costitutiva, far sì che la tutela invocata, in quanto realizzabile solo con la modificazione delle situazioni giuridiche preesistenti e non per mezzo di un'attività materiale, si perfezioni con la stessa decisione del giudice.

Mutatis mutandis, applicata questa logica al giudizio amministrativo di legittimità, è facile cogliere come al *petitum* immediato dell'annullamento dell'atto non corrisponda affatto il conseguimento del *petitum* mediato, almeno nelle circostanze in cui ad essere azionato in giudizio sia un interesse pretensivo.

All'annullamento del provvedimento negativo consegue esclusivamente un azzeramento della fase procedimentale, per cui l'Amministrazione dovrà rivalutare gli elementi della fattispecie per giungere all'eventuale emanazione del provvedimento

²²² C.MANDRIOLI e A.CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali.*, vol. I, Editio minor, Undicesima edizione, Giappichelli, 2013, Torino, pp. 47 ss..

favorevole, che, all'esito del giudizio di legittimità, rimane ancora fuori dalla sfera giuridica dell'interessato.

Questo evidente disallineamento tra la rigida geometria del processo civile e la dinamica del processo amministrativo si manifesta con evidenza anche con riferimento alla *causa petendi*, che, si è detto, esprime la ragione del domandare, sotto forma di titolo giuridico, cioè di situazione sostanziale affermata, posta alla base domanda.

Nella domanda, infatti, si deve dedurre che esiste un diritto, che il suo titolare è l'attore o il ricorrente, che questo diritto è leso ed è perciò abbisognevole di tutela giurisdizionale.

E' necessario che l'attore allegghi la lesione di quella situazione giuridica soggettiva, non essendo sufficiente la mera titolarità di un diritto protetto dall'ordinamento, atteso che il bisogno di tutela è legato alla lesione, ossia al fatto costitutivo della lesione che l'attore deve assumere essersi verificato²²³.

Si tratta del cosiddetto interesse ad agire, espressamente enunciato dall'articolo 100 del codice di procedura civile, il quale recita che per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse²²⁴.

Ebbene, se non si dubita ormai sul fatto che la *causa petendi* ispiratrice dell'azione di annullamento nel processo amministrativo sia l'interesse legittimo, in quanto situazione sostanziale che collega il suo titolare ad un bene della vita, non vi è chi non veda come, nel campo degli interessi pretensivi, si domandi una statuizione che *ab initio* è incongrua rispetto alle ragioni di tutela della situazione lesa su cui si fonda lo stesso diritto di azione.

Nel ricorso giurisdizionale amministrativo si deve, infatti, dedurre di essere titolari di un interesse pretensivo ad ottenere il provvedimento amministrativo favorevole, di tipo autorizzatorio o concessorio, e che questo interesse è stato leso dal provvedimento di reiezione dell'istanza, rivelatosi illegittimo nella prospettazione attorea, ed è perciò meritevole di tutela giurisdizionale.

Ora, l'annullamento di quell'atto negativo non costituisce affatto misura riparatoria di quella lesione, dal momento che il trascorrere del tempo tra l'emanazione di detto

²²³ C.MANDRIOLI e A.CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali.*, vol. I, Editio minor, Undicesima edizione, Giappichelli, 2013, Torino, pp. 37 ss..

²²⁴ C.MANDRIOLI e A.CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali.*, vol. I, Editio minor, Undicesima edizione, Giappichelli, 2013, Torino, pp. 38 ss..

provvedimento sfavorevole e la sentenza che segna il suo annullamento, ha lasciato chi si professa titolare della situazione dedotta nell'azione, non solo privo dell'atto amministrativo auspicato, ma anche nell'incertezza circa la sua spettanza.

La modificazione del mondo degli atti giuridici determinata dalla pronuncia costitutiva di annullamento, non ricompone la lesione lamentata nel processo, immettendo il bene della vita nel patrimonio dell'interessato.

Perché ciò accada, in prima battuta, è necessaria una pronuncia sulla fondatezza dell'interesse azionato nel processo, senza che, però, essa si riveli ancora risolutiva nel porre rimedio alla lesione consistente nel non aver ancora conseguito il titolo amministrativo da tempo invocato.

Per ottenere una tutela realmente soddisfattiva, in seconda battuta, c'è bisogno di un'attività materiale, non sostituibile *ex se* da una statuizione giurisdizionale e, soprattutto, coincidente con l'emanazione del provvedimento favorevole.

Semmai, occorrerà che il giudice, riconosciuta la spettanza, pronunci in termini ordinatori, sì da ingiungere all'Amministrazione l'emanazione di quel provvedimento.

L'effettiva realizzazione dell'interesse in rilievo non deriva neppure da siffatta statuizione giurisdizionale, poiché occorre la concreta emanazione dell'atto amministrativo che resta imputata all'agire del soggetto che è stato resistente nel processo e nei cui confronti il giudicato dispiega effetti.

Questa divaricazione tra conclusione del processo ed effettiva soddisfazione dell'interesse è la naturale conseguenza della distinzione processuale tra azione di cognizione ed azione di esecuzione.

La prima mira ad ottenere un provvedimento che definisca il merito di una controversia, ponendo fine all'incertezza sulla consistenza e sulla titolarità della situazione dedotta nel processo con la forza della cosa giudicata, in ossequio al noto brocardo secondo cui *res iudicata facit de albo nigrum*.

La seconda tende a conseguire un provvedimento di esecuzione forzata, cioè di attuazione coattiva di quel diritto accertato come spettante in sede di cognizione.

Seppur si verifichi questa divaricazione di momenti processuali, quest'ultimi, letti in sistema, realizzano quello che la dottrina definisce come la necessaria concatenazione tra cognizione ed esecuzione, in cui la fase dell'accertamento e della fissazione della regola concreta tra le parti trova naturale sviluppo e conseguenza nella fase in cui, quella appunto

della esecuzione, è necessario dare materiale concretezza a quella regola, affinché la situazione sostanziale risulti effettivamente tutelata. Sicché, l'esecuzione trova il suo presupposto in una statuizione in sede di cognizione.

Orbene, se l'azione di cognizione è declinabile nelle forme dell'azione di mero accertamento, dell'azione di condanna e dell'azione costitutiva, se l'azione di mero accertamento è volta ad accertare l'inconsistenza del diritto vantato dal convenuto, in caso di accertamento negativo, ovvero l'esistenza del diritto dell'attore messo in discussione dal convenuto, in caso di accertamento positivo, se l'azione costitutiva si caratterizza per il fatto che ad essa sono direttamente correlati gli effetti modificativi delle situazioni giuridiche in causa, è evidente che la sola azione di condanna conosca il fenomeno della divaricazione tra conclusione del processo di cognizione ed effettiva soddisfazione dell'interesse, rinviata all'attuazione coattiva in sede di esecuzione forzata, e, quindi, della necessaria concatenazione tra cognizione ed esecuzione.

L'azione di condanna si contraddistingue, infatti, per il fatto che tende ad ottenere una sentenza di condanna, cioè una pronuncia giurisdizionale idonea ad effettuare l'esecuzione forzata, atteggiandosi quale titolo esecutivo.

Ciò, in quanto non è sufficiente l'accertamento mero del diritto violato onde assicurare la tutela, ma è necessaria una attività materiale, in assenza della quale gli effetti della lesione non risultano rimossi.

Ora, in difetto di formule qualificatorie aprioristicamente previste dalla legge in modo da attribuire il *nomen iuris* di sentenza di condanna ad una certa statuizione del giudice, il *proprium* di tale sentenza è dato dall'idoneità a dare luogo all'esecuzione forzata.

La statuizione di condanna fa sorgere un ulteriore diritto di azione, definito *actio iudicati* che risulta svincolato dalla originaria ragione del credito, così godendo, in ogni caso della prescrizione ordinaria decennale²²⁵.

Ebbene, riconducendo le ragioni di tutela dell'interesse pretensivo nell'ambito del modello processuale testé descritto, la conclusione a cui l'interprete dovrebbe naturalmente pervenire è quella per cui l'azione che l'interessato avrebbe dovuto selezionare in sede di cognizione, tra le tre distinte opzioni, sarebbe dovuta essere, appunto, quella di condanna,

²²⁵ C.MANDRIOLI e A.CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali.*, vol. I, Editio minor, Undicesima edizione, Giappichelli, 2013, Torino, pp. 47 ss..

perché idonea a produrre un giudicato che accerti la spettanza del provvedimento ed ordini all'Amministrazione di adottarlo, salvo poi agire in esecuzione, in caso l'inadempimento permanga, onde finalmente ottenere il provvedimento a lungo atteso.

Non è così, o almeno non lo è stato sino a quando non sia stato posto rimedio all'opera dell'anonimo sforbiciatore, mediante introduzione dell'azione di adempimento nel codice del processo amministrativo (cfr. *supra* Cap. I).

Fino a quel momento, come sopra ampiamente illustrato, la storia della tutela dell'interesse pretensivo è stata fortemente condizionata dalle scelte operate in sede di adozione della legge CRISPI, in termini di esiguità dei mezzi di tutela conferiti al giudice nell'amministrazione, sostanzialmente circoscritti al potere di annullamento, scelte guidate dalla convinzione che il potere giurisdizionale giammai avrebbe potuto invadere la sfera di attribuzione del potere esecutivo, dettando i contenuti di un provvedimento di sua competenza.

La profezia del MANCINI, pronunciata al suono del “*ch'ei si rassegni*”, con riferimento alla tutela degli interessi pretensivi, in realtà, ha continuato a dispiegare a lungo i suoi effetti, ben oltre il momento in cui la legge CRISPI ha stabilito che spettava “*alla Sezione IV del Consiglio di Stato di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici*”.

Come sopra illustrato, il rimedio a tale disciplina inappropriata, trovato dalla giurisprudenza, a sua volta confortata dall'*opinio doctorum*, è stato quello dell'utilizzo atipico della fase cognitiva del giudizio, affinché giovasse al conseguimento di un *petitum* mediato diverso da quello formalmente proprio dell'azione di annullamento e, certamente, attagliato alla *causa petendi*, sorretta dall'interesse pretensivo frustrato²²⁶.

²²⁶ A.CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, pp. 49 – 50, “*mentre l'azione tipica del giudizio amministrativo, cioè quella di annullamento, è idonea di per sé a fornire un rimedio in forma specifica completamente soddisfattivo al solo interesse oppositivo; l'interesse legittimo pretensivo ricerca invece una condanna ad un facere, la cui mancanza è stata sopperita attraverso la funzionalizzazione del momento cognitivo della sentenza ai possibili rimedi ottenibili per mezzo del giudizio di ottemperanza; alterando, in altri termini, la natura degli strumenti (e delle regole processuali) in ragione della struttura impugnatoria del giudizio*”; p. 65, “*Tale bisogno di tutela di cui le situazioni di carattere*

Si è, così, ritenuto che, se il *petitum* mediato potesse essere considerato non già la liberazione dall'atto negativo, bensì l'immissione nel bene della vita tutelato dall'interesse pretensivo, allora il *petitum* immediato sarebbe potuto coincidere non tanto con l'annullamento dell'atto, quanto con l'accertamento del rapporto funzionalizzato alla pretesa processuale del ricorrente²²⁷.

In quest'ottica, l'accertamento, preliminare all'annullamento dell'atto, ma, in realtà, funzionalizzato alla cognizione del rapporto, avrebbe potuto orientare la successiva azione amministrativa.

Infatti, tale accertamento, inglobato nel giudicato, avrebbe dispiegato una molteplicità di effetti, da quello ripristinatorio dello *status quo ante*, in virtù della retroattività della caducazione dell'atto, a quello preclusivo e conformativo.

Il primo consiste nel divieto per la PA di reiterazione dell'atto viziato, pena la sua esposizione al vizio di nullità per violazione o elusione di giudicato.

Il secondo, assai rilevante ai fini della tutela degli interessi pretensivi, è dato dall'obbligo in capo all'amministrazione di riesercitare il potere nel rispetto delle statuizioni della sentenza.

Infatti, l'accertamento giurisdizionale, nel precludere all'annullamento dell'atto, si atteggia come il "negativo" di una fotografia, che, nel cogliere i profili di illegittimità emersi nell'esercizio della potestà pubblica, proietta un'immagine da cui è possibile apprezzare come

pretensivo si fanno portatrici non ha però trovato ... uno strumento processuale che potesse assicurarne la soddisfazione in forma specifica, cosicché le modalità attraverso le quali questa esigenza è stata perseguita sono sempre rimaste quelle della 'conformazione', dell'utilizzo, cioè, dell'accertamento contenuto nella sentenza di annullamento, al fine di vincolare il successivo esercizio del potere, che si traduce, come già rilevato, nella funzionalizzazione dell'accertamento ad una pretesa sostanziale formalmente estranea al thema decidendum".

²²⁷ A.CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, p. 71, "oggetto del processo debba intendersi... l'affermazione della situazione giuridica in relazione alla domanda fatta valere in giudizio... Se ciò che si chiede al giudice... è la tutela di una propria situazione giuridica, l'oggetto del giudizio si presenta come la cognizione del rapporto funzionalizzata alla pretesa processuale del ricorrente. L'effettiva ampiezza dell'accertamento, di conseguenza, dipende dalla domanda posta in essere dinnanzi al G. A., senza che la definizione di giudizio sul rapporto possa assumere alcuna autonoma rilevanza".

tale potestà andasse correttamente esercitata, con ciò fondando il presupposto affinché la pretesa sostanziale possa essere soddisfatta nel giudizio di ottemperanza²²⁸.

Il punto critico è dato dal fatto che, come vedremo *funditus* nel corso del successivo paragrafo, il giudizio di ottemperanza è un giudizio di esecuzione, che, in quanto tale – lo si è già ampiamente dimostrato – dovrebbe costituire la conseguenza logica di una sentenza di condanna, non certo di una sentenza costitutiva, né tantomeno di una sentenza di accertamento, pronunce che, per loro natura, non sono idonee ad essere oggetto di esecuzione coattiva, dal momento che le esigenze di tutela che esse garantiscono, si esauriscono nella fase di cognizione.

È a causa della non appropriatezza del giudizio di annullamento nel tutelare l'interesse pretensivo, che giurisprudenza e dottrina si sono viste costrette a concepire l'ibrido processuale di una sentenza costitutiva, recante un accertamento suscettibile di esecuzione forzata²²⁹.

²²⁸ A.CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, p. 114, “*Il meccanismo per assicurare il soddisfacimento della pretesa del ricorrente si è allora sviluppato tramite la valorizzazione del momento cognitivo della sentenza di annullamento, che, rilevando come vero e proprio accertamento ai fini della determinazione del rapporto tra p.a. e privato, e non come mero presupposto per l'annullamento dell'atto in sede giurisdizionale, permette di orientare la successiva azione amministrativa. Si è visto infatti come siffatta pronuncia, oltre ad avere un effetto ripristinatorio della situazione qua ante in ragione dell'efficacia ex tunc della caducazione dell'atto, abbia anche un effetto conformativo. Questo è rappresentato, da un lato, dall'impossibilità della p.a. di reiterazione dell'atto viziato (c.d. effetto preclusivo), dall'altro, nel dover l'amministrazione porre in essere la sua successiva attività conformandosi alle statuizione della sentenza. Quest'ultimo aspetto è particolarmente rilevante per quanto concerne gli interessi legittimi pretensivi: l'accertamento compiuto dalla pronuncia giudiziale – che, come è stato autorevolmente rilevato, “non è altro, visto a rovescio, che la determinazione del modo come, con riferimento ai profili “emersi” nel giudizio per richiesta del ricorrente, il potere avrebbe dovuto essere esercitato e non lo è stato” – rende difatti possibile per il ricorrente conseguire la soddisfazione della sua pretesa sostanziale nel giudizio di ottemperanza”.*

²²⁹ F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in Jus, 1997, ora in Scritti giuridici, Padova, 2002, p. 400, secondo il quale tra gli studiosi del diritto amministrativo “*si evoca talvolta l'insegnamento del CHIOVENDA ... ma poi non si spiega come con quell'insegnamento possa essere conciliata l'idea, purtroppo accolta dalla nostra legge, di un'esecuzione della sentenza costitutiva di annullamento*”; G.ABBAMONTE, *Sentenze di accertamento e l'oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in *Scritti in onore di Massimo severo Giannini*, I, Milano, 1988, p. 27,

4.4. Il rifugio nel giudizio di ottemperanza.

Si perviene, così, ad un punto centrale del nostro studio a proposito delle modalità di tutela dell'interesse pretensivo.

Al riguardo, occorre muovere dalla considerazione che il giudizio di accertamento dell'illegittimità tanto del silenzio-inadempimento, inteso quale mera inerzia di fronte all'istanza del privato, quanto del provvedimento negativo emesso prima che nel procedimento fosse esaurito l'esame dell'intera vicenda amministrativa, per sua stessa natura, non perviene alla ricostruzione del rapporto e, quindi, ad indicazioni utili alla soluzione della lite sulla spettanza del provvedimento auspicato.

Ciò perché, di certo, l'accertamento dell'esistenza del dovere di provvedere non è sufficiente ad assicurare l'effettiva tutela dell'interesse individuale leso, quando esso non comprenda il contenuto di quel dovere²³⁰.

Sulla scorta di tale obiettiva inattitudine dimostrata dalla giurisdizione generale di legittimità nel fornire una risposta a tale esigenza cognitiva, la giurisprudenza ha finito per rinviare il momento satisfattivo dell'interesse pretensivo alla sede succedanea offerta dal giudizio di ottemperanza, che, caratterizzandosi per l'esercizio di una giurisdizione di merito, è parsa l'unica idonea nel cogliere pienamente l'obiettivo posto dall'art. 24 Cost., in relazione a tale particolare manifestazione dell'interesse legittimo²³¹.

“l’annullamento è misura giuridica che, considerata in se stessa, è insuscettibile di esecuzione, perché opera sul piano strettamente giuridico dell’invalidità degli atti: validità che viene negata, rendendo l’atto invalido nella sfera delle relazioni giuridicamente rilevanti. Pertanto, più esattamente, una volta eliminato l’atto perché annullato, nient’altro essendovi da eseguire relativamente all’atto, si tratta di eliminare le conseguenze che esso ha prodotto, rimaste, ormai, sine titolo”.

²³⁰ F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, op. cit., p. 285, *“l’affermazione incontrovertibile dell’esistenza di un dovere non è certo sufficiente ad assicurare la ulteriore tutela dell’interesse individuale leso, quando ad essa non si accompagni una precisazione del contenuto dello stesso dovere”.*

²³¹ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, VI ed., Il Mulino, Bologna, 2002, p. 332, *“la regola posta dalla sentenza amministrativa è (o può essere) una regola implicita, elastica, incompleta e condizionata. Spetta al giudice dell’ottemperanza: rendere esplicita la regola, traducendo dal negativo al positivo gli*

Anche in punto di particolare valorizzazione del giudizio di ottemperanza, autorevole dottrina, salvo poi cambiare opinione più avanti²³², ha ritenuto che l'accertamento del vizio dell'atto rimanesse sempre un momento pregiudiziale rispetto agli accertamenti necessari per la specifica determinazione del dovere di provvedere e quindi per la precisa individuazione dell'attività necessaria a soddisfare l'esigenza giuridica derivante dal giudicato.

Così, nell'iter che il soggetto portatore dell'interesse pretensivo leso dovrà percorrere per ottenere riparazione, si staglierà, *prima facie*, in sede di cognizione, il giudizio di annullamento, che costituisce un *prius* rispetto alla fase dell'ottemperanza, atteggiandosi quale suo antecedente logico, dal momento che fa emergere quella situazione di inadempimento che richiede la sostituzione all'amministrazione da parte dello stesso giudice.

Tale sostituzione non si esprime esclusivamente attraverso la decisione in merito all'adozione dell'atto, ma implica l'accertamento dei suoi presupposti, in ragione dei quali

accertamenti del primo giudice sul corretto modo di esercizio del potere; dare contenuto concreto all'obbligo della ripristinazione risolvendo i molti problemi possibili al riguardo; identificare il vincolo gravante sui tratti di azione amministrativa non incisi direttamente dal giudicato"; G. GRECO, "L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo", op. cit., pp. 13 – 20, "dato che il giudizio di accertamento della illegittimità del silenzio-inadempimento non perviene nell'attuale elaborazione giurisprudenziale ad alcun risultato ricostruttivo del rapporto amministrativo, la cognizione di quest'ultimo viene rinviata al giudizio di ottemperanza e, dunque, ad un'altra fase - puramente eventuale - del giudizio amministrativo".

²³² A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, p. 29, "a parte queste isolate posizioni (NIGRO e LA VALLE: Ndr), tuttavia, l'ammissibilità dell'azione di adempimento restava priva di uno studio approfondito da parte della dottrina, la quale preferiva concentrarsi sul potenziamento dei tradizionali strumenti del processo impugnatorio piuttosto che sull'elaborazione di diversi modelli di tutela. Rimaneva, infatti, fino a quel momento, unica compiuta espressione della problematica del rifiuto del provvedimento amministrativo l'opera del LEDDA, il quale, di fronte all'inerzia o al diniego di provvedimento, risolveva la questione attraverso le consuete forme del giudizio di annullamento". A proposito del pensiero di LEDDA, il CARBONE non omette di segnalare che "Nel successivo 'La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti' (F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in Jus, 1997, ora in Scritti giuridici, Padova, 2002), p 400, l'A. dichiarerà infatti di 'fare ammenda' per aver riposto fiducia nel giudizio di ottemperanza quale fase processuale ove la pretesa del privato potesse essere accertata, auspicando che il Suo volume (appunto *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, cit.) fosse finito 'sepolto nella polvere'".

l'amministrazione avrebbe già dovuto emanarlo su istanza della parte interessata, cioè l'accertamento dell'obbligo in capo all'autorità amministrativa.

Ciò, però, si badi, solo per quegli aspetti sui quali si riflette il valore del giudicato²³³.

In pratica, la decisione sostitutiva del giudice rappresenta la traduzione in positivo, cioè in termini di fare, di quanto espresso dal giudicato sotto forma di preclusione, cioè in termini di non fare.

Sicché, quanto più ampie saranno state le allegazioni da parte dell'amministrazione a fondamento del provvedimento annullato, tanto più penetrante sarà l'effetto preclusivo del giudicato e conseguentemente ampio lo *spatium deliberandi* del giudice dell'ottemperanza.

Viceversa, di fronte ad un diniego opposto con grave carenza di motivazione, le indicazioni provenienti dal giudicato saranno modeste e, dunque, molto più ampi saranno i margini entro i quali il giudice dell'ottemperanza potrà esperire valutazioni discrezionali.

Ora, poiché ad un primo diniego espresso in totale assenza di motivazione e, quindi, in presenza di un giudicato che affermi esclusivamente l'obbligo di provvedere, il successivo diniego, questa volta completo di motivazione, ma in sospetto di illegittimità, non potrà che essere nuovamente impugnato in sede di cognizione, non potendosi argomentare in ordine ad una violazione od elusione di giudicato stante la portata limitata di quest'ultimo, si finisce per assistere ad un frazionamento del sindacato giudiziario in più giudizi successivi - almeno due in sede di cognizione -, fino a quando, in presenza di ulteriori illegittimità realizzate dall'amministrazione, non si perverrà ad giudizio di ottemperanza che si atteggia come un

²³³ F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, op. cit., p. 304, in sede di ottemperanza *“l'accertamento del vizio dell'atto è pregiudiziale a quegli accertamenti che sono necessari per la specifica determinazione del dovere e quindi dell'attività necessaria a soddisfare l'esigenza giuridica che dal giudicato risulta. Così, tra le pronunce che il giudice dovrà emanare, in relazione al complesso oggetto di giudizio, quella di annullamento costituisce l'antecedente logico all'altra – tendente all'attuazione – in quanto pone in luce la situazione di inadempimento che renda necessaria una sostituzione dello stesso giudice all'autorità amministrativa. Questa sostituzione non si manifesta solo nel momento decisivo, ma anche e soprattutto nell'accertamento di quei fatti che concorrono a determinare in concreto il contenuto del dovere incombente all'autorità amministrativa. Naturalmente, anche l'accertamento ordinato all'attuazione dev'essere limitato a quegli aspetti o a quei momenti del dovere, sui quali si riflette il valore del giudicato”*, p 310, *“scopo della valutazione discrezionale operata dal giudice non è l'accertamento della non ottemperanza al giudicato ... ma la determinazione ulteriore del contenuto di un dovere che emerge dal giudicato stesso”*.

nuovo giudizio, assolutamente diverso nella struttura e nell'oggetto, giustificato da un inadempimento dell'autorità amministrativa²³⁴.

Se, però, si considera la natura di tale giudizio che è quella del processo di esecuzione, cioè un processo che, attraverso un'attività materiale che comporta l'uso effettivo o potenziale della forza da parte dell'ordinamento, si occupa di dare concreta attuazione al diritto sostanziale, già accertato come sussistente all'esito del processo di cognizione²³⁵, non vi è chi non veda come il ricorso al giudizio di ottemperanza per completare le lacune derivanti dal giudizio di legittimità, che è appunto giudizio di cognizione, costituisca un momento di torsione²³⁶ del sistema processuale per un molteplice ordine di ragioni, che ne hanno

²³⁴ F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, op. cit., pp. 299 – 300, “la portata e l’efficacia pratica di quella ulteriore determinazione che costituisce quasi l’aspetto positivo delle preclusioni derivanti dal giudicato è inversamente proporzionale alla gravità della violazione accertata dal giudice e si riduce a poco o nulla quando l’autorità non abbia giustificato in alcun modo il suo diniego”; p. 303, “per evitare l’esercizio dei poteri spettanti al giudice in sede di attuazione, l’autorità deve accertare, determinare e render rilevanti con la motivazione del nuovo atto tutte le ragioni di rifiuto che possono profilarsi nella situazione completa: quanto minore è il valore rappresentativo del secondo diniego in rapporto a questa situazione, tanto maggiore è la probabilità che il giudice, accertata l’inesistenza di ragioni fondate, si sostituisca alla stessa autorità nell’accertamento e nella determinazione discrezionale delle condizioni cui è subordinato il provvedimento richiesto dal ricorrente. In ciò sta appunto il compenso al minor effetto determinativo che si collega alla prima sentenza nei casi di più grave violazione della legge; e in ciò sta al tempo stesso il limite, alla possibilità di un frazionamento del sindacato giudiziario in più giudizi successivi”; p. 311, sicché il giudizio di ottemperanza si atteggia come “un nuovo giudizio, assolutamente diverso (e più complesso) nella struttura nell’oggetto, e giustificato da un inadempimento dell’autorità amministrativa”.

²³⁵ C.MANDRIOLI e A.CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali.*, vol. I, Editio minor, Undicesima edizione, Giappichelli, 2013, Torino, p. 16 – 17.

²³⁶ G. GRECO, “L’accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo”, op. cit., pp. 13 – 20, “Siffatto slittamento della cognizione del rapporto, dalla sede naturale del giudizio di legittimità alla sede diversa del giudizio di ottemperanza, comporta un’ovvia trasformazione del sistema tipico complessivo del giudizio amministrativo”; A.POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2000-2001, pp. 204 ss., “Sia in giurisprudenza, sia in dottrina, si è creato un movimento di opinione tendente a risolvere il difetto di effettività della tutela giurisdizionale, assicurata dal giudice amministrativo di legittimità, con uno spostamento del baricentro del giudizio dalla ordinaria cognizione alla fase della ottemperanza... Queste posizioni hanno sicuramente inciso sull’evoluzione giurisprudenziale del giudizio di ottemperanza... luogo privilegiato della cognizione giurisprudenziale”.

giustificato la definizione di “*processo giurisdizionale, misto di cognizione e di esecuzione*”²³⁷.

Infatti, il giudizio amministrativo - confondendosi la fase della cognizione con quella dell'esecuzione - finisce per articolarsi in un compendio di tre giudizi: il primo è quello di legittimità, che conduce all'annullamento dell'atto o all'accertamento dell'illegittimità dell'inerzia; il secondo è il giudizio di ottemperanza, che consente, per un verso, l'accertamento del rapporto in causa, in modo più penetrante di quanto avesse fatto il giudizio di legittimità nel caso di annullamento del diniego, o addirittura per la prima volta nell'ipotesi di silenzio, per altro verso, una pronuncia impositiva dell'obbligo di emettere il provvedimento richiesto; il terzo è un eventuale ulteriore giudizio di ottemperanza, in occasione del quale, in caso di inosservanza dalla precedente pronuncia ordinatoria, il giudice finalmente può esercitare poteri sostitutivi, emettendo il provvedimento richiesto.

È evidente, quindi, che, quando ad essere leso sia l'interesse pretensivo, la sua reale soddisfazione, nel tempo, sia stata offerta da un sistema elaborato dalla giurisprudenza in modo evidentemente distonico rispetto alla dommatica processualista, perché frutto di un'utilizzazione atipica di un giudizio di esecuzione quale appunto è il giudizio di ottemperanza²³⁸.

²³⁷ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, VI ed., Il Mulino, Bologna, 2002, p. 331.

²³⁸ M.NIGRO, *La riforma del processo amministrativo*, in *Rivista amministrativa*, 1980, ora in *Scritti giuridici*, II, p. 1407, “*un primo intervento del giudice in sede di giudizio per l'adempimento del giudicato ... costituisce l'anello di trasformazione del controllo sulla negazione in azione positiva e che sbocca nell'ordine alla amministrazione di provvedere ... solo al terzo giro il cittadino arriva ad ottenere giustizia nella sostanza*”; G. GRECO, “*L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*”, op. cit., pp. 13 – 20, il giudizio amministrativo “*infatti, viene ad articolarsi in un triplice ordine di giudizi: un giudizio di legittimità, con il contenuto e con i risultati già sopra descritti; un primo giudizio di ottemperanza - esperibile soltanto nel caso di persistente inerzia -, che consente per la prima volta l'accertamento del rapporto controverso e che si conclude - in caso di esito favorevole al ricorrente - con una pronuncia impositiva dell'obbligo di emettere il provvedimento richiesto; un secondo giudizio di ottemperanza, che consente finalmente al giudice - in caso di violazione dell'obbligo imposto dalla precedente pronuncia - l'esercizio di poteri sostitutivi e, dunque, l'emissione del provvedimento richiesto. Allorché la lesione dell'interesse legittimo deriva dal silenzio-inadempimento della Pubblica Amministrazione, il risultato tipico di ogni forma di tutela giurisdizionale - e, cioè, il soddisfacimento concreto dell'interesse tutelato dall'ordinamento - viene*

Ciò è dipeso dal fatto che alla statuizione giurisdizionale appropriata sul piano teorico rispetto alla struttura dell'interesse pretensivo da tutelare, statuizione rappresentata dalla condanna della P.A. ad un *facere* specifico, a legislazione vigente, non corrispondeva l'esistenza di un adeguato mezzo processuale, non rivelandosi tale la pronuncia di annullamento²³⁹.

Di qui, l'insorgenza della questione relativa al giudizio sul rapporto, all'ampiezza dell'accertamento ed alla funzionalizzazione di questo alla reale pretesa.

È accaduto, quindi, che, *de iure condito*, l'estensione dell'accertamento e, quindi, dell'oggetto del giudizio, attraverso il ricorso al rimedio dell'ottemperanza, si sia rivelato un utile mezzo onde raggiungere, per vie traverse, l'esigenza di tutela invocata dall'interesse pretensivo, pur derogando alle regole del diritto processuale “*per rendere eseguibile, attraverso la formula dell'effetto conformativo, un rapporto di per sé non (necessariamente) coincidente con l'azione esperita*”²⁴⁰, che si rammenta è di natura costitutiva.

raggiunto nel sistema elaborato dalla giurisprudenza attraverso strade molto lunghe e tortuose e attraverso una utilizzazione atipica sia del giudizio di legittimità che del giudizio di ottemperanza”.

²³⁹ C. CALABRO', *L'ottemperanza come “prosecuzione” del giudizio amministrativo*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1981, pp. 1167 ss. “*in correlazione al suo reale oggetto, che è propriamente l'esercizio del potere amministrativo, ci sono in ogni sentenza amministrativa due aspetti, due facce: una rivolta al passato, vale a dire alla esternazione già avvenuta di tale potere riguardo alla situazione considerata, e l'altra rivolta al futuro, cioè alla possibile, imminente “riedizione” di tale potere per l'ulteriore modulazione della situazione stessa... La sentenza amministrativa... non definisce il rapporto né l'assetto di interessi... quindi non fa stato... (Ciò non esclude che: Ndr) l'esito conclusivo del giudizio amministrativo non pervenga alla consacrazione e all'immutabilità nella definizione dell'assetto di interessi in contestazione, che caratterizzano il giudicato. Solo che tale effetto, secondo noi, non si ritrova nella fase dove viene usualmente ricercato (cioè nella sentenza che chiude la fase del giudizio di legittimità) ma più a valle, in esito cioè al giudizio di ottemperanza”.*

²⁴⁰ A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, p. 70, “*la questione relativa al giudizio sul rapporto si risolve, in definitiva, nel problema dell'ampiezza dell'accertamento e della funzionalizzazione di questo alla pretesa. La pretesa sostanziale, che ... per l'interesse legittimo pretensivo è rappresentata dalla condanna della P.A. ad un facere specifico, non trovava infatti corrispondenza con quella processuale, che solo poteva atteggiarsi nella richiesta di annullamento. Estendere l'accertamento, e conseguentemente l'oggetto del giudizio, usufruendo delle potenzialità dell'ottemperanza, significava quindi raggiungere per vie traverse l'esigenza di tutela sottesa alla posizione del ricorrente. Significava, in altri termini, derogare alle regole del diritto processuale per rendere eseguibile, attraverso la formula dell'effetto conformativo, un rapporto di per sé non (necessariamente) coincidente con l'azione esperita”.*

È stata, comunque, questa la via percorsa dalla giurisprudenza, nel tentativo di non venire meno alla fiducia accordatale dal Costituente, allorché ha optato per il mantenimento del sistema di doppia giurisdizione e, insieme, ha riconosciuto piena dignità di situazione sostanziale all'interesse legittimo.

È così che, nel formante rappresentato dalla sentenza della Sez. VI, 22 settembre 2008, n. 4563, onde affermare il principio secondo il quale il ricorso per l'ottemperanza può risultare diretto ad ottenere l'adempimento di un obbligo non riconosciuto espressamente dalla sentenza di annullamento di cui si chiede l'esecuzione, il Consiglio di Stato ha spiegato la propria concezione del giudicato amministrativo e dello stesso giudizio di ottemperanza, appuntando l'attenzione sul particolare che *“la sentenza di annullamento del giudice amministrativo oltre al c.d. effetto caducatorio o demolitorio (consistente nella eliminazione dell'atto impugnato) produce ... ulteriori effetti: quello c.d. ripristinatorio e quello c.d. conformativo”*.

In particolare, ai fini che ci occupano, giova osservare che il Consiglio di Stato ha posto l'accento sul fatto che *“l'effetto conformativo vincola la successiva attività dell'Amministrazione di riesercizio del potere perché il giudice, quando accerta l'invalidità dell'atto e le ragioni che la provocano, stabilisce (in maniera più o meno piena a seconda del tipo di potere che viene esercitato e del vizio riscontrato) quale è il corretto modo di esercizio del potere e fissa quindi la regola alla quale l'amministrazione si deve attenere nella sua attività futura”*.

Tale effetto è, dunque, considerabile come un elemento del contenuto della sentenza di annullamento, la quale *“impone direttamente all'Amministrazione l'obbligo di ... uniformare l'attività di riesercizio del potere alle regole di azione poste e confermate dalla pronuncia”*.

I menzionati effetti del giudicato amministrativo, tra cui appunto quello conformativo, dispiegano la loro influenza, secondo la pronuncia in esame, *“sulla natura del giudizio di ottemperanza e sugli spazi cognitivi riservati in tale sede al giudice amministrativo”*.

Il giudizio di ottemperanza, per i giudici di Palazzo Spada, *“non è affatto ‘un tipico giudizio chiuso, che non consente di introdurre questioni ed eccezioni nuove’, tale da poter essere attivato solo a fronte di un giudicato ‘che contenga disposizioni che definiscano in modo puntuale ed incondizionato gli obblighi di comportamento dell'Amministrazione”*, bensì un giudizio che *“ha natura mista di esecuzione e di cognizione: ciò perché spesso la*

regola posta dal giudicato amministrativo è una regola implicita, che spetta al giudice dell'ottemperanza".

Con toni impegnativi, il Consiglio di Stato ha definito, quindi, il *“giudizio di ottemperanza come prosecuzione del giudizio di merito, diretto ad arricchire, pur rimanendone condizionato, il contenuto vincolante della sentenza amministrativa”*.

Per bocca dello stesso Collegio *“il giudizio di ottemperanza presenta senz'altro caratteristiche differenti rispetto all'esecuzione forzata disciplinata dal libro III del codice di procedura civile e connotata dall'esistenza del titolo esecutivo”*, in quanto nell'ambito dell'esecuzione civile *“la cognitio è normalmente estranea perché il titolo esecutivo pone a disposizione di chi ne è il possessore una posizione di preminenza che non soggiace più ad alcun controllo”*.

Del resto, anche la Corte costituzionale²⁴¹ ha riconosciuto che *“il giudizio di ottemperanza ... ricomprende una pluralità di configurazioni ... assumendo talora ... l'obiettivo di conseguire una attività provvedimentale dell'amministrazione ed anche effetti ulteriori e diversi rispetto al provvedimento originario oggetto della impugnazione ... anche in mancanza di completa individuazione del contenuto della prestazione o attività cui è tenuta l'amministrazione, laddove invece l'esecuzione forzata attribuita al giudice ordinario presuppone un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile”*.

Ne deriva che, secondo il Consiglio di Stato, nel giudizio di ottemperanza, al giudice amministrativo sono attribuiti *“cumulativamente ... sia poteri sostitutivi che poteri ordinatori e cassatori”*, cosicché egli può *“integrare l'originario disposto della sentenza con statuizioni che ne costituiscono non mera «esecuzione» ma «attuazione» in senso stretto, dando luogo al cosiddetto giudicato a formazione progressiva, perché questo è in definitiva richiesto dall'art. 24 Cost.”*.

Sicché, al giudizio di ottemperanza è stata riconosciuta dalla Consulta²⁴² natura pienamente contenziosa, non più di giudizio *“caratterizzato da sommarietà ... e quindi a contraddittorio attenuato”*, bensì di giudizio in cui il contraddittorio va pienamente rispettato.

²⁴¹ C. Cost., sentenza 12 dicembre 1998, n. 406.

²⁴² C. Cost., sentenza 9 dicembre 2005, n. 441.

La conseguenza è, quindi, che, ha osservato il Consiglio di Stato riportandosi alle statuizioni delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e dell'Adunanza Plenaria²⁴³, il giudice dell'ottemperanza ha “*il potere di integrare il giudicato, nel quadro degli ampi poteri, tipici della giurisdizione estesa al merito (e idonei a giustificare anche l'emanazione di provvedimenti discrezionali)*”.

Si giunge così alla conclusione che, nel giudizio di specie, “*il giudice amministrativo può adottare una statuizione analoga a quella che potrebbe emettere in un nuovo giudizio di cognizione*”.

Ora, tirando le fila degli argomenti esposti, non può sfuggire una considerazione che riveste profili di centralità: se è vero che non si può non render merito agli sforzi della dottrina e della giurisprudenza nel conferire al giudizio di ottemperanza la capacità di atteggiarsi quale un giudizio di cognizione, dove finalmente dare tutela all'interesse legittimo leso, superando i limiti della fase impugnatoria, è altrettanto vero che non si può ignorare che, con tale espediente processuale, il soggetto interessato viene così gravato dell'onere di intraprendere le fatiche di un ulteriore giudizio, perché si faccia finalmente chiarezza sulla fondatezza della situazione giuridica dedotta e lo si immetta nel godimento del bene della vita collegato a tale situazione.

In pratica, a differenza di quanto accade a chi si è visto dare ragione in una sentenza pronunciata dal giudice civile, il quale beneficia della certezza giuridica del suo diritto derivante dagli effetti del giudicato, e formali, e sostanziali, il privato che affronta un “terzo grado di giudizio”, rappresentato dall'ottemperanza, ancora non gode di altrettanta certezza in merito alla fondatezza del suo interesse legittimo e, quindi, sull'effettiva spettanza del provvedimento auspicato.

Quest'onerosa architettura processuale è derivata, almeno fino all'immissione dell'azione di adempimento nel codice del processo amministrativo grazie al secondo decreto correttivo (cfr. *supra* Cap. I), dalla circostanza che al *giudice nell'amministrazione* la legge CRISPI ha, pudicamente, attribuito quel mezzo processuale che pareva il meno invasivo degli spazi riservati al potere del Governo e, quindi, il più rispettoso del principio di separazione tra poteri dello Stato.

²⁴³ Cass. Sez. Un. 30 giugno 1999, n. 376 e Ad. Plen. 15 marzo 1989 n. 7.

In pratica, gli effetti collaterali di questo regolamento di confini tra pubblici apparati, tradottosi nel parto di un sistema di tutela dalla potestà amministrativa palesemente difettoso, addirittura claudicante, sono ricaduti, infine, sul privato, in realtà dante causa della stessa organizzazione pubblica, ma, in realtà costretto, memore della profezia del MANCINI, ad un'ultracentenaria rassegnazione.

4.5. La reintegrazione in forma specifica: un utile surrogato dell'azione di adempimento.

Al giudizio di ottemperanza, quale strumento utile al completamento di tale claudicante sistema, dottrina e giurisprudenza, almeno per un periodo, hanno affiancato l'istituto della reintegrazione in forma specifica, quale palliativo per la perdurante assenza nel sistema delle tutele di un'azione di condanna all'adempimento.

All'indomani della sua collocazione, ad opera del d.lgs. n. 80/98, tra i rimedi esperibili avanti al giudice amministrativo, ancorché, dapprima, limitatamente alla sola sede della giurisdizione esclusiva, la dottrina ha salutato la novella come sintomatica di un ampliamento dei poteri di sindacato sul rapporto da parte del giudice²⁴⁴.

Riproponendo però il contrasto di orientamenti già registratosi tra gli studiosi del diritto civile, da taluni, la reintegrazione in forma specifica è stata qualificata come un mezzo di tutela per ottenere dalla PA la prestazione coincidente con l'emanazione del provvedimento favorevole, già negato all'esito del procedimento²⁴⁵.

²⁴⁴ A.POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2000-2001, p. 480, "l'accertamento relativo alla effettiva sussistenza del danno ingiusto, essendo tale accertamento finalizzato alla sua reintegrazione, anche in forma specifica"; p. 296, "il cardine di tutto il sistema di giustizia e del modello processuale" risiederebbe "nell'attribuzione in capo il giudice del potere di disporre - ove gli venga chiesto ed ove egli lo ritenga possibile alla stregua dell'articolo 2058 codice civile - la condanna dell'amministrazione ad un dare, un facere o un praestare specifici per reintegrare la ingiusta lesione di una situazione giuridica di diritto soggettivo e interesse legittimo".

²⁴⁵ A.CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, p. 151, "la ricerca di un fondamento a cui ancorare l'azione di condanna ad un facere specifico fosse già stata effettuata da quella parte della dottrina - seguita peraltro da talune pronunce giurisprudenziali - che

Secondo la migliore dottrina civilistica, il risarcimento in forma specifica mira, infatti, attraverso un *facere* specifico, a porre il patrimonio del soggetto danneggiato nella stessa consistenza qualitativa che avrebbe avuto ove non si fosse verificato l'illecito aquiliano o l'inadempimento contrattuale.

Il risarcimento non è, però, misura di attuazione di un diritto rimasto privo di esecuzione, bensì reazione alla rilevata lesione, con l'effetto che esso si distingue per un *quid pluris* rispetto alla tutela meramente ripristinatoria.

Per autorevole dottrina, nei contratti con prestazioni corrispettive, la condanna all'esatto adempimento è in realtà una condanna al risarcimento in forma specifica, derivante dalla responsabilità per inadempimento ex art. 1218 c.c., che contiene una statuizione con cui si ordina alla parte soccombente di assicurare a quella vittoriosa la consistenza patrimoniale di cui avrebbe goduto se fosse stata correttamente eseguita la prestazione²⁴⁶.

all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 205 del 31 luglio 2000 aveva ritenuto di poter trovare un adeguato referente normativo nella reintegrazione in forma specifica ... Si è riscontrata... una forte tendenza a ricercare il superamento della struttura impugnatoria del processo amministrativo appunto per mezzo della reintegrazione in forma specifica, considerata come strumento attraverso il quale potesse essere richiesta all'amministrazione una prestazione positiva. Ciò del resto appariva del tutto giustificato dalla circostanza che, una volta riconosciuti l'oggetto dell'interesse legittimo nel bene della vita del privato proprio attraverso la risarcibilità di tale situazione giuridica, il diritto positivo non offriva altra base su cui la tutela effettiva dell'interesse pretensivo potesse trovare fondamento ... mentre secondo alcune posizioni la reintegrazione in forma specifica sembra consentire l'esperimento di qualsiasi forma di tutela in forma specifica, compresa quindi l'azione di adempimento, secondo altre, il suo ambito di applicazione sarebbe più limitato... Tali incertezze sarebbero determinate da un'impostazione dell'istituto non del tutto univoca neppure in ambito civilistico ... In sostanza, si sono riproposte nel diritto amministrativo le medesime problematiche presenti in diritto civile”.

²⁴⁶ C.CASTRONOVO, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, in *Jus*, 1988, 3, p. 24, “non si tratta di reagire alla subita lesione per restaurare il patrimonio nello status quo ante ma, ulteriormente, di porlo, secondo una valutazione ipotetica, nella stessa consistenza quantomeno quantitativa - ed ecco il risarcimento per equivalente - e ove sia possibile qualitativa - e questa è la funzione del risarcimento in forma specifica - che esso avrebbe attinto ove non si fosse verificato l'illecito e l'inadempimento”; p. 23, “mentre le misure di tutela specifica sono volte a dare attuazione a una situazione soggettiva quando essa non si sia realizzata (esecuzione) o quando si tratti di restaurarla in seguito ad una lesione che la riguardi sotto il profilo della disponibilità (restituzione), il risarcimento, in quanto reazione all'illecito di danno come lesione della situazione soggettiva sotto il profilo del godimento, non è misura di

La reintegrazione in forma specifica determina, quindi, una situazione materialmente corrispondente a quella che si sarebbe avuta in assenza del danno, ossia realizza un risultato superiore rispetto a quello ricavabile con il risarcimento per equivalente²⁴⁷.

Nel sistema civilistico, l'assenza nel codice del 1865 di una norma che prevedesse espressamente il risarcimento in natura, ha indotto a ricavare tale forma di tutela, in via interpretativa, dall'art. 1222 sull'esecuzione in forma specifica, con l'effetto di originare una nozione dell'istituto condizionata dalla commistione con il naturale rimedio all'inadempimento²⁴⁸.

attuazione di un diritto, bensì reazione alla rilevata lesione, onde la specificità che pur possa caratterizzarlo non è mai mera restaurazione della situazione lesa ma contiene un quid plus atto a distinguerlo dalle forme meramente ripristinatorie”; pp. 25 – 26, “la condanna all’esatto adempimento, nei contratti con prestazioni corrispettive, è in realtà una condanna al risarcimento in forma specifica... L’effetto giuridico indefettibile dell’inadempimento è la responsabilità, concretizzatasi nella obbligazione del risarcimento del danno (articolo 1218). Il cosiddetto esatto adempimento non può dunque essere nient’altro che risarcimento in forma specifica”.

²⁴⁷ A.DE CUPIS, *Il danno, Teoria generale della responsabilità civile*, II, Milano, 1970, pp. 27-28, “neanche la reintegrazione in forma specifica, dunque arriva a cancellare il danno dal mondo dei fatti: e ciò per l’ovvia ragione che *quod factum est, infectum fieri nequit*. L’ordinamento giuridico deve contentarsi di apprestare mezzi capaci di rimediare al danno, di ripararlo, senza poter ottenere che esso scompaia dal novero degli avvenimenti verificatisi nel mondo reale, che esso cessi, cioè, di appartenere alla realtà storica. Ma d’altra parte, come nella reintegrazione in forma specifica, esso tende a realizzare un rimedio più efficace del risarcimento, in quanto la stessa reintegrazione, seppur non elimina il danno dalla realtà storica, arriva a creare, come cennato, una situazione materialmente corrispondente a quella che esisterebbe in assenza del danno, il che è può apparire un risultato superiore rispetto al conseguimento di equivalente economico, realizzabile mediante il risarcimento”.

²⁴⁸ A.CARBONE, *L’azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, p. 156, “la reintegrazione in forma specifica non è stata però interpretata solo come forma di tutela risarcitoria... Per lungo tempo, vigente il codice del 1865, non vi era stata una norma che prendesse esplicitamente in considerazione il risarcimento in natura. Si assistette allora alla sua elaborazione in via interpretativa, sul fondamento non tanto della norma generale sul risarcimento (articolo 1151), quanto di quella sull’esecuzione in forma specifica (articolo 1222); ciò comportò, in sostanza, una mancata distinzione tra le varie tipologie di rimedi in forma specifica... Nel nostro ordinamento, la reintegrazione in forma specifica ha sopportato quindi un “vizio di origine”, derivante dalla mancata presenza, nel codice del 1865, di una norma analoga a quella del § 249 del BGB tedesco... All’indomani dell’entrata in vigore del nuovo

Di certo, la presenza nel codice del '42 dell'azione di adempimento ex art. 1453 rende più arduo argomentare che la reintegrazione in forma specifica sia il rimedio appropriato per ottenere una prestazione non resa nei termini contrattuali, dal momento che la condanna ad adempiere gode della tutela offerta dall'esecuzione specifica dell'obbligo contrattuale rimasto inadempito ex artt. 2930 ss. cc²⁴⁹.

Ottenuta la prestazione non residuerebbero altre utilità da dover ricevere attraverso la reintegrazione in forma specifica.

Viceversa, secondo taluni potrebbero permanere vuoti di tutela non suscettibili di essere colmati con l'adempimento dell'originaria prestazione, bensì con il risarcimento del danno in natura, attraverso una prestazione diversa sotto il profilo qualitativo o semplicemente quantitativo.

Tale posizione, in una certa misura sposata dalla giurisprudenza civile, ha influenzato una parte della dottrina e della giurisprudenza amministrativa a seguito della introduzione nel processo amministrativo del risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo, anche mediante la reintegrazione in forma specifica, grazie all'art. 7 della legge 205 del 2000²⁵⁰.

codice, pertanto, la dottrina utilizzava la definizione di risarcimento in forma specifica per ricomprendervi al suo interno forme di tutela ripristina storia in generale”.

²⁴⁹ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 382, “il contraente adempiente, palesando interesse al contratto, vuole che questo sia adempiuto anche coattivamente... La richiesta di adempimento apre la via alla cosiddetta esecuzione specifica dell'obbligo contrattuale (rimasto) inadempito (artt. 2930 ss) e ove questa non sia possibile, al risarcimento integrale del danno”.

²⁵⁰ A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, p. 162, “secondo una prima tesi l'ammissibilità della reintegrazione in forma specifica in materia contrattuale andrebbe negata, in ragione del fatto che, una volta esperita l'azione di adempimento, non vi sarebbero ulteriori utilità conseguibili attraverso il risarcimento in natura. Secondo un altro indirizzo, invece, sarebbe possibile ipotizzare la praticabilità dell'istituto al fine di colmare i vuoti di tutela lasciati dall'esatto adempimento, purché costituiscano danno idoneo ad essere risarcito mediante una prestazione diversa da quella originaria. In questo secondo senso sembra assestarsi la giurisprudenza prevalente, seppur è da dire come i giudici utilizzino a volte in modo non del tutto coerente le definizioni di risarcimento in forma specifica, adempimento ed esecuzione in forma specifica. L'orientamento da ultimo richiamato ha trovato peraltro accoglimento da parte di una dottrina amministrativistica che, non accettando la concezione che equipara la reintegrazione ex articolo 7, legge n. 205/00 ad una forma generale di tutela in forma specifica (quindi come base per l'azione di adempimento), ha ritenuto che la reintegrazione in forma specifica possa invece essere

Ciò rileva ai fini del nostro studio, dovendo dare conto di quell'orientamento maturato in dottrina e in giurisprudenza, secondo il quale gli interessi legittimi pretensivi sarebbero assimilabili nella sostanza ai diritti di credito, tanto da venir attratti anch'essi nell'orbita della *vexata quaestio* in diritto civile circa l'utilizzabilità del rimedio di specie per ottenere una prestazione dovuta, ma non ancora entrata nel patrimonio del creditore²⁵¹.

E' così che un primo indirizzo giurisprudenziale ha assimilato la reintegrazione in forma specifica all'annullamento, nella considerazione che la caducazione del provvedimento lesivo avrebbe ripristinato la situazione dell'interessato nelle stesse condizioni in cui si trovava in epoca antecedente all'esercizio del potere.

Tale impostazione è stata tacciata di costituire un *commodus discessus* per il giudice, tale da consentirgli di astenersi dal condannare l'Amministrazione al risarcimento del danno per equivalente.

Sulla base di tale censura, un ulteriore indirizzo ha ritenuto compatibile la reintegrazione attraverso l'annullamento ed il risarcimento per equivalente, laddove la rimozione dell'atto illegittimo non fosse sufficiente a riparare il pregiudizio.

utilizzata per conseguire quegli ulteriori risultati non raggiungibili attraverso l'effetto confermativo o la condanna all'adempimento".

²⁵¹ A.CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, p. 161, "i profili di maggiore complessità si presentano tuttavia in merito all'ammissibilità della reintegrazione in forma specifica in materia di inadempimento contrattuale. Il problema risiede nella contemporanea presenza dell'azione di adempimento prevista dall'articolo 1453 codice civile, che potrebbe non lasciare spazi di operatività alla reintegrazione in forma specifica. Questo è a nostro avviso il punto cruciale per comprendere l'effettivo atteggiarsi del rapporto tra reintegrazione e azione di adempimento nel processo amministrativo, in quanto, come si è opportunamente notato, le situazioni giuridiche ascrivibili alla categoria degli interessi legittimi pretensivi, esprimendo un indiscutibile carattere relazionale, risultano accostabili alla categoria dei diritti soggettivi cosiddetti relativi. Ciò vale soprattutto nel periodo attuale ove, come il Consiglio di Stato ha avuto modo di evidenziare, "la progressiva attenuazione della contrapposizione tra interessi legittimi e diritti soggettivi (per effetto dell'incidenza del diritto comunitario) giustifica l'operatività del modello obbligatorio anche nell'ambito dei rapporti amministrativi"; né è mancato il tentativo della dottrina di assimilare i rapporti interessati dallo svolgimento di una funzione amministrativa a quelli obbligatori, più precisamente nell'ambito della figura delle obbligazioni senza obbligo primario di prestazione".

Dal resto, come osservato in materia civilistica, un conto è l'invalidità dell'atto quale scostamento dal paradigma normativo per esso concepito dall'ordinamento, altro conto è il *vulnus* subito nella sfera patrimoniale per effetto di quell'invalidità.

L'annullamento dell'atto, semmai risulta utile per scongiurare il verificarsi di un danno ulteriore, non già per reintegrare quello già patito²⁵².

²⁵² A.CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, p. 163, “un primo indirizzo giurisprudenziale affermatosi con l'introduzione della reintegrazione in forma specifica si è caratterizzato per la (discutibile) equivalenza tra reintegrazione e annullamento. Si è ritenuto, in sostanza, che attraverso l'annullamento dell'atto il ricorrente vedesse ripristinate le proprie aspettative, di talché non sarebbe residuo alcun margine per l'applicazione della reintegrazione in forma specifica. Non è sfuggito alla dottrina più accorta come una siffatta impostazione approfitterebbe “della previsione del risarcimento in forma specifica per evitare di pronunciarsi sulla domanda di liquidazione dei danni per equivalente, affermando, tout court, che l'annullamento del provvedimento lesivo aveva già eliminato ogni pregiudizio”. Ed in effetti questa teoria era stata già proposta in passato proprio al fine di escludere il risarcimento per equivalente. Non è mancato però chi, anche ricomprendendo l'annullamento nella reintegrazione, ha affermato che non per questo esso dovesse intendersi come alternativo al risarcimento per equivalente laddove la caducazione dell'atto non fosse idonea a riparare integralmente l'ingiusta lesione determinata dal provvedimento illegittimo. Anche in materia civilistica, del resto, parte della dottrina aveva ritenuto che attraverso l'annullamento, e più in generale, l'invalidità del negozio, si sarebbe realizzata pienamente la reintegrazione del diritto e l'eliminazione di una situazione dannosa per la parte che ne avesse avuto interesse. Si è però... replicato che l'invalidità deriva direttamente dalla difformità della fattispecie concreta dalle norme di diritto e che da ciò scaturisce l'eliminazione ... degli effetti iniqui- in tal modo semmai escludendosi la produzione ulteriore danno. Se può condividersi il rilievo del Consiglio di Stato per cui l'annullamento dell'atto e il conseguente rinnovo conforme a legge... esclude o riduce altre forme di risarcimento”, non ci sembra però che questo risultato sia determinato ... dal costituire l'annullamento una forma di reintegrazione in forma specifica: esso rappresenta piuttosto la conseguenza dell'idoneità della caducazione dell'atto a ridurre o scongiurare gli effetti stessi del danno. La giurisprudenza amministrativa, in successive decisioni, ha recepito tale interpretazione, precisando che “non vi è una relazione di corrispondenza biunivoca tra annullamento e risarcimento in forma specifica, potendosi, semmai, ravvisare talora un assorbimento della seconda nel primo, ogni qualvolta la pronuncia di annullamento, con il suo tipico effetto caducatorio e ripristinatorio dello stato di fatto e di diritto preesistenti, risulti soddisfacente dell'interesse azionato in giudizio” . L'annullamento dell'atto, insomma, non è forma di reintegrazione di alcun danno, ma, semmai, impedisce che lo stesso possa prodursi, limitando o se del caso escludendo le conseguenze lesive. Non costituisce quindi di per sé un risarcimento in natura. D'altro canto, se così non fosse, non si potrebbe negare al giudice amministrativo, laddove ritenesse l'annullamento dell'atto misura

È, dunque, con riferimento alle situazioni d'interesse legittimo pretensivo, che la reintegrazione in forma specifica è stata concepita come un mezzo di tutela composito, frutto della scansione di più momenti consistenti, prima, nell'annullamento dell'atto negativo, in quanto obiettiva preclusione al soddisfacimento della pretesa azionata, poi nella statuizione volta a determinare una riedizione del potere amministrativo soddisfattiva della situazione in causa: in estrema sintesi, il provvedimento favorevole²⁵³.

Di qui, anche sulla scorta di quanto argomentato dalla dottrina civilistica sopra richiamata, il passo è stato breve per ritenere che, attraverso la previsione di cui all'art. 7 della legge n. 205 del 2000, l'azione di adempimento avesse fatto accesso nel processo

*eccessivamente onerosa per la p.a., la facoltà di respingere la domanda impugnatoria e disporre il solo risarcimento per equivalente.”; F.LIGUORI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, Napoli, 2002, p. 36, “nessuno dubita, infatti, che si possano dare i casi di “assorbimento” della reintegrazione in forma specifica nell’annullamento - quando la pronuncia di annullamento, attraverso i suoi effetti caducatori e ripristinatori, risulti soddisfattiva dell’interesse - ma questo non vuol dire che “vi sia una relazione di corrispondenza biunivoca” (Tar Puglia, n. 189/01) tra i due rimedi, che esprimono esigenze differenti, sono basati su presupposti giuridici distinti e subordinati a condizioni di operatività pratica non omogenee”; pp. 23 – 24, “primo indirizzo della giurisprudenza ... nell’operare la discussa equivalenza tra risarcimento in forma specifica e annullamento, tende, nel suo insieme, specialmente a valorizzare l’effetto per così dire “positivo” di quest’ultimo, e non resta ancorato al suo risvolto di tipo eliminatorio ... In definitiva, più che l’annullamento in sé ... si intende valorizzare l’ordine che la decisione sia eseguita dall’autorità amministrativa ... nonchè la salvezza degli ulteriori provvedimenti dell’autorità amministrativa, ossia quegli effetti ulteriori dell’annullamento - essenziali specie nella tutela degli interessi di pretesa - che vanno sotto il nome di effetto ripristinatorio ed effetto conformativo”.*

²⁵³ A.CARBONE, *L’azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, “Invero, opportunamente si è rilevato che l’equiparazione tra annullamento e risarcimento in forma specifica è stata operata soprattutto con riferimento a decisioni che comportavano un obbligo di fare dell’amministrazione, per cui la reintegrazione vera e propria risiederebbe non tanto nell’annullamento dell’atto, quanto nella successiva azione amministrativa... Cosicché l’effetto ripristinatorio non potrebbe conseguire alla mera caducazione del provvedimento. La reintegrazione in forma specifica, secondo questa giurisprudenza, consisterebbe allora nell’emanazione da parte della p.a. del provvedimento in sostituzione di quello annullato, sulla base dell’effetto conformativo della sentenza di annullamento”.

amministrativo *sub specie* di reintegrazione in forma specifica, alla stregua della *Verpflichtungskalge* tedesca²⁵⁴.

²⁵⁴ A.CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, "In tal modo l'indirizzo in esame, che originariamente aveva, come si è visto, lo scopo di evitare di accordare al privato il risarcimento del danno, ha posto le basi per una legittimazione dell'azione di adempimento nel processo amministrativo sul fondamento della reintegrazione in forma specifica. Superando l'impostazione secondo cui questa equivarrebbe alla semplice efficacia conformativa della sentenza nei confronti della p.a., ci si è infatti chiesti se in forza dell'articolo 7, legge n. 1034/71, fosse ammissibile, nella giurisdizione di legittimità, condannare esplicitamente la p.a. ad emanare un provvedimento amministrativo in luogo di quello annullato, avente ad oggetto la pretesa del privato rimasta inadempita. Una parte della giurisprudenza, soprattutto nei primi anni del 2000, ha ritenuto di dover rispondere positivamente ad un simile interrogativo, affermando che attraverso la previsione della reintegrazione in forma specifica per la lesione di interessi legittimi - segnatamente, di interessi legittimi pretensivi - il legislatore avesse in sostanza dato cittadinanza, nel nostro ordinamento, ad un'azione di adempimento. Quest'indirizzo ha trovato sostenitori anche in seno alla dottrina. Si è infatti rilevato che la categoria delle sentenze che viene utilizzata per la reintegrazione in forma specifica consiste in una condanna ad un *facere*, cosicché per mezzo dell'attribuzione del potere di emettere tali pronunce, "si sarebbe introdotta nel processo amministrativo, sia pure surrettiziamente, un'azione di adempimento", cioè a dire un'azione di condanna all'emissione di un atto amministrativo rifiutato o omissivo, analoga alla *Verpflichtungskalge* tedesca. In maniera non dissimile, si è sostenuto che l'articolo 7, legge n. 205/00 avrebbe attribuito al giudice amministrativo il potere di condannare l'amministrazione all'adozione del provvedimento favorevole richiesto dall'interessato, così ponendo le basi per una giurisdizione amministrativa volta all'effettiva soddisfazione della pretesa del ricorrente attraverso la tutela risarcitoria. Non è mancato nemmeno chi, più incisivamente, ha ritenuto possibile configurare non già semplicemente un'azione di condanna, bensì di una pronuncia costitutiva che tenesse luogo del provvedimento amministrativo"; S.R. MASERA, *Il risarcimento in forma specifica nel giudizio amministrativo*, Padova, 2006, pp. 325 – 326, il giudice amministrativo "previa valutazione dell'ingiustizia del danno, ... accerta la situazione che si sarebbe dovuta realizzare se il potere fosse stato esercitato legittimamente e, tramite reintegrazione, ordina all'amministrazione di porre in essere l'assetto di interessi da lui individuato nell'osservanza di una "regola di condotta positiva". Tale "regola di condotta positiva" si distingue dall'effetto conformativo, poiché quest'ultimo incontra il limite della discrezionalità (ed anzi tale effetto è diretto a condizionare l'esercizio della discrezionalità successivo all'annullamento giurisdizionale), mentre la cennata "regola di condotta positiva" scaturisce proprio dall'individuazione di quale deve essere l'assetto di interessi in presenza di un corretto esercizio della discrezionalità. In conclusione, tramite l'effetto conformativo si impone la regola di diritto per la valutazione degli interessi in conflitto in sede di verifica della "ingiustizia" del danno; infine tramite reintegrazione si ordina l'esercizio del potere in modo conforme

Di contrario avviso rispetto a tale orientamento è stato il Consiglio di Stato²⁵⁵ che, muovendo dalla ricostruzione civilistica dell'istituto di cui all'art. 2058 c.c., ne ha constatato

alle statuizione individuata dal giudice. In questi termini grazie alla reintegrazione è possibile disporre nei confronti dell'amministrazione un facere specifico”.

²⁵⁵ Cons. St., Sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, “Al riguardo, è noto che parte della dottrina sostiene che con l'inciso “anche attraverso la reintegrazione in forma specifica”, di cui all'art. 35 del D. Lgs. n. 80/1998 il legislatore abbia inteso introdurre nel nostro ordinamento un'azione di adempimento simile a quella prevista nell'ordinamento tedesco, che consente di agire in giudizio per ottenere la condanna dell'amministrazione all'emanazione di un atto amministrativo; il potere di ordinare all'amministrazione un facere, consistente anche nell'emanazione di atti amministrativi, sussisterebbe a condizione che si tratti di attività vincolata e non di attività con significativo tasso di discrezionalità. A tale orientamento, che presuppone l'introduzione attraverso il rimedio della reintegrazione in forma specifica di una azione di adempimento esercitabile nei confronti della P.a., se ne contrappone un altro, che appare preferibile, maggiormente coerente con la natura risarcitoria, o riparatoria, dell'istituto, come risultante dall'art. 2058 c.c.. Infatti, ammettere che la reintegrazione in forma specifica costituisca, come detto, il mezzo per impartire un ordine alla P.a. di emanare un determinato provvedimento o quanto meno di provvedere in un determinato modo, finisce per attribuire all'istituto caratteri che non corrispondono in realtà alla vera e propria tutela aquiliana, ma tengono assai di più della tutela ripristinatoria. Tale ricostruzione presuppone un concetto di reintegrazione in forma specifica del tutto diverso da quello affermato in sede civilistica sulla base dell'art. 2058 c.c.. In sede civilistica, il risarcimento in forma specifica consiste nella diretta rimozione delle conseguenze derivanti dall'evento lesivo tramite la produzione di una situazione materiale corrispondente a quella che si sarebbe realizzata se non fosse intervenuto il fatto illecito produttivo del danno. Sempre nell'ottica civilistica la reintegrazione in forma specifica rimane un rimedio risarcitorio (o comunque riparatorio), ossia una forma di reintegrazione dell'interesse del danneggiato mediante una prestazione diversa e succedanea rispetto al contenuto del rapporto obbligatorio e non va confusa né con l'azione di adempimento (diretta ad ottenere la condanna del debitore all'adempimento dell'obbligazione) né con il diverso rimedio dell'esecuzione in forma specifica quale strumento per l'attuazione coercitiva del diritto e non mezzo di rimozione diretta delle conseguenze pregiudizievoli. La forma specifica non è né una forma eccezionale né una forma sussidiaria di responsabilità, ma uno dei modi attraverso i quali il danno può essere risarcito, la cui scelta spetta al creditore salva l'ipotesi di eccessiva onerosità o l'oggettiva impossibilità. Tornando al processo amministrativo, si osserva che il legislatore ha chiaramente inserito l'inciso “anche attraverso la reintegrazione in forma specifica” all'interno della disposizione che prevede che il giudice amministrativo dispone il risarcimento del danno ingiusto, con la conseguenza che contrasta con il dato letterale ogni interpretazione che pone l'istituto al di fuori di una alternativa risarcitoria. Lo strumento risarcitorio, sia per equivalente che in forma specifica, si caratterizza per l'imposizione al debitore (*rectius*,

all'amministrazione) di una "prestazione" diversa in sostituzione di quella originaria. Se l'amministrazione era tenuta al rilascio di un determinato provvedimento, l'adozione di quell'atto costituisce il contenuto primario della "prestazione" cui la P.a. era appunto tenuta, e non assume una funzione risarcitoria. Peraltro, quando il legislatore ha voluto configurare la possibilità da parte del giudice amministrativo di ordinare un *facere* all'amministrazione, lo ha fatto espressamente come nell'ipotesi di cui all'art. 25 della legge n. 241/90 ("...il giudice amministrativo, sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione dei documenti richiesti ..."). I sostenitori dell'opposta teoria evidenziano come l'evoluzione del processo amministrativo contrasti con tale interpretazione "restrittiva", in base a cui permarrrebbe la tradizionale sequenza annullamento – inerzia della P.a. – ottemperanza a fronte di un invece più rapido conseguimento del risultato ottenibile con l'ordine alla P.a. ad adottare un determinato atto a contenuto vincolato. L'argomentazione, benché suggestiva, non appare risolutiva non solo per le suesposte considerazioni circa il dato letterale della norma, ma anche sotto il profilo delle effettività della tutela giurisdizionale, cui deve sempre tendere l'interprete sulla base dei principi costituzionali e di derivazione comunitaria. Si osserva che l'obbligo per la P.a. di provvedere in un determinato modo è già presente nel giudizio amministrativo in virtù del legame tra parte dispositiva e parte motiva della decisione, cui la P.a. è tenuta a conformarsi. Non vi è molta differenza tra una sentenza che disponga il rilascio di un determinato provvedimento e analoga decisione che annulli un diniego riconoscendo in parte motiva la fondatezza della pretesa sostanziale del privato, imponendo così all'amministrazione di conformarsi. Il rimedio alla mancata attuazione sarebbe pur sempre, in entrambi i casi, il giudizio per l'esecuzione del giudicato. L'adozione da parte dell'amministrazione di un determinato atto amministrativo attiene più ai profili di adempimento e di esecuzione che non a quelli risarcitori: in presenza di un illegittimo diniego e di accertata spettanza del provvedimento amministrativo richiesto, il rilascio dello stesso costituisce non una misura risarcitoria, ma la doverosa esecuzione di un obbligo che grava sull'amministrazione, salvi gli eventuali danni causati al privato (esso viene infatti accordato a prescindere sia dall'esistenza di un danno patrimonialmente apprezzabile, che, soprattutto, dall'indagine sull'elemento soggettivo dell'illecito). Riportare anche tale fase nell'ambito della reintegrazione e quindi della tutela risarcitoria significa estendere a tale fase anche tutti i limiti di tale tutela, che sono più rigorosi rispetto ai limiti previsti per l'esecuzione. Infatti, mentre la reintegrazione in forma specifica richiede una verifica in termini di onerosità ai sensi dell'art. 2058, comma 2, c.c., tale verifica non è richiesta in relazione alle forme di esecuzione in forma specifica della prestazione originariamente dovuta, per le quali può rilevare la sola sopravvenuta impossibilità. Costituisce, pertanto, una diminuzione di tutela per il privato la conseguenza cui giungono le tesi criticate, in quanto quello che prima costituiva il c.d. effetto conformativo per la P.a., assoggettato al solo limite della sopravvenuta impossibilità, verrebbe invece ingiustificatamente condizionato anche alla verifica di onerosità ai sensi dell'art. 2058, comma 2, c.c.. Va inoltre considerato che l'effettività della tutela giurisdizionale non dipende tanto dalla formale statuizione contenuta nelle decisioni, ma piuttosto dal grado di eseguibilità delle decisioni stesse; tale tutela avviene nel nostro ordinamento nella incisiva forma del giudizio di ottemperanza, che consente finanche la nomina di un commissario che provveda secondo le

l'inidoneità nel costituire “mezzo per impartire un ordine alla p.a. di emanare un determinato provvedimento”, possedendo, viceversa, natura riconducibile ai rimedi a fronte dell'illecito aquiliano.

Infatti, un conto è soddisfare l'aspettativa di un provvedimento favorevole, altro conto è ricostituire uno stato patrimoniale che ha subito una diminuzione a causa dell'azione amministrativa illegittima²⁵⁶.

indicazioni del giudice in luogo dell'amministrazione. Intesa in tal modo (definito “civilistico”), la reintegrazione in forma specifica trova applicazione nel diritto amministrativo soprattutto in caso di interessi di tipo oppositivo (es. riconsegna e ripristino del bene illegittimamente sottratto al privato; consegna di cosa uguale a quella illegittimamente distrutta; riparazione materiale dei danni cagionati in esecuzione di un provvedimento illegittimo). Peraltro, in una recente decisione, la IV Sezione del Consiglio di Stato, nel rimarcare la funzione sussidiaria del risarcimento rispetto alla tutela giurisdizionale accordata con l'annullamento dell'atto impugnato, ha precisato che lo scopo della reintegrazione in forma specifica non è quello di sostituire la tutela demolitoria (o conformativa) che si connette all'annullamento giurisdizionale, ma quello di integrare la tutela, colmando eventuali lacune (Cons. Stato, IV, n. 3169 del 14-6-2001). Sulla base della disciplina vigente non appare quindi ammissibile una domanda tesa nella sostanza ad ordinare all'amministrazione l'emanazione di provvedimenti amministrativi, anche se di carattere vincolato (o ad accertare un obbligo in tal senso, come richiesto nel caso di specie, con domanda sostanzialmente analoga a quella di condanna)”.

²⁵⁶ A.CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, “In senso negativo è, però, intervenuto il Consiglio di Stato con la già richiamata sentenza n. 3338 del 18 giugno 2002, ove si è affermato che a fronte dell'orientamento “che presuppone l'introduzione attraverso il rimedio della reintegrazione in forma specifica di un'azione di adempimento esercitabile nei confronti della p.a., se ne contrappone un altro, che appare preferibile, maggiormente coerente con la natura risarcitoria, o riparatoria, dell'istituto, come risultante dall'articolo 2058 del codice civile. Infatti, ammettere che la reintegrazione in forma specifica costituisca, come detto, il mezzo per impartire un ordine alla p.a. di emanare un determinato provvedimento o quanto meno di provvedere in un determinato modo, finisce per attribuire all'istituto caratteri che non corrispondono in realtà alla vera e propria tutela aquiliana, ma tengono assai di più della tutela ripristinatoria. Tale ricostruzione presuppone un concetto di reintegrazione in forma specifica del tutto diverso da quello affermato in sede civilistica sulla base dell'articolo 2058 del codice civile”.

Questa impostazione, che peraltro ha trovato conferma anche nella giurisprudenza successiva, che appare preferibile in quanto più correttamente inquadra l'istituto della reintegrazione in forma specifica nell'ambito della tutela risarcitoria: perché vi sia infatti un risarcimento è sempre necessaria la sussistenza di un danno, mentre, nel caso dell'azione di adempimento non si tratterebbe di ripristinare una situazione lesa, quanto di soddisfare la pretesa del privato attraverso il successivo esercizio dell'azione amministrativa. Come infatti è

Il Consiglio di Stato ha, infatti, precisato come la reintegrazione in forma specifica sia il rimedio appropriato per la tutela degli interessi oppositivi, in termini non ripristinatori (consistenti, a titolo d'esempio, nella restituzione di un bene), bensì ricostruttivi dello stato patrimoniale antecedente il provvedimento illegittimo, come nel caso della rimozione di manufatti causativi di alterazione dell'originario stato dei luoghi, realizzati in conseguenza di atti espropriativi illegittimi²⁵⁷.

In assonanza a tale arresto giurisprudenziale, particolarmente lucida è la ricostruzione fatta da autorevole dottrina che ha associato “*la coazione all'adempimento di un dovere*” ad “*un obbligo rimasto inadempito*”, “*la tutela risarcitoria o ripristinatoria*” alla “*mera restaurazione dello status quo ante*” in caso di “*divergenza materiale tra situazione di diritto e situazione di fatto rispetto ad un determinato bene*”, “*la tutela risarcitoria (o riparatoria)*” al “*presupposto*” del “*fatto dannoso*” ed al “*principio di responsabilità*”²⁵⁸.

stato evidenziato da quella dottrina che ha opportunamente richiamato la classificazione delle forme di tutela in forma specifica del diritto civile, distinguendo tra adempimento coattivo, tutela ripristinatoria (ore restitutoria) e risarcimento in natura, l'articolo 35, d.lgs. n. 80/98 “non vale, e non può valere, per introdurre un'azione di adempimento”: la tutela risarcitoria si svolge quando al dovere originario che è rimasto inadempito “subentra un obbligo nuovo, che ha per oggetto la diffusione del pregiudizio arrecato. I due piani, quello del dovere (ancora) da adempiere e quello del pregiudizio da rifondere, rimangono distinti e riguardano oggetti diversi”.

²⁵⁷ A.CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, “*Su queste stesse basi il Consiglio di Stato, in una successiva pronuncia, ha concluso che in presenza di interessi legittimi pretensivi “non è possibile pensare ad una reintegrazione in forma specifica perché il silenzio, il ritardo o l'illegittimo diniego incidono sempre su una situazione che era e rimane insoddisfatta, per cui non vi è nulla che possa essere reintegrato; in relazione a tali interessi, la questione attiene al diverso istituto dell'esecuzione in forma specifica di un'eventuale pronuncia di annullamento dell'atto negativo”. La reintegrazione in forma specifica sarebbe dunque esperibile solo laddove vi sia un interesse legittimo oppositivo. Anche in questo caso occorre peraltro distinguere: la semplice restituzione del bene (a seguito, ad esempio, di annullamento dell'atto di espropriazione) non integra un risarcimento del danno, ma è una forma di tutela ripristinatoria; correttamente, invece, si è ritenuto che lo strumento della reintegrazione in forma specifica potesse essere utilizzato per rimuovere alcuni manufatti realizzati della p.a. su di un fondo durante un'illegittima occupazione di urgenza”.*

²⁵⁸ A.TRAVI, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2001, p. 8 ss., “*a) la coazione all'adempimento di un dovere ... ha come presupposto, appunto, la configurabilità di un obbligo o di un dovere rimasto inadempito. Ha come obiettivo il puntuale adempimento di un dovere (cfr. artt. 2930 ss. cc) che*

Nonostante l'indirizzo tracciato dal Consiglio di Stato e confermato dalla migliore dottrina, una parte della giurisprudenza ed una dottrina minoritaria hanno confermato l'opzione interpretativa che ammette la condanna alla reintegrazione in forma specifica *sub specie* di rilascio del provvedimento auspicato, senza, perciò, discostarsi dalla qualificazione del rimedio come risarcitorio piuttosto che volto all'adempimento coattivo di un obbligo di fare, bensì confutando l'assunto secondo il quale la prestazione da rendere a titolo di risarcimento dovesse essere necessariamente diversa rispetto a quella originariamente dovuta, e, viceversa, affermando che possa coincidere con essa.

Il fulcro di tale teoria si incentra sulla spettanza del provvedimento invocato, condizione necessaria perché il giudice possa pronunciare la condanna alla reintegrazione²⁵⁹.

l'ordinamento non può lasciare senza garanzia, rimettendolo altrimenti alla buona volontà dell'obbligato. Prescinde da qualsiasi riferimento al danno, alla colpevolezza, ecc., perché ai suoi fini assume rilievo solo l'esistenza del dovere e l'interesse di una parte qualificata alla sua osservanza. b) la tutela risarcitoria o ripristinatoria ha come presupposto una divergenza materiale tra situazione di diritto e situazione di fatto rispetto ad un determinato bene. Come obiettivo ha la restaurazione della situazione di diritto rispetto a quel determinato bene ... Risultato della tutela restitutoria o ripristinatoria è la mera restaurazione dello status quo ante. Anche in questo caso prescinde da qualsiasi riferimento non solo ad un danno ma anche a una responsabilità: ... rileva solo la mancanza di una giustificazione legale della situazione stessa. c) la tutela risarcitoria (o riparatoria) ha come presupposto un fatto dannoso ed ha come obiettivo l'eliminazione delle conseguenze pregiudizievoli dell'atto stesso: alla base di è quindi una reazione dell'ordinamento contro il danno. Ha come fondamento un principio di responsabilità ... Si realizza secondo due modalità alternative: in natura (qualificata dall'articolo 2058 cc come "reintegrazione in forma specifica") e per equivalente".

²⁵⁹ A.CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, "Si è tuttavia registrato, successivamente alla sentenza numero 3338 del 2002, anche un differente filone giurisprudenziale, propenso ad attribuire alla tutela reintegratoria contenuti corrispondenti a quelli di un'azione di adempimento o comunque di esecuzione in forma specifica. Ciò però, si badi, senza mettere necessariamente in discussione la natura risarcitoria della reintegrazione in forma specifica, ma anzi in taluni casi espressamente confermandola. In sostanza, questa giurisprudenza non ha considerato la reintegrazione in forma specifica come presupposto per l'ammissibilità dell'azione di adempimento, ma, piuttosto, ha esteso i confini della tutela risarcitoria per ricomprendervi fattispecie che più correttamente riguarderebbero l'attuazione della pretesa del ricorrente. Seguendo un'impostazione non dissimile, una dottrina ha sottolineato come affermare che la reintegrazione in forma specifica introdotta nel processo amministrativo sia un modo di riparare il danno... non significhi necessariamente, come fa il Consiglio di Stato nella sentenza numero 3338 del 2002, intendere la reintegrazione specifica in maniera "classica", ovvero "pura". Ferma restando la collocazione della reintegrazione in forma specifica nell'ambito del risarcimento, infatti, il riferimento al

Un'attenta dottrina ha confutato siffatto orientamento, osservando come il giudizio sulla spettanza costituisca un *prius* tanto per l'azione di adempimento, quanto per quella di risarcimento del danno, distinguendosi le due azioni unicamente per la ricorrenza dei presupposti, nel primo caso, di una situazione soggettiva che richiede attuazione, nel secondo, di un danno già prodottosi.

*danno andrebbe operato avendo presente la più vasta accezione possibile del relativo concetto. Ciò che si propone è quindi il massimo ampliamento della responsabilità per danni, evitando però la fuoriuscita da tale sistema, che si avrebbe laddove l'articolo 2058 fosse interpretato nel senso di dare rilievo assorbente alla tecnica (restitutoria) rispetto alla funzione (riparatoria). Così si è affermato che se l'oggetto della decisione sulla domanda di reintegrazione in forma specifica è appunto la condanna ad un *facere* specifico, non sempre questo consiste (come invece ritenuto dalla citata pronuncia del Consiglio di Stato) in una prestazione diversa e succedanea, pur potendo invece coincidere con la prestazione originariamente dovuta. Su queste basi si è allora concluso che se la spettanza del bene è certa, allora il giudice amministrativo può disporre a favore del ricorrente per mezzo della reintegrazione in forma specifica; in caso contrario, ovvero laddove vi sia certezza sull'an della spettanza, ma incertezza sul concreto contenuto discrezionale del provvedimento, ciò sarebbe da escludersi, e l'ordine disposto nei confronti dell'amministrazione a pronunciarsi nuovamente non costituirebbe una reintegrazione in forma specifica ma piuttosto una condanna all'attuazione della posizione giuridica del privato"; F.LIGUORI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, Napoli, 2002, pp. 174 – 175, “se il bene spetta - e ciò può essere stabilito con certezza anche contenutistica dal giudice sulla base della legge e di criteri predeterminati idonei ad esaurire la discrezionalità - il giudice lo accerta e con l'annullamento dispone, in presenza dei presupposti risarcitori, anche la reintegrazione in forma specifica; ciò fa in sede di cognizione, laddove nel sistema precedente, alla restitutio in integrum si giungeva solo in sede di esecuzione. Nei casi di incertezza sulla spettanza il giudice ... provvede al risarcimento per equivalente della chance. Nei casi di incertezza sull'an della spettanza, ma nell'incertezza sul concreto contenuto discrezionale del provvedimento favorevole, il giudice dispone, in sede di attuazione del diritto (in senso lato), perché l'amministrazione si pronunci nuovamente sulla pretesa del ricorrente. In quest'ultimo caso non si tratta, a mio avviso, di reintegrazione in forma specifica, perché il danno può ancora essere scongiurato nel suo nucleo essenziale ma, appunto, di attuazione della posizione soggettiva di pretesa azionata”; p. 167, “ciò che impedisce in questi casi la tutela risarcitoria è la circostanza che il danno non si è ancora per così dire “consolidato” ... essendo eliminabile attraverso l'annullamento dell'atto lesivo ... per l'ipotesi che il bene della vita dovesse effettivamente spettare, il danno sarebbe qualificabile solo in rapporto al ritardo, e come tale risarcibile in denaro”.*

Sicché, anche tale orientamento si risolve in un tentativo di fare entrare surrettiziamente nel processo amministrativo l'azione di condanna all'adempimento che solo nel 2012 è stata recepita in diritto positivo²⁶⁰.

Peraltro, ricondurre l'adempimento di un'obbligazione sotto l'ambito di applicazione della reintegrazione in forma specifica significa assoggettare alla verifica dei requisiti di cui agli artt. 2043 e 2058 un rimedio che tutela la pretesa ad una certa prestazione ricorrendo il solo presupposto dell'inadempimento imputabile²⁶¹.

²⁶⁰ A.CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, "Non ci sembra che tale impostazione meriti di condivisione. Non si vede infatti come la certezza della spettanza del bene possa far mutare la natura dell'azione, che - come peraltro lo stesso autore ha opportunamente chiaramente evidenziato, richiamandosi ad un'autorevole dottrina civilistica - per potersi qualificare come risarcitoria necessita comunque di un danno già prodottosi e non semplicemente di una condotta illecita che si protragga nel tempo, il cui danno sia idoneo ad essere scongiurato (in tutto o in parte) da una misura attuativa della situazione giuridica soggettiva. Se perciò "sarebbe opportuno attribuire al giudice amministrativo anche il potere di scongiurare il danno", tuttavia, "a tale scopo occorrerebbe riconoscerli nuovi poteri... mentre non pare né esatto, né provvido concentrare tutte le tutele sul risarcimento del danno (già prodotto), ancorché preferibilmente in forma specifica". Ad ogni modo, l'impressione che si ricava dalla giurisprudenza e dalla dottrina da ultimo analizzate è che si sia cercato di introdurre, anche diritto amministrativo, la stessa interpretazione estensiva già proposta in ambito civilistico, così riproducendosi in definitiva gli stessi dubbi a cui quest'impostazione aveva dato luogo in quella sede. Possono peraltro rinnovarsi, a questa teorizzazione, le stesse critiche già rivolte alla tesi secondo cui la reintegrazione in forma specifica sarebbe da intendere come base per l'azione di adempimento, in quanto in entrambi i casi la reintegrazione rappresenta il mezzo per consentire al giudice di assegnare al ricorrente vittorioso, nel giudizio di cognizione, le utilità che questi avrebbe conseguito se l'amministrazione avesse agito legittimamente. Tale prospettiva esula del tutto dall'ambito risarcitorio: non è un caso che la giurisprudenza in queste ipotesi non tenga assolutamente in conto del profilo del danno e dell'illecito, ma valuti soltanto l'attendibilità della pretesa del cittadino".

²⁶¹ A.CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, p. 159, "la conclusione a cui si perviene è che la reintegrazione in forma specifica costituisca un modo di atteggiarsi della tutela risarcitoria. L'articolo 2058 può quindi trovare applicazione solo laddove siano integrati gli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'articolo 2043, tra cui in particolare la sussistenza di un danno ingiusto e la causalità della condotta del danneggiante, quantomeno colposa, all'accadimento dannoso. Non solo. Non deve dimenticarsi che ricondurre una particolare forma di tutela all'alveo della reintegrazione in forma specifica significa far sottostare quella fattispecie ai limiti previsti dal 2° comma dell'articolo 2058, segnatamente alla non eccessiva onerosità della reintegrazione per il danneggiante"; p.

In ogni caso, ad escludere che la reintegrazione in forma specifica possa fungere nel processo amministrativo da statuizione di condanna all'adempimento, è giunto l'art. 30, c. 2, ultima parte, del codice del processo amministrativo che riconosce la facoltà di chiedere “*il risarcimento in forma specifica*” solo laddove sussistano “*i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile*”, così ascrivendo la tutela di specie all'area dei rimedi avverso l'illecito aquiliano²⁶².

4.6. Aspettando la *Verpflichtungskalge*.

È evidente come non potesse sfuggire anche ai sostenitori delle soluzioni testé descritte come esse fossero quell'utile ripiego consentito dall'ordinamento vigente all'assenza in diritto positivo di un'azione di condanna all'adempimento²⁶³.

177, “*se di reintegrazione in forma specifica davvero si trattasse, infatti, dovrebbero essere tenuti in conto i requisiti previsti dal combinato disposto di tale norma e dell'articolo 2043 del codice civile, tra cui in particolar modo il danno ingiusto, l'elemento soggettivo e l'onerosità della reintegrazione. Nella giurisprudenza sopra riportata, invece, non solo... il profilo del danno sembra scomparire, ma non viene presa in considerazione né la sussistenza della colpa, né la possibilità di eccessiva onerosità della prestazione. Anzi in taluni casi si è ritenuto che l'indagine sull'elemento soggettivo non sarebbe necessaria, in quanto la reintegrazione in forma specifica sarebbe direttamente conseguente alla rimozione degli atti illegittimi preclusivi del conseguimento da parte del ricorrente del bene della vita perseguito*”.

²⁶² A.CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, “*Ad eliminare ogni dubbio sulla portata della reintegrazione in forma specifica è ad ogni modo intervenuto il codice del processo amministrativo. L'articolo 30, comma due, ultima parte, ammette la possibilità di chiedere “il risarcimento in forma specifica” solo laddove sussistano “i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile”. Di conseguenza, non solo non possono più considerarsi ammissibili impostazioni volte a differenziare il rimedio previsto nel processo amministrativo da quello codicistico, ma soprattutto non può prescindere dalla concreta verifica da parte del giudice amministrativo dell'integrazione dei requisiti (colpa, danno, possibilità, non eccessiva onerosità) di cui all'articolo 2058. Ciò a tacere dell'ulteriore profilo, di carattere formale, dell'utilizzo da parte dell'articolo 30 del codice del processo amministrativo del termine “risarcimento in forma specifica”, in luogo del precedente, suscettibile di fraintendimenti, di reintegrazione in forma specifica. Questa è pertanto la situazione attuale della reintegrazione in forma specifica nel codice del processo amministrativo*”.

²⁶³ A.CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, pp. 66 – 67, “*Il vero è che la valorizzazione dell'accertamento del rapporto sotteso alla sentenza di annullamento in funzione del giudizio di ottemperanza è servita ... a porre rimedio alla mancanza di azioni*

Attenta dottrina ha, infatti, rilevato come il sistema di tutela fondato sull'abbinamento tra l'effetto conformativo della sentenza ed il giudizio di ottemperanza non fosse equivalente alla possibilità di esperire un'azione di adempimento.

Ciò sulla scorta della considerazione che, vertendo il giudizio di cognizione sull'illegittimità dell'atto, giocoforza il vincolo conformativo della sentenza dovrà limitarsi all'accertamento relativo ai vizi dedotti, con l'inevitabile conseguenza che l'apprezzamento esperibile dal giudice dell'ottemperanza sarà circoscritto a tale ambito, con la conseguenza di pervenire ad un risultato indiretto e parziale sulla fondatezza della pretesa sostanziale del privato e, dunque, sulla spettanza del provvedimento²⁶⁴.

Poi, anche in presenza di una sentenza che esprima vincoli profondi al riesercizio del potere, dovendo l'Amministrazione ricavare la *regula iuris* non da un esplicito dispositivo,

diverse dall'annullamento e, in particolare, di un'azione di condanna, di un'azione cioè idonea ad indirizzare l'accertamento compiuto verso l'effettiva pretesa del ricorrente".

²⁶⁴ A.CARBONE, "L'azione di adempimento nel processo amministrativo", Giappichelli, 2012, Torino, p. 118, "il sistema elaborato dalla giurisprudenza amministrativa dell'effetto conformativo unito al giudizio di ottemperanza sarebbe del tutto equivalente alla possibilità di esperire un'azione di adempimento. Non ci sembra che tali conclusioni siano da condividere. Se infatti si tengono a mente le premesse da cui questo studio è partito, in particolare in relazione alla tesi dell'oggetto del processo amministrativo da noi accolta, si possono comprendere quali siano le differenze tra effetto conformativo di una sentenza di annullamento e una pronuncia che condanni all'adempimento. Poiché infatti l'oggetto del giudizio è determinato dalla pretesa fatta valere, nel senso che l'accertamento del rapporto è funzionale alle richieste del ricorrente, se ne deduce che il vincolo conformativo della sentenza potrà (e dovrà) fare riferimento all'accertamento relativo all'invalidità dell'atto. La conseguenza è che l'estensione dell'attività cognitiva effettuata nel giudizio di merito sarà per forza di cose limitata, non essendo onerato né il giudice, né la parte convenuta rispettivamente a rilevare o a far valere motivi ulteriori rispetto a quelli relativi alla legittimità o meno del provvedimento. L'accertamento compiuto dal giudice dell'annullamento, infatti, per sua stessa natura, tralascia gli aspetti relativi all'esercizio del potere che non discendono direttamente dall'esame dei vizi dell'atto. Il risultato è un'indagine solo indiretta sulla fondatezza della pretesa sostanziale del privato, che intanto può trovare soddisfazione, in quanto il dictum giudiziale non lasci spazi per possibili alternative all'esplicarsi della successiva azione amministrativa. L'esigenza di condanna risulta quindi frustrata dall'impossibilità per il ricorrente di estendere l'oggetto del giudizio alla valutazione della spettanza del provvedimento favorevole, facendo valere dinnanzi al giudice amministrativo le ulteriori ragioni a fondamento della sua richiesta e, corrispondentemente, consentendo alla p.a. di formulare le possibili eccezioni in relazione all'accoglimento dell'istanza".

bensi da un'articolata parte motiva, c'è sempre la possibilità che Essa fraintenda l'effettiva portata del giudicato e, di conseguenza, la ricorrenza di effettivi spazi di discrezionalità residui.

Sicché, di fronte alla riedizione di provvedimenti illegittimi, che si incuneino nelle maglie di tali incertezze, si assiste ad un'ingiusta moltiplicazione della fase cognitoria, la quale finisce per tradursi in un privilegio per l'Amministrazione che, anzi, è fortemente tentata a reiterare suo diniego, financo nel giudizio di ottemperanza, se si tiene conto del fatto che ad esser nominato commissario *ad acta* è pur sempre un dirigente della PA, spesso la stessa che ha prodotto il diniego.

Non può, quindi, sfuggire, in materia di interessi pretensivi, l'utilità di una sentenza di condanna, tanto per la PA, la quale avrebbe diretta cognizione della regola positiva a cui conformare l'azione amministrativa, quanto per il soggetto interessato che potrebbe evitare l'esperimento di una catena di procedimenti²⁶⁵.

²⁶⁵ A.CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, p. 123, “è possibile evidenziare... come, anche nel caso in cui la sentenza di merito vincoli sostanzialmente la successiva azione amministrativa, possa essere comunque fraintesa l'effettiva portata del giudicato e, conseguentemente, gli spazi di discrezionalità residui in capo all'amministrazione... Non può però negarsi che... emerga l'utilità di un ordine diretto nei confronti dell'amministrazione, che dia 'forma direttamente prescrittiva a ciò che solo indirettamente (e non sempre inequivocabilmente) si ricaverebbe dalla pronuncia di annullamento', fornendo così 'un'utilità aggiuntiva' rispetto a quest'ultima”; pp. 124 ss., “il risultato di quella che abbiamo definito attività cognitiva in sede di ottemperanza si concretizza solamente in ciò: dopo aver valutato se il comportamento dell'amministrazione possa essere considerato attuativo della sentenza ottemperanda (attività ricognitiva) ad aver concluso in senso negativo, il giudice ordina all'amministrazione di porre in essere l'attività richiesta, a volte anche mediante la generica formula 'ordina di dare esecuzione al giudicato'. In questo modo, il comando che dovrebbe evincersi già dalla sentenza di annullamento, più o meno precisato, viene reiterato nel giudizio di ottemperanza, con l'effetto di rimettere in termini l'amministrazione inadempiente. Solo laddove quest'ultima non ottemperi a tale secondo richiamo, verrà posta in essere l'attività esecutiva vera e propria, mediante sostituzione nell'emanazione dell'atto. La duplicazione della fase cognitoria produce in sostanza un privilegio per l'autorità amministrativa, che, fino a quando non è sottoposta alla minaccia di una possibile esecuzione coattiva, può continuare nella reiterazione del suo diniego. Una sentenza di condanna da questo punto di vista, sarebbe doppiamente utile, anche per la pubblica amministrazione: da un lato, infatti, è in grado di esplicitare la regola positiva per l'azione amministrativa, così eliminando possibili interpretazioni della sentenza che si tradurrebbero in una

Sicché, non è mancato chi, consapevole della sostanziale inattitudine dei rimedi congegnati, abbia invocato a gran voce l'introduzione del rimedio appropriato, appoggiando tale istanza sul dato che, nell'ordinamento tedesco, esista un'azione di condanna all'adempimento, la *Verpflichtungsklage*, a cui il privato può ricorrere per ottenere una pronuncia del giudice che ingiunga all'Amministrazione l'adozione del provvedimento denegato o ritardato²⁶⁶.

Ai fini dell'odierno studio, è, quindi, importante soffermarsi sull'esperienza tedesca, per ricavare canoni interpretativi utili all'inquadramento dell'azione di adempimento recepita nel codice del processo amministrativo, che, si anticipa sin d'ora, è stata concepita sul modello appunto della *Verpflichtungsklage*.

sostanziale inottemperanza; dall'altro, permette di saltare una fase processuale ed evitare la rimessione in termini della amministrazione".

²⁶⁶ G. GRECO, "L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo", Giuffrè, Milano, 1981, p. 36, "E così taluni Autori si limitano ad auspicare l'introduzione nel nostro ordinamento di un'azione del tipo dinanzi prospettato, ritenendo che la mancanza di un espresso riconoscimento normativo - analogo a quello contenuto nei §§ 42 e 113 della <<Verwaltungsgerichtsordnung>>, in tema di <<Verpflichtungsklage>> - impedisca di ritenerla attualmente vigente"; M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, pp. 5 e 6, "Conviene prendere le mosse da alcuni argomenti addotti in dottrina e in giurisprudenza anche nel nuovo contesto legislativo contro l'ammissibilità dell'azione di adempimento. Un primo argomento di tipo formale muove dalla considerazione che manca ancor oggi nel sistema normativo una disposizione espressa, analoga a quella prevista nell'ordinamento tedesco che disciplina la *Verpflichtungsklage*, che attribuisca in via generale al giudice amministrativo il potere di ordinare un *facere all'amministrazione*".

CAPITOLO IV

L'AZIONE DI ADEMPIMENTO NELLE ESPERIENZE EUROPEE

1. Le linee di tendenza.

Nell'affrontare il tema dell'evoluzione degli ordinamenti europei con riferimento all'argomento delle tecniche di tutela rispetto all'esercizio illegittimo dei pubblici poteri, autorevole dottrina ha segnalato che sarebbe, ormai, maturo il convincimento in ordine al fatto che la portata della statuizione giurisdizionale non possa rimanere circoscritta all'accertamento della illegittimità dell'atto ed al suo conseguente annullamento, ma debba plasmarsi in modo da risultare attagliata alle esigenze di protezione della situazione fatta valere in giudizio, così da poter recare, se necessario, anche una pronuncia ordinatoria, tale da imporre un contegno attivo all'amministrazione²⁶⁷.

Sulla scorta di tale premessa, ai fini del nostro studio, pare utile concentrare l'attenzione su quegli ordinamenti in cui è, da tempo, matura l'esperienza di un'azione di adempimento pubblicistica.

2. L'esperienza inglese.

Prendendo spunto dal modello inglese, va detto che, a fronte dei rimedi di annullamento della decisione amministrativa o di inibitoria verso l'esercizio del potere,

²⁶⁷ A. TRAVI, "presentazione" in E. GARCIA DE ENTERRIA, "Le trasformazioni della giustizia amministrativa", trad. it., Milano, 2010, "ormai sarebbe maturata la convinzione che la pronuncia del giudice non possa essere soltanto di tipo dichiarativo, di accertamento della illegittimità dell'atto, o annullatorio dell'atto illegittimo, ma debba conformarsi alla pretesa fatta valere in giudizio e perciò debba essere anche idonea ad imporre un comportamento positivo all'amministrazione".

recepiti solo a partire dal XIX secolo, sin dal XVII secolo, nel sistema delle tutele avverso l'azione amministrativa illegittima, era presente la condanna all'adempimento, il c.d. *writ of mandamus*, in ragione del quale il giudice poteva ordinare all'amministrazione di tenere un certo contegno soddisfacente della domanda attorea²⁶⁸.

Attualmente, le situazioni giuridiche del privato ingiustamente lese dall'agere amministrativo sono tutelabili nell'ambito di un giudizio speciale, il c.d. *judicial review* che si tiene avanti all'*Administrative Court*, una sezione specializzata della *High court*.

Accanto all'azione di annullamento (*quashing order*) e di inibitoria (*prohibiting order*) si colloca l'azione di adempimento (*mandatory order*), che si risolve in “*an order commanding a public authority to perform a public duty*”, ossia in una statuizione che disponga all'autorità pubblica di compiere un dovere pubblico.

È, dunque, sulla sussistenza di un *public duty* che si appunta l'ammissibilità di tale azione, anche con riferimento al rilascio di uno specifico atto autorizzativo, viceversa risultando improcedibile in presenza di un “*discretionary power*”, ossia di un potere discrezionale²⁶⁹.

²⁶⁸ A.CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, p. 81, “*Nel Regno unito i rimedi esperibili a fronte dell'esercizio del potere della p.a. derivano dall'evoluzione di un antico sistema di writs, che permetteva al sovrano... di controllare l'operato dei suoi funzionari mediante la Corte di giustizia del Regno, il King's Bench. A partire dal 19° secolo, con la creazione di autorità per lo svolgimento di funzioni amministrative, tali writs furono utilizzati per scopi differenti da quelli originari; così il writ of certiorari servì ad ottenere l'annullamento di una administrative decision, mentre il writ of prohibition divenne uno strumento inibitorio; inoltre, già dal 17° secolo, era possibile chiedere al giudice di ordinare una public authority di porre in essere un'attività positiva mediante il writ of mandamus. Si delineano così un sistema di rimedi (prerogative remedies) in grado di assicurare al cittadino la tutela dei suoi interessi a fronte dell'esercizio delle funzioni amministrative*”.

²⁶⁹ A.CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, p. 81, “*Attualmente, a seguito delle riforme intervenute nell'ultimo secolo, le pretese del privato nei confronti dell'amministrazione vengono fatte valere mediante la procedura di judicial review dinanzi all'High court; in particolare, in forza della modifica della parte 54 delle Civil procedure rules avvenuta nel 2000, dai giudici di questa designati per decidere alla tipologia di controversie, riuniti in una sezione specializzata, l'Administrative Court. Sul punto si deve ricordare come a partire dall'entrata in vigore dell'Order 53 delle Rules of the Supreme Court del 1977 il judicial review rappresenti l'esclusiva procedura per la tutela delle situazioni giuridiche del privato nelle controversie di diritto pubblico. In altri termini, le posizioni dei privati avverso l'esercizio del potere amministrativo sono tutelate attraverso un rito speciale da proporsi dinanzi ad*

3. L'esperienza tedesca.

In Germania, invece, sino al periodo coincidente con la sopravvivenza della Repubblica di Weimar²⁷⁰, avverso il provvedimento di diniego, ovvero il silenzio, normativamente assimilato al primo, risultava esperibile la sola azione di annullamento.

Durante l'occupazione da parte degli alleati, sotto l'evidente influenza del diritto di matrice anglosassone, veniva introdotta un'azione "*volta ad ottenere l'emanazione dell'atto amministrativo richiesto*", a condizione che l'attore avesse "*un diritto all'emanazione dell'atto*"²⁷¹.

una sezione specializzata della Corte. Tra i remedies possono essere richiesti per mezzo del judicial review vi sono, in particolare, i c.d. quashing order (precedentemente conosciuto come certiorari); ovvero in an order commanding a public authority to perform a public duty, definito mandatory order (mandamus). Ad essi si aggiunge il prohibiting order (prohibition) vale a dire un'azione inibitoria nei confronti dell'amministrazione di portare a termine o di iniziare una determinata attività. Secondo quanto efficacemente affermato dalla migliore dottrina "certiorari and prohibition deal with wrongful action, mandamus deals with wrongful inaction. The prerogative remedies thus together cover field of governmental powers and duties." Il mandatory order è dunque il mezzo per ottenere la condanna dell'amministrazione ad un facere specifico. Esso si differenzia dal diverso rimedio della injunction, in quanto mentre quest'ultima, di natura equitativa, opera unicamente nei rapporti di diritto privato, il primo ha ad oggetto attività dai profili prettamente pubblicistici. Il mandamus, in altri termini, costituisce uno strumento generale di condanna per i public law duties, che può concretizzarsi anche nell'equivalente di un'azione di adempimento laddove il facere richiesto abbia ad oggetto la produzione di un atto. È pacifico infatti che per mezzo di un mandatory order sia possibile conseguire l'adempimento di un duty to perform a specific act, come ad esempio il rilascio di un'autorizzazione ovvero di un certificato d'ingresso nel paese. Per ottenere una condanna ad un facere specifico e non il mero ordine di riesercizio del potere è necessario, però, che vi sia effettivamente un duty in capo all'amministrazione e non si sia invece in presenza di un discretionary power: in questi casi infatti "will not be granted by the court except to secure performnce of a duy to exercise the discretion when the occasion arises, or a duty to exercise a genuine discfeton or a discretion based on proper legal principles".

²⁷⁰ W. JELLINEK, "Verwaltungsrecht", Offenburg, 1948, p 255, "*la sentenza che annulla il provvedimento di diniego non pone al posto del rifiuto l'atto amministrativo richiesto, ma ripristina soltanto lo stato giuridico in essere prima del rifiuto e obbliga l'autorità amministrativa a prendere nuovamente in esame l'istanza*"

²⁷¹ A.CARBONE, "L'azione di adempimento nel processo amministrativo", Giappichelli, 2012, Torino, P. 89 ss., "*Il § 24 del Militarregierungsverordnung (MRVO) numero 165 prevedeva infatti che "un'azione volta ad ottenere emanazione dell'atto amministrativo richiesto è ammessa solo se l'attore ha un*

Sicché, sulla base di tale influenza, con l’emanazione della legge processuale amministrativa tedesca (*Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO*), al § 42 del *VwGO*, è stata espressamente formalizzata la possibilità di adire i Tribunali amministrativi per l’esperimento di un’azione di “condanna all’emanazione di un atto amministrativo rifiutato o omesso (azione di adempimento)”, ricorrendo la condizione che “l’attore faccia valere di essere stato lesa nei propri diritti... dal rifiuto o dall’omissione del provvedimento”²⁷².

Ora, ai fini dello studio che ci occupa, è fondamentale effettuare la corretta qualificazione del termine diritto nell’ordinamento tedesco, quando è in gioco l’esercizio dei pubblici poteri.

Esiste, infatti, in quel sistema normativo, la nozione di *diritto pubblico soggettivo* (*subiektiv – öffentliche recht*), quale posizione sostanziale che costituisce il titolo per pretendere dall’amministrazione un fare, un non fare o un sopportare.

Se il *nomen iuris* ed i possibili contenuti, ricorrendo ai canoni interpretativi propri del nostro ordinamento, inducono a ritenere che la posizione in questione sia qualificabile unicamente come di diritto soggettivo e, in particolare, di diritto fondamentale (*Grundrechte*), mette conto evidenziare come, in realtà, nell’ambito di tale categoria, nel sistema tedesco, siano annoverati anche quegli interessi individuali denominati *Rechtsreflexe* che godono di

diritto all’emanazione dell’atto e l’amministrazione ha respinto la richiesta o non ha provveduto nel termine di due mesi”; secondo il successivo §75 ABS. III, inoltre, “se il giudice reputa illegittimo il rifiuto omissione dell’attività amministrativa e la questione matura per la decisione in relazione a quella, dichiara obbligo dell’autorità amministrativa di provvedere a porre in essere l’attività amministrativa richiesta”.

“Queste norme rappresentavano un’importante innovazione rispetto al sistema previgente della Repubblica di Weimar, ove era possibile soltanto esperire l’azione di annullamento avverso il provvedimento di diniego, a cui era equiparata, attraverso l’espedito dell’atto amministrativo tacito (stillschweigender Verwaltungsakt), anche la mancata pronuncia dell’amministrazione”.

²⁷² A.CARBONE, “L’azione di adempimento nel processo amministrativo”, Giappichelli, 2012, Torino, P. 89 ss., “Con l’entrata in vigore della legge processuale amministrativa tedesca nel 1960 (*Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO*), si ebbe il pieno recepimento di tale impostazione: al § 42 del *VwGO* è stata infatti esplicitamente prevista la possibilità di esperire dinanzi ai Tribunali amministrativi l’azione di “condanna all’emanazione di un atto amministrativo rifiutato o omesso (azione di adempimento), laddove (abs. 2) “l’attore faccia valere di essere stato lesa nei propri diritti... Dal rifiuto o dall’omissione” del provvedimento”.

tutela in via secondaria, ove consentito da norme poste a servizio dell'interesse pubblico, in estrema sintesi, situazioni che in Italia verrebbero considerate quali interessi legittimi²⁷³.

In vista di successivi sviluppi, occorre tenere a mente che nella categoria del *diritto pubblico soggettivo*, propria dell'ordinamento tedesco, trovano collocazione entrambe le situazioni soggettive conosciute dal diritto italiano: diritto soggettivo ed interesse legittimo.

Premesso che la Costituzione tedesca (*Grundgesetz – GG*), nell'affermare il principio dell'unità della giurisdizione, colloca il Tribunale amministrativo federale (*Bundesverwaltungsgericht*) sullo stesso piano delle altre corti federali, affidandogli la cognizione sopra i *diritti pubblici soggettivi*, ossia i *subiektiv – öffentliche recht* (§ 19 GG : “*se qualcuno viene leso nei suoi diritti dal potere pubblico, può adire l'autorità giudiziaria*”), è la legge ordinaria a precisare che “*la giurisdizione amministrativa è esercitata da tribunali amministrativi indipendenti, separati dalle autorità amministrative*” (§1 del VwGO)²⁷⁴.

²⁷³ A.CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, p. 89 ss., “... Il diritto a cui fa riferimento la norma di cui al §42 non deve essere inteso nello stesso significato che gli viene attribuito nel nostro Paese: nell'ordinamento tedesco, infatti, è stata elaborata la nozione di diritto pubblico soggettivo (*subiektiv – öffentliche recht*), concepito come posizione giuridica che conferisce al singolo la facoltà di pretendere dall'amministrazione un fare, un non fare o un sopportare... Nella definizione di *subiektiv – öffentliche recht* rientrano anche situazioni giuridiche da noi classificate come interessi legittimi”; p. 91, in nota 43, “per diritti soggettivi pubblici non si devono intendere solo i diritti fondamentali (*Grundrechte*), ma anche degli interessi individuali considerati degni di tutela da parte dell'ordinamento giuridico. La questione più dibattuta riguarda la distinzione tra diritti soggettivi pubblici e i cosiddetti *Rechtsreflexe*, cioè quelle situazioni riferite a norme poste a servizio dell'interesse pubblico e che giovano agli interessi del privato sono via secondaria. Per la posizione volta a riconoscere la dignità di *subiektiv – öffentliche Recht* anche nel caso in cui le norme, ancorché poste per la tutela dell'interesse pubblico, mirino alla protezione di interessi individuali si veda F.O. KOPP – W.R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung: Kommentar*, München, 2009, § 42, Rn. 48”

²⁷⁴ A.CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, p. 89 ss., “l'articolo 95 della legge fondamentale (*Grundgesetz – GG*), infatti, nel sancire l'unità delle giurisdizioni ordinaria, amministrativa, contabile e del lavoro, affianca il *Bundesverwaltungsgericht* (tribunale amministrativo federale) alle altre corti federali; e il §1 VwGO precisa sul punto che “la giurisdizione amministrativa è esercitata da tribunali amministrativi indipendenti, separati dalle autorità amministrative”. Tale impostazione, propria dell'ordinamento weimariano, ha superato quei modelli presenti in vari *Land* precedentemente alla prima guerra mondiale, legati al carattere contenzioso degli organi di giustizia amministrativa e quindi incentrati sul controllo degli atti piuttosto che sulla tutela del cittadino,

Ciò posto, in termini di assetto della giurisdizione e di situazioni soggettive in gioco, va detto che il VwGO contempla l'azione di annullamento (*Anfechtungsklage*) per la tutela di posizioni corrispondenti ai nostri interessi legittimi oppositivi, ma soprattutto, ai fini dell'odierno studio, l'azione di adempimento (*Verpflichtungsklage*), per la protezione di quelli che nel sistema italiano verrebbero qualificati come interessi legittimi pretensivi.

Proprio con riferimento alla tutela di quest'ultimi, in presenza di un provvedimento di diniego illegittimo, l'azione di annullamento è ammissibile disgiuntamente rispetto a quella di adempimento (*isolierte Anfechtungsklage*, ovvero *azione isolata di annullamento*), soltanto nell'ipotesi in cui il ricorrente non abbia più interesse al rilascio del provvedimento richiesto. Ancora, si hanno l'azione generale di accertamento (*Feststellungsklage*) e quella nullità (*Nichtigkeitsfeststellungsklage*).

L'azione di accertamento dell'invalidità di un provvedimento può tenere luogo di quella di annullamento originariamente intrapresa, nel caso in cui l'Amministrazione abbia ritirato *medio tempore* il provvedimento in causa (*Fortsetzungsfeststellungsklage*, ossia l'azione dichiarativa in continuazione)²⁷⁵.

mettendo in primo piano il rispetto dei subiektiv – öffentliche recht anche nei rapporti con la pubblica amministrazione, secondo quanto sancito, più in generale, dal § 19 GG (se qualcuno viene leso nei suoi diritti dal potere pubblico, può adire l'autorità giudiziaria).

²⁷⁵ A.CARBONE, “L'azione di adempimento nel processo amministrativo”, Giappichelli, 2012, Torino, p. 89 ss., “due differenti rimedi in relazione alla duplicità delle posizioni del privato a fronte dell'esercizio del potere: vale a dire l'azione di adempimento (*Verpflichtungsklage*), per le situazioni da noi denominate di interesse legittimo pretensivo, e la tradizionale azione di annullamento di un atto illegittimo (*Anfechtungsklage*), per le posizioni corrispondenti agli interessi legittimi oppositivi ... l'azione di annullamento dell'atto di diniego, non proposta congiuntamente a quella di adempimento (*isolierte Anfechtungsklage*, azione isolata di annullamento), è ammessa soltanto in casi limitati, in quanto normalmente l'utilità del privato si ricava attraverso la condanna dell'amministrazione all'adozione dell'atto. Essa è ritenuta esperibile, in sostanza, solo nell'ipotesi in cui il ricorrente non abbia più interesse al rilascio del provvedimento richiesto”. “La piena tutela della sfera giuridica del cittadino è inoltre assicurata attraverso gli ulteriori strumenti disciplinati dal VwGO, quale l'azione generale di accertamento (*Feststellungsklage*) e quella nullità (*Nichtigkeitsfeststellungsklage*), entrambe previste al § 43. Il § 113, ABS. 1, disciplina invece la cosiddetta azione dichiarativa in continuazione (*Fortsetzungsfeststellungsklage*), volta ad accertare l'invalidità di un provvedimento anche laddove questo sia stato ritirato dalla p.a. nel corso del giudizio di annullamento, purché il ricorrente abbia giustificato interesse a tale accertamento (quando ad esempio sussista un pericolo concreto di ripetizione dell'atto, ovvero risulti necessario ai fini del successivo

Alle azioni appena menzionate, espressamente regolate dal VwGO, se ne affiancano delle altre di matrice pretoria, quali l'azione generica di condanna (*allgemeine Leistungsklage*), l'azione di condanna alla rimozione delle conseguenze (*Folgenbeseitigung*), assimilabile alla reintegrazione in forma specifica del nostro ordinamento, nonché l'azione inibitoria (*Unterlassungsklage*), volta ad ottenere una pronuncia di condanna dell'amministrazione, affinché si astenga dall'azione amministrativa, anche con riferimento all'emanazione di un provvedimento (in questo caso: *negative Leistungsklage*, ovvero un'azione di condanna in negativo)²⁷⁶.

L'azione di adempimento (*Verpflichtungsklage*) è una particolare forma di azione di condanna (*Leistungsklage*) che si contraddistingue per il *petitum* consistente nell'adozione dell'atto amministrativo auspicato, a differenza dell'azione generale di condanna (*allgemeine Leistungsklage*), la quale mira all'attuazione del comando della legge con riferimento agli obblighi diversi dall'emanazione del provvedimento.

Anche nell'ordinamento tedesco si pone la distinzione tra il caso di provvedimento espresso di diniego e quello dell'inerzia dell'amministrazione di fronte all'istanza del privato volta ad ampliare la propria sfera giuridica, con una conseguente sub – declinazione dell'azione di adempimento (*Verpflichtungsklage*).

Nel primo caso, cioè quello dell'esplicito atto di reiezione, di cui si assume l'illegittimità, si ha il rimedio della *Weigerungsgegenklage* (anche *Versagungsgegenklage*), esperibile dopo il necessario superamento di un filtro amministrativo di natura giustiziale, rappresentato dal previo esperimento del ricorso in opposizione (*Vorverfahren*), salva l'ipotesi

esperimento dell'azione risarcitoria). La lettera della norma sembrerebbe limitare l'ambito di questa sorta di convenzione al solo caso della Anfechtungsklage; tuttavia la posizione prevalente è nel senso dell'estensione analogica anche l'azione di adempimento”.

²⁷⁶ A.CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, p. 89 ss., “A questi rimedi si affiancano poi le azioni atipiche elaborate dalla giurisprudenza, tra cui quella generica di condanna (*allgemeine Leistungsklage*), quella di condanna alla rimozione delle conseguenze (*Folgenbeseitigung*, simile alla nostra reintegrazione in forma specifica), nonché l'azione volta ad ottenere una condanna preventiva della p.a. dall'astenersi dal porre in essere o continuare una determinata attività (*Unterlassungsklage*, azione inibitoria). Quest'ultima, in particolare, è stata considerata una sorta di *negative Leistungsklage* (azione di condanna in negativo): essa può avere ad oggetto anche un provvedimento amministrativo, così configurando un'azione di adempimento in negativo”.

di nullità dell'atto, con riferimento alla quale è possibile esperire il gravame giurisdizionale *recta via*.

Sempre in relazione alla *Weigerungsgegenklage*, non è pacifico in giurisprudenza che la condanna all'adempimento sia subordinata alla pregiudiziale annullatoria, ovvero se il giudice possa conoscere incidentalmente dell'illegittimità dell'atto e, *omisso medio*, condannare l'amministrazione all'adempimento.

Nel secondo caso, ossia quello del silenzio inadempimento, si procede con la *Untätigkeitsklage*, azione proponibile decorsi tre mesi dalla presentazione dell'istanza volta ad ottenere la pronuncia della amministrazione.

In entrambi i modelli, il comune denominatore è la domanda di condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento, essendo come detto esclusa, ai fini della tutela degli interessi pretensivi, l'esperibilità di un'azione di annullamento svincolata dall'istanza di adempimento, salvo che questa non sia *ex se* sufficiente a soddisfare l'interesse in causa (*isolierte Anfechtungsklage*, ovvero azione isolata di annullamento)²⁷⁷.

²⁷⁷ A.CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, p.94, "La *Verpflichtungsklage* è pacificamente considerata un'azione di condanna. In particolare, essa costituisce una peculiare forma di *Leistungsklage*, il cui elemento di differenziazione va ricercato nella prestazione oggetto della pronuncia giudiziale: mentre nel caso in cui sia richiesta l'adozione di un atto amministrativo, infatti, è esperibile l'azione di adempimento, laddove si domandi la condanna ad un comportamento o ad una prestazione non consistenti in una attività provvedimentale, si deve utilizzare la *allgemeine Leistungsklage*. Il rapporto tra le due è dunque di specie a genere: la seconda è infatti un'azione generica di condanna, mentre l'azione di adempimento è un'azione di condanna all'emanazione dell'atto. La *Verpflichtungsklage* si distingue, inoltre, in due sottocategorie di azioni, in ragione dell'adozione o meno da parte della p.a. di un esplicito provvedimento di diniego: nel primo caso si parla di *Weigerungsgegenklage* (o anche *Versagungsgegenklage*), nel secondo di *Untätigkeitsklage*. La differenza principale risiede nei diversi presupposti delle due azioni. Per la *Weigerungsgegenklage*, infatti, essendosi in presenza di un atto espresso, sarà necessario il previo esperimento del ricorso in opposizione (*Vorverfahren*), previsto in tutti i casi in cui venga in oggetto la legittimità di un provvedimento, salvo l'azione di nullità: entro un mese dalla decisione sull'opposizione, è proponibile l'azione giurisdizionale. Nel caso di *Untätigkeitsklage*, invece, ove l'atto espresso manchi del tutto, l'azione è proponibile decorsi tre mesi dalla presentazione dell'istanza volta ad ottenere la pronuncia della amministrazione (§75, VwGO). Giova ancora precisare che nel caso di *Weigerungsgegenklage* è discusso se sia o meno necessario per il privato il contemporaneo esperimento anche dell'azione di annullamento. Così come non è pacifico se il giudice debba dichiarare esplicitamente l'annullamento dell'atto, ovvero possa limitarsi alla condanna dell'amministrazione. Ad ogni modo, preme

Venendo ad un argomento centrale ai fini del nostro studio, va posto il giusto accento sul particolare che la statuizione di condanna a *“porre in essere la richiesta attività dell’ufficio”* (c.d. *Vornahmeurteil*), non è un esito garantito con riferimento ad ogni azione d’adempimento intentata, dal momento che, per aversi la pronuncia in rilievo, deve ricorrere il fondamentale requisito secondo il quale *“la questione è matura per la decisione”*.

Ove tale condizione venga a mancare, il giudice *“dichiara l’obbligo di decidere nei confronti dell’attore nel rispetto della concezione giuridica del tribunale”* (c.d. *Bescheidungsurteil*), ricorrendo quindi ad un modello di tutela del tutto simile a quello dell’effetto conformativo al contenuto dell’accertamento effettuato dal giudice nella sentenza di cognizione, proprio del nostro ordinamento²⁷⁸.

evidenziare che a prescindere dalla adesione all’una o all’altra tesi l’annullamento riveste comunque carattere secondario rispetto alla pretesa azionata, atteso che la domanda rivolta al giudice è la condanna dell’amministrazione ad adottare l’atto richiesto. L’azione di adempimento, in sostanza, rimane unitaria sia a fronte del diniego che del silenzio, rilevando l’emanazione di un atto espresso solo quale incidente di cui il giudice deve conoscere al fine di pronunciarsi sulla pretesa del ricorrente al provvedimento. A differenza dei modelli processuali che basano i propri strumenti di tutela sull’alternativa presenza/mancanza dell’atto amministrativo, nell’ordinamento tedesco non vi è, quindi, una necessaria corrispondenza tra adozione di un provvedimento e rimedio caducatorio, escludendosi anzi -come detto- l’esperibilità di un’isolierter Anfechtungsklage se non in casi particolari: è dunque la posizione di carattere pretensivo del ricorrente a caratterizzare l’atteggiarsi delle forme di tutela”.

²⁷⁸ A.CARBONE, *L’azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, p. 94, *“Quanto illustrato in merito alle domande proponibili si collega direttamente con la tipologia di pronunce giurisdizionali previste dal VwGO. A fronte della richiesta di adempimento, “nella misura in cui il rifiuto o l’omissione dell’atto amministrativo è illegittimo” il giudice può infatti emettere una sentenza di condanna della p.a. a “porre in essere la richiesta attività dell’ufficio” (c.d. Vornahmeurteil). Ciò tuttavia solo “se la questione è matura per la decisione”; in caso contrario, “dichiara l’obbligo di decidere nei confronti dell’attore nel rispetto della concezione giuridica del tribunale” (c.d. Bescheidungsurteil): così il disposto del §113, ABS. 5 VwGO. In mancanza dei requisiti necessari per la condanna all’adempimento, la pronuncia giudiziale non potrà pertanto dispiegare appieno il suo potenziale. Si tenga tuttavia presente che, anche nell’ipotesi di Bescheidungsurteil, il giudice non si limita ad una mera enunciazione dell’obbligo dell’amministrazione a provvedere, ma adotta solitamente una decisione diretta ad orientare il successivo agire amministrativo, suggerendo alla p.a. in modo circostanziato le ragioni di fatto e di diritto che potrebbero giustificare l’accoglimento delle richieste del ricorrente. La pronuncia, quindi, è volta in ogni caso all’attuazione della pretesa oggetto della situazione giuridica dedotta in giudizio, non al superamento di una situazione di inerzia, in quanto, come bene si è rilevato, “il diritto a una decisione espressa non viene*

Per apprezzare *funditus* la questione, occorre fare chiarezza sulla nozione di “*causa matura per la decisione*” (*spruchreif*), così come configuratasi nel diritto vivente tedesco.

Ebbene, la condizione in rilievo si ha quando sia in discussione un potere amministrativo vincolato, ovvero ricorra il c.d. “*azzeramento*” della discrezionalità, definito come *Ermessensreduzierung auf Null*, quella situazione in cui un potere amministrativo discrezionale²⁷⁹ non sia più riedizionabile in maniera diversa da quella emersa alla luce degli elementi acquisiti all’esito dell’istruttoria procedimentale o processuale.

In merito a quest’ultimo profilo, occorre dare atto dell’orientamento che non ritiene possibile l’integrazione processuale degli elementi istruttori, laddove essi siano rimessi unicamente ad una particolare competenza tecnica posseduta unicamente dall’amministrazione.

In questo caso, il giudice deve limitarsi a pronunciare un *Bescheidungsurteil*, ossia, come detto, a “*dichiarare l’obbligo di decidere nei confronti dell’attore nel rispetto della concezione giuridica del tribunale*”²⁸⁰.

considerato fine a se stesso, bensì strumentale al soddisfacimento di una pretesa sostanziale, pena la mancanza di interesse ad agire”.

²⁷⁹ § 123 VwGO “*nella misura in cui l’autorità amministrativa è autorizzata ad agire secondo discrezionalità, il tribunale sindacica se l’atto amministrativo o il rigetto o l’omissione dell’atto amministrativo sono illegittimi perché sono stati oltrepassati i limiti legali della discrezionalità o perché è stato fatto uso del potere discrezionale in maniera non conforme al fine dell’attribuzione del potere*”.

²⁸⁰ A.CARBONE, *L’azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino, p.94, “*Chiave del sistema è l’espressione “causa matura per la decisione” (spruchreif), che deve essere precisata secondo i risultati raggiunti dalla giurisprudenza tedesca. Per l’indirizzo di gran lunga prevalente, il giudice può emettere una condanna all’emanazione dell’atto laddove si tratti di attività vincolata della p.a., nonché nel caso in cui, ancorché si sia in astratto in presenza di un potere amministrativo discrezionale, non residuino spazi per il suo esercizio, o perché la scelta discrezionale è già stata effettuata, ovvero qualsiasi decisione dell’amministrazione diversa dall’adozione del provvedimento richiesto comporterebbe in concreto l’illegittimità dell’atto stesso per uso errato del potere discrezionale. In tal modo, anche una fattispecie caratterizzata dalla sussistenza di profili di valutazione in capo alla p.a. può atteggiarsi, nell’ipotesi di esaurimento di questi, come vincolata nel caso concreto. Questo concetto, definito come *Ermessensreduzierung auf Null*, cioè a dire “*azzeramento*” della discrezionalità, costituisce, a ben vedere, l’elemento che fornisce all’istituto in esame i maggiori spazi di applicazione, consentendo al giudice di andare oltre l’astratta prospettazione normativa del rapporto tra p.a. e privato, per accedere invece ad una ricostruzione dello stesso che tenga conto delle valutazioni di interessi già effettuata dall’autorità*

CAPITOLO V

INTERESSE LEGITTIMO

ED

AZIONE DI ADEMPIMENTO

1. La *Verpflichtungsklage* italiana.

Si è detto nel corpo del Cap. I (cfr. *supra* para. 4.) in merito al recepimento dell'azione di adempimento nel codice del processo amministrativo ad opera del decreto legislativo 14 settembre 2012, n. 160, che, nel modificare l'art. 34 dedicato al contenuto delle sentenze di merito, ha aggiunto la disposizione secondo cui *“l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3,*

amministrativa, nonché delle risultanze di fatto eventualmente acclamate anche direttamente in sede processuale; aspetti in relazione ai quali la discrezionalità nel caso di specie potrebbe rivelarsi esaurita”. *“Non del tutto pacifica è, però, la possibilità per il giudice di provocare in ogni caso la maturità della causa, servendosi dei poteri inquisitori appena richiamati. A fronte della posizione volta ad ammettere tale possibilità, si incontra anche un diverso indirizzo, per cui ad una siffatta soluzione si opporrebbe l'esigenza di non effettuare accertamenti che non siano stati ancora oggetto di valutazione da parte della p.a. Così, la giurisprudenza ha ritenuto che, in presenza di acclaramenti tecnici, non sia sempre possibile esercitare da parte del giudice i poteri di cui ai §§ 86 e 87 VwGO (“il tribunale esamina d'ufficio lo stato dei fatti; le parti devono essere coinvolte a questo proposito. Esso non è vincolato alle allegazioni e alle richieste probatorie delle parti”): laddove vi siano verifiche particolarmente complesse, ovvero valutazioni che secondo le regole procedurali debbano essere svolte da un particolare organo tecnico, l'organo giurisdizionale deve infatti limitarsi a pronunciare un Bescheidungsurteil, non tanto per una pretesa insindacabilità dei risultati raggiunti dalla p.a., quanto piuttosto per l'inadeguatezza dei mezzi processuali e per la necessità di non alterare l'ordine delle competenze”.*

contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio".

Si è già ricordato, altresì, come l'art. 31, c. 3, reciti che *"il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione"*.

Ancora, nell'*incipit* del nostro studio, si è posto l'accento sul fatto che il legislatore, sempre attento a tutelare il principio di separazione dei poteri, abbia fissato una disciplina che fissa la pregiudizialità del contestuale esperimento dell'azione di annullamento o avverso il silenzio, per poter spiegare l'azione di adempimento, che, dunque, non si attegga quale autonomo rimedio.

Ora, sulla scorta di quanto evidenziato nel precedente Cap. IV, si vuole porre l'accento sul fatto che l'azione di adempimento nostrana sia stata costruita in maniera speculare al modello tedesco.

La previa emanazione di un provvedimento negativo o l'inerzia in presenza di un'istanza di provvedimento costituiscono, infatti, i presupposti per ricorrere, nell'ordinamento tedesco, alle due forme in cui si distingue la *Verpflichtungsklage*, rispettivamente, la *Weigerungsgegenklage*, praticabile in presenza dell'atto di diniego, e la *Untätigkeitsklage*, proponibile a seguito della maturazione del silenzio inadempimento.

Ciò premesso, occorre porre l'accento sulla circostanza che, dall'esperimento di tali mezzi di tutela, il ricorrente potrà ottenere la statuizione di condanna ad adempiere solo quando *"la questione è matura per la decisione"*.

Tale requisito ricorre soltanto quando il potere amministrativo in causa sia vincolato, ovvero, in caso di potere discrezionale, ricorra l'*Ermessensreduzierung auf Null*, cioè il c.d. *"azzeramento"* della discrezionalità.

In difetto del requisito in rilievo, il giudice *"dichiara l'obbligo di decidere nei confronti dell'attore nel rispetto della concezione giuridica del tribunale"* (c.d. *Bescheidungsurteil*), cioè adotta una pronuncia che pone dei vincoli conformativi rispetto al riesercizio del potere, ma non tali da prefissare integralmente il contenuto del provvedimento, ancora rimesso ad una scelta discrezionale dell'amministrazione.

Di fronte a queste evidenti similitudini tra la *Verpflichtungsklage* e l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto, si ravvisa l'opportunità di un confronto con l'esperienza tedesca, soprattutto sul piano dei presupposti per l'esercizio di tali rimedi.

Giova, però, rammentare come, secondo il § 42 del VwGO, la legittimazione ad agire per ottenere la “condanna all’emanazione di un atto amministrativo rifiutato o omesso (azione di adempimento)”, derivi dal fatto che “l’attore faccia valere di essere stato lesa nei propri diritti... dal rifiuto o dall’omissione del provvedimento”.

E' così che, traguardando attraverso la lente offerta dall'azione di adempimento, giova interrogarsi sull'esistenza o meno di reali ragioni, perché in quell'ordinamento debba esistere la categoria del *diritto pubblico soggettivo*, unificante di tutte le situazioni soggettive che il privato può vantare rispetto alla PA, ed in quello italiano si conosca la ripartizione delle posizioni sostanziali, tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, idonee ambedue ad essere dedotte nell'ambito di un rapporto con l'Amministrazione, ma a seconda che essa agisca con atti, rispettivamente, *iure gestionis* o *iure imperii*.

Chi scrive ritiene necessario procedere in tale approfondimento, non già per finalità meramente classificatorie delle situazioni sostanziali, ma per ricercare una chiave di volta indispensabile per superare difficoltà di ordine dottrinario sulla effettiva possibilità di concepire un'azione di adempimento che possa coniugare i due poli del rapporto amministrativo, rappresentati da altrettante posizioni soggettive, da un lato, la potestà pubblica, dall'altro, l'interesse legittimo.

Ciò perché la migliore dottrina civilistica, nel cogliere i tratti essenziali dell'azione di adempimento, mette in rilievo che “*costringere all’adempimento significa costringere il contraente e/o l’obbligato ad eseguire quanto è oggetto del contratto e/o dell’obbligo e, rispettivamente, autorizzare l’avente diritto a pretendere tale adempimento ... Ove un’obbligazione risulti inadempita e/o inesattamente adempita la situazione può essere così rappresentata: se l’avente diritto ...abbia interesse ad ottenere quella specifica, esatta prestazione oggetto della propria aspettativa, opterà per l’adempimento in natura*”²⁸¹.

Sono, dunque, chiari i presupposti sostanziali, affinché, nel processo, possa essere azionata la domanda di adempimento.

²⁸¹ A.DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 279.

In primo luogo, deve sussistere una previa obbligazione, in secondo luogo, deve essere accaduto che la prestazione, oggetto ex art 1174 c.c. di quella obbligazione, non debba essere stata resa, ovvero debba essere stata resa in forma gravemente inesatta.

In estrema sintesi, in teoria generale, per aversi adempimento deve sussistere un'obbligazione e, quindi, un rapporto che si contraddistingua per l'esistenza, da un lato, di un obbligo, dall'altro di un diritto soggettivo.

Di fronte a tale considerazione, non vi è chi non colga profili di possibile incompatibilità tra potestà ed obbligazione, tra adempimento ed esercizio di potestà pubblica.

Delle due l'una, o si riesce a ricondurre nell'ambito del modello paradigmatico dell'obbligazione anche il rapporto amministrativo, ovvero si dovrà propendere per la soluzione che, nell'introdurre l'azione di adempimento nel processo amministrativo, il legislatore abbia concepito un istituto destinato ad una sostanziale disapplicazione per impossibilità giuridica, perché del tutto incongruo rispetto alla sistematica dell'ordinamento e, quindi, destinato ad essere dallo stesso rigettato.

In quest'opera, muovendo dalla considerazione che il sistema in cui l'azione di adempimento è stata da tempo recepita conosce la situazione unificante del *diritto pubblico soggettivo*, pare opportuno iniziare, approfondendo la teorica di tale categoria.

2. I diritti pubblici soggettivi...

2.1. ... in generale.

“I diritti soggettivi pubblici ... grande corrente sconosciuta che scorre nell'oscurità della terra”.

È *“con queste parole di Otto MAYER, scritte a proposito del fondamentale lavoro sull'argomento di Giorgio JELLINEK”*, che *“Santi ROMANO iniziava ... la sua monografia dedicata al medesimo oggetto, per illustrare la importanza del tema”*²⁸².

La rilevanza dell'argomento affonda le sue radici nella necessità che, all'affermazione solenne delle libertà dell'individuo dalla soggezione ad un potere assoluto, corrispondesse la costruzione di categorie giuridiche che tutelassero effettivamente quella libertà, rendendo possibile l'instaurazione di rapporti giuridici tra Stato e singoli individui.

²⁸² E. CASETTA, *Diritti pubblici subbiettivi*, in Enc. Dir., XII, Milano, 1964, p. 791.

Ciò è passato dal riconoscimento della soggettività giuridica dello Stato e quindi dalla possibilità che questo fosse titolare di situazioni giuridiche, sia attive, che passive, nei confronti del cittadino, nonché dalla possibilità che tali situazioni godessero di un'efficiente tutela giurisdizionale, da ambo le parti²⁸³.

Così, per Giorgio JELLINEK²⁸⁴, dall'appartenenza allo Stato deriva la possibilità per l'individuo di instaurare rapporti con lo Stato, dai quali derivano situazioni giuridiche (*Zustände*), il cui contenuto rivela pretese giuridiche (*Ansprüche*).

Tali pretese sono i *diritti pubblici subbiettivi*, diretta conseguenza dell'esistenza dell'individuo e dello Stato, la quale fa insorgere, nel primo, il titolo ad esigere dallo Stato prestazioni, ma anche il riconoscimento di libertà.

Sicché, la giuridicizzazione dei rapporti tra Stato ed individuo comporta per il primo una necessaria limitazione che si esprime nella pretesa, per un verso, alla non ingerenza dello Stato in spazi riservati al cittadino (i c.d. diritti di libertà), per altro verso, a comportamenti

²⁸³ E. CASETTA, *Diritti pubblici subbiettivi*, op. cit., p. 792, "L'affermazione solenne delle libertà dell'individuo di contro allo strapotere assoluto esige sul piano giuridico un corrispondente adeguamento delle strutture, in modo da impedire che quelle libertà continuassero a venire in pratica conculcate, ossia esige un sistema di guarentigie che investisse l'intera organizzazione ... rendendo possibile la instaurazione di rapporti giuridici tra Stato e singoli con il riconoscimento della soggettività giuridica dello Stato, e quindi della titolarità tanto di 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. La dottrina del diritto soggettivo pubblico ... manifestava la sua grandissima importanza non tanto forse per sé medesima, quanto perché metteva in luce e precisava 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".

²⁸⁴ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 1970, p. 527, "La teorizzazione dei diritti pubblici soggettivi fu dominata dalla grandiosa opera di G. JELLINEK, *Das System subjektiven öffentlichen Rechten*, il quale ... distinse quattro status del cittadino: *subjectionis*, *libertatis*, *civitatis* e *activae civitatis*, attinenti rispettivamente alle soggezioni in quanto suddito, ai diritti di libertà, ai diritti civili e ai diritti politici ... La costruzione di JELLINEK fu più opera di politico che di giurista, e fu un tentativo di portare la realtà dello Stato moderno, specie tedesco, in un sistema di definiti rapporti giuridici entro i quali i cittadini trovassero precisi ambiti del proprio agire; solo che il sistema era astratto, e quasi risentiva dell'eredità dell'illuminismo".

attivi di prestazione, corrispondenti ad obblighi nei confronti dei cittadini (i c.d. diritti civili)²⁸⁵.

Nell'ambito delle varie classificazioni dei diritti soggettivi pubblici, occupa una posizione preminente quella elaborata da Santi ROMANO, il quale ha enucleato le figure dei "diritti della personalità", dei "diritti funzionali", che hanno per oggetto l'investitura di pubbliche funzioni (*ius ad officium*), tra cui i diritti politici, dei "diritti di prestazione" da parte dello Stato e degli enti pubblici in favore dei cittadini e viceversa (i c.d. diritti civili), dei "diritti reali", che attengono al modo di atteggiarsi della proprietà pubblica, dei "diritti di monopolio"²⁸⁶.

²⁸⁵ E. CASSETTA, *Diritti pubblici subbiettivi*, op. cit., p. 794, "Giorgio JELLINEK ... per questo scrittore l'appartenenza allo Stato qualifica concretamente ciascun individuo sotto diversi aspetti, ed i rapporti che egli può instaurare con lo Stato lo collocano in situazioni giuridiche (*Zustände*) dalle quali rampollano pretese giuridiche (*Ansprüche*). Queste pretese sono i diritti pubblici subbiettivi, resi possibili dall'esistenza di due grandezze, l'individuo e lo Stato, che si integrano a vicenda e che volta a volta danno luogo, avuto riguardo all'individuo, a prestazioni allo Stato, ma anche a situazioni di libertà dallo Stato e infine pretese verso lo Stato o a prestazioni per conto dello Stato .. Così la necessaria limitazione dello Stato, conseguente alla riconosciuta giuridicità dei rapporti con esso instaurati, conduce ad una possibilità di pretesa, puramente negativa, alla non ingerenza dello Stato nei campi in cui siffatta limitazione sussiste (*status libertatis*; noi diremmo: diritti di libertà). Ma lo Stato medesimo, nello svolgimento dell'attività che gli compete, opera a vantaggio dei cittadini e ben accade che, a tal fine, esso si obblighi o si auto-obblighi nei confronti di quest'ultimi a un comportamento attivo di prestazione, onde scaturiscono a loro favore dei diritti civili (*status civitatis*; noi diremmo: diritti civili)".

²⁸⁶ E. CASSETTA, *Diritti pubblici subbiettivi*, op. cit., p. 798, "tra le tante categorizzazioni italiane ... dei diritti soggettivi pubblici ... una deve essere ricordata, come la più classica e la più largamente accolta, quella del ROMANO, siccome da lui formulata nelle sue opere più tarde. In essa si trovano elencati: 1) i "diritti della personalità" anche diritti fondamentali ... che comprendono: a) i diritti di stato e cioè qualità di diritto pubblico (ad esempio, articolo 22 costituzione); b) il diritto al rispetto dei segni distintivi della persona; c) i diritti sugli elementi costitutivi della propria persona; d) i diritti di libertà civile, ossia alla indipendenza del singolo dalla potestà dello Stato o di altro ente dotato di supremazia nell'esercizio di attività garantite come lecite dall'ordinamento giuridico (ad esempio, libertà di pensiero, di stampa, di religione, di riunione ... 2) i "diritti funzionali", che hanno per oggetto l'investitura di pubbliche funzioni (*ius ad officium*), il mantenimento in esse (*ius in officio*) e l'esercizio dei poteri ad esse attribuiti. Sottocategoria di grande rilievo i diritti politici, connessi ad una funzione di cui si è titolari come cittadini ... o come componenti di assemblee di carattere politico ...; 3) "diritti di prestazione" - qualunque ne sia l'oggetto: cose, denaro, o il rendimento di servizi così da parte dello Stato e degli enti pubblici ai cittadini (cosiddetti diritti civili), come di questi nei

In particolare, Santi ROMANO ha ritenuto che il concetto di *diritto soggettivo pubblico* sia dato dal carattere di elemento di un rapporto giuridico connesso ad una pubblica funzione in cui lo Stato, in qualità di ente sovrano, sul lato attivo, risulti titolare del diritto, ovvero, sul lato passivo, si riveli gravato da un obbligo.

Il punto cruciale ai fini che ci occupano, è che l'insigne Autore respinge la classificazione operata dalla giuspubblicistica tedesca che al *diritto soggettivo pubblico* affianca la figura del "*diritto riflesso*", in relazione alla quale quest'ultimo si tradurrebbe in una posizione di vantaggio ricavabile, come puro effetto riflesso, dall'applicazione di disposizioni legislative contenenti norme di diritto obbiettivo non rivolte ai cittadini.

La critica è originata dalla duplice considerazione che, da un lato, ad ogni dovere della pubblica autorità non si connette un vero diritto del cittadino, dall'altro, al c.d. diritto riflesso corrisponde, in realtà, la figura dell'interesse legittimo, piuttosto che quella del diritto²⁸⁷.

Al riguardo, accorta dottrina rileva che la teorica dei *diritti soggettivi pubblici*, per un verso, nella sua enunciazione generale, sembra fondarsi sulla nozione di diritto soggettivo in senso tecnico, per altro verso, quando si procede ad effettuare classificazioni, lascia trasparire il dato che il termine "diritto" viene inteso in senso atecnico, cioè in modo da comprendere situazioni giuridiche soggettive diverse, ossia "*tutti gli interessi protetti, qualunque sia la forma di questa protezione*".

riguardi dei primi; 4) "*diritti reali*" - a contenuto generale (*proprietà pubblica*), o speciale (*servitù pubbliche, ecc.*); 5) "*diritti di monopolio*"...".

²⁸⁷ E. CASSETTA, *Diritti pubblici subbiettivi*, op. cit., p. 794, per "*Santi ROMANO ... il concetto di diritto soggettivo pubblico andrebbe ricercato altrove, e cioè siccome elemento di un rapporto giuridico in cui lo Stato (o altro ente pubblico) entri in qualità di sovrano o dal lato attivo (titolare del diritto) o dal lato passivo (obbligato), oppure, il che è pressappoco lo stesso, come potere di agire in un concreto rapporto giuridico connesso ad una pubblica funzione. Andrebbe invece respinta qualsiasi distinzione tra diritto soggettivo pubblico e "diritto riflesso", cara alla giuspubblicistica tedesca, che nel secondo ravvisa l'ipotesi di disposizioni legislative contenenti norme di diritto obbiettivo non rivolte ai cittadini, i quali ne possono trarre vantaggi soltanto come puro effetto riflesso della applicazione della legge. Ma la ragione del dissenso non si fonda sul presupposto che ad ogni dovere di pubblica autorità corrisponda un vero diritto del cittadino, ché anzi ormai siffatta tesi è stata dimostrata erronea, bensì sul fatto che il cosiddetto diritto riflesso va, secondo noi, inquadrato in situazioni giuridiche diverse dal diritto soggettivo e in particolare in quella dell'interesse legittimo, quanto sia invocabile dal cittadino la tutela giurisdizionale amministrativa*".

A titolo di esempio, giova segnalare che, rendendosi necessario assicurare la convivenza dei diritti di libertà con altri interessi che lo Stato non può lasciare privi di tutela, i primi possono conoscere limitazioni di varia portata, così da dar luogo al fenomeno definito dell'affievolimento dei diritti, i quali verrebbero degradati in situazioni di interesse legittimo (sulla infondatezza della teoria della degradazione si veda *supra*, Cap. III, para 3).

Quella stessa dottrina ha posto in rilievo la circostanza che, per superare tali difficoltà di classificazione, taluni, alla stregua della Scuola tedesca, hanno, invano, cercato di unificare tutte le situazioni giuridiche attive in campo pubblicistico sotto la figura del diritto soggettivo, teorizzando l'esistenza di un diritto soggettivo pubblico alla legittimità degli atti amministrativi ed all'uso della discrezionalità, ma senza fortuna (cfr. *supra* Cap. III, para. 2.1.)²⁸⁸.

Si perviene così alla conclusione che la teoria del *diritto subbiiettivo pubblico* ha avuto grande valore quando, all'indomani della Rivoluzione francese era importante tradurre sul piano giuridico i principi individualistici della dichiarazione dei diritti del 1789, così rivendicando la posizione dell'individuo di fronte allo Stato assoluto.

Attualmente, tenuto conto che le carte costituzionali, mirando alla tutela della collettività, pongono dei limiti alle libertà individuali, le quali si confrontano con l'intervento della mano pubblica in un numero sempre crescente di rapporti, dai quali era prima estranea, il problema prioritario non è più quello di affermare la posizione del cittadino rispetto allo

²⁸⁸ E. CASSETTA, *Diritti pubblici subbiettivi*, op. cit., p. 796-797, "Infatti la teorica corrente dei diritti soggettivi pubblici presenta questa curiosa singolarità: mentre, nella definizione, si parte sempre da una nozione, qualunque essa sia, di diritto soggettivo in senso tecnico, quando si passa a classificazioni od enumerazioni espressamente si avverte che invece il termine "diritto" va inteso in senso generico comprensivo anche di situazioni giuridiche soggettive diverse, ossia di "tutti gli interessi protetti, qualunque sia la forma di questa protezione". Ciò perché si rileva soprattutto con riguardo ai cosiddetti diritti di libertà, che accanto ad essi ci sono altri beni giuridici che lo Stato non può lasciare senza protezione; di qui limitazioni di varia portata le quali, secondo una terminologia molto usata, spesso affievoliscono quei diritti soggettivi, residuando soltanto al privato situazioni di interesse legittimo, e persino impediscono il sorgere di queste ultime nelle situazioni di interesse semplice, allorché manchi quella differenziazione dell'interesse in capo ai singoli soggetti, che lo fa configurare come interesse individuale e quindi giuridicamente tutelabile. Per superare l'impasse si è cercato bensì di ricondurre tutte le situazioni giuridiche attive in campo pubblicistico alla figura del diritto soggettivo, quanto meno ammettendo l'esistenza di un fondamentale diritto soggettivo pubblico alla legittimità degli atti amministrativi e all'uso della discrezionalità: ma senza successo".

Stato, bensì quello di difendere tale posizione in concreto, in un'ottica di bilanciamento degli interessi che vengono in rilievo nell'ambito della dialettica autorità – libertà²⁸⁹.

Se, dunque, sul piano delle categorie giuridiche concretamente fruibili, la teorica del diritto pubblico subbiettivo possa apparire superata, perché non più aderente al diverso ed al complesso atteggiarsi dei pubblici poteri, almeno sul piano metagiuridico, mantiene inalterato

²⁸⁹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 1970, p. 525 – 527, “*nello scorso secolo, quando si pose il problema del modo con cui ridurre sub lege l'attività dello Stato-autorità, ci si chiese se esistessero 'diritti soggettivi pubblici' del privato nei confronti dello Stato. Poco prima della metà del secolo, nella dottrina tedesca il dibattito fu molto acceso ... Il nucleo autentico del dibattito era questo: il passaggio dallo Stato assoluto ... allo Stato di diritto, è contrassegnato dall'attribuzione alla persona fisica di una posizione giuridica diversa: da suddito diviene cittadino. In quanto cittadino ha dei diritti che non aveva come suddito, tra i quali precipui i diritti politici; inoltre è titolare di altre situazioni soggettive particolari ... le libertà civili. I teorici dei diritti pubblici soggettivi utilizzarono il modulo privatistico diritto-dovere: da un lato posero un diritto, dall'altro un 'dovere di astensione' del pubblico potere. La realtà ... non è riducibile a formule unitarie ... le situazioni soggettive del privato possono presentarsi alla pubblica amministrazione così come sono configurate dal diritto privato ... L'amministrazione pubblica può essere parte del rapporto, e allora si pone come soggetto che agisce secondo il diritto comune; oppure può essere autorità, che limita o amministra situazioni soggettive, beni, rapporti ... Vi sono altre situazioni di diritto soggettivo che sono invece regolate da norme di diritto pubblico ... così i diritti di stato giuridico e i diritti patrimoniali dei titolari degli uffici pubblici ... così ancora i diritti a prestazioni amministrative: le norme possono configurare come interessi legittimi le situazioni soggettive del privato in ordine a prestazioni dell'amministrazione, ma possono altresì configurarle come diritti soggettivi; vi possono essere perciò, nei diversi diritti positivi, diritti all'assistenza sanitaria ed ospedaliera, alle prestazioni postali e telefoniche, ai trasporti pubblici, è così via. Altra categoria ... è costituita da diritti che derivano dalla posizione giuridica di civis: i diritti politici in primo luogo (elettorato attivo ... elettorati passivi); indi quei diritti, che tradizionalmente si denominano “civici”, di cui il cittadino, l'appartenente al comune, alla frazione ... beneficiano in quanto componenti un certo gruppo: per esempio il diritto di uso di beni collettivi. Tutte queste situazioni soggettive di diritto sono attribuite da norme di diritto pubblico ... però ... non presentano alcuna omogeneità ... e riguardano settori rispetto ai quali l'amministrazione si pone come autorità ma in modo non integrale: rispetto ai diritti dei titolari degli uffici pubblici l'amministrazione è un datore di lavoro; rispetto alle prestazioni amministrative agisce con attività immediata, fungibile con quella di privati; rispetto ai diritti politici e ai diritti civici l'amministrazione è nulla più che un organizzatore di uffici al servizio dei cives. In nessuno dei casi esaminati l'amministrazione veramente autorità. Questo avviene solo nell'ultimo gruppo di situazioni soggettive del privato: quelle che danno luogo alle libertà civili”.*

il suo valore, secondo il quale l'individuo, rispetto allo Stato, può vantare pretese giuridicamente rilevanti²⁹⁰.

2.2. ... nel pensiero di CAMMEO.

Tracciate sinteticamente le linee generali della teorica dei diritti pubblici soggettivi e delle principali questioni sorte intorno ad essi, sul punto giova adesso analizzare il pensiero di un Autore, Federico CAMMEO, per l'interesse che rivela la sua opera in virtù di una molteplicità di ragioni.

²⁹⁰ E. CASSETTA, *Diritti pubblici subbiettivi*, op. cit., p. 801, “la teorica del diritto subbiettivo pubblico rechi in sé l'impronta di un'epoca della storia costituzionale degli Stati, legata al sorgere dello Stato borghese e liberale uscito dalla Rivoluzione francese, ed esprima sul piano giuridico i principi individualistici fatti propri dalla dichiarazione dei diritti del 1789 ... E' dunque comprensibile che tale teorica, ancora impregnata delle dottrine propugnate dai pensatori dell'illuminismo da un lato si riveli oggi tecnicamente insoddisfacente, dall'altro appaia poco feconda di risultati ... Allora il problema era la rivendicazione della posizione dell'individuo di fronte allo Stato fino a quel momento assoluto; oggi che il sociale e il collettivo tendono a prevalere sul particolare e sull'individuale il problema è diverso. Non è più una conquista la riaffermazione magari solenne dei diritti dell'individuo nelle recenti costituzioni: tutte, più o meno largamente, la contengono. Ma contemporaneamente esse la circondano di limiti, non soltanto costituiti dai doveri della solidarietà sociale imposti al cittadino, bensì anche dall'intervento sempre più pesante dello Stato e degli enti pubblici in un numero sempre crescente di rapporti cui prima erano estranei. Dunque il problema fondamentale non è più di affermare la posizione del cittadino verso o contro lo Stato allo scopo di plasmarne la struttura su siffatta base, è invece, ormai, di difenderla in concreto. E a tale scopo la dottrina del diritto subbiettivo pubblico non è valido strumento, dato che essa stessa ammette che molti dei pretesi diritti non hanno la consistenza, per avere subito una compressione, essendo evidente il pericolo che attraverso limiti via via più ristretti si giunga a svuotare all'interno diritti pur formalmente riconosciuti... Oggi più di ieri la garanzia del cittadino non è data dalla elencazione dei suoi diritti, ma dalla organizzazione globale dello Stato, nella quale il conflitto o, se si vuole, la dialettica di libertà e di autorità si plachi non con il sacrificio di uno dei due termini ..., ma in un equilibrio, certo arduo da ricercare e da raggiungere, nel quale le opposte esigenze trovino la loro soddisfazione, non potendo il soggetto vivere avulso dalla comunità che lo circonda, e la comunità, in tutte le sue nucleazioni, non potendo alla lunga prosperare sulla mortificazione delle individualità che la compongono. Se dunque è diventato arido l'humus in cui la teorica del diritto pubblico subbiettivo affondava le sue radici, essa, almeno sul piano metagiuridico, pur di fronte all'evoluzione incessante delle forme di governo, mantiene intatto il suo valore”.

In primo luogo, Egli fu talmente impegnato nello studio della scienza giuridica tedesca da essere definito “*un pandettista applicato al diritto amministrativo italiano*”²⁹¹.

Non può certamente sfuggire l’importanza di tale aspetto, dal momento che la ragione per cui si sta approfondendo il tema dei diritti pubblici soggettivi, è data proprio dal fatto che tale categoria giuridica è ancora viva nel sistema tedesco, all’interno del quale rilievo centrale assume l’azione di adempimento sulla quale è stata modellata quella oggetto del nostro studio.

Ancora, è importante rilevare che l’opera di CAMMEO si colloca, temporalmente, in prossimità rispetto al momento storico in cui la teorica stessa ha avuto il suo sviluppo.

Infine, nonostante i suoi studi si collochino a distanza di un secolo, CAMMEO colpisce ancora per la straordinaria attualità del suo pensiero e per la sua sensibilità verso l’inesauribile argomento della dialettica autorità – libertà²⁹².

Entrando *in medias res*, occorre dire che il grande CAMMEO ha esordito nella sua riflessione sul tema dei *diritti pubblici subbiettivi*, censurando coloro i quali ne hanno messo in dubbio l’esistenza, e lo ha fatto con l’argomento secondo il quale, aderendo a tale tesi, si sarebbe finito per negare il diritto obiettivo stesso²⁹³.

Ciò perché la stessa esistenza di un diritto pubblico obiettivo importa la necessaria conseguenza dell’esistenza dei diritti pubblici subbiettivi.

Nello sviluppo del pensiero volto ad elaborare la nozione di diritto pubblico subbiettivo, CAMMEO ha preso le mosse dalla constatazione che il diritto pubblico si interessa, certamente, dei rapporti tra cittadini e Stato, ma si articola sulla disciplina dei “*comandi generali*” (quelli che il GUICCIARDI definisce come *norme d’azione*²⁹⁴) che lo Stato rivolge

²⁹¹ M.S.GIANNINI, *Federico CAMMEO il Grande*, in *Per Federico CAMMEO, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXII, Milano, Giuffrè, 1993, p. 12.

²⁹² G.MORBIDELLI, *Federico CAMMEO: l’itinerario culturale e di vita*, in *Per Federico CAMMEO, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXII, Milano, Giuffrè, 1993, p. 30.

²⁹³ F.CAMMEO, “*Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*”, Milano, 1911, p. 28, sulla scelta tra le due opzioni “*o negare l’esistenza di diritto pubblico così obbiettivo come subbiettivo; o ammettere l’esistenza di diritti pubblici subbiettivi individuali ... Molti ... hanno negato l’esistenza di diritti subbiettivi pubblici, senza rendersi conto che negavano così il diritto obbiettivo.*”

²⁹⁴ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, op. cit., p. 229 – 230, “*La teoria guicciardiana si fonda infatti sulla nota distinzione tra le norme che regolano l’attività amministrativa: norme di relazione, poste nell’interesse individuale; norme di azione, poste nell’interesse pubblico; norme non*

ai suoi organi, in modo che quest'ultimi perseguano gli interessi generali con riferimento ai casi puntuali, contribuendo così alla realizzazione del diritto obbiettivo.

Sicché, ogni norma di diritto pubblico attribuisce allo Stato un *diritto subbiiettivo*, in quanto tale posizione soggettiva sorge nel momento in cui il diritto obbiettivo riconosce e protegge un interesse.

È evidente che, nel pensiero dell'Autore, il concetto di diritto subbiiettivo intestato allo Stato corrisponda a quello di potestà, mentre l'interesse riconosciuto e protetto all'interesse pubblico in attribuzione.

Di qui, qualificata la posizione dell'Amministrazione, CAMMEO si è rivolto a quello che, con termini attuali, definiremmo l'altro polo del rapporto amministrativo, cioè quello occupato dal soggetto privato, per verificare i possibili effetti che discendono su quest'ultimo dalle norme di diritto pubblico.

In particolare, Egli individua quattro tipologie di effetti, riconducibili a due grandi categorie, quelle degli effetti limitativi e degli effetti ampliativi della sfera giuridica del privato.

I primi sono ampliativi della sfera dello Stato e, quindi, limitativi di quella del privato in conseguenza dell'esercizio della potestà.

I secondi sono limitativi della sfera dello Stato, in quanto ampliativi di quella del privato: attraverso la rimozione di precedenti limitazioni (effetti discendenti dalle autorizzazioni) ovvero la fissazione dei limiti entro i quali la sfera del privato può essere sacrificata; per mezzo dell'attribuzione di nuovi vantaggi (effetti derivanti dai provvedimenti concessori); mediante investitura negli organi dello Stato.

giuridiche, che incidono sull'esercizio del potere discrezionale; donde le tre specie di stati viziati del provvedimento amministrativo - illiceità, illegittimità, inopportunità - e i tre giudici in vario modo competenti a conoscere delle relative controversie - giudice ordinario, giudice amministrativo di legittimità, giudice amministrativo di merito- ... La costruzione del Guicciardi ha ricevuto molte critiche ... La norma attributiva di diritti (o di relazione) non è vero che sia solo a tutela di interessi privati, ma lo è anche di pubblici; così pure la norma detta d'azione ha attitudine a regolare, e in moltissimi casi in effetti regola, anche interessi privati; non è vero che la discrezionalità sia dominata solo da norme non giuridiche: il meccanismo è in realtà molto più complesso".

Ciò posto, il grande CAMMEO tocca il *punctum dolens* della questione, ossia se le norme di diritto pubblico che producono effetti ampliativi della sfera del privato, attribuiscono a quest'ultimo sempre *diritti subbiettivi*²⁹⁵.

Nel cercare di sciogliere tale nodo, l'Autore osserva che non in tutti i casi in cui le norme di diritto pubblico attribuiscono un vantaggio al privato, perciò sorgano, necessariamente, in capo a quest'ultimo, appunto *diritti subbiettivi*.

Ciò perché le utilità in rilievo non sono sempre direttamente conferite al privato, ma sovente sono riflesso dell'utilità collettiva, così come in concreto realizzata dall'esercizio del diritto subbiettivo (*rectius*, potestà) dello Stato.

Il punto, per l'Autore, è che non è agevole marcare una precisa linea di confine fra interesse collettivo ed interesse individuale, che segni il momento del passaggio dall'utilità riflessa al diritto subbiettivo²⁹⁶.

²⁹⁵ F.CAMMEO, "Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa", op. cit., p. 42, "il diritto pubblico ... che concerne i rapporti tra cittadini, enti autarchici e Stato ... si compone di comandi generali ... I comandi giuridici del diritto pubblico si rivolgono sempre in primo luogo dallo Stato ai suoi organi ... essi sono i soli che col perseguire nei casi concreti gli interessi statuali collettivi e col porre in essere, mediante l'esercizio della loro esclusiva volontà, i negozi giuridici, realizzano il diritto obbiiettivo ... Ogni norma di diritto pubblico ... fa sempre sorgere un diritto subbiettivo dello Stato, intendendosi appunto per diritto subbiettivo un interesse dal diritto obbiiettivo (norma) riconosciuto e protetto. Se si guarda poi all'effetto di questi precetti giuridici in confronto dei cittadini si vede che essi possono essere i seguenti: a) o essi limitano la sfera di libera attività dei singoli in pro dell'attività dello Stato; b) o essi limitano la sfera di attività dello Stato in confronto di quella dei cittadini, sia col rimuovere ostacoli precedentemente a questa frapposti, sia col determinare... fino a che punto e sotto quali condizioni l'attività dello Stato può con loro sacrificio esplicarsi; c) o essi ampliano la sfera di attività e d'interessi dei cittadini arrecando loro con l'attività statale nuovi vantaggi; d) o elevano a dignità giuridica alcuni loro atti e chiamandoli con ciò a funzionare come organi dello Stato. Il primo caso crea degli obblighi di cittadini e delle pretese subbiettive dello Stato ... Nelle altre tre ipotesi sorge il problema se il comando ... fonda una pretesa subbiettiva del cittadino contro lo Stato stesso. In queste tre ipotesi cioè si domanda se e quando vi siano diritti subbiettivi dei sudditi".

²⁹⁶ F.CAMMEO, "Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa", op. cit., pp. 103 – 108, "il diritto è rapporto fra persone e ... quindi il diritto pubblico, in quanto regola i contatti fra Stato, organi autarchici e cittadini, suppone da un lato la personalità dello Stato e dall'altro la personalità degli organi anzidetti e dei cittadini, ossia la loro capacità ad esser subietti di diritti. Ma da ciò non deriva che i diritti subbiettivi di questi debbano esistere sempre ed in tutti i casi nei quali le norme si riflettono a loro vantaggio ... L'utilità, che da queste norme vengono al cittadino, non sono allora utilità ad esso direttamente e

In ciò, CAMMEO riscontra l'insufficienza della nozione di *diritto subbiiettivo* quale interesse protetto con l'azione, elaborata dallo JHERING per il diritto privato.

È vero, infatti, che in tanto può esservi azione, in quanto esista una norma conoscibile dal giudice, posta a protezione di quell'interesse, ma è altrettanto vero che, nel diritto pubblico, tale coincidenza dell'interesse con la norma non vale *ex se* a realizzare il binomio diritto subbiiettivo – azione, perché gli interessi individuali, pur protetti espressamente dal diritto obbiiettivo, potrebbero non godere dell'azione, ma della garanzia.

Poi, vi sono anche interessi che, senza trovare protezione da parte di una norma, possono ricevere una difesa giuridica, ove inopportuno sacrificarli all'interesse collettivo.

Questa difesa può essere riflessa, cioè affidata ad istituti creati per tutelare l'interesse collettivo, ma può assumere l'apparenza di un'azione, perché il ricorso a tali istituti è riservato all'iniziativa dei soli interessati, esercitata con forme giurisdizionali.

Sicché, né l'azione, né la garanzia possono essere rivelatori del diritto subbiiettivo, bensì, per CAMMEO, lo è esclusivamente il dato che la norma protegga espressamente quell'interesse ed intenda riconoscere alla volontà individuale del suo titolare la facoltà di difenderlo, con ciò potendosi parlare di “*individualizzazione dell'interesse*”²⁹⁷.

coscientemente conferite e riconosciute, ma utilità che per quanto particolari e più intense di quello che gli spetterebbe, come unità frazionaria dallo Stato, sono riflesso dell'utilità collettiva e dell'esercizio del diritto subbiiettivo dello Stato. Si ha dunque qui una nuova forma, più estesa ed importante di quei fenomeni riflessi del diritto, che abbiamo già constatato nel campo dei rapporti giuridico-privati ... né può segnarsi una precisa linea di confine fra interesse collettivo e interesse individuale, né può stabilirsi una misura di questo che segni l'opportunità del passaggio dall'utile riflesso al diritto subbiiettivo ... Dato cioè un ordinamento giuridico amministrativo determinato, quali delle norme relative dan luogo ad utilità individuali puramente riflesse e quali a diritti subbiettivi ?”.

²⁹⁷ F.CAMMEO, “*Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*”, op. cit., pp. 103 – 108, “*La nozione di diritto subbiiettivo fu formulata anzitutto per i rapporti giuridici privati ... Si dice generalmente che diritto subbiiettivo è un interesse protetto con l'azione. Ed è questa la celebre definizione dello IHERING. Si intende col nome di azione la facoltà spettante unicamente al soggetto dell'interesse ... di ottenerne la difesa di un organo giurisdizionale dello Stato ... Anche la proposizione inversa è vera, cioè, di regola, ogni interesse che trovi protezione in una norma è diritto subbiiettivo... Perciò coincidenza di un interesse individuale con una norma, diritto subbiiettivo ed azione vanno di pari passo ... nel gius pubblico La coincidenza dell'interesse con la norma non è, di per sé sola, ragione per dedurne l'esistenza di un diritto subbiiettivo ... Anche gli interessi individuali... protetti espressamente ed efficacemente dal diritto obbiiettivo possono ...*

Da qui, CAMMEO ricava che l'interesse tutelabile in quanto puro effetto riflesso, è tale, perché il diritto obbiettivo non intende proteggerlo espressamente, ma in conseguenza della protezione offerta ad un interesse più rilevante, che coesiste con esso.

In più, il diritto obbiettivo non riconosce la volontà individuale che vorrebbe perseguirlo e non preordina alcun mezzo affinché questa volontà sia fatta valere.

Così, tirando le fila del ragionamento, l'Autore riserva la definizione di *diritti pubblici subbiettivi* a quegli interessi con riferimento ai quali l'ordinamento protegge la volontà attraverso un sistema di garanzie, di cui l'azione è una delle possibili declinazioni.

Viceversa, Egli riserva il *nomen* di *interesse legittimo* a quegli interessi che dalla norma giuridica ricevono una “*protezione incidentale, occasionale o riflessa che dir si voglia*”.

portare all'azione, ma possono ricevere difesa meno perfetta da altri istituti giuridici, sicché al concetto esclusivo di azione bisogna sostituire quello di garanzia, di cui l'azione è solo il tipo più completo ed evoluto. Finalmente anche gli interessi che non trovano protezione su alcuna norma giuridica possono ricevere una difesa in un istituto giuridico ove siano inopportunamente sacrificati all'interesse collettivo: e questa difesa può essere riflessa, affidata ad istituti creati per tutelare l'interesse collettivo ... ma può, formalmente almeno, assumere l'apparenza di un'azione, perché riservati all'iniziativa dei soli interessati e esercitata con forme giurisdizionali ... né l'azione, e neppure la garanzia ... può essere il contrassegno del diritto subbiettivo ... Dunque le caratteristiche del diritto subbiettivo vanno cercate prima ed indipendentemente dall'azione ... Non basta quindi che un interesse trovi protezione in una norma, ma è necessario anche che questa norma voglia, nel concetto che la informa, proteggere precisamente quell'interesse e intenda di riconoscere alla volontà individuale che quell'interesse persegue l'attitudine e la facoltà di difenderlo, invocando la sovranità dello Stato ... JELLINEK ... considera l'interesse come l'elemento materiale del diritto subbiettivo ... ROMANO ... definisce il diritto subbiettivo come un interesse protetto mediante il riconoscimento della volontà individuale per parte del diritto obbiettivo. Riconoscere e proteggere un interesse individuale per parte del diritto obbiettivo richiede anzitutto l'esistenza di una norma di esso: senza di che né vi è diritto subbiettivo, né nemmeno un interesse legittimo. Riconoscere la volontà individuale poi vuol dire constatare l'esistenza di un interesse preciso e la connessione essenziale di questo interesse con un individuo determinato che abbia motivo di fare di esso l'oggetto della sua volontà. E ciò si riassume nella formula “individualizzazione dell'interesse”. Proteggere tale volontà mediante il diritto obbiettivo vuol dire che questo ha la precisa intenzione di favorire quell'interesse”.

L'esigenza di qualificarli come legittimi, deriva dalla necessità di marcare la distinzione con gli interessi semplici, che non godono di tutela neppure in via riflessa, perché non protetti da alcuna norma giuridica che ne regoli il sacrificio entro certi limiti²⁹⁸.

Gli interessi individuali qualificabili come semplici utilità riflesse comportano il confronto tra la sfera di libertà dello Stato, cioè la capacità di esercitare supremazia sui cittadini, e la sfera di libertà dei cittadini, quella in cui essi non sono soggetti allo Stato.

Il rapporto fra questi due campi di azione è giuridicamente irrilevante, finché uno dei due soggetti non oltrepassa i confini segnati.

Ciò accade quando lo Stato ecceda questi limiti ed imponga al cittadino limitazioni di libertà ed obblighi maggiori o diversi da quelli previsti nel *diritto obbiettivo*.

Secondo l'Autore, quando le norme segnano con precisione i confini tra queste due sfere, determinando con esattezza, da un lato, la misura del sacrificio da imporsi al soggetto privato, dall'altro, l'estensione del potere dello Stato, la questione circa l'illegittimo sconfinamento dello Stato nel campo delle libertà del cittadino è essenzialmente di sostanza, mentre le questioni di forma, in termini di competenza degli organi o di svolgimento del procedimento amministrativo assumono rilievo accessorio.

²⁹⁸ F.CAMMEO, "Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa", op. cit., pp. 103 – 108, "Da questa definizione per converso si desume quella dell'interesse che invece sia puro effetto riflesso; il diritto obbiettivo non ha in mira di proteggerlo espressamente, ma protegge soltanto un interesse maggiore e più importante, che esiste collateralmente e anche cumulativamente con esso. Di più il diritto obbiettivo non riconosce la volontà individuale che vorrebbe perseguirlo: e non preordina alcun mezzo affinché questa volontà sia fatta valere. La conseguenza ... è che nel primo caso vi debbono essere istituti giuridici che proteggono l'interesse e la volontà su esso fondata, istituti giuridici di cui l'azione è il tipo: nel secondo caso l'azione non c'è. Per evitare ogni confusione riservando il nome di diritti subbiettivi agli interessi della prima specie, chiameremo interessi legittimi quelli che da una norma giuridica ricevono una protezione incidentale, occasionale o riflessa che dir si voglia. La opportunità di qualificarli legittimi procede dal fatto di questa protezione incidentale, e dalla convenienza di distinguerli da quegli interessi che potendo venire in conflitto con altri, privati o pubblici, secondo i vari rapporti, possono ad essi venire entro certi limiti sacrificati senza che alcuna norma giuridica ne regoli il sacrificio entro quei limiti: interessi, che per non coincidere con alcun precetto di diritto obbiettivo, diremo semplici ... Per il diritto pubblico occorre dunque dimostrare due cose: che anche qui è possibile la individualizzazione dell'interesse e che vi sono criteri per riconoscere quando il diritto obbiettivo voglia riconoscere *ex professo* e difendere un interesse individualizzato e quando questi sia soltanto incidentalmente protetto".

Se, viceversa, il diritto obbiettivo segna largamente i confini fra le due sfere, lasciando all'amministrazione una potestà discrezionale circa l'ampiezza del sacrificio degli interessi individuali da esigere, la questione, pur rimanendo ancora di sostanza, si contraddistingue per un'imprecisione tale che le questioni di forma, sia sulla competenza, sia sul procedimento, assumono un rilievo ben più pregnante che nel primo caso²⁹⁹.

Nell'ambito dei *diritti pubblici subbiettivi* una posizione preminente assumono i diritti di libertà, con riferimento ai quali si conosce una precisa individualizzazione dell'interesse, in quanto il diritto obbiettivo segnando puntuali limiti all'attività degli organi amministrativi,

²⁹⁹ F.CAMMEO, "Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa", op. cit., pp. 112 – 113, "gli elementi per giudicare de lege lata quando esiste un diritto subbiettivo pubblico si devono trarre dai concetti primi che ispirano la legislazione pubblica... a) gli interessi individuali anche coincidenti con norme obbiettive in confronto dello Stato si presumono semplici utilità riflesse, e non sono diritti se non quando l'azione sia loro espressamente o almeno chiarissimamente concessa, onde il sistema delle azioni di diritto pubblico tassativamente enumerate. b) gli interessi individuali coincidenti con norme obbiettive si presumono per converso diritti subbiettivi, ove il contrario espressamente o chiaramente non risulti dalla lettera e dallo spirito della legge. L'ordinamento italiano ci sembra nelle linee generali offrire esempio della evoluzione dal primo al secondo principio, ove si consideri prima o dopo la legge sul Consiglio di Stato 2 giugno 1889 ... La prima categoria di interessi ... contempla da un lato la sfera di libertà dello Stato, ossia l'estensione della sua supremazia sui cittadini, dall'altro la sfera di libertà dei cittadini ossia la sfera in cui essi non sono soggetti allo Stato ... Questa sfera di libertà dei cittadini comprende quei loro interessi e quelle loro attività esplicate per il raggiungimento di essi che sono, per lo Stato, giuridicamente irrilevanti ... Il rapporto fra questi due campi di azione ... è un rapporto negativo, giuridicamente irrilevante ... finché ciascuno dei due subbietti non oltrepassa i confini segnati: ed assume importanza solo quando uno di essi ... lo Stato eccede questi limiti e impone al cittadino limitazioni di libertà ed obblighi maggiori o diversi da quelli preveduti nel diritto obbiettivo ... Se il diritto obbiettivo segna con precisione i confini di queste due sfere e determina con esattezza la misura del sacrificio da imporsi al cittadino, e l'estensione del potere dello Stato ... la questione circa lo illegittimo sconfinamento dello Stato nel campo delle libertà del cittadino è una questione essenzialmente di sostanza, e le questioni di forma, cioè di competenza di organi, o di procedimento amministrativo, sono accessorie. Se il diritto obbiettivo segna largamente i confini fra le due sfere, e lascia all'amministrazione una potestà discrezionale circa i sacrifici di interessi individuali da esigere, ove si determinino condizioni speciali per l'esercizio della discrezionalità, la questione è ancora di sostanza, ma più imprecisa, e spesso, se è lecita l'espressione, evanescente ... Le questioni di forma sia sulla competenza, sia sui modi e termini del procedimento sono di gran luogo più importanti che nell'altro caso (poteri di polizia)".

ha voluto proteggere gli interessi individuali e riconoscere la volontà personale rivolta a difenderli³⁰⁰.

CAMMEO osserva, però, che anche nel campo delle libertà possono venire in rilievo *interessi legittimi*.

Quando le norme di diritto positivo, escludendo ogni potestà discrezionale dell'amministrazione, risultano poste a difesa cosciente di un interesse individuale, siamo in presenza di *diritti subiettivi pubblici*.

Diversamente accade quando le norme lasciano spazio a poteri discrezionali dell'amministrazione, dal momento che, se esse disegnano in maniera precisa il confine di tali poteri, ricorrendo i presupposti descritti dalla fattispecie, sorgono *diritti subiettivi*, mentre se all'interno di quei confini estremi insistono altre norme di merito poste nell'interesse dello Stato, che restringono ulteriormente il potere discrezionale, ai cittadini non spettano che soli *interessi legittimi*.

Ora, queste norme giuridiche che limitano l'attività statuale, per CAMMEO, possono concernere soltanto *“la forma, e cioè la competenza degli organi e il modo del procedimento amministrativo”*.

Al rispetto della forma si connette il criterio della competenza che esprime l'individuazione dell'organo più idoneo a realizzare quello specifico temperamento degli interessi particolari con quello collettivo.

³⁰⁰ F.CAMMEO, *“Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa”*, op. cit., p. 113 – 116, *“Nel diritto di libertà si ha una precisa individualizzazione dell'interesse: poiché è l'atto amministrativo illegale medesimo che dovendosi espressamente manifestare permette di identificare la persona dell'interessato e la natura e la portata della lesione da esso incontrata ... Il diritto obbiettivo segnando i limiti all'attività degli organi amministrativi abbia voluto proteggere interessi individuali e riconoscere la volontà personale rivolta a difenderli ... Quindi ove la legge non parla, per limitare la libertà individuale, o al di là dei confini segnati, ove ne parli, questa libertà deve presumersi assoluta e rispettarsi ed avere una consistenza giuridica. ... , nello Stato libero questo dovere di obbedienza è limitato a quei soli atti che sono legittimi. Perciò il diritto di libertà si risolve, in concreto, nel diritto di non obbedire a quegli atti che impongano una limitazione di libertà maggiore di quella prevista dalla legge, e di ottenere in pari tempo la rimozione dell'atto stesso o dei suoi effetti materiali e giuridici. ... La difesa del diritto di libertà è ... duplice: è negativa, cioè consiste in primo luogo nella facoltà di resistenza agli atti legittimi ... è positiva in quanto si possa dinnanzi ad organi giurisdizionali ottenere o l'indennità o la revoca dell'atto illegittimo”*.

Ne deriva che ogni precetto giuridico-pubblico in tema di forma incide sulle libertà dei cittadini, così fondando un *diritto subbiiettivo* al suo rispetto.

Ora, mentre in diritto privato il diritto subbiiettivo alla forma si accompagna sempre ad un diritto subbiiettivo sul merito, in diritto pubblico questa coesistenza può anche non verificarsi o verificarsi solo in parte.

L'esempio che l'autore pone concerne la norma che fonda la sottoposizione a vincolo di una certa porzione del territorio, con riferimento alla quale vengono in rilievo, da un lato, il diritto subbiiettivo affinché la questione sia esaminata dall'organo competente, dall'altro, l'interesse del proprietario a non vedere il suo terreno sottoposto al detto vincolo.

L'Autore è cosciente, però, che i diritti subbiettivi alla forma potrebbero risultare meri accessori, così da risultare ultronea la possibilità di un giudizio in questi affari³⁰¹, così

³⁰¹ F.CAMMEO, "Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa", op. cit., p. 116, "le cose dette mirano a stabilire che la libertà può essere concepita come un diritto subbiiettivo: e che tale diritto deve sempre nello Stato libero ... fortemente presumersi garantito da qualunque norma che in confronto dei cittadini limiti l'attività dell'amministrazione. Con questo però non possiamo affermare che anche in questo campo non sia lecito argomentare mai che non possano esistere degli interessi legittimi ... Dal punto di vista della natura delle norme il massimo di sicurezza che esse siano poste a difesa cosciente di un interesse individuale si ha quando esse sono precise ed escludono ogni potestà discrezionale dell'amministrazione ... Invece maggiore incertezza si ha quando si tratta di norme, che lasciano campo a poteri discrezionali dell'amministrazione. Per quelle norme che segnano i confini estremi di questi poteri (per esempio quelle da cui si desume un divieto di espropriazione per indiscutibile e patente utilità privata) non c'è dubbio che, accertata la questione in fatto, esse diano luogo a diritti subbiettivi. Ma vi possono essere norme di merito che entro quei confini estremi restringono ulteriormente il potere discrezionale, sottoponendolo a più minute condizioni, come per esempio i criteri per accertare la pubblica utilità nell'espropriazione ... o perché non sufficientemente precise, o perché connesse con accertamenti di fatto, essendo evidentemente poste nell'interesse dello Stato, possono dar luogo di fronte ai cittadini a soli interessi legittimi ... Nell'ambito dei poteri discrezionali mancando ogni prescrizione per il merito e quindi, sotto questo aspetto, mancando un qualunque diritto subbiiettivo e sussistendo un mero interesse, le norme giuridiche limitatrici dell'attività statale possono concernere soltanto la forma, e cioè la competenza degli organi e il modo del procedimento amministrativo ... Che il rispetto della forma possa corrispondere anche ad un interesse individuale non è lecito negare: la competenza giuridica è garanzia di competenza tecnica e quindi di più esatto contemperamento degli interessi particolari con quello collettivo, cui debbono soggiacere ... È lecito presumere ... che ogni precetto giuridico-pubblico di pura forma, in quanto concerne libertà dei cittadini, crei un diritto subbiiettivo di questa al suo rispetto e interpretar le leggi secondo questa presunzione ...

anticipando di quasi un secolo la *ratio* della disciplina di cui all'art. 21 *octies* della legge 241/90.

Accantonato il problema della forma, venendo alla sostanza della decisione dell'Amministrazione, funzionale alla cura dell'interesse collettivo, ma potenzialmente soddisfattiva in via riflessa di più interessi individuali che con il primo coincidono, all'Autore pare evidente come non sia possibile predeterminare il contenuto di tale decisione con una norma che stabilisca *a priori* quali di tali interessi debbano essere soddisfatti e quali viceversa debbano soccombere.

Di qui, l'attribuzione all'autorità amministrativa di una potestà discrezionale e, dunque, l'impossibilità che sorgano diritti subbiettivi per l'inidoneità degli interessi ad essere individualizzati.

Infatti, i rapporti giuridici pubblici che possono dar luogo a diritti subbiettivi sono soltanto quelli che possono essere integralmente regolati da norme giuridiche generali, le quali vengono individualizzate naturalmente con la emanazione dei relativi atti amministrativi.

Sicché, si perviene alla distinzione tra atti obbligatori ed atti discrezionali, con la precisazione che, rispetto ai primi, esiste un diritto all'atto, rispetto ai secondi, un interesse all'atto, per lo più appartenente alla categoria degli atti con conseguenze vantaggiose³⁰².

Nell'ordinamento giuridico privato il diritto subbiettivo alla forma si accompagna sempre ad un diritto subbiettivo sul merito ... Nell'ordinamento giuridico pubblico questa coesistenza può verificarsi: ma ciò non è necessario, come nei casi di norme formali ora contemplate. Qui la forma protegge quello che nel merito è un semplice interesse... Il proprietario di un bosco... non ha diritto che esso non sia sottoposto a vincolo forestale, bensì vi ha semplicemente interesse; ma ha diritto che il vincolo non sia stabilito se non dal comitato forestale della provincia e previo parere conforme del consiglio comunale ... Procedendo con criteri tratti dall'ordinamento giuridico privato, se si guarda al solo merito della controversia, si può essere indotti a negare ogni diritto subbiettivo, a non riconoscere i diritti subbiettivi alla forma perché meri accessori e a negare la possibilità di un giudizio in questi affari”.

³⁰² F.CAMMEO, “Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa”, op. cit., pp. 120 – 123, “l'amministrazione deve perseguire l'interesse collettivo e quindi se in via riflessa favorisce quegli interessi individuali che con esso coincidono, non può né egualmente favorirli tutti, né è possibile sempre con norme fisse prevedere quali siano da tenersi in conto e quali no: onde su questo punto è d'uopo che manchino i precetti giuridici, o che essendovi essi non abbiano altro valore che di istruzione ai funzionari, restando

Nel tirare le fila del suo pensiero in vista di giungere alle conclusioni, CAMMEO rammenta come la difesa dell'interesse individuale sia sempre rimessa ad una precisa norma di diritto obbiettivo, che può proteggere espressamente quell'interesse, riconoscendo la volontà individuale, con l'effetto di fondare un *diritto subbiettivo*, ovvero può tutelare l'interesse pubblico, con la conseguenza che l'interesse individuale riceve protezione indiretta e riflessa, assumendo così consistenza di *interesse legittimo*.

In pratica, l'interesse legittimo non assume la dignità di diritto subbiettivo, ma rimane un interesse imperfettamente difeso che ha in sé soltanto il germe per divenire un diritto, dato dalla coincidenza con una norma di diritto obbiettivo.

Viceversa, gli interessi semplici sono quelli che non coincidono con alcuna norma di diritto obbiettivo che li protegga.

La differenza essenziale tra interessi legittimi ed interessi semplici risiede nel fatto che, in relazione ai primi, si può porre la questione se siano diritti, a differenza dei secondi con riferimento ai quali quest'indagine è preclusa.

Gli interessi semplici sono, dunque, quegli interessi individuali che, ricadendo nell'area di esercizio dei poteri discrezionali possono essere sacrificati o favoriti dall'amministrazione, essendo coinvolti nello svolgimento di un'attività giuridicamente libera³⁰³.

all'autorità amministrativa di fronte agli individui una potestà discrezionale. I diritti subbiettivi non possono quindi sempre sorgere sia perché gli interessi non possono essere individualizzati, sia perché manchino norme... I rapporti giuridici pubblici, che danno luogo a diritti subbiettivi con contenuto positivo si stabiliscono potenzialmente con le norme giuridiche generali e sorgono in fatto soltanto con la emanazione dei relativi atti amministrativi. Perciò la questione è duplice: a) se prima dell'emanazione dell'atto esista o no un diritto a che l'atto sia emanato il che richiama alla distinzione fra atti obbligatori o discrezionali, fra diritto o interesse all'atto; b) se dopo l'emanazione, in virtù del nuovo rapporto così stabilito, siavi diritto o utilità riflessa agli effetti dell'atto, cioè se l'atto sia o no precario. Il tutto secondo l'intenzione manifestata del diritto obbiettivo. ... Dalla distinzione tra atti obbligatori e discrezionali, fra conseguenze loro precarie o giuridiche emerge che sono concepibili quattro combinazioni: a) il diritto all'atto (atto obbligatorio) e diritto alle sue conseguenze; b) l'interesse all'atto (atto discrezionale) e interesse alle sue conseguenze; c) l'interesse all'atto (atto discrezionale) e di diritto alle sue conseguenze posciachè l'atto fu emanato; d) diritto all'atto (atto obbligatorio) interesse alle sue conseguenze... la potestà di emanare atti con conseguenze vantaggiose è di regola discrezionale."

³⁰³ F.CAMMEO, "Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa", op. cit., p.p. 128 – 135, "abbiamo sempre supposto che un determinato interesse individuale coincida con una precisa norma di diritto

Sicché, l'atto discrezionale va paragonato agli atti giuridicamente irrilevanti che nel diritto privato ciascun individuo può compiere nell'ambito della propria sfera libera.

La discrezionalità non si traduce, però, nella facoltà per gli organi dell'Amministrazione di agire secondo arbitrio, bensì nell'interesse pubblico, ma con l'accortezza di produrre il minimo sacrificio dell'interesse privato, “secondo la legge edonistica del minimo mezzo”³⁰⁴.

obbiettivo, l'attuazione della quale costituisce la difesa di quell'interesse. Ed abbiamo avuto luogo però a distinguere due casi: a) la norma obbiettiva ha in mira lo scopo deciso di proteggere quell'interesse e di riconoscere la volontà individuale, che lo persegue, ed allora esiste un diritto subbiettivo; b) la norma obbiettiva non tende a questo scopo, ma soltanto quello di tutelare l'interesse pubblico ed allora l'interesse individuale, in quanto riceve protezione indiretta e riflessa, non si eleva a dignità diritto subbiettivo: rimane un interesse imperfettamente difeso: ha soltanto in sé il germe per divenire un diritto, giacché possiede la condizione necessaria, ma non sufficiente per tale risultato e cioè la coincidenza con una norma di diritto obbiettivo. Perciò lo abbiamo detto interesse legittimo, e consideriamo interessi semplici quelli che non coincidono con alcuna norma di diritto obbiettivo che li protegga. La differenza essenziale tra interessi legittimi e interessi semplici sta in ciò che di fronte ai primi può de lege lata istituirsi l'indagine, se siano diritti o no, mentre per i secondi questa indagine non può o istituirsi mai ... che le norme regolatrici dell'attività dell'amministrazione ci si siano o no, postoché, anche se ci sono, esse non obbligano l'amministrazione rispetto ai cittadini, ma costituiscono un precetto di valore puramente interno nei rapporti tra Stato e suoi funzionari ... Gli interessi semplici ... sono dunque quegli interessi individuali che possono essere sacrificati o favoriti dall'amministrazione nell'esercizio di quei suoi poteri discrezionali che costituiscono esplicazione di attività giuridicamente libera di fronte ai cittadini e quindi di attività per essi giuridicamente irrilevante, per quanto di fatto utile o dannosa.

³⁰⁴ F.CAMMEO, “Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa”, op. cit., p.p. 128 – 135, “Ed è questo il preciso concetto che dobbiamo avere dell'atto discrezionale: il quale pertanto va paragonato agli atti giuridicamente irrilevanti che nel diritto privato ciascun individuo può compiere nell'ambito della propria sfera libera ... La discrezionalità dell'amministrazione in siffatti casi è tuttavia considerata soltanto nei rapporti giuridici tra Stato e cittadini: poiché intrinsecamente parlando discrezionalità amministrativa non significa facoltà assoluta degli organi o dei funzionari di agire secondo il loro arbitrio. Infatti nei rapporti interni fra organi e funzionari, e Stato, l'azione dei primi è vincolata dall'obbligo d'ufficio ... di agire soltanto nell'interesse pubblico, tenendo conto che questo esige per il suo soddisfacimento il minimo sacrificio dell'interesse privato, secondo la legge edonistica del minimo mezzo. Tale obbligo o esiste in virtù di un principio generale per quanto impreciso, che governa tutt'intera l'azione amministrativa: o può ricevere determinazione maggiore da regole di indole tecnica vigenti nelle varie scienze ... o finalmente può essere con maggior esattezza determinato in atti aventi un embrionale valore giuridico, almeno nei rapporti interni fra autorità e Stato, come le istruzioni, le circolari, i regolamenti interni”.

Venendo ad un punto di assoluta centralità per il nostro studio, CAMMEO ritiene che l'azione amministrativa, anche quando discrezionale e libera, può risultare precisamente determinata.

L'Autore rileva infatti che, tra le varie soluzioni che *“il criterio tecnico suggerisce o la opportunità amministrativa consiglia”*, difficilmente, *“non ve ne sia una più perfetta delle altre, come quella che meglio concilia il perfetto raggiungimento dell'interesse pubblico col minimo sacrificio degli interessi privati”*.

E' proprio questa soluzione che *“deve per obbligo d'ufficio essere prescelta dal competente organo amministrativo”*.

Ricorrerà potere veramente discrezionale, inteso quale espressione di libertà assoluta dell'amministrazione, solo quando, in un dato caso, *“si possono prendere più soluzioni con ugual misura utili e tecnicamente esatte: ed in quanto la scelta cada fra di esse”*³⁰⁵.

La straordinarietà dell'intuizione richiede che la ricostruzione del pensiero dell'Autore, venga inframmezzata da una breve riflessione sulla circostanza che in essa sia stato sapientemente sintetizzato quel concetto di *esaurimento della discrezionalità* che, a distanza di un secolo, sarebbe stato posto dal legislatore quale presupposto per l'esperimento dell'azione di adempimento.

Esaurimento della discrezionalità non significa altro che ricorso agli strumenti di partecipazione al procedimento amministrativo, allo scopo di introdurre allegazioni tali da far emergere che la soluzione soddisfacente dell'interesse del privato sia appunto la più appropriata

³⁰⁵ F.CAMMEO, *“Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa”*, op. cit., p.p. 128 – 135, *“Pertanto ove si guardi al vincolo interno, e non a quello esterno, l'azione amministrativa può non essere mai tanto precisamente determinata, siccome quando essa pare discrezionale e libera. Poiché in difetto anche di istruzioni è difficile che tra le varie soluzioni che il criterio tecnico suggerisce o la opportunità amministrativa consiglia non ve ne sia una più perfetta delle altre, come quella che meglio concilia il perfetto raggiungimento dell'interesse pubblico col minimo sacrificio degli interessi privati: e questa soluzione deve per obbligo d'ufficio essere prescelta dal competente organo amministrativo. Vera facoltà discrezionale nel senso di libertà assoluta dell'amministrazione così agli effetti giuridici esterni come agli effetti interni d'ufficio si ha solo quando in un dato caso si possono prendere più soluzioni con ugual misura utili e tecnicamente esatte: ed in quanto la scelta cada fra di esse”*.

che l'Amministrazione possa assumere, tanto da divenire la soluzione legittima, ossia quella prescelta dall'ordinamento.

Ritornando al pensiero di CAMMEO, va detto che Egli si interroga su ciò che può realmente qualificare la potestà discrezionale come tale, così da rimuovere ogni dubbio circa il fatto che gli interessi del soggetto privato non possano essere qualificati né come interessi legittimi, né come diritti subbiettivi, e, quindi, come interessi semplici.

Ancora una volta la risposta che Egli si dà è quella del difetto di una *“norma esternamente efficace fra cittadini e Stato”* che *“esiste a loro difesa”*³⁰⁶.

Anche una norma imprecisa, cioè quella che richiede attuazione attraverso l'intermediazione del potere amministrativo, non è idonea, per CAMMEO, a possedere natura giuridica.

Senonché, per l'Autore, *“non può mai segnarsi con sicurezza il punto esatto in cui una norma cessa di essere imprecisa e comincia a poter dar luogo a diritti subbiettivi”*.

Aggiunge, infatti, che *“per quanto imprecisa e in generale sia una norma ... vi è sempre un campo al di là del quale l'attività discrezionale amministrativa non può andare e la legittimità della sua azione finisce”*.

È cosciente che *“può essere difficile indicare quando un tale confine sia oltrepassato”*, ma quando ciò accade mediante l'esercizio del potere discrezionale e, in concreto, è perseguito un interesse diverso da quello pubblico in attribuzione all'organo amministrativo (che CAMMEO chiama *“interesse privato”*, ma che in realtà è sempre quello coltivato dalla PA), *“è perfettamente possibile e praticamente utile ... rivedere in iure il giudizio dell'amministrazione e considerare violato un diritto subbiettivo”*.

³⁰⁶ F.CAMMEO, *“Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa”*, op. cit., p.p. 128 – 135, *“Ciò posto, resta sempre un problema da risolvere quando è che di fronte ai cittadini si può asserire che esista una potestà discrezionale, in siffatto modo nei rapporti con loro libera da non lasciar dubbio che gli interessi individuali siano interessi semplici e non possono considerarsi né come interessi legittimi, né tantomeno in nessun caso mai come diritti subbiettivi? ... si ha allorquando nessuna norma esternamente efficace fra cittadini e Stato esiste a loro difesa”*.

In pratica, CAMMEO ci sta dicendo che l'atto amministrativo viziato da eccesso di potere, per esercizio difettoso della funzione, lede una posizione sostanziale qualificabile alla stregua di un diritto soggettivo e meritevole di tutela giurisdizionale³⁰⁷.

L'assunto è valido per tutti quei casi in cui c'è esercizio di potere discrezionale, cioè quando il precetto contenuto nella norma rinvia a presupposti quali *“agire in caso di necessità”*, *“nella misura del bisogno”*, *“in caso di urgenza”*.

Ora, simili formule non possiedono l'attitudine a generare diritti subbiettivi, bensì interessi semplici.

È soltanto quando la contraddizione tra il paradigma normativo ed il provvedimento sia evidente e certamente provata, che *“può considerarsi rimossa la difficoltà ... di fondare su norme imprecise diritti subbiettivi ... e di organizzare un controllo mediante giurisdizione”*.

³⁰⁷ F.CAMMEO, *“Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa”*, op. cit., p.p. 128 – 135, *“I diritti subbiettivi in tanto esistono e si riconoscono in quanto sono da proteggersi con la giurisdizione: e giurisdizione è dichiarazione di ciò che è diritto con deduzione logica rigorosa a guisa di sillogismo da una premessa giuridica generale ad un caso particolare. Ora, quando la premessa non solo è generale, ma è per di più tanto ampia da essere imprecisa e da dover essere integrata, per poterne trarre una deduzione da una serie numerosa di altre premesse minori sempre più ristrette che esigono una estesa applicazione di criteri di apprezzamento puramente subbiettivi ... il procedimento logico e di conseguenza il procedimento giuridico non ha più quel vigore che si conviene alla funzione giurisdizionale ... Da ciò consegue che le norme imprecise non potendo avere completa sanzione non possono avere assoluto carattere giuridico ... Non può mai segnarsi con sicurezza il punto esatto in cui una norma cessa di essere imprecisa e comincia a poter dar luogo a diritti subbiettivi ... Per quanto imprecisa e in generale sia una norma, come per esempio quella che permette l'espropriazione degli immobili privati per sola pubblica utilità cioè nell'interesse pubblico e quindi esclude l'interesse privato come motivo sufficiente a giustificare una tale abrogazione del diritto di proprietà, vi è sempre un campo al di là del quale l'attività discrezionale amministrativa non può andare e la legittimità della sua azione finisce. Può essere difficile indicare quando un tale confine sia oltrepassato: può essere inutile data la mera soggettività dei criteri di apprezzamento organizzare per la più parte dei casi un controllo giurisdizionale ... ma non si può negare, che ove dalla stessa natura intrinseca del provvedimento risulti che un atto qualunque ... sia preso nell'interesse privato, quando questo emerga dalla stessa procedura seguita dall'amministrazione e dai relativi documenti, è perfettamente possibile e praticamente utile ... rivedere in iure il giudizio dell'amministrazione e considerare violato un diritto subbiettivo”*.

“Su queste basi teoriche”, per CAMMEO, “si fonda in diritto italiano e francese il ricorso di legittimità per sviamento di potere (*detournement de pouvoir*) e contraddizione fra il procedimento impugnato e le risultanze degli atti”³⁰⁸.

Ciò posto, volendo ricercare un momento di sintesi nell'affascinante ricostruzione che l'Autore ha elaborato in tema di *diritti subbiettivi pubblici*, pare a chi scrive che, nonostante ascriva a tale categoria le situazioni che si connettono chiaramente con una norma in modo che il potere amministrativo risulti vincolato o comunque espressamente regolato in ragione di parametri inequivoci, Egli ammetta *apertis verbis* la figura dell'interesse legittimo che collega all'esercizio del potere discrezionale, o meglio a quel sottile confine dell'esercizio di quel potere che coincide con la soddisfazione dell'interesse del privato.

Come lo stesso CAMMEO ci spiega, si tratta di un confine in cui spesso la discrezionalità si risolve, estinguendosi, perché, di fronte ad un ventaglio di soluzioni teoricamente praticabili, difficilmente non ne emerge una che si atteggi come la migliore in termini di contemperamento degli interessi in gioco.

La conclusione a cui, dunque, si perviene è quella che dalla teorica dei *diritti soggettivi pubblici* non pervengono argomenti utili a ritenere tale categoria come unificante di tutte le possibili situazioni originate dal confronto con i pubblici poteri, residuando una chiara distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, in termini di peculiarità di struttura e disciplina.

Del resto anche l'ordinamento tedesco è cosciente di questa distinzione quando nel concepire la figura del *diritto pubblico soggettivo* (*subiektiv – öffentliche recht*), prevede che

³⁰⁸ F.CAMMEO, “*Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*”, op. cit., p.p. 128 – 135, “Ciò che si dice per questo caso, crediamo che debba ripetersi in tutti gli altri casi nei quali l'unico precetto giuridico ... si concreta nel rimando di agire un caso di necessità, nella misura del bisogno, in caso di urgenza o per un interesse pubblico secondo la formula che espressamente o tacitamente ... riassume i poteri discrezionali di polizia. Perciò di regola una tale formula è incapace di generare diritti subbiettivi; e gli interessi lesi in virtù di facoltà discrezionali siffattamente regolate, rimangono interessi semplici; e soltanto quando si tratti di casi estremi, in cui la contraddizione fra l'atto e la norma sia in fatto evidente e risulti provata dall'atto stesso in modo sicuro, può considerarsi rimossa la difficoltà ... di fondare su norme imprecise diritti subbiettivi ... e di organizzare un controllo mediante giurisdizione ... è su queste basi teoriche che si fonda in diritto italiano e francese il ricorso di legittimità per sviamento di potere (*detournement de pouvoir*) e contraddizione fra il procedimento impugnato e le risultanze degli atti”.

possa essere declinata *sub specie* di *rechtsreflexe*, cioè di interessi che godono di tutela riflessa dall'esercizio dei pubblici poteri.

3. Interesse legittimo quale speciale diritto soggettivo.

Ora, riportando l'attenzione sul sistema tedesco più profondamente, accorta dottrina rileva che, se è vero che il § 42 del VwGO prevede, per l'ammissibilità sia della "*Anfechtungsklage*", ossia dell'azione di annullamento, sia della "*Verpflichtungsklage*", cioè l'azione di adempimento, la condizione che l'attore faccia valere la lesione di un proprio *diritto soggettivo*, è altrettanto vero che quel concetto di "*diritto*" vada inteso in senso lato, cioè in modo da ricomprendere situazioni giuridiche che, nell'ordinamento italiano, sarebbero qualificate come d'interesse legittimo.

In pratica, nell'ordinamento tedesco le azioni di annullamento e di accertamento dell'obbligo di provvedere si completano a vicenda, in modo da assicurare tutela all'intera gamma delle posizioni giuridiche soggettive che si confrontano con l'esercizio di potestà amministrative, cioè tanto i diritti soggettivi e gli interessi legittimi oppositivi, quanto gli interessi legittimi pretensivi.

In particolare, con riferimento alla "*Verpflichtungsklage*", si osserva che sussiste il presupposto della lesione di un "*diritto*", tutte le volte che l'istanza del privato non risulta adeguatamente accolta dall'autorità amministrativa³⁰⁹.

³⁰⁹ G. GRECO, "*L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*", op. cit., pp. 58 – 69, "*Le due azioni di annullamento e di accertamento dell'obbligo di provvedere risultano tra di loro complementari, nel senso che esse <<coprono>> - integrandosi a vicenda - l'intera gamma delle posizioni giuridiche soggettive che si pongono di fronte all'esercizio di potestà amministrative provvedimentali. Secondo le nostre concettologie, tutelano, dunque, sia i diritti soggettivi e gli interessi legittimi statici, sia gli interessi legittimi dinamici ... il par. 42, al. 2, prevede, per l'ammissibilità sia della <<Anfechtungsklage>> sia della <<Verpflichtungsklage>>, che l'attore faccia valere la lesione di un proprio diritto soggettivo; è a tutti noto, infatti, che il concetto di <<diritto>> va inteso in questo caso in senso lato e comprensivo di situazioni giuridiche, che noi definiremmo senza esitazioni di interesse legittimo ... Più in generale si può dire - con specifico riferimento alla <<Verpflichtungsklage>> - che sussiste il relativo presupposto della lesione di un <<diritto>>, tutte le volte in cui la richiesta (sostanziale) dell'attore non risulta compiutamente accolta dall'autorità amministrativa*".

Allora, è da dire che la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi finisce per essere una questione meramente nominalista, con riferimento alla quale si pone un duplice ordine di soluzioni, che si traduce nell'opportunità di prevedere, l'uno, una categoria generale del "diritto", entro la quale, poi, ricomprendere differenti sotto – categorie che si diversificano tra loro per la disciplina applicabile sul piano, e sostanziale, e processuale, l'altro, di denominare quella stessa categoria generale "situazione giuridica soggettiva", per poi declinarla successivamente *sub specie* di diritti soggettivi e di interessi legittimi, figure certamente accomunate dallo scopo di tutelare un interesse materiale, ma che si distinguono sul piano del regime giuridico che le caratterizzano.

Il sistema tedesco aderisce alla prima soluzione quando, pur prevedendo la categoria del *diritto pubblico soggettivo* (*subiektiv – öffentliche recht*), colloca poi al suo interno i *rechtsreflexe*, interessi individuali che godono di tutela in via secondaria, ove consentito da norme poste a servizio dell'interesse pubblico (cfr. *supra* Cap. IV).

Per il vero, non è mancato nella dottrina nazionale più autorevole chi abbia colto un'evoluzione nella natura dell'interesse legittimo, migrato verso la figura di un diritto di credito, non già alla legittimità dell'azione amministrativa, bensì ad una concreta utilità, tanto da atteggiarsi alla stregua di un vero e proprio diritto soggettivo³¹⁰.

Ecco che, pur volendo prendere in considerazione quelle teorie più avanzate che tendono ad assimilare la figura dell'interesse legittimo a quella del diritto soggettivo, non si può ignorare il richiamo da parte di altra autorevole dottrina circa il fatto che si tratterebbe comunque di una specie particolare o *sui generis* di diritto soggettivo.

Sicché, nonostante, sul piano teorico, non si oppongano ragioni logiche ad inquadrare l'interesse legittimo nell'ambito dell'ampia ed articolata categoria dei diritti soggettivi, in funzione della specialità che esso verrebbe a conservare è parso "opportuno lasciare a questo speciale diritto soggettivo il suo nome tradizionale"³¹¹.

³¹⁰ M. NIGRO, "E' ancora attuale una giustizia amministrativa", in Foro It., 1983, (p. 255), l'Autore ha colto "un mutamento di natura dell'interesse legittimo che, progressivamente e soprattutto in alcune materie, sta assumendo la figura di un diritto di credito, ma non già, secondo note vedute, di credito alla legittimità dell'azione amministrativa, bensì di credito ad una concreta utilità; sta diventando un vero e proprio diritto soggettivo".

³¹¹ F.G. SCOCA, "Attualità dell'interesse legittimo", in Dir. Proc. amm., 2011, pp. 402 – 403, "allargando il discorso all'insieme delle teorie critiche sull'attualità (o, anche, sulla validità teorica) della

Ciò perché tale specialità si esprime in guisa che di fronte all'esercizio del potere, che trova il suo limite non nelle situazioni soggettive altrui, ma soltanto nelle norme che lo disciplinano, il diritto soggettivo è una situazione giuridica “*muta e nuda*”, non risultando in grado di proteggere alcun interesse.

Diversamente opinando, il diritto soggettivo, per sua natura, impedirebbe l'esercizio di un potere unilaterale che incida sugli interessi che ne costituiscono l'oggetto.

In estrema sintesi, se il diritto soggettivo di proprietà potesse essere opposto all'amministrazione, non potrebbe esistere potere di espropriazione, tale da estinguere il diritto stesso³¹².

4. L'esaurimento della discrezionalità quale momento di emersione dell'interesse legittimo.

Ciò posto, il punto centrale del nostro studio non è certo quello di valutare la bontà delle etichette, questione peraltro insormontabile stante l'espressa previsione costituzionale dell'interesse legittimo, bensì quello di sciogliere il nodo se entrambe le situazioni, diritti ed interessi legittimi, per la loro natura sostanziale, possiedano l'idoneità per fondare un obbligo in capo al soggetto passivo del rapporto che le contempla, anzi e ancor prima, se la parte del

figura dell'interesse legittimo, si può rilevare che le più moderne tra esse lo rapportano alla categoria del diritto soggettivo; ma, si faccia attenzione, come specie particolare o sui generis di diritto soggettivo, ovvero come profilo ulteriore del diritto soggettivo. Ebbene, se vogliamo inquadrare l'interesse legittimo nell'ambito dell'ampia ed articolata categoria dei diritti soggettivi, nessuna ragione logica lo può impedire, almeno sul piano teorico, ma bisogna aver presente che di un diritto soggettivo particolare (o speciale) si tratterebbe. E allora sembra opportuno lasciare a questo speciale diritto soggettivo il suo nome tradizionale”.

³¹² F.G. SCOCA “Contributo sulla figura dell'interesse legittimo”, Milano, 1990, p. 8, “a fronte del potere, che non trova limite al suo modo di esplicarsi nei diritti e nelle libertà altrui, ma soltanto nelle norme che lo disciplinano, il diritto soggettivo è situazione giuridica *muta e nuda*: non può proteggere alcun interesse ... ciò dipende dal fatto che il diritto soggettivo è situazione tale che il suo rispetto impedirebbe che altri possa avere un potere unilaterale di influire sull'interesse che ne costituisce l'oggetto: se il diritto soggettivo di proprietà si presentasse tale di fronte all'amministrazione, questa non potrebbe avere il potere di espropriazione, ossia il potere di estinguere il diritto medesimo”.

rapporto amministrativo dotata di potestà possa assumere la veste di soggetto passivo di un obbligo, su cui poter fondare un'azione di adempimento³¹³.

Muovendo in questa direzione, occorre appuntare l'attenzione sul requisito indispensabile affinché, nell'ordinamento tedesco, il giudice possa condannare l'amministrazione all'emanazione del provvedimento, cioè il fatto che la questione sia matura per la decisione, situazione che, in disparte i casi di potere vincolato, ricorre con il c.d. "azzerramento" della discrezionalità, definito come *Ermessensreduzierung auf Null* (cfr. *supra* Cap. IV).

Imprimere allo studio siffatta direzione è d'importanza apprezzabile *ictu oculi* dalla lettura del più volte citato art. 31, co. 3, del codice del processo amministrativo, per via del fatto che la norma in esso contenuta consente al giudice italiano, al pari di quello tedesco, di pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulti che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.

Di fronte a tale evidente specularità di requisiti, è di grande interesse evidenziare come dottrina e giurisprudenza abbiano ritenuto che ricorra il requisito della maturità della causa, allorquando siano stati accertati come esistenti, in fatto ed in diritto, tutti i requisiti richiesti per l'emanazione dell'atto.

Una differenza rispetto all'azione di adempimento italiana risiede nel particolare che, nell'ambito della *Verpflichtungsklage*, il giudice può determinare la "maturazione"

³¹³ L. FERRARA, "Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa", Milano, 2003, proponendo una costruzione del giudizio di ottemperanza come processo di natura esclusivamente esecutiva ... sostiene che (p. 169 ss.) "se l'interesse legittimo è ... una situazione giuridica attiva (avente pari dignità del diritto soggettivo), a esso non può essere contrapposta (o, il che è lo stesso, correlata) una posizione di potere parimenti attiva", bensì una situazione di obbligo. L'Autore ricostruisce pertanto l'interesse legittimo come diritto di credito di cui la "condanna", tramite reintegrazione in forma specifica, e la "esecuzione", tramite l'ottemperanza, "rappresentano implicazioni necessarie" (p. 193).

dell'affare, sopperendo, con i propri poteri istruttori, alle carenze dell'amministrazione che non abbia ancora provveduto ad accertare tutti i presupposti per l'emissione dell'atto³¹⁴.

L'unico elemento che può rivelarsi preclusivo per la maturazione della causa – e ciò assume particolare rilevanza ai fini del nostro studio – è dato dal fatto che, nonostante l'inerzia tenuta o l'illegittimità del provvedimento annullato, all'amministrazione sia ancora riservata l'adozione di scelte discrezionali.

Per dirla con CAMMEO quando “*si possono prendere più soluzioni con ugual misura utili e tecnicamente esatte: ed in quanto la scelta cada fra di esse*” (cfr. *supra* para. 2.2.).

In pratica, soltanto il momento discrezionale è sottratto alla cognizione del giudice amministrativo, in ragione del principio della separazione dei poteri³¹⁵.

Occorre, però, porre l'accento sul fatto che non sempre l'esistenza di un potere discrezionale costituisce una preclusione per una pronuncia condannatoria all'adozione del provvedimento.

³¹⁴ G. GRECO, “*L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*”, op. cit., pp. 58 – 69, “*Il punto fondamentale da precisare è che cosa si intenda per <<questione matura per la decisione>>. La dottrina e la giurisprudenza rispondono al quesito nel senso che tale presupposto ricorre allorché siano stati accertati come esistenti, alla stregua della situazione di fatto e di diritto, tutti i requisiti richiesti per l'emanazione dell'atto. Occorre precisare che la <<maturazione>> dell'affare non dipende dallo stadio in cui si trovi il procedimento amministrativo, al momento in cui la <<Verpflichtungsklage >> è proposta; la circostanza, ad esempio, che l'autorità amministrativa non abbia ancora provveduto ad accertare tutti i presupposti per l'emissione dell'atto non è preclusiva della <<maturazione>> della causa, posto che il giudice amministrativo ben può (e deve) sopperire alle carenze istruttorie dell'amministrazione con i propri poteri istruttori (par. 96, VwGO), in base al principio - di portata generale - statuito nel par. 86, al. 1, VwGO: il giudice, dunque, è tenuto a rendere <<matura>> la causa, ove ciò sia possibile nel caso di specie*”.

³¹⁵ G. GRECO, “*L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*”, op. cit., pp. 58 – 69, “*La dottrina e la giurisprudenza sono, d'altra parte, concordi nel ritenere che l'elemento preclusivo della maturazione della causa sia rappresentato dalla mancata adozione delle scelte discrezionali della pubblica amministrazione, ovvero dalla necessità di una reiterazione di tali scelte, in caso di annullamento per vizio di eccesso di potere; in altri termini, il momento discrezionale è l'unico che non risulta suscettibile di cognizione da parte del giudice amministrativo, a causa, si dice, del principio della separazione dei poteri. Anche nell'ordinamento tedesco, dunque, la discrezionalità amministrativa rappresenta l'ostacolo insuperabile da parte del giudice, sia esso adito in base ad una <<Anfechtungsklage>>, ovvero in base ad una <<Verpflichtungsklage>>: il che si spiega <<de plano>> per i poteri cognitori e decisorii di legittimità che tale il giudice detiene*”.

Può accadere, infatti, che il potere, astrattamente discrezionale, non lo sia più in concreto, così che la discrezionalità amministrativa rimanga vincolata a dispiegarsi soltanto in un'unica direzione, tanto che ogni diverso provvedimento risulterebbe viziato.

Se, per ipotesi, un atto ampliativo della sfera giuridica dell'interessato, connotato dal carattere della discrezionalità, in concreto sia stato rifiutato soltanto a causa dell'asserita mancanza di un presupposto, accertata, viceversa, l'effettiva ricorrenza di esso, il giudice potrà condannare l'amministrazione ad emettere il provvedimento richiesto³¹⁶.

Per la centralità della questione ai fini del nostro studio, chi scrive ritiene utile richiamare l'attenzione sul particolare che, come sopra accennato, già 70 anni prima che Guido GRECO, attraverso lo studio della *Verpflichtungsklage*, pervenisse alle conclusioni testé esposte, CAMMEO aveva osservato che, sebbene nel concetto di discrezionalità fosse insito il potere di scelta tra più soluzioni soddisfattive dell'interesse pubblico, difficilmente una di esse non sarebbe risultata la più idonea a conciliare *“il perfetto raggiungimento dell'interesse pubblico col minimo sacrificio degli interessi privati”*, nel rispetto della *“legge edonistica del minimo mezzo”*.

A ciò, l'insigne Autore aveva, altresì, aggiunto che proprio tale soluzione *“deve per obbligo d'ufficio essere prescelta dal competente organo amministrativo”* (cfr. *supra* para. 2.2.).

Ebbene, dalla convergenza del pensiero di due grandi Autori su un profilo così delicato si ricava il convincimento che è proprio sul punto della rivelazione della soluzione più appropriata ai fini del contemperamento tra l'interesse pubblico ed il minor sacrificio del

³¹⁶ G. GRECO, *“L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo”*, op. cit., pp. 58 – 69, *“Va, peraltro, precisato che non sempre la sussistenza di un margine di discrezionalità neutralizza i poteri del giudice amministrativo ... può accadere, altresì, che l'esercizio del potere, discrezionale sul piano astratto, non lo sia più sul piano concreto, sicché la discrezionalità amministrativa può correttamente estrinsecarsi in un'unica direzione e ogni diverso provvedimento risulterebbe viziato. E, così, nel caso in cui un provvedimento autorizzatorio, concessorio, ecc., discrezionale quanto all'emanazione, sia stato nel caso concreto rifiutato soltanto a ragione della presunta mancanza di un presupposto, il giudice amministrativo può pronunciare ugualmente l'obbligo dell'amministrazione di emettere il provvedimento richiesto, una volta che abbia accertato la sussistenza del presupposto, sulla mancanza del quale si fondava l'atto di rifiuto: un eventuale rinvio all'amministrazione senza precisare il contenuto del provvedimento violerebbe il principio dell'economia dei processi”*.

privato che si gioca il dato dell'effettiva esistenza dell'interesse legittimo in capo al soggetto coinvolto dall'esercizio del potere e quindi l'obbligo dell'Amministrazione di scelta di quella soluzione.

L'interesse legittimo in tanto esiste, in quanto, in concreto, sia possibile una *reductio ad unum* delle diverse opzioni riconosciute alla PA, in astratto, dalla norma attributiva del potere discrezionale.

Ove tale operazione di riduzione all'unità non sia possibile, residuando più direttrici di scelta, l'interesse in capo al privato è destinato a rimanere un interesse semplice, privo di tutela perché confinato nell'area del giuridicamente irrilevante.

Dunque, è proprio in punto di ricorrenza del titolo ad ottenere il provvedimento favorevole che l'interesse materiale al bene della vita si "giuridicizza" in quella posizione soggettiva denominata interesse legittimo, pretensivo per i fini che ci occupano.

È proprio, allora, che del provvedimento diviene doverosa e, perciò, suscettibile di coazione per mezzo dell'azione di adempimento.

5. La dimensione sostanziale dell'interesse legittimo.

Il passaggio successivo è comprendere in che modo si possa realizzare questa *reductio ad unum*, cosicché quest'interesse semplice assurga al livello della meritevolezza di protezione da parte dell'ordinamento giuridico, in pratica secondo quale percorso esso assuma una dimensione sostanziale, divenendo oggetto del rapporto amministrativo.

È noto che la tradizionale concezione teleologica dell'interesse legittimo, quale riflesso di una norma volta all'esclusiva tutela del solo interesse pubblico, sia ormai definitivamente superata.

Come ampiamente evidenziato negli studi di CAMMEO (cfr. *supra* para 2.2.), l'elemento che ha rappresentato a lungo un argomento preclusivo nel riconoscere l'interesse legittimo quale posizione giuridica sostanziale suscettibile di accertamento come il diritto soggettivo, è stato offerto dalla circostanza che l'interesse legittimo non risulti espressamente protetto dalla norma, la quale è posta per la cura dell'interesse pubblico.

Ciò, a parere di autorevole dottrina, non costituisce un impedimento, se si considera che il diritto di credito, sovente, viene disciplinato dalla legge soltanto sul versante passivo

dell'obbligazione, cosicché la consistenza e l'ampiezza della posizione attiva è ricavabile dal contenuto della prestazione che è doveroso rendere per il soggetto obbligato³¹⁷.

A questa tesi, a cui aderisce chi scrive, si è, tradizionalmente, contrapposta altra dottrina che ha escluso l'ammissibilità dell'accertamento dell'interesse legittimo, in forza dell'argomento che siffatta posizione si inserisce in un rapporto autarchico, i cui contenuti sono rimessi, per legge, alla definizione unilaterale imposta *iure imperii* dall'autorità amministrativa.

Cosicché, per tale prospettazione non condivisibile, il giudizio sulla spettanza che, nelle relazioni paritarie, costituisce l'*in se* dell'azione di accertamento, viene attribuito dalla legge, in via esclusiva, all'autorità amministrativa, tanto che l'intromissione del giudice verrebbe a determinare un'inammissibile incursione del potere giurisdizionale nella sfera riservata al potere amministrativo³¹⁸.

In realtà, è opportuno evidenziare *prima facie* come l'architettura costituzionale, espressa nello specifico dagli artt. 24, 103 e 113, non abbia affatto fondato l'ipotizzata riserva di amministrazione, per cui non si rinvergono valide ragioni giuridiche per sostenere che il

³¹⁷ G. GRECO, "L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo", op. cit., pp. 109 – 115, "l'ammissibilità di un giudizio di accertamento autonomo del rapporto amministrativo dipende innanzitutto ... dalla attitudine della figura dell'interesse legittimo ad esserne oggetto ... Una visione molto tradizionale dell'interesse legittimo, qualificato in base al carattere teleologico della norma (che tutelerebbe direttamente il solo interesse pubblico) ... può essere considerata superata, con il superamento di ogni impostazione qualificatoria di tipo teleologico. La circostanza, poi, che l'interesse legittimo non risulti direttamente disciplinato dalla legge non è preclusiva del riconoscimento in esso di una posizione giuridica sostanziale suscettibile di accertamento come il diritto soggettivo: basti considerare che molteplici fattispecie di diritto di credito vengono disciplinate dalla legge soltanto dal lato passivo ... per convincersi che posizioni giuridiche soggettive suscettibili di accertamento possono scaturire dalla semplice correlazione con posizioni in senso lato doverose, previste queste ultime direttamente dalla legge".

³¹⁸ G. GRECO, "L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo", op. cit., pp. 109 – 115, "Altra dottrina ... ha escluso ... l'ammissibilità dell'accertamento dell'interesse legittimo, in base alla considerazione che tale situazione si inserisce in una relazione autoritativa, nella quale la disciplina dell'assetto del rapporto è demandato per legge all'autorità amministrativa; <<ciò che spetta e ciò che non spetta>> al singolo consociato - contenuto tipico dell'azione di accertamento, rispetto a soggetti in posizione paritetica - viene in siffatto contesto attribuito all'autorità che gestisce il potere, sicché l'intromissione preventiva del giudice implicherebbe un inammissibile condizionamento del gestore pubblico ad opera del giudice stesso".

giudice non possa intromettersi nell'azione amministrativa già esplicitasi ovvero indebitamente non esplicitasi.

Semmai, tale preclusione può derivare in concreto, alla luce dei contenuti del diritto positivo e dell'effettivo atteggiarsi del rapporto amministrativo in modo da far emergere ampi profili di discrezionalità.

In astratto, in ragione del principio di legalità sostanziale, è escluso che la legge possa concepire l'attribuzione di un potere idoneo ad imporre prestazioni personali e patrimoniali, senza che tale attribuzione si accompagni alla predeterminazione di vincoli e limiti che determinino *ex ante* il contenuto del potere.

In carenza di tali vincoli e limiti non sarebbe neppure ipotizzabile una posizione di interesse, differenziata rispetto all'interesse di mero fatto.

È, infatti, la necessaria esistenza di tali limiti all'esercizio della potestà che fa sorgere situazioni giuridiche di carattere sostanziale che si atteggianno come speculari rispetto ai limiti stessi³¹⁹.

Ora, accantonando decisamente le tesi elaborate dalla dottrina processuale civile che hanno negato l'attitudine dell'interesse legittimo ad essere oggetto di un'azione di accertamento muovendo dalla premessa che l'interesse legittimo non sarebbe una situazione

³¹⁹ G. GRECO, "L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo", op. cit., pp. 109 – 115, "Non mi pare che debba sorgere alcuno scrupolo di intromissione dell'autorità giudiziaria nell'azione amministrativa già esplicitasi o, comunque, indebitamente non esplicitasi; tanto più che detta preoccupazione non può ormai derivare da principi generali del tipo della separazione dei poteri, ma semmai soltanto dalla concreta disciplina normativa della fattispecie attributiva del potere. Ora, soltanto nel caso in cui l'attribuzione di un potere non fosse accompagnata dalla predeterminazione di vincoli e limiti (come ad esempio nel caso di atto politico, assolutamente discrezionale quanto a contenuto), si potrebbe escludere in assoluto la possibilità di un accertamento dell'interesse legittimo: in questo caso, invero, neppure sarebbe ipotizzabile una posizione di interesse, differenziata rispetto all'interesse di mero fatto. Ma nel nostro ordinamento ... l'attribuzione del potere è doppiato da tutto un complesso di limiti e di vincoli dai quali possono ben scaturire - in posizione speculare - situazioni giuridiche di carattere sostanziale; se ciò può verificarsi, non mi pare che si debba <<a priori>> escludere l'ammissibilità dell'accertamento del rapporto, perché ciò significherebbe scontare oltre il dovuto l'attribuzione del potere ad una certa autorità; significherebbe riconoscere a detto potere, oltre ai connotati che detiene per l'attribuzione esplicita dell'ordinamento positivo ... anche il carattere della insindacabilità rispetto a talune sue manifestazioni ... in palese contrasto con i principi sanciti negli articoli 24 e 103 della Costituzione".

giuridica sostanziale, ma soltanto la prefigurazione del potere di annullamento, occorre segnalare come riconoscere la dimensione sostanziale dell'interesse legittimo, non significa qualificarlo né come pretesa alla legittimità degli atti amministrativi, perché la mera qualificazione di un atto giuridico non può certo essere considerato “*un bene della vita*”, né come una situazione avente natura esclusivamente “*formale*”, né, infine, come una posizione che assicura un'utilità semplicemente “*strumentale*”, cioè preordinata ad ottenere la realizzazione dell'interesse sostanziale in via subordinata rispetto alla legalità del comportamento amministrativo³²⁰.

Per affermare la natura di posizione soggettiva, occorre verificare che l'interesse legittimo sia riconosciuto da norme sostanziali, o materiali, le quali possiedano l'attitudine a divenire oggetto di autonomo accertamento, a differenza delle norme formali, o strumentali, che si sottraggono ad esso.

Ciò, però, tenendo a mente che la figura dell'interesse legittimo non è direttamente disciplinata dalla legge, con la conseguenza che l'attenzione va necessariamente rivolta verso quelle norme che configurano la potestà amministrativa, dal momento che l'interesse legittimo trova il suo fondamento proprio nella correlazione con detta potestà³²¹.

³²⁰ G. GRECO, “*L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*”, op. cit., pp. 109 – 115, “*Anche la dottrina processuale civile per solito disconosce l'attitudine dell'interesse legittimo ad essere oggetto di un'azione di accertamento sulla base della premessa che l'interesse legittimo non sia una situazione giuridica sostanziale: si tratterebbe, viceversa, di una mera configurazione anticipata e convenzionale del potere di annullamento degli atti illegittimi ... La recente dottrina amministrativa ... parla dell'interesse legittimo come di una posizione giuridica sostanziale ... ma ciò non significa necessariamente che l'interesse legittimo scolpisca sinteticamente una pretesa (interesse) ad un bene della vita riconosciuto e garantito dall'ordinamento: siffatto carattere non può essere riconosciuto, ad esempio all'interesse legittimo definito in termini di pretesa (interesse) alla legittimità degli atti amministrativi, perché la mera qualificazione di un atto giuridico non può certo essere considerato <<un bene della vita>> ... Gli stessi sostenitori di detta nozione dell'interesse legittimo... hanno qualificato l'interesse legittimo stesso ora come una posizione avente natura esclusivamente <<formale>>, ora come una posizione che assicura un'utilità semplicemente <<strumentale>>, nel senso che <<dalla assicurata la legalità del comportamento amministrativo il singolo può eventualmente sperare ... di ottenere anche la realizzazione del suo interesse sostanziale>>”.*

³²¹ G. GRECO, “*L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*”, op. cit., pp. 109 – 115, “*Occorre, dunque, accertare se la posizione di interesse legittimo trovi la propria previsione e il proprio riconoscimento in norme sostanziali (materiali) o in norme formali (strumentali), tenendo presente che solo nella prima ipotesi l'interesse legittimo stesso presenta l'attitudine ad essere oggetto autonomo di*

5.1. Potestà e diritti soggettivi.

Nell'elaborare la tesi della ricerca della norma sostanziale, o materiale, si è reso necessario confrontarsi con la nota teorica del GUICCIARDI che ha concepito la distinzione tra norme d'azione e norme di relazione.

Secondo l'insigne Autore, l'interesse legittimo verrebbe in rilievo soltanto in presenza di norme strumentali, denominate norme di azione, in quanto mirano a regolare la potestà amministrativa nella cura dell'interesse pubblico, mentre il diritto soggettivo nei confronti dell'Amministrazione troverebbe fondamento soltanto nelle norme materiali, chiamate norme di relazione, le quali recano limiti alla potestà amministrativa nell'interesse dei singoli privati.

In questa costruzione, all'interesse legittimo sarebbe precluso il riconoscimento della natura di posizione giuridica sostanziale, risultando concepito esclusivamente come un interesse semplice che acquista rilevanza giuridica soltanto ai fini della legittimazione processuale.

L'ulteriore conseguenza starebbe nella circostanza che la dignità di giudizio sul rapporto sarebbe riservato alle doglianze sulla violazione di norme di relazione, rimanendo quelle discendenti da inosservanze delle norme di azione circoscritte nell'ambito del solo giudizio sull'atto³²².

accertamento ... L'indagine va, dunque, rivolta all'analisi e alla qualificazione delle norme che definiscono e strutturano ... l'interesse legittimo; il che comporta, altresì, l'analisi e la qualificazione delle norme che configurano la potestà amministrativa, dato che la figura dell'interesse legittimo non è per solito direttamente disciplinata dalla legge, ma trae viceversa fondamento ... dalla correlazione con la potestà amministrativa".

³²² G. GRECO, "L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo", op. cit., pp. 115 – 123, "l'Autore, che con maggiore rigore ha fondato lo studio delle posizioni giuridiche dei consociati rispetto alla Pubblica Amministrazione in siffatta prospettiva, ha configurato l'interesse legittimo come la posizione disciplinata soltanto da norme strumentali, alle quali ha attribuito la ben nota denominazione di norme di azione: si tratta di limiti posti alla potestà amministrativa nell'interesse pubblico. Il diritto soggettivo dei consociati nei confronti dell'Amministrazione troverebbe fondamento, viceversa, nelle norme materiali, chiamate norme di relazione: si tratta di limiti posti alla potestà amministrativa nell'interesse dei singoli privati. Nel cennato contesto non è davvero possibile riconoscere all'interesse legittimo natura di posizione giuridica sostanziale: si tratta, infatti, di <<un interesse semplice che acquista rilevanza giuridica soltanto ai fini processuali>>. Ulteriori corollari ... il giudizio ordinario, che presuppone la asserita violazione di norme

Per affermare la dimensione sostanziale dell'interesse legittimo, occorre, dunque, superare la premessa guicciardiana della rigida correlazione, da un lato, tra norme di relazione e diritti soggettivi, dall'altro, tra norme di azione ed interessi legittimi.

Il punto debole di quella teorica risiede nel particolare che tanto le norme di azione, quanto le norme di relazione sono state concepite entrambe come limiti al potere amministrativo.

Senonché, non può sfuggire l'incongruenza che di fronte all'esercizio della potestà amministrativa, non possono venire in rilievo posizioni di diritto soggettivo, a causa dell'ontologica incompatibilità della coesistenza di una posizione bifronte che assuma i connotati ora della soggezione, ora del diritto soggettivo, in capo al soggetto portatore di un interesse inciso dal potere pubblico.

Se la soggezione è la posizione che fa da contraltare alla potestà, in quanto quest'ultima si atteggia come potere di modificare unilateralmente l'altrui sfera giuridica, la presenza di un diritto soggettivo, posizione con riferimento alla quale l'ordinamento protegge la volontà del suo titolare, preclude la stessa possibilità logica dell'esistenza di una potestà.

GUICCIARDI ha potuto concepire tale teorica, superando la preclusione anzidetta, considerando le norme di relazione come condizionanti l'insorgenza del potere amministrativo e, quindi, costituenti presidio dei diritti soggettivi preesistenti al momento genetico della potestà.

È chiaro che tale operazione ermeneutica poteva essere realizzata soltanto a condizione che si fosse aderito alla concezione della carenza di potere in concreto.

In pratica, la norma sui presupposti, ricorrendo i quali il potere è concretamente esercitabile, sarebbe una norma di relazione, perché volta a tutelare il diritto soggettivo attraverso la sanzione di nullità che verrebbe a colpire l'atto adottato in carenza dei presupposti stessi.

Se, invece, si aderisce alla posizione, ormai pacificamente affermata in dottrina e giurisprudenza, secondo la quale la carenza di potere va valutata in astratto, non residua spazio per norme di relazione regolatrici della tutela di diritti soggettivi, perché, esercitato un potere astrattamente previsto da una norma, verrebbero in rilievo, semmai, questioni sulla legittimità

di relazione, è un giudizio su rapporti; il giudizio amministrativo, che presuppone la asserita violazione di norme di azione, sarebbe soltanto un giudizio su atti"

dell'atto conseguentemente adottato (da cui dipende la salvezza dell'altrui sfera giuridica), non certo sulla sua nullità.

In estrema sintesi, esistendo una previsione normativa fondativa del potere, tutti gli aspetti della sua disciplina vanno qualificati alla stregua di norme di azione e, conseguentemente, le posizioni correlate ad un interesse inciso dalla potestà alla categoria dell'interesse legittimo.

Ciò con un'accortezza: rimane assolutamente centrale il tema secondo il quale le norme sui presupposti dell'atto sono conformative del rapporto tra l'amministrazione ed il privato, in quanto stabiliscono le modalità in ragione delle quali la sfera giuridica di questi possa essere oggetto di una determinazione autoritativa, favorevole o sfavorevole.

Il punto è che tali norme fondano sì posizioni soggettive, ma non riconducibili alla categoria dei diritti soggettivi, bensì a quella degli interessi legittimi, rivalutati in una nuova veste sostanziale³²³.

³²³ G. GRECO, "L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo", op. cit., pp. 115 ... *L'autorevole ... insegnamento ... assume ... grande rilievo ricostruttivo nel presente studio... perché costituisce un ordine concettuale con il quale è necessario confrontare il tentativo di riconoscere l'ammissibilità di azioni di accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo ... attraverso il superamento delle premesse da cui muove ... il superamento cioè, della rigida correlazione tra norme di relazione e diritti soggettivi, da un lato, e norme di azione e gli interessi legittimi, dall'altro ... Sia le norme di azione che le norme di relazione sono state configurate originariamente come altrettanti <<limiti>> del <<potere>> amministrativo ... Ma a siffatta impostazione poteva essere avanzata l'obiezione ... che di fronte all'esercizio della potestà amministrativa, ancorché limitata purché esistente, non possono essere riconosciute posizioni di diritto soggettivo; gli interessi soggetti ad un potere, in quanto si trovano a causa della cennata correlazione in una posizione di soggezione, non possono assurgere alla qualificazione di diritti soggettivi, che a loro volta, escludendo la soggezione, escludono altresì la potestà: insomma, diritti soggettivi e potestà sono termini non conciliabili in una correlazione avente il carattere del rapporto giuridico, sicché il problema della natura della posizione giuridica (interesse legittimo-diritto soggettivo) del cittadino di fronte all'Amministrazione dipende dalla questione se sia riconoscibile in capo all'Amministrazione una situazione di potestà. Per superare siffatta obiezione le soluzioni astrattamente ipotizzabili erano due: le norme di relazione potevano essere correlate pur esse a interessi legittimi (presupponendo pur esse l'esistenza del potere), ovvero potevano essere considerate come norme condizionanti l'esistenza del potere e correlate così a diritti soggettivi. L'Autore che ha introdotto la cennata distinzione tra norme di relazione e norme di azione ha optato ... per questa seconda soluzione ed ha configurato ... le norme di relazione come le norme che circoscrivono l'esistenza della potestà amministrativa, la violazione delle quali produce la nullità dell'atto ...*

Seguendo la direttrice tracciata, ma venendo al profilo che più rileva ai fini del nostro studio, va detto che autorevole dottrina ha evidenziato come, in occasione di procedimenti di tipo autorizzatorio e concessorio, la posizione del privato sorga sin da subito come d'interesse legittimo pretensivo, senza che l'emanazione di un provvedimento di rifiuto, motivato sulla mancanza di un presupposto dell'atto, costituisca elemento idoneo a trasformare la posizione del richiedente in diritto soggettivo³²⁴.

La corrispondenza delle norme di relazione con i diritti soggettivi sussiste solo se si accoglie la concezione che la sussistenza o la carenza di potere deve essere valutata in concreto: le norme di relazione, infatti, prospettano limiti di <<esistenza>> del potere, ulteriori rispetto a quelli derivanti dalla mera attribuzione del potere stesso ad una determinata autorità e, dunque, consentono di individuare casi di diritti soggettivi, anche allorché sussista in astratto, ma non in concreto, il potere amministrativo. Se, viceversa, si accoglie la diversa interpretazione, secondo la quale la sussistenza e carenza di potere vanno valutate in astratto, non c'è più spazio per le norme di relazione, intese come correlate ai diritti soggettivi dei cittadini: poiché sussiste <<in astratto>> il potere, sol che vi sia attribuzione dello stesso, le norme di relazione verrebbero ricomprese nell'ampia fattispecie normativa dell'esercizio del potere già esistente, con ulteriore implicazione che anche con esse, così come con le norme di azione, sarebbero correlate posizioni di interesse legittimo ... In conclusione, sono state qualificate come norme condizionanti l'esistenza del potere - e, dunque, norme di relazione - quelle che prescrivono i presupposti di un determinato potere amministrativo, laddove originariamente, come si è visto, dette norme erano qualificate come norme di azione ... È senz'altro da condividere la affermazione che siffatte norme sui presupposti dell'atto disciplinano i rapporti tra l'amministrazione e i singoli consociati, in quanto stabiliscono quando e come la sfera giuridica di questi ultimi può essere oggetto di una determinazione autoritativa favorevole o sfavorevole che sia. Lascia perplessi, viceversa, la permanente rigida correlazione di dette norme con le posizioni giuridiche di diritto soggettivo e solo con queste ... e, poiché, il problema definitorio degli interessi legittimi come posizioni giuridiche sostanziali dipende innanzitutto dalla determinazione delle norme che definiscono la potestà amministrativa in correlazione con gli interessi legittimi stessi, occorre ... operare una ricognizione completa di dette norme e, dunque, verificare se sia o meno ancora fondata la cennata rigida correlazione tra norme di relazione e diritti soggettivi”.

³²⁴ G. GRECO, “L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo”, op. cit., p. 125, “rispetto ai procedimenti autorizzatori, concessori e simili, la posizione del privato sorge sin dall'inizio come interesse legittimo dinamico, né la circostanza che venga emesso un provvedimento di rifiuto in base alla mancanza di un presupposto dell'atto - che viceversa il privato assume essere esistente - è idonea a trasformare la posizione del soggetto istante in diritto soggettivo”.

5.2. Potere vincolato ed interesse legittimo.

Sempre in punto di esclusione di una possibile convivenza tra potestà e diritti soggettivi, specie rammentando che l'art. 31, co. 3, del processo amministrativo fissa la ricorrenza di un'attività vincolata come presupposto per esperire l'azione di adempimento, giova richiamare i contenuti di un orientamento secondo il quale, ove l'azione amministrativa risulti del tutto vincolata, la posizione di chi chiede l'emanazione del provvedimento ampliativo possiede la consistenza del diritto soggettivo.

L'assunto riposa sul carattere discrezionale o vincolato della potestà amministrativa, con la conseguenza che il rilascio del provvedimento ampliativo alla semplice verifica circa la sussistenza di presupposti rigidamente prefissati dalla legge, varrebbe a fondare un vero e proprio diritto soggettivo, sulla scorta del convincimento che, quando le norme indicano tassativamente i presupposti dell'atto, sono norme di relazione.

Viceversa, il riconoscimento di un pur lieve margine di discrezionalità varrebbe a determinare l'insorgenza dell'interesse legittimo.

Sicché, soltanto da uno studio accorto della fattispecie, si potrebbe cogliere quando la posizione del privato assuma la consistenza del diritto soggettivo piuttosto che quella dell'interesse legittimo³²⁵.

³²⁵ G. GRECO, "L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo", op. cit., pp. 125 – 131, "è stato peraltro di recente sostenuto che nel caso in cui l'attività amministrativa provvedimento risulti del tutto vincolata, la posizione del privato richiedente il provvedimento ampliativo acquista la consistenza del diritto soggettivo, già prima dell'emissione del provvedimento. Siffatta tesi - che è stata avanzata con riferimento alle autorizzazioni di commercio ed alle concessioni edilizie, ma non con riferimento ad altre ipotesi di attività fortemente vincolata della pubblica amministrazione, quali ad esempio la revisione dei prezzi - pone a base della discriminazione della posizione soggettiva dei destinatari dell'atto il carattere discrezionale o vincolato della potestà amministrativa: quando l'emissione di un determinato provvedimento ampliativo (ad esempio, l'autorizzazione di commercio) dipenda soltanto dalla sussistenza di taluni presupposti, predeterminati rigidamente a livello normativo, il relativo possibile destinatario risulterebbe titolare di un vero e proprio diritto soggettivo, in quanto che le norme che indicano tassativamente i presupposti dell'atto sono norme di relazione; se, viceversa, si riconoscesse anche un lieve margine di discrezionalità (ad esempio, in sede di scelta tra più domande concorrenti), si dovrebbe ravvisare nella posizione del privato il carattere dell'interesse legittimo: vi sarebbero, dunque, a seconda delle varie

Ebbene, a voler abbracciare tale prospettazione, si finirebbe per mettere in discussione la stessa legittimità costituzionale dell'art. 31, co. 3, del processo amministrativo, perché, nel riconoscere l'esperibilità dell'azione di adempimento avanti al giudice amministrativo in sede di giurisdizione generale di legittimità, quando è in discussione l'esercizio di un potere vincolato con il quale non possono che confrontarsi diritti soggettivi, il legislatore avrebbe alterato il riparto di giurisdizione fissato dall'art. 103 Cost..

Senonché, osserva autorevole dottrina, a cui aderisce chi scrive, se è vero che a fare da contraltare all'attività discrezionale è sempre una posizione di interesse legittimo, non è vera la proposizione inversa, cioè che all'esercizio di un'attività vincolata si confronta sempre un diritto soggettivo.

Se l'elemento della discrezionalità non può che involgere l'attività provvedimentale, quello del vincolo giuridico può anche riguardare un'attività non provvedimentale.

Accertato, però, il carattere provvedimentale dell'attività amministrativa, non residuano spazi per dubitare circa la consistenza di interesse legittimo della posizione del privato, in quanto aspettativa di un provvedimento favorevole.

Ciò perché è la stessa natura provvedimentale del bene della vita auspicato che implica l'esistenza della potestà, la quale esclude la possibile insorgenza di diritti soggettivi³²⁶.

fattispecie, ora interessi legittimi, ora diritti soggettivi, di fronte all'esercizio del medesimo potere di autorizzazione di commercio o di concessione edilizia"

³²⁶ G. GRECO, "L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo", op. cit., pp. 125 – 131, "Se è vero che di fronte ad una attività discrezionale vi è sempre una posizione di interesse legittimo, non è vero l'inverso e, cioè, che di fronte all'esercizio di un'attività vincolata vi sia sempre un diritto soggettivo. Così formulato, il cennato criterio appare del tutto corretto ed anche utile ... a determinare le posizioni giuridiche dei consociati: la discrezionalità dell'azione non può che riguardare l'attività provvedimentale (in quanto presuppone una manifestazione di volontà del soggetto agente), laddove la vincolatezza dell'azione può riguardare anche un'attività non provvedimentale (di certazione, di certificazione, ecc.). Ma una volta che vi sia certezza sul connotato provvedimentale dell'attività amministrativa, non si può dubitare del carattere di interesse legittimo della posizione del privato, almeno quando quest'ultima consista in una posizione di attesa di un provvedimento favorevole; in quest'ultimo caso non può dubitarsi, infatti, dell'esistenza della potestà amministrativa, la quale anzi è presupposta dal richiedente, che ne invoca l'esercizio a lui favorevole ... ma di fronte all'esercizio o alla possibilità di esercizio di un potere certamente esistente - e, in quanto tale, e per disciplina attribuitagli dall'ordinamento, idoneo a produrre atti autoritativi ed imperativi - non è possibile rinvenire posizioni di diritto soggettivo (ma sibbene

Per cogliere, appieno, questo passaggio, occorre richiamare il concetto di discrezionalità, elaborato dalla migliore dottrina, come combinazione di giudizio e volontà³²⁷.

Ebbene, in occasione dell'esercizio del potere vincolato, in realtà, viene a mancare unicamente il profilo della volontà, integralmente preconstituito dal legislatore, ma rimane quello del giudizio, o più precisamente dell'accertamento dei presupposti, comunque rimesso all'Amministrazione per la tutela dell'interesse pubblico, che CAMMEO ritiene elemento qualificante dei rapporti di diritto pubblico che *“intercedono fra subbietti di valore sociale ben diverso”*.

A ben vedere, nessuna forma di potere vincolato può prescindere dall'esercizio di discrezionalità nella fase del giudizio, solo che non si tratterà della discrezionalità concepita da M.S. GIANNINI quale ponderazione d'interessi³²⁸, bensì della nozione di discrezionalità elaborata da Costantino MORTATI di *“interpretazione e specificazione della norma”*³²⁹, che, a ben vedere, finisce per coincidere con la discrezionalità interpretativa di concetti giuridici indeterminati, concetto elaborato dalla dottrina tedesca, ovvero con la discrezionalità tecnica

di interesse legittimo), perché, come si è visto più sopra, diritti soggettivi e potestà sono termini non conciliabili all'interno di un medesimo rapporto giuridico”.

³²⁷ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 484-485, *“La discrezionalità è, insieme, giudizio e volontà ... Dottrina non recente contrapponeva la discrezionalità alla vincolatezza, che riteneva fosse la normalità dell'attività amministrativa, in ossequio al principio di legalità. In realtà, per i provvedimenti amministrativi la discrezionalità è il paradigma normale ... Accade, però, che la discrezionalità ha momenti vincolati, anche quando ampia”*.

³²⁸ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. I, op. cit., pp. 479-481, *“Il concetto di discrezionalità implica quello della scelta più opportuna, nel caso concreto, per la cura dell'interesse pubblico, tra più soluzioni possibili, offerte da un ambito circoscritto da norme, e tenendo conto degli interessi in gioco. I criteri di gradazione della rilevanza degli interessi possono essere in quelle stesse norme o fissati da autorità in rapporto di sopraordinazione gerarchica o direzionale”*; la discrezionalità è una *“ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario”*.

³²⁹ C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'Università di Roma*, Roma, 1936.

quando l'accertamento dei presupposti, comporti l'applicazione dei criteri propri di discipline tecnico – scientifiche³³⁰.

La conclusione a cui si perviene è che, pur di fronte ad una formula che ammette l'azione di adempimento rispetto al potere vincolato, la situazione soggettiva che ne legittima l'esperimento rimane d'interesse legittimo, residuando sempre una potestà in capo all'Amministrazione che si traduce nel giudizio in merito alla ricorrenza dei presupposti per il rilascio del provvedimento.

L'emanazione del provvedimento rimane sempre momento di cura dell'interesse pubblico, il cui apprezzamento è riservato all'Amministrazione quale speciale soggetto dell'ordinamento.

5.3. Elementi costitutivi dell'interesse legittimo.

Per far emergere la natura di situazione soggettiva dell'interesse legittimo, pretensivo in relazione ai fini che ci occupano, occorre accertare se esso tragga il fondamento da norme sostanziali, o materiali, cioè quelle che regolano i rapporti giuridici, in modo da risolvere il conflitto in ordine alla spettanza di un bene della vita.

Alla base della fine struttura dell'interesse legittimo c'è sicuramente un interesse, cioè la proiezione verso un bene della vita, che è già nel patrimonio del soggetto interessato, quando è in gioco l'esercizio di un potere ablatorio, ovvero in relazione al quale si pone un'aspettativa affinché faccia ingresso in detto patrimonio, in caso di potestà concessorie o autorizzatorie.

Il punto è verificare se l'interesse di specie da una condizione pregiudiziale possieda l'idoneità per accedere alla protezione offerta dall'ordinamento, perché contemplato da norme che riconoscano la fondatezza dell'aspirazione a conservare o ad acquisire quel bene della

³³⁰ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. I, op. cit., p. 488, “*La discrezionalità tecnica è riferita al solo momento conoscitivo e implica solo giudizio, in quanto il momento della volizione è successivo. Le discipline tecniche possono però condurre all'opinabilità dei giudizi, specie per le scienze non esatte*”

vita che ne è oggetto, rispettivamente, resistendo alla potestà ablatoria, ovvero azionando una pretesa a vedere esercitata la potestà ampliativa³³¹.

In ciò non costituisce una preclusione la circostanza che la norma sostanziale non disciplini poteri che il soggetto interessato può esercitare *recta via* sul bene stesso, bensì si occupi dell'attività giuridica altrui da cui dipende l'effettivo godimento di tale bene, nella considerazione che si realizza soltanto un mutamento di prospettiva.

Sarà l'applicazione delle regole sull'intermediazione necessaria dell'altrui attività giuridica che segnerà l'accertamento della spettanza di quel certo bene, sotto il profilo tanto della conservazione, quanto dell'acquisizione.

Anche nel diritto privato si conosce il fenomeno in rilievo, come nel caso dell'obbligo di contrarre in esecuzione di un contratto preliminare o di una norma di legge, ipotesi in cui

³³¹ G. GRECO, "L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo", op. cit., pp. 137 – 142, "bisogna verificare, cioè, se l'interesse legittimo - e, in particolare, l'interesse legittimo dinamico - sia o meno una situazione giuridica sostanziale, in coerenza con quanto pare debba desumersi dal dettato costituzionale. Occorre verificare, dunque, se sia una situazione soggettiva di vantaggio che trae fondamento da norme sostanziali (o materiali), tenuto conto che tali sono soltanto quelle che disciplinano i rapporti giuridici, riconoscendo l'appartenenza di beni della vita all'uno o all'altro o ad entrambi ... i termini soggettivi del rapporto. Norme sostanziali sono, cioè, quelle che determinano ciò che <<spetta>> all'uno, all'altro o all'altro ancora dei soggetti dell'ordinamento. Negli interessi legittimi sussiste certamente ... un <<interesse>> e, cioè, una particolare propensione di un soggetto verso un bene della vita ... Il bene della vita, cui inerisce l'interesse legittimo correlato all'esercizio di potestà ablatoria, appartiene alla sfera giuridica del soggetto che può perderlo a seguito dell'emissione del provvedimento restrittivo; il bene della vita, cui inerisce l'interesse legittimo correlato all'esercizio di potestà concessorie, autorizzatorie e simili, viceversa non preesiste nella sfera giuridica del soggetto (se non talvolta a livello potenziale), ma può ad essa essere acquisito se il provvedimento favorevole venga effettivamente emesso. Si tratta ora di stabilire se il dato pregiuridico della propensione di un soggetto ad un determinato bene della vita sia sussunto o meno a livello giuridico dall'ordinamento. Il problema della qualificazione dell'interesse legittimo come posizione giuridica sostanziale si riduce, dunque, nel verificare se esistono nell'ordinamento norme che riconoscono la fondatezza dell'aspirazione a conservare il bene della vita (punto di riferimento dell'interesse legittimo statico) o ad acquisire il bene della vita (punto di riferimento dell'interesse legittimo dinamico): se esistono, in altri termini, norme giuridiche che garantiscano il risultato della conservazione o della acquisizione della posizione di vantaggio o, quantomeno, norme che stabiliscano rigidamente i criteri per determinare se e quando spetti al singolo soggetto un determinato bene della vita".

l'immissione nel godimento del bene della vita - cioè la cosa oggetto del contratto definitivo -, dipende dall'espletamento dell'altrui attività giuridica.

Ebbene, non vi è dubbio che la configurazione di tale assetto dei rapporti trovi la sua disciplina in norme sostanziali, o materiali, come si ricava dal fatto che esso viene ricostruito in termini di diritto e di obbligo, con l'ulteriore profilo d'interesse che l'oggetto di tale obbligo è rappresentato proprio da un "*facere*" giuridico³³².

Mutatis mutandis, la logica in rilievo può trovare applicazione anche quando l'attività giuridica attiene all'esercizio della potestà provvedimentale.

Ciò perché anche la potestà amministrativa, sul lato del suo titolare, presenta un duplice profilo soggettivo dato, per un verso, dalla componente del *potere* che legittima l'incisione unilaterale dell'altrui sfera giuridica, per altro verso, da un'altra componente, qualificabile come *dovere*, che attiene alle regole a cui l'esercizio del potere deve conformarsi. Il tutto in un regime di integrazione vicendevole delle due componenti.

Ora, analizzando, nel suo complesso, la componente doverosa della potestà, non si potrà non cogliere l'esistenza di regole di carattere formale, rappresentate dalle norme sul procedimento, sulla competenza, sull'obbligo di motivazione, sull'obbligo di pronuncia, che nulla dicono sulla spettanza del provvedimento.

³³² G. GRECO, "L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo", op. cit., pp. 137 – 142, "Va detto subito che la circostanza che un determinato assetto di rapporti dipenda da un'altrui attività giuridica non preclude di per sé che la posizione del soggetto, che è suscettibile di essere variamente influenzata e sacrificata da detta attività, non sia riconosciuta e disciplinata da norme sostanziali dell'ordinamento. Non preclude, cioè, che nonostante l'interferenza possibile o l'intermediazione necessaria dell'altrui attività giuridica, la propensione ad un bene della vita di un determinato soggetto sia riconosciuta dall'ordinamento in guisa tale che si possa dire che quel determinato bene <<gli spetta>>, sia sotto il profilo del mantenimento dello <<status quo ante>>, sia sotto il profilo della acquisizione del bene stesso alla propria sfera giuridica. Muta, peraltro, il punto di riferimento della disciplina normativa, che non avrà ad oggetto, in questi casi, il bene della vita in sé considerato, ma sibbene l'attività giuridica che quel bene consente di raggiungere ... Si ponga mente ... all'obbligo a contrarre, che può derivare da un contratto preliminare o da una norma di legge ... Il bene della vita di un soggetto (... la cosa oggetto del contratto da stipulare) dipende ... dall'espletamento di altra determinata attività giuridica. Nessuno potrà dubitare che ... l'assetto dei rapporti che intercorre tra i soggetti privati così individuati sia disciplinato da norme sostanziali (o materiali); tant'è che detto assetto di rapporti viene pacificamente qualificato in termini di diritto e obbligo e l'oggetto di tale diritto ed obbligo ... è rappresentato proprio dal <<facere>> ... giuridico".

Ne è derivata la loro definizione quali norme “formali” o “strumentali”, prive cioè dell’idoneità nel fondare posizioni sostanziali³³³.

Diversamente opinando, cioè attribuendo alle norme formali il carattere del collegamento al bene della vita e, quindi, l’attributo di norma sostanziale, si finirebbe per qualificare l’interesse legittimo come interesse all’uso corretto del potere, con ciò giungendo ad esiti paradossali per cui detta posizione sostanziale mirerebbe a vedersi privati di un proprio bene in virtù di un provvedimento ablativo conforme alla legge, ovvero a vedersi pretermessi da un concorso pubblico, perché il candidato vittorioso è stato legittimamente prescelto.

Di fronte a questi casi, semplicemente, l’interesse legittimo non c’è, non viene in rilievo, perché non vengono integrati i presupposti per il suo riconoscimento e, dunque, per l’ingresso o la conservazione del bene della vita al patrimonio dell’interessato³³⁴.

³³³ G. GRECO, “L’accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo”, op. cit., pp. 137 – 142, “Un analogo ordine di idee non può che valere anche nell’ambito dell’attività (giuridica) provvedimentale ... Anche la potestà amministrativa - come qualunque potestà, conosciuta a livello di teoria generale - presenta, infatti e per pacifico riconoscimento, accanto alla componente del potere una componente, che si può definire in senso lato di dovere e che si coordina con la prima, integrandosi vicendevolmente. È necessario rilevare, peraltro, che se si prende in considerazione la componente doverosa nel suo complesso, non mi pare che si possano evitare definizioni <<formali>> dell’interesse legittimo. Non sfuggirà ad alcuno, infatti, che sussistono nel paradigma normativo della potestà talune norme (ad esempio quelle sul procedimento, sulla competenza, sulle forme, sull’obbligo di motivazione, sull’obbligo di pronuncia, ecc.), che nulla dicono sul problema se un determinato provvedimento debba essere emesso o meno. Si tratta di norme <<neutre>> rispetto al problema sostanziale dianzi posto, che la dottrina più attenta non ha esitato a qualificare come <<formali>> o <<strumentali>>; si tratta altresì di norme inidonee di per sé a radicare posizioni sostanziali e, correlativamente, inidonee a costituire il punto di riferimento di un accertamento giudiziale autonomo: risulta così dimostrato, ciò che fu a suo tempo anticipato e, cioè, che non pare dommaticamente ammissibile un’azione di accertamento autonomo dell’obbligo di procedere o di provvedere non meglio specificato. Ora a me pare che se si inseriscono tali norme strumentali o formali nello schema qualificatorio dell’interesse legittimo, non si sfugge a risultati definatori del tipo dell’interesse (pretesa) alla legittimità del provvedimento amministrativo: risultati definatori ...propri di una posizione formale o strumentale, non di una posizione sostanziale”.

³³⁴ G. GRECO, “L’accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo”, op. cit., pp. 142 – 145, “l’interesse legittimo riguarda un’utilità, un vantaggio garantito attraverso l’uso corretto del potere e non l’interesse a tale uso corretto: si evita così l’incongruenza di definire come posizione giuridica sostanziale

Viceversa, l'interesse legittimo si configura con riguardo alle norme "sostanziali" o "materiali", cioè quelle che fissano i presupposti per l'emissione di un atto o per la definizione del suo contenuto, che indicano l'interesse pubblico a cui è preordinata la potestà, che impongono il rispetto dei principi d'imparzialità, del minimo mezzo, del buon andamento, della ragionevolezza, e così via.

Ciò perché è dall'applicazione di tali regole che emerge la spettanza del provvedimento e, dunque, del bene della vita ad esso collegato, in ultima analisi l'effettiva emersione dell'interesse legittimo, quale posizione protetta dall'ordinamento, nello specifico caso concreto³³⁵.

l'interesse ad una mera qualificazione giuridica dell'atto amministrativo. Ma non mi pare che un simile fenomeno giuridico possa ancora essere definito come posizione sostanziale. Se, invero, per utilità derivante dall'uso corretto del potere si intende il risultato ... dell'esercizio corretto del potere, si giunge alla conclusione che l'interesse legittimo deve intendersi comunque soddisfatto dall'emissione di un atto amministrativo legittimo ... In altri termini sarebbe soddisfatto, ad esempio, l'interesse legittimo del proprietario espropriato, sol che l'espropriazione sia del tutto legittima ... Sarebbe soddisfatto, altresì, l'interesse legittimo di un concorrente non vincitore, sol che risulti legittimo il procedimento per la formazione della graduatoria di un pubblico concorso ... A me pare che negli esempi testé riferiti l'interesse legittimo non solo non risulta soddisfatto, ma ... non può dirsi neppure esistente come posizione giuridica sostanziale di vantaggio ... Se si argomenta diversamente - e si sostenga che l'interesse legittimo negli esempi sopra riferiti sia soddisfatto -, non si capisce quale sia il bene della vita protetto dall'ordinamento; non si sfugge così ad una ulteriore nozione <<formale>> e non <<sostanziale>> dell'interesse legittimo e si comprende, viceversa, perché la richiamata dottrina, pur avendo asserito la natura sostanziale dell'interesse legittimo, ne escluda poi ogni possibilità di accertamento. Non si può che ribadire, in conclusione, che l'interesse legittimo non può essere definito come posizione giuridica sostanziale, se nella fattispecie normativa costitutiva di detta posizione si fanno rientrare indistintamente tutte le norme che abbiamo visto definire la potestà amministrativa in correlazione all'interesse legittimo stesso ... Si dovrebbe, ad esempio, considerare leso l'interesse legittimo del richiedente un'autorizzazione o la concessione, anche nel caso in cui l'autorizzazione o la concessione siano state rilasciate dall'autorità amministrativa, ma con un atto inficiato da vizi formali; l'interesse legittimo, cioè, sarebbe leso anche nel caso in cui il bene della vita, cui aspirava ... il richiedente, sia stato effettivamente acquisito alla di lui sfera giuridica. Senonché siffatte implicazioni si manifestano in palese contraddizione con ogni formulazione sostanziale della posizione giuridica correlata alla potestà amministrativa".

³³⁵ G. GRECO, "L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo", op. cit., pp. 142 – 145, "Escluso, dunque, che l'interesse legittimo possa essere qualificato come posizione giuridica sostanziale alla stregua delle norme sul procedimento, sulla competenza, sulla forma, sulla motivazione

In pratica, come il diritto soggettivo non viene in rilievo se non quando si perfezionano tutti gli elementi della fattispecie, così accade per l'interesse legittimo nel momento in cui a perfezionarsi siano quegli elementi della norma attributiva della potestà pubblica, che immettono il soggetto interessato nel godimento del bene della vita.

Solo allora si potrà affermare che il privato sia effettivamente portatore di una situazione di interesse legittimo meritevole di soddisfazione³³⁶.

dell'atto, sull'obbligo di pronuncia, ecc... occorre ora accertare se ad un diverso risultato si perviene prendendo in considerazione le rimanenti norme che abbiamo visto definire la potestà amministrativa in correlazione con gli interessi legittimi. Occorre, cioè, verificare se le rimanenti norme (quelle che individuano i presupposti per l'emissione di un atto o per l'emissione di un atto di un certo contenuto, quelle che precisano l'interesse pubblico primario cui è preordinato un determinato potere amministrativo, che impongono il rispetto del principio dell'imparzialità, ecc., nonché le <<norme>> o regole che disciplinano l'<<opportunità>> dell'azione amministrativa) possono essere qualificate come norme << sostanziali >> o << materiali >>. La risposta al quesito non può essere che positiva. Le norme da ultimo richiamate, infatti, stabiliscono o contribuiscono a stabilire se e quando un determinato atto amministrativo deve essere emesso e, dunque, stabiliscono o contribuiscono a stabilire a chi << spetti >> un determinato bene della vita, oggetto di interesse dei consociati, da un lato, e oggetto di disposizione autoritativa della pubblica amministrazione, dall'altro. Poiché, anzi, si è visto che il punto di riferimento immediato dell'interesse dei consociati, nel caso in cui la pubblica amministrazione detiene il potere di incidere sul cennato bene della vita, è rappresentato proprio dall'attività provvedimentale ... si comprende altresì come le cennate norme siano idonee a stabilire se detto << interesse >> sia o meno riconosciuto dall'ordinamento e sussunto dallo stesso a livello di una posizione giuridica (sostanziale)".

³³⁶ G. GRECO, "L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo", op. cit., pp. 146 – 150, "L'interesse all'acquisizione di un bene della vita di fronte all'esercizio di una potestà autorizzatoria, concessoria, ecc. è giuridicamente riconosciuto e fondato ... Allorché sussistano tutti quei presupposti e requisiti dell'esercizio del potere, che sono stabiliti dalle norme sostanziali; si potrà, correlativamente, affermare che l'interesse alla conservazione di un proprio bene della vita, di fronte all'esercizio di una potestà ablatoria, che giuridicamente riconosciuto e fondato ... sol che manchi anche uno dei presupposti e dei requisiti dell'esercizio del potere, che sono stabiliti da norme sostanziali ... risulta assai più facile l'accertamento (e la dimostrazione) della sussistenza di un interesse legittimo statico, rispetto all'accertamento (e alla dimostrazione) della sussistenza di un interesse legittimo dinamico: quest'ultimo comporta una paziente opera di verifica della sussistenza di tutti i requisiti e presupposti sostanziali dell'atto da emettere e ciò fa comprendere come accada che nel giudizio di annullamento si pervenga assai più di frequente all'accertamento di un interesse legittimo statico, che non di un interesse legittimo dinamico ... Il

5.4. La componente doverosa della potestà: l'obbligo di provvedimento.

Un ulteriore dato conoscitivo fondamentale ai fini del giudizio di ammissibilità di un'azione di adempimento pubblicistica, proviene da quella dottrina che ha colto nella struttura dell'interesse legittimo caratteri assimilabili a quelli propri dei diritti di credito, tanto da indurla a qualificare tale posizione giuridica sostanziale in termini di “*pretesa*”.

L'orientamento in rilievo ha ritenuto perfettamente compatibile con le categorie della teoria generale del diritto, un rapporto giuridico che veda collocati, sul lato attivo, appunto una “*pretesa*” e, sul lato passivo, un “*dovere*”, inteso come componente “*doverosa*” della potestà amministrativa.

Non può sfuggire, infatti, che quando un dovere di comportamento astrattamente previsto da una norma, si individualizza, in concreto, nell'ambito di un rapporto giuridico, dando luogo all'insorgenza di posizioni attive che si confrontano con quel dovere, esso “*si trasforma altresì in obbligo giuridico, suscettibile di costituire il polo negativo di un preciso rapporto giuridico pretesa-obbligo*”.

Per la dottrina in esame, l'elemento di collegamento tra la sfera giuridica dell'amministrazione e quella del privato è costituita dalla “*possibile destinatarietà dell'atto provvedimentale*”, dato che l'interesse legittimo quale posizione sostanziale che si atteggia quale aspettativa di un provvedimento favorevole, sorge sin dal momento in cui venga compiuto il primo atto procedimentale³³⁷.

carattere non rigido della classificazione delle norme nell'ambito delle categorie di norme sostanziali e formali”.

³³⁷ G. GRECO, “*L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*”, op. cit., pp. 154 – 156, “*La nozione sostanziale dell'interesse legittimo va definita come pretesa alla emissione (o alla non emissione) di un <<determinato>> provvedimento ... Tutti gli interessi legittimi presentano ... caratteri strutturali assimilabili ai diritti di credito; sicché a me non pare tecnicamente scorretto definire siffatta posizione giuridica sostanziale di vantaggio in termini di <<pretesa>>. Né si obietti che v'è incompatibilità tra i termini di un rapporto il cui lato attivo è rappresentato da una <<pretesa>> e il lato passivo da un <<dovere>> (si tratta della componente, appunto, <<doverosa>> della potestà amministrativa): è noto, infatti, che quando un dovere di comportamento ... si focalizza nella sua applicazione concreta in una*

È chiaro che la pretesa all'emissione o alla non emissione di un determinato provvedimento amministrativo non possa essere considerato un “*bene della vita*” in senso proprio, perché ciò sconfesserebbe quanto affermato in termini di definizione dell'interesse legittimo quale posizione sostanziale, cioè d'interesse ad un bene della vita, giuridicamente riconosciuto e protetto.

Tuttavia, il provvedimento costituisce il “*fatto*” giuridico necessario per l'acquisizione o per la conservazione dei beni della vita, a cui tendono, rispettivamente, gli interessi legittimi pretensivi o gli interessi legittimi oppositivi.

In pratica, il provvedimento è un bene giuridico immediato, strumentale per pervenire al bene giuridico mediato che è appunto l'interesse materiale oggetto della situazione sostanziale d'interesse legittimo³³⁸.

correlazione con una determinata sfera giuridica altrui, sì da far sorgere corrispondenti posizioni attive, si trasforma altresì in obbligo giuridico, suscettibile di costituire il polo negativo di un preciso rapporto giuridico pretesa-obbligo. L'elemento di collegamento tra le diverse sfere giuridiche della amministrazione e del singolo amministrato non può che essere costituito ... dalla destinatarietà dell'atto; anzi, dalla possibile destinatarietà dell'atto provvedimento, dato che la posizione sostanziale dell'interesse legittimo - e, dunque, il rapporto giuridico - sorge prima della emissione del provvedimento e sin dal momento in cui venga compiuto il primo atto procedimentale ... che consenta di individuare con precisione la sfera giuridica altrui, su cui l'atto è destinato ad operare ... Il concetto di destinatarietà dell'atto ... rinviene il proprio fondamento normativo negli articoli 26 al. 1 (...<<Atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici>>...) e 36 al. 2 (...<<Alle persone, alle quali l'atto o il provvedimento direttamente si riferisce>>...) del regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato”.

³³⁸ G. GRECO, “L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo”, op. cit., pp. 157 – 158, “non è in contrasto con la premessa definitoria della posizione giuridica sostanziale (interesse ad un bene della vita, giuridicamente riconosciuto e protetto) la definizione di pretesa alla emissione o alla non emissione di un determinato provvedimento amministrativo. Vero è che il provvedimento amministrativo non può essere considerato un <<bene della vita>> in senso proprio; tuttavia, tale provvedimento ... costituisce il <<fatto>> giuridico necessario per l'acquisizione dei beni della vita, cui tendono gli interessi legittimi dinamici, e per la conservazione del bene della vita, cui tendono gli interessi legittimi statici. È del tutto logico, pertanto, che sia la disciplina dell'ordinamento, sia la posizione sostanziale dei consociati abbiano come punto di riferimento l'attività provvedimentale, così come sempre avviene allorché un determinato bene della vita dipenda da un'altrui attività giuridica. Si potrà dire allora che è il provvedimento il bene della vita, cui immediatamente tende l'interesse legittimo come posizione sostanziale ... si potrà dire, altresì - e con maggior

Ancora, si potrà, altresì, affermare che l'interesse legittimo sia una posizione “*inattiva*”, perché viene soddisfatta dallo svolgimento di un'altrui attività, ma avendo chiaro che è parimenti “*inattiva*” la posizione del diritto di credito, che si traduce in aspettativa di ricevere la prestazione pattuita³³⁹.

In realtà, l'interesse legittimo è posizione giuridica sostanziale dotata di poteri, che, ancor prima che sul piano giurisdizionale, si manifestano su quello squisitamente sostanziale, primo fra tutti, il potere d'intervento nel procedimento amministrativo, che consente di orientare l'esercizio della potestà in modo da far emergere la meritevolezza del vantaggio, mediante allegazione di fatti costitutivi della fattispecie³⁴⁰.

Pur con le dovute distinzioni, l'interesse legittimo ha certamente grandi affinità con la figura del diritto di credito, per taluni aspetti della sua disciplina.

Non può sfuggire, infatti, che, quando si confronta con la potestà discrezionale, l'interesse legittimo si atteggia come “pretesa” sottoposta a condizione.

fondamento -, che il provvedimento è solo lo strumento per il raggiungimento di un bene della vita ulteriore e, correlativamente, che l'interesse legittimo è un interesse <<strumentale>> per il raggiungimento di una posizione giuridica finale; purché sia chiaro, in questo secondo caso, che l'aggettivazione <<strumentale>> deve essere intesa nel senso da ultimo riferito e non nel senso di una posizione disciplinata da norme <<strumentali>> o <<formali>>: tanto per chiarire, l'interesse legittimo potrà essere qualificato come posizione (sostanziale) <<strumentale>>, alla stessa guisa in cui quest'ultima qualificazione appare appropriata al diritto di credito di una somma di denaro, che un bene strumentale per definizione”.

³³⁹ G. GRECO, “L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo”, op. cit., p.159, “Si potrà, altresì, anche affermare che l'interesse legittimo sia una posizione <<inattiva>>, ma solo nel senso che la sua soddisfazione dipende da un'altrui attività, alla stessa guisa in cui si definisce come <<inattiva>> la posizione del diritto di credito: ciò potrà creare delle difficoltà nel riconoscere l'applicabilità di un'azione di accertamento all'interesse legittimo, così come difficoltà sussistono in dottrina nell'ammettere l'applicazione di azioni di accertamento mero ai rapporti obbligatori”.

³⁴⁰ G. GRECO, “L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo”, op. cit., p. 159, “l'interesse legittimo, come posizione giuridica sostanziale, è una posizione di vantaggio e non meramente passiva ... Non è priva di propri <<poteri>>, che si manifestano sia sul piano giurisdizionale sia sul piano squisitamente sostanziale: poteri di transazione, poteri di istanza, poteri di opposizione, poteri di intervento nel procedimento amministrativo (questi ultimi, definiti da un'autorevole dottrina come <<interessi procedurali>>, a me pare che costituiscano altrettante estrinsecazioni (facoltà?) dell'unica posizione giuridica sostanziale di interesse legittimo, allorché ineriscano al titolare di detta posizione)”.

La discrezionalità, in quanto potere di scelta tra più soluzioni di esercizio di attività provvedimentale, parimenti legittime, appartiene in modo esclusivo al soggetto a cui è riconosciuta dall'ordinamento, mediante attribuzione del potere.

Se tale potere di scelta non è libero, in quanto governato da regole che risiedono tanto nella norma attributiva, quanto nei principi generali dell'azione amministrativa, è pur vero che l'applicazione di queste regole è rimessa alla sfera soggettiva dell'organo competente all'esercizio della potestà, al quale non è possibile sostituirsi³⁴¹.

Sicché, il termine di paragone con il diritto di credito, sottoposto ad una condizione, va integrato con la precisazione che trattasi di *condizione potestativa* e non di *condizione meramente potestativa*.

Ciò perché la scelta discrezionale non si atteggia come arbitraria, in quanto è soggetta ad essere plasmata dalla ricorrenza di certi parametri, che, pur nella loro elasticità, costituiscono un limite all'esercizio del potere.

³⁴¹ G. GRECO, "L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo", op. cit., pp. 160 – 162, "In base alle considerazioni che precedono potrebbe insorgere il dubbio che l'interesse legittimo sia in questa sede ricostruito ad immagine e somiglianza del diritto soggettivo (e, in particolare, trattandosi di <<pretesa>>, del diritto di credito). Un'impressione di tal fatta può essere assecondata soltanto nei limiti in cui v'è una certa somiglianza tra le posizioni sostanziali di vantaggio; in coerenza - tra l'altro - con lo stesso dettato costituzionale, che a più riprese assimila l'interesse legittimo al diritto soggettivo, ai fini della tutela giurisdizionale. Ma le diversità tra le due posizioni giuridiche sostanziali ovviamente esistono e sono profonde, anche se dalla assimilazione dell'interesse legittimo al diritto di credito possono talvolta ricavarci - con le dovute cautele - utili elementi anche ai fini della disciplina. Va innanzitutto rilevato che quando l'interesse legittimo è correlato alla potestà discrezionale della pubblica amministrazione, detta posizione giuridica sostanziale si atteggia come <<pretesa>> condizionata. La discrezionalità, invero, rappresenta ... un potere di scelta tra più soluzioni legittime di esercizio di attività provvedimentale; essa attiene ... al momento intellettuale e volitivo dell'attività provvedimentale e ... costituisce un connotato che appartiene in modo esclusivo a tale soggetto; sicché tale scelta non può essere da altri operata, a meno di non produrre la vanificazione dell'accennata attribuzione del potere. Vero è che nel caso della discrezionalità amministrativa tale potere di scelta non è libero, come nell'autonomia privata, ma è disciplinato da regole che ne garantiscono l'opportunità: ma siffatte regole (essenzialmente di buona amministrazione) sono per la loro natura così intrinsecamente legate alle valutazioni soggettive dell'organo competente ad operarle, che non è possibile sostituirsi ... a tale organo nella disciplina secondo opportunità del caso concreto, senza operare altresì una vera e propria sostituzione nella gestione del potere. Si comprende, così, perché un sindacato di merito sia in linea di massima precluso nel nostro ordinamento al giudice amministrativo>>".

L'interesse legittimo, in quanto "pretesa" sottoposta a condizione, ben può essere assimilato alla situazione giuridica dell'aspettativa, senza differenziarsi, quindi, per tale ragione dal diritto soggettivo, specie se correlato ad una potestà amministrativa del tutto vincolata, tanto da poter essere definito "*interesse legittimo con garanzia di risultato*"³⁴².

Se la discrezionalità non vale a marcare chiaramente il confine tra l'interesse legittimo ed il diritto soggettivo, l'elemento decisivo in termini di differenziazione è dato dalla correlazione, non solo all'altrui "dovere", che individualizzato si traduce in obbligo, ma anche alla potestà.

La conseguenza è che, come la potestà amministrativa risulta essere una posizione giuridica frutto della combinazione tra dovere e potere, così l'interesse legittimo accompagna alla componente di vantaggio quella della soggezione, essendo correlata al potere altrui.

È così che tra potestà ed interesse legittimo si realizza una corrispondenza biunivoca, nel senso che, da un lato, al volto autoritativo della potestà pubblica corrisponde la posizione

³⁴² G. GRECO, "L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo", op. cit., pp. 162 – 164, "A ben vedere, dunque, la <<pretesa>> di un soggetto titolare di interesse legittimo si presenta con caratteri in qualche modo assimilabili a quelli del diritto di credito, sottoposto ad una condizione potestativa altrui; ma, si noti bene, si tratta in questo caso di una condizione non meramente potestativa, se è vero che la scelta discrezionale non è mai nel nostro ordinamento amministrativo una scelta arbitraria, ma è viceversa una scelta collegata a parametri vari, che, se pur elastici, certamente limitano in vario modo il cennato potere e per un interesse che trascende quello dell'amministrazione agente. In questi casi, la <<pretesa>> in cui consiste la posizione sostanziale dell'interesse legittimo si presenta, dunque, come una pretesa condizionata e ad essa ben si adatta la qualificazione in termini di <<aspettativa>>, se si riconosce cittadinanza a quest'ultima nell'ambito delle posizioni giuridiche sostanziali: l'interesse legittimo sottoposto al potere discrezionale della pubblica amministrazione, invero, è pur sempre una posizione giuridica sostanziale suscettibile di costituire la posizione di vantaggio di un rapporto giuridico in senso tecnico, anche se si tratta di una posizione sostanziale senza garanzia di risultato. La circostanza che l'interesse legittimo si presenti sovente come <<pretesa>> condizionata non è, peraltro, di per sé elemento sufficiente a differenziare detta posizione sostanziale rispetto a quella del diritto soggettivo, sia perché anche il diritto soggettivo può essere sottoposto ad una condizione non meramente potestativa, sia perché non sempre l'interesse legittimo si trova correlato ad una potestà discrezionale; talvolta, viceversa ... l'interesse legittimo si trova correlato ad una potestà amministrativa del tutto vincolata, sicché in quest'ultimo caso mi pare del tutto appropriato parlare di interesse legittimo con garanzia di risultato".

di soggezione del privato, dall'altro, al volto doveroso della potestà fa da contraltare la situazione attiva dell'interesse legittimo³⁴³.

È, proprio, sul profilo dell'insorgenza dell'obbligo, conseguente all'individualizzazione della componente doverosa della potestà, che si appunta la possibilità logico – giuridica dell'azione di adempimento pubblicistica.

Accade, quindi, che gli elementi istruttori acquisiti agli atti del procedimento, vuoi per iniziativa della PA, vuoi per le allegazioni provenienti dal soggetto interessato grazie all'uso dei poteri partecipativi, nel conformare i contenuti della potestà in modo da rendere doveroso l'emanazione del provvedimento favorevole, in quanto acclarata la sua condizione di migliore soluzione percorribile, integrino l'elemento dello “*ogni altro atto o fatto idoneo*” a produrre obbligazioni “*in conformità dell'ordinamento giuridico*”.

In estrema sintesi, per dirla con CAMMEO, l'emersione di una soluzione che “*sia ... più perfetta delle altre, come quella che meglio concilia il perfetto raggiungimento dell'interesse pubblico col minimo sacrificio degli interessi privati*”, determina l'insorgenza di un'obbligazione del *tertium genus* di cui all'art. 1173 c.c., tanto che “*deve per obbligo d'ufficio essere prescelta dal competente organo amministrativo*”.

Non deve risultare preclusivo a tale opzione ricostruttiva il dogma secondo il quale dalle obbligazioni possono derivare unicamente situazioni di diritto soggettivo, perché ciò significherebbe rimanere ancorati a questioni di mera nomenclatura, come sopra evidenziato (cfr. *supra* para. 3).

³⁴³ G. GRECO, “*L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*”, op. cit., pp. 164-165, “*L'elemento decisivo e costante di differenziazione tra l'interesse legittimo ed il diritto soggettivo non può, dunque, essere individuato nella (eventuale) correlazione che l'interesse legittimo stesso presenta con le altrui scelte discrezionali. Tale elemento differenziatore deve essere individuato, viceversa, nella circostanza che, a differenza del diritto soggettivo, l'interesse legittimo è correlato, oltre che all'altrui <<dovere>> (obbligo), anche al potere dell'amministrazione. Ne deriva che, così come la potestà amministrativa risulta essere una posizione giuridica composta di dovere e potere, altrettanto composta sarà la posizione giuridica dell'interesse legittimo. Di quest'ultima si è finora evidenziato e definito la componente di vantaggio e si è concluso nel senso che tale componente costituisce di per sé una posizione sostanziale. Ma è giunto il momento di considerare anche l'altra componente, che, essendo correlata al potere altrui, non può essere che di soggezione. E così come il potere ed il dovere si integrano vicendevolmente nella potestà amministrativa, altrettanto si verifica per la posizione di soggezione e per la posizione sostanziale di vantaggio, in cui si articola l'interesse legittimo*”.

Il legislatore del codice civile nell'annoverare, tra le fonti delle obbligazioni, le *variae causarum figurae*, ha voluto porre una clausola di chiusura del sistema, in cui può essere annoverato a pieno titolo anche il perfezionamento degli elementi costitutivi della fattispecie dell'interesse legittimo pretensivo, in quanto situazione soggettiva, certamente caratterizzata da profili di specialità, ma pur sempre tale.

Ancora, in termini di raffronto, occorre precisare che diritti potestativi e potestà pubblica condividono l'attitudine a produrre effetti unilaterali nell'altrui sfera giuridica, carattere definito con l'espressione "*autoritatività*".

La potestà si distingue, però, per possedere l'ulteriore elemento dell'imperatività, che, viceversa, è tipico della situazione di diritto pubblico, traducendosi nella capacità del provvedimento - che di quella potestà è espressione - di produrre i propri effetti, sebbene connotato dai evidenti vizi di illegittimità.

Se ne deduce che l'ordinamento amministrativo, relativamente alla potestà amministrativa, ha inteso privilegiare la componente del "*potere*" a quella del "*dovere*", dal momento che, quando sussiste un disallineamento tra la prima e la seconda, il provvedimento, nonostante si sia discostato dai canoni di legge, ai quali si sarebbe dovuto conformare, continua a dispiegare i suoi effetti, sino a pervenire alla "*inoppugnabilità*", che dell'imperatività diviene sublimazione³⁴⁴.

Specularmente, l'esistenza del provvedimento illegittimo determina nella sfera del soggetto privato l'espansione della componente soggezione a discapito della componente

³⁴⁴ G. GRECO, "*L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*", op. cit., pp. 165 - 167, "*Il potere amministrativo - e, dunque, il provvedimento che ne è l'estrinsecazione - si caratterizza non solo per la sua autoritatività, ma anche per la sua imperatività. Il primo connotato è del tutto comune ad ogni manifestazione di potere nei vari rami dell'ordinamento: anche il c.d. diritto potestativo produce effetti unilaterali nell'altrui sfera giuridica, allorché sia esercitato. Il secondo connotato, viceversa, è proprio essenzialmente dell'ordinamento amministrativo; e così, a differenza del provvedimento amministrativo, l'atto unilaterale che costituisce manifestazione del diritto potestativo non produce i propri effetti nella sfera giuridica altrui, qualora sia stato adottato illegittimamente ... Il provvedimento amministrativo ... produce i propri effetti, anche quando sia inficiato dai più disparati ed evidenti vizi di illegittimità ... Il nostro ordinamento ha privilegiato ... la componente <<potere>> alla componente <<dovere>> della potestà amministrativa, quando la prima sia in contrasto con la seconda; l'attitudine alla <<inoppugnabilità>>, che è propria di qualunque provvedimento amministrativo, conferisce poi un rilievo ancora più marcato al descritto carattere di imperatività*".

pretensiva, che giunge ad estinguersi, venendo sostituita dal potere di ricorso, il cui eventuale buon esito, con l'annullamento dell'atto, riconduce le parti alle posizioni preesistenti, facendo risorgere la componente pretensiva dell'interesse legittimo³⁴⁵.

Il fenomeno in rilievo spiega le ragioni per cui l'art. 34 del codice del processo amministrativo abbia assoggettato la facoltà di articolare l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto, al contestuale esperimento dell'azione di annullamento del provvedimento di diniego.

Ciò perché, producendo quest'atto, in virtù del suo carattere autoritativo ed imperativo, l'estinzione dell'aspettativa insita nell'interesse legittimo pretensivo, onde farla rivivere, è necessario eliminare il provvedimento anzidetto che ha dato luogo ad un assetto del rapporto incompatibile con l'esistenza dello stesso interesse legittimo.

Ciò naturalmente non vale a rendere l'azione di annullamento soddisfattoria della pretesa insita nell'interesse legittimo pretensivo, ma ne costituisce un presupposto logico-giuridico in vista dell'emissione del provvedimento ampliativo richiesto³⁴⁶.

³⁴⁵ G. GRECO, "L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo", op. cit., p. 167, "la figura – composita – dell'interesse legittimo, proprio perché risulta essere speculare alla potestà amministrativa, reagisce in modo analogo - e contrapposto - ai fenomeni testé analizzati. Di fronte a un provvedimento illegittimo e lesivo della propria sfera giuridica, il relativo destinatario (in ipotesi titolare di una <<pretesa>> sostanziale anche ad un diverso assetto di rapporti) vede prevalere nell'ambito del proprio interesse legittimo la componente soggezione alla componente pretensiva. Quest'ultima, anzi, si deve ritenere che si estingua del tutto, perché non è concepibile che l'ordinamento riconosca come esistente ed efficace un provvedimento che realizza un certo assetto dei rapporti e nello stesso tempo riconosca come esistente una pretesa sostanziale, di segno opposto, che implica un diverso assetto dei rapporti. Ciò non significa, ovviamente, che detta pretesa sostanziale rimanga del tutto priva di tutela giuridica: è solo che ad essa si sostituisce il potere di ricorso (amministrativo o giurisdizionale) avverso l'atto illegittimo, il cui eventuale annullamento riporta le parti alle posizioni preesistenti e fa risorgere la componente pretensiva dell'interesse legittimo".

³⁴⁶ G. GRECO, "L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo", op. cit., pp. 167 – 169, "è ormai possibile spiegare pianamente le ragioni per le quali devono ritenersi del tutto corretti l'impugnazione del provvedimento negativo ed il conseguente possibile annullamento. Come si ricorderà, tale impugnazione e tale annullamento avevano in passato suscitato perplessità, sulla base della considerazione che il provvedimento negativo - a differenza del provvedimento positivo - non realizzerebbe un nuovo assetto di rapporti: non di annullamento si dovrebbe parlare, dunque, ma di mero accertamento dell'illegittimità dell'atto negativo ... Le ragioni della ammissibilità (e della necessità) dell'annullamento dell'atto negativo

Laddove manchi il provvedimento di diniego e l'aspettativa del privato si confronti con il silenzio-inadempimento dell'amministrazione, la mera inerzia non produce un nuovo assetto del rapporto, cosicché la relativa posizione sostanziale rimane intonsa.

Ne deriva che, avverso il silenzio-inadempimento, l'azione appropriata sia quella dell'accertamento del rapporto e dell'obbligo di adozione del provvedimento richiesto, accertamento non inteso nel complesso del suo duplice ordine di componenti espressive della correlazione potestà – interesse legittimo, bensì con riferimento al solo profilo che intercorre tra la pretesa sostanziale del privato ed il correlativo obbligo dell'amministrazione, riveniente dalle norme sostanziali regolatrici della componente doverosa della potestà³⁴⁷.

devono rinvenirsi, viceversa, nella circostanza che quest'atto, in quanto autoritativo ed imperativo, ha prodotto comunque l'estinzione della pretesa insita nell'interesse legittimo dinamico; pertanto, se si vuole realizzare detta pretesa è necessario innanzitutto farla rivivere, eliminando il provvedimento che ha dato luogo ad un assetto dei rapporti incompatibile con l'esistenza della cennata posizione giuridica sostanziale. Ciò non significa ... che l'azione di annullamento sia soddisfattoria della pretesa insita nell'interesse legittimo dinamico; essa rappresenta, peraltro, un presupposto logico-giuridico necessario per la successiva (eventuale) soddisfazione, che può essere realizzata solo con l'emissione del provvedimento ampliativo richiesto”.

³⁴⁷ G. GRECO, “L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo”, op. cit., pp. 169 – 170, “Il silenzio-inadempimento, così come l'atto esplicito di rifiuto, può ben ledere l'interesse legittimo dinamico, ma, trattandosi di mera inerzia, non produce alcun nuovo assetto di rapporti, che si imponga autoritativamente in capo al titolare dell'interesse legittimo; né pertanto produce l'estinzione della relativa posizione sostanziale ... Rispetto al silenzio-inadempimento non è concepibile altra azione se non quella dell'accertamento del rapporto. Ma va avvertito che quando si parla di accertamento del rapporto amministrativo non si intende far riferimento all'intera correlazione tra le due posizioni composite di potestà ed interesse legittimo; s'intende, viceversa, fare riferimento soltanto alla relazione ... che intercorre tra la pretesa sostanziale del singolo consociato ed il correlativo obbligo, che si desume dalle norme sostanziali, che disciplinano la componente doverosa della potestà. Questo e non altro è il rapporto amministrativo di cui si può concepire l'accertamento in sede giurisdizionale; tale rapporto - che intercorre, come si è evidenziato, tra una posizione sostanziale di vantaggio e la speculare posizione di obbligo - se <<nel breve periodo>> è destinato a soccombere rispetto alla relazione soggezione - potere, è destinato altresì a prevalere nella sistemazione definitiva degli interessi dei consociati coinvolti dall'azione amministrativa ... Il cennato rapporto amministrativo intercorre soltanto tra singolo consociato e l'amministrazione titolare del potere e che tra tali soggetti può sussistere, rispetto all'esercizio del singolo potere, un unico rapporto giuridico”.

Ora, se non vi è dubbio che spetti all'amministrazione accertare la fondatezza della pretesa dei consociati, quando essa viene meno a tale funzione, o perché provvede in modo illegittimo, o perché rimane semplicemente inerte, deve sopperire il potere giurisdizionale che, in tanto appresta una tutela effettiva, in quanto riesca a realizzare *“un assetto di rapporti che sia conforme a quello astrattamente previsto dall'ordinamento”*³⁴⁸.

L'azione di adempimento, in quanto preposta alla *“attuazione del contenuto dell'obbligo”*³⁴⁹, appare il rimedio più appropriato per realizzare la componente doverosa della potestà, così come configuratasi all'esito dell'emersione, nel procedimento amministrativo, degli elementi costitutivi della fattispecie, a seguito dello sviluppo dell'istruttoria su iniziativa dell'amministrazione, ovvero in ragione delle allegazioni prodotte dal soggetto interessato.

³⁴⁸ G. GRECO, *“L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo”*, op. cit., pp. 173 – 174, *“è tempo di tornare ad affrontare problemi più prettamente processuali ... Spetta, invero, alla amministrazione accertare se i possibili rapporti amministrativi di cui si è detto e, dunque, le eventuali o asserite <<pretese>> dei singoli consociati siano effettivamente esistenti e fondate; è compito altresì dell'amministrazione il contribuire sovente a determinare, con le proprie scelte discrezionali, la fondatezza della pretesa dei consociati ed è dovere dell'amministrazione attiva il realizzare un assetto di rapporti che sia corrispondente a quello stabilito in astratto dall'ordinamento. Ma quando l'autorità amministrativa omette di operare nel senso anzidetto o provvede in modo variamente illegittimo deve ovviamente soccorrere il sistema giurisdizionale che, in tanto può dirsi dotato di effettività, in quanto riesce a realizzare - attraverso strumenti processuali magari diversi - un assetto di rapporti che sia conforme a quello astrattamente previsto dall'ordinamento”*.

³⁴⁹ R.NICOLO', voce *Adempimento. B) Diritto civile*, in Enc. Dir., I, Milano, 1969, p. 554 ss.

G.ABBAMONTE, *Sentenze di accertamento e l'oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in *Scritti in onore di Massimo severo Giannini*, I, Milano 1988

AUTORI VARI, *Seminario La sistematica delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, organizzato dal Dipartimento di Studi Giuridici Angelo Sraffa dell'Università Bocconi di Milano e dalla Scuola di specializzazione per le professioni legali delle Università Bocconi e di Pavia, tenutosi il 6 maggio 2010 presso l'Università Bocconi, in *Giustamm.it*

V.BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966

F. BENVENUTI, *Giudicato (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 898 -899

C. CALABRO', *L'ottemperanza come prosecuzione del giudizio amministrativo*, in *Rivista trimestrale diritto pubblico*, 1981, pp. 1167 ss.

E.CANNADA BARTOLI, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1953

F.CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911, p. 346

Camera dei deputati – seduta del 13 giugno 1864, in www.camera.it/storia.camera.it/regno/lavori/leg08/sed635.pdf

E.CAPACCIOLI, *Per la effettività della giustizia amministrativa*, in *Il processo amministrativo. Scritti in onore di G. Miele*, Milano, 1979

C.CASTRONOVO, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, in *Jus*, 1988, 3 p. 24

A.CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, 2012, Torino

A.CARBONE, *Azione di adempimento e Codice del processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2010;

E. CASETTA, *Diritti pubblici subbietivi*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964

R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in Giustamm.it

G.CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile, I, Le azioni. Il processo di cognizione*, Napoli, 1965

M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in Dir. Proc. Amm., 2005

M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenza del codice e apertura a nuove tutele*, in www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/Clarich_Azioni

M. CLARICH, *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamenti giurisprudenziali*, in Dir. proc. amm., 1985

M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989

M. CLARICH, *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamenti giurisprudenziali*, in *diritto processuale amministrativo*, 1985, pp 66 s.s.

M.CLARICH, *Azione di annullamento*, in A.QUARANTA – V.LOPILATO, (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011

G.CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2013

A.DE CUPIS, *Il danno, Teoria generale della responsabilità civile, II*, Milano, 1970
pp. 27-28

A.DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 382

L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003

- E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, in Giustamm.it, 2010
- E. FOLLIERI, *Il processo amministrativo e la natura degli interessi legittimi nel pensiero di Carlo De Bellis*, in Giustamm.it
- E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, trad. it., Milano, 2010
- M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, Riv. Dir. Proc., 1963
- M.S. GIANNINI, *Ha un futuro la nozione di interesse legittimo ?*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, I, Milano, 1993, ora in *Scritti*, IX, Milano, 2006, p. 281
- M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970
- R.GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010
- R.GISONDI, *Alcune riflessioni sulla permanenza di un'azione di adempimento nell'ultima bozza del nuovo codice del processo amministrativo*, in Giustamm.it, 2010;
- G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1981 (chiesta disponibilità a Giuffrè)
- F. LA VALLE, *Azione d'impugnazione e azione di adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, in *Jus*, 1965
- F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Jus*, 1997, ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002
- F.LEDDA, *Agonia e morte ingloriosa dell'interesse legittimo*, in *Il sistema della giustizia amministrativa dopo il decreto legislativo n. 80/98 e la sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 500/99*, Milano, 2000

F.LEDDA, *Polemichetta breve intorno all'interesse legittimo* (1999), in *Scritti giuridici*, Padova, 2002

F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964

F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Jus*, 1997, ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002

F.LIGUORI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, Napoli, 2002, p. 36

C.MANDRIOLI e A.CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, vol. I, Editio minor, Undicesima edizione, Giappichelli, 2013, Torino,

F.MERUSI, *Giurisdizione e amministrazione: ancora separazione dopo il codice sul processo amministrativo?*, in *Giustamm.it*

C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, Roma, 1936,

M. NIGRO, *L'esecuzione delle sentenze di condanna della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1965, poi in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, ora in *Scritti giuridici I*, p 632; *Problemi del nuovo processo amministrativo*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1977, ora in *Scritti giuridici, II*

M.NIGRO, *La riforma del processo amministrativo*, in *Rivista amministrativa*, 1980, ora in *Scritti giuridici, II*

M.NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo ? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di sto riflessione*, in *Foro It.*, 1987 e in *Foro amm.*, 1988, ora in *Scritti giuridici, III*, Milano, 1996

M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. civ.*, 1981, ora in *Scritti giuridici, I*, Milano, 1996,

M.NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960

M. NIGRO, *Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza*, in Foro. It., 1985, V, p. 124

M. NIGRO, *E' ancora attuale una giustizia amministrativa*, in Foro It., 1983

M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, p. 228

M. NIGRO, *Riproduzione dell'atto amministrativo annullato in sede giurisdizionale per difetto di motivazione*, in Foro italiano, 1958, ora in *Scritti giuridici*, I, p. 447.

V.E.ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, III, Milano, 1889

A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milano, 2005

A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962

A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in Enc. Dir., Milano, 1964

A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, pagina 127

A.POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2000-2001, pp. 204 ss.

A.M. SANDULLI, *Il giudizio avanti il Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, 1963

A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, in Riv. Trim. dir. Proc. civ., 1960, anche in *Atti del convegno di studi sull'adempimento del giudicato amministrativo di Napoli, 23 – 25 aprile 1960*, Milano, 1962

A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989

M. A. SANDULLI, *Il codice del processo amministrativo nel secondo correttivo: quali novità?*, in Federalismi.it

M.A. SANDULLI, *L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento*, in www.treccani.it/enciclopedia/

F.G. COCA *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971

F.G. COCA *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990,

F.G. COCA, *Attualità dell'interesse legittimo*, in *Dir. Proc. amm.*, 2011, p. 387

D. SORACE, *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze, 2009

S. SPAVENTA, *Discorso per l'inaugurazione del Consiglio di Stato*, in *Riv. Dir. Pubblico*, 1909

P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1981

P. STELLA RICHTER, *Per l'introduzione dell'azione di mero accertamento nel giudizio amministrativo*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III

P.STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970, p. 111 ss.

A. TRAVI, intervento al convegno su *L'azione di adempimento nel quadro dell'effettività della tutela in sede giurisdizionale*, Milano, 7 ottobre 2011

A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. Atti del LVI Convegno di studi amministrativi di Varenna del 23-25 settembre 2010*, Milano, 2011

A. TRAVI, presentazione in E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, trad. it., Milano, 2010

A.TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, p. 60

A.TRAVI, *Giudizio sul silenzio e nuovo processo amministrativo*, in *Foro italiano*, 2002

A.TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. Atti del LVI convegno di studi amministrativi di Varenna del 23-25 settembre 2010*, Milano, 2011

A.TRAVI, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2001

A.TRAVI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo tra azione di adempimento e azione risarcitoria, nota a sentenza Consiglio di Stato, n. 3338/02*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2003

A.TRAVI, *Processo amministrativo e azioni di risarcimento del danno: il risarcimento in forma specifica*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2003

F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000

R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971

R. VILLATA, *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo*, in *Studi in onore di A. Amorth*, I, Milano, 1982, p. 719 ss.

Resoconto del seminario sui Libri IV e V (ottemperanza, riti speciali e norme finali) del progetto di Codice del processo amministrativo svoltosi il 7 maggio 2010 presso l'Istituto per ricerche e attività educative (I.P.E.) – Napoli, a cura: di G.Urbano, le relazioni di A. Clarizia e L. Iannotta; di L.Casoli, gli interventi di E. Follieri, L. Iannotta e N. Di Modugno; di L.Murgolo, la relazione di M. A. Sandulli, in *Giustamm.it*

G.URBANO, L.CASOLI E L.MURGOLO (a cura di), *Resoconto del Seminario conclusivo sul progetto di Codice del processo amministrativo svoltosi il 21 maggio 2010 presso l'Università degli studi di Torino*, in *Giustamm.it*