amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2024

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĭnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Sulla giurisdizione amministrativa esclusiva. Implicazioni di una riflessione intorno ai principali criteri fondanti in punto di 'riparto'

di Paolo Cotza

(Ricercatore confermato in Diritto Amministrativo presso l'Università di Cagliari (Dipartimento Giurisprudenza))

Sommario

Introduzione. - (I) 1. L'orientamento giurisprudenziale. Prime annotazioni. - (II) 2. 'Rivisitazione' di metodo dei discorsi tradizionali sul potere amministrativo e di teoria delle situazioni giuridiche soggettive. - 2.1. Rilevanza del 'potere pubblico' per via delle sue dinamiche. - 2.2. Dalla legittimazione del potere a quella dell'interesse ('pubblico concreto' / 'legittimo'). - 2.3. Primato del dovere(-obbligo) sul diritto soggettivo e riflessi teoretici in punto di situazioni giuridiche. - 2.4. Ritrascrizione 'in positivo' delle situazioni giuridiche, soggettive … - 2.5. … e residue precomprensioni in punto di riparto di giurisdizione. - 3. Collaudo di un 'approccio' dogmatico. - (III) 4. Implicazioni sulla *ratio* generale della giurisdizione amministrativa esclusiva nonché, sull'interpretazione-applicazione di alcune disposizioni che l'affermano in specifiche 'materie'

Abstract

The paper intends to represent the (coherent) 'specialist' development of a study put together in the short term and driven by a widespread and persistent discomfort (survived by incisive reform interventions): in defining a criterion (if not unequivocal at least) with a reasonable operational impact in order to mark the boundary terms of administrative jurisdiction.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

Introduzione

Lo scritto intende rappresentare il (coerente) sviluppo 'specialistico' di uno studio confezionato a breve distanza e mosso da un diffuso e persistente disagio (sopravvissuto a pur incisivi interventi di riforma): nel definire un criterio (se non inequivoco quantomeno) dal ragionevole impatto operativo onde segnare i termini di confine della giurisdizione amministrativa[1]. Nella circostanza, veniva manifestato l'intento di offrire un (pur modesto) contributo correttivo e riparatorio, intervenendo sul piano dogmatico stanti: certa ambiguità riscontrata nel dato di diritto positivo; nonché, i limiti palesati dal contributo di giurisprudenza forense. Ne era così scaturita una 'rivisitazione', in chiave sistematica, di quei concetti sui quali (di volta in volta) ha finito col vertere la comprensione-applicazione del pertinente dato normativo: dalla correlazione 'diritto-fatto', in quanto conosce il suo precipitato ideale nella sede del processo, fra l'altro condizionando il rapporto tra condizioni dell'azione e questioni di merito; da quelli d''interesse legittimo' e di 'potere (autoritativo)' ai correlati, di 'diritto soggettivo' e d''interesse pubblico'. Così, tracciando una sorta di filo conduttore di un discorso che intendeva ricercare il proprio epilogo in connessioni (tendenzialmente) lapidarie. Ciò, nel fermo convincimento che il problema giuridico affrontato, per la priorità rivestita in un contesto processuale improntato ai canoni della giurisdizione soggettiva e dell'impulso di parte e per la sua dignità di rango costituzionale, debba rendersi accessibile ai cittadini prima che agli studiosi ed agli operatori del diritto, nel suo essere: sotteso alla garanzia 'fondamentale' di pienezza-effettività della tutela[2]; ma, al contempo, esposto a diversi ordini d'insidie.

Ci si riferisce a quelle serbate da certo irrigidimento a livello di clausole generali concorrenti (economia dei mezzi e divieto di 'abuso del processo') pur quando sorrette da argomenti logici[3].

Altrettanto può concludersi con riguardo ai conflitti che s'instaurino, sulle questioni di riparto, fra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato, sul presupposto che la questione concernente la configurabilità o meno di un interesse legittimo, suscettibile di tutela giurisdizionale dinanzi al Giudice amministrativo, integra un problema di

[1] P. COTZA, *Sulla giurisdizione amministrativa. Riflessioni dogmatiche intorno al dato 'positivo' ('oggetto' e 'riparto')*, in *Arch. Giur. Filippo Serafini*, 2023, 1, p. 103 s.

[2] Sulla centralità del valore della tutela del singolo in ogni considerazione sull'accesso alla giurisdizione, A. CARIOLA, *Ragioni e percorsi della giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Nomos*, 2021, p. 3. Cfr. pure l'*incipit de* A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - I. *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000, pp. 1, 161-162.

[3] Così «l'attore che abbia incardinato la causa dinanzi ad un giudice e sia rimasto soccombente nel merito non è legittimato a interporre appello contro la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui prescelto»: in quanto non è ravvisabile soccombenza del primo su quella questione di rito (Cass., sez. un., 20 ottobre 2016, n. 21260; Ord. 27 febbraio 2023, n. 5898).

ISSN 2036-7821

giurisdizione, in quanto attiene ai limiti esterni delle attribuzioni di detto giudice eppertanto, è deducibile con ricorso alle Sezioni Unite della Cassazione[4]. Ci si riferisce: sia al condizionamento dalla prima esercitato nel modificare l'assetto (costituzionale – art. 103 cit. –) in senso monista (giurisdizione funzionalmente unica), facendo leva sulla sua prerogativa di sindacare le sentenze del secondo; in ispregio al limite strutturale (rappresentato dall'art. 111 Cost., comma 8) dei motivi inerenti alla giurisdizione e facendo leva sulla sua interpretazione 'evolutiva'[5];
sia alla 'singolare' concomitanza, di certo incremento di quell''offensiva' della Cassazione, con l'ampliarsi dello spazio attribuito alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo[6].
Il disagio che ne è scaturito (per violazione della garanzia della tutela giurisdizionale - art. 24 Cost. -) ha indotto a ipotizzare soluzioni di armonizzazione delle funzioni nomofilattiche, del tipo di quella d'integrare la composizione delle Sez. Un. con magistrati del Consiglio di Stato, ogniqualvolta quelle siano chiamate a pronunciarsi su questioni di giurisdizione. Salvo obiettare che l'art. 106 Cost. non consente di adottare consimili 'ripieghi', dal momento che limita la possibilità di chiamata all'ufficio di 'Consigliere di Cassazione' ai soli professori ordinari di università in materie giuridiche nonché, agli avvocati iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori, vantanti almeno 15 anni di servizio.
Analogo discorso (d'insidie) vale rispetto a soluzioni (organizzative o quantomeno funzionali) alternative ai tradizionali criteri di riparto, avuto riguardo a certo assetto costituzionale. Per cui:
benché l'art. 103 Cost. non sia di per sé d'ostacolo al conferimento al Giudice ordinario, da parte del Legislatore statale, della giurisdizione su di una intera materia, consentendogli di conoscere d'interessi legittimi, di annullare atti amministrativi eppertanto, d'incidere sui relativi rapporti secondo le diverse tipologie d'intervento giurisdizionale apparecchiate dall'ordinamento[7];

---

[4] A norma dell'art. 362 c.p.c. Così Cass. civ., sez. un., Ord. 9 gennaio 2024, n. 786.

[5] Beninteso, quanto testé perorato attiene al problema del riparto, rispetto al quale diversamente va impostata e trattata la questione dei motivi inerenti alla giurisdizione che pure investe (ma sotto altro profilo) il relativo concetto. Tale distinguo è ben reso dalla stessa Corte di Cassazione (19 settembre 2020, n. 19598). Cfr. pure le puntualizzazioni recate da: Cass. civ., sez. un., Ord. 6 giugno 2023, n. 15934; Ord. 19 maggio 2023, n. 13791; Ord. 2 maggio 2023, n. 11444; Ord. 5 giugno 2023, n. 15706; Ord. 27 gennaio 2023, n. 2497; Ord. 24 gennaio 2023, n. 2196; Ord. 16 gennaio 2023, n. 1157.

Cfr. pure F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, p. 1 s., segn. pp. 4-5, 9-10 sulla 'lettura evolutiva' della nozione di (motivi inerenti alla) giurisdizione (a partire da Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254): avuto riguardo, oltre che al riparto tra gli ordini di giudici (per situazioni soggettive e settori di materia), anche alle forme di tutela impartibili onde assicurare la protezione nonché, ai presupposti del loro esercizio.

[6] Sul punto, F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, p. 8 s.

[7] Cfr. Cass., sez. un., 14 aprile 2011, n. 8487 a proposito dell'art. 152, D.Lgs, 30 giugno 2003, n. 126 in tema di protezione dei dati personali.

ISSN 2036-7821

proprio per via del fondamento costituzionale del relativo riparto, non solo non è ammessa la derogabilità della giurisdizione, benché 'convenzionalmente pattuita'[8]; ma addirittura, come osservato da Corte cost., n. 204/2004, neppure allo stesso Legislatore sarebbe dato di affidare al giudice ordinario, senza preclusioni di sorta, controversie in punto d'interessi legittimi[9].

Per quel che maggiormente rileva nel presente scritto, analogo problema si pone a proposito del conferimento, al Giudice amministrativo, di una giurisdizione esclusiva: in quanto circoscritto secondo gli ambigui termini della locuzione 'particolari materie' (art. 103 Cost.). A tal punto, la trattazione giunge ad un bivio, dato che, per un verso, facendo leva sul progressivo delinearsi, di quella (speciale) esclusiva (dapprima) e di quella (generale) di legittimità (poi), come giurisdizioni 'piene' (per prerogative istruttorie e decisorie)[10], sarebbero prospettabili: un superamento del criterio di riparto per situazioni giuridiche soggettive, all'insegna dell'esaustività di un potere pubblico; (corrispondentemente) del senso stesso della giurisdizione esclusiva.

Se non che, per quanto tale indirizzamento evolutivo sia stato condotto con argomentato rigore da parte di autorevoli voci del mondo accademico (sia prima che dopo il conferimento al Giudice amministrativo di prerogative generali di piena giurisdizione)[11], resta il fatto che non ha raccolto seguito presso gli ulteriori formanti giuridici. Pertanto, su tale falsariga si muove il presente lavoro, di sistemazione dell'attuale panorama normativo e giurisprudenziale, nella (rinnovata) consapevolezza che i problemi attinenti alla giurisdizione del Giudice amministrativo (stante il difficile equilibrio di riparto con quella del Giudice ordinario) vanno adeguatamente trattati nel contesto di una più generale riflessione del sistema delle tutele del cittadino nei confronti della pubblica Amministrazione[12]. Ciò, avuto

[8] Cons. Stato, sez. VI, 28 aprile 2023, n. 4271.

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

[10] Quanto alla giurisdizione esclusiva, la vicenda è esaustivamente rappresentata da A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - I. *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000 ove si dà conto, a fronte dell'arretramento della riforma del 1923 (che ha inaugurato certo incentrarsi dell'attenzione dei formanti giuridici sulla pienezza, più che di tutela, della cognizione sulle materie devolute dal Legislatore al giudice amministrativo), delle significative novità introdotte dal d.lgs n. 80/1998.

[11] In tal senso, anteriormente al vigente Codice del processo amministrativo, V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1988, p. 269: «… la giurisdizione esclusiva avrà un futuro se riuscirà a trasformarsi da appendice "ibrida" del processo di legittimità, di cui ripete ambiguamente forma e sostanza, in una giurisdizione "piena" sia nel senso … per cui i poteri del giudice si colleghino alla domanda di giustizia, senza che la configurazione preliminare delle situazioni soggettive precluda questa o quella domanda, in una considerazione unitaria dell'azione giurisdizionale; sia riconoscendo al giudice amministrativo esclusivo tutti i poteri che consentono di soddisfare pienamente l'interesse fatto valere dal ricorrente, adeguando la pronunzia alla domanda giudiziale». Cfr. pure: A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001; ID., *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 974 s.; recentemente, F.G. SCOCA, *Scossoni …*, 2021, p. 32.

[12] In quest'ottica, pur con sviluppi divergenti, F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, p. 1 s.; A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 974 s., segn. pp. 977-978.

ISSN 2036-7821

riguardo alla relazione fra limiti esterni, principio di effettività e giusto processo, in un'ottica di prevalenza dell'ordinamento giuridico sostanziale sugli assetti (e le 'strettoie') di quello processuale (quanto impone una costante 'calibratura' fra le diverse istanze)[13]; ma altresì senza perdere di vista che l'obiettivo di massimizzazione della tutela, pur quando perseguito secondo equilibrio[14], non può eluderne le differenze di modalità implicate da quelle, fra situazioni giuridiche soggettive e fra rapporti, che potrebbe rivelarsi erroneo ridurre a 'quadri riassuntivi' della prima come positivamente accordata (in quanto tali equiparabili sia pur in prospettiva)[15]. Da qui, l'esigenza di un'elaborazione, del problema giuridico posto dalla giurisdizione esclusiva, interattiva fra sistemi: delle tutele e dogmatico.

1. ***L'orientamento giurisprudenziale. Prime annotazioni.***

Esigenze di compiutezza espositiva suggeriscono di assumere, quale primo termine di confronto, statuizioni giurisprudenziali di portata generale: come tali, senza mezzi termini riferibili al principale dato normativo di base in punto di giurisdizione[16]; ormai sedimentate, benché talvolta collidenti.

Si legge così, sol per citare alcune delle più recenti espressioni 'di massima' (ordinate in modo da comporre una fedele ed organica rappresentazione dell'attuale di ventaglio di tesi), che:

«la giurisdizione si determina sulla base della domanda e, ai fini del riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, ciò che rileva è [non già la prospettazione delle parti, bensì] il "petitum" sostanziale, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della "causa petendi", ossia della natura giuridica della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico sotteso alla pretesa avanzata»[17];

---

[13] E. PICOZZA, *Il difficile equilibrio tra le giurisdizioni*, in *Il processo*, 2021, p. 47 s.

[14] Sull'ampliamento dell'indagine del giudice, estendendola, dal mero accertamento dell'illegittimità (anche solo formale) dell'atto o della condotta dell'Amministrazione (interessi oppositivi), a quella sulla lesione che in concreto derivi al ricorrente da quell'illegittimità (ingiustizia sostanziale), onde scongiurare il rischio di un'iperprotezione di quest'ultimo: A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo - I. Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000, p. 249. Sulla tutela piena degli interessi pretensivi, *ivi*, p. 234 s., salvi più ampi richiami in corso di trattazione.

[15] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo - I. Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000, pp. 21, 25-26, 161.

[16] Evidentemente, salvo quanto previsto dalla Costituzione in ordine all'individuazione degli organi deputati all'esercizio della funzione giurisdizionale (segn. art. 102 ed art. 103), ci si riferisce: all'art. 1 c.p.c. ed all'art. 2907 c.c.; all'art. 37 c.p.c.; all'art. 386 c.p.c.; all'art. 7, comma 1, D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (cd. Codice del processo amministrativo).

[17] Trib. Lamezia Terme, sez. unica, 1° settembre 2023, n. 691. Cfr. pure: Trib. amm. reg. Puglia, Bari, 5 dicembre 2023, n. 1401; Trib. Catanzaro, sez. II, Ord. 27 giugno 2023; Cons. Stato, sez. VI, 28 aprile 2023, n. 4273; tradendo certa equivocità, Cons. Stato, sez. VII, 8 febbraio 2023, n. 1410.

ISSN 2036-7821

«spetta al giudice ordinario decidere quando non si contesti l'esercizio di un potere amministrativo ma la lesione di un diritto soggettivo, con l'unica eccezione dei casi che rientrano nell'ambito della giurisdizione amministrativa esclusiva»[18];
«l'art. 7 del D.Lgs. n. 104 del 2010 afferma la sussistenza della giurisdizione amministrativa di legittimità quando sono impugnati atti emessi nell'esercizio del potere pubblico, e dunque autoritativi, non rilevando che si tratti di un potere discrezionale o vincolato»[19];
«tutte le volte in cui una controversia abbia ad oggetto il controllo giudiziale sulla legittimità di una scelta discrezionale operata dall'Amministrazione, la situazione giuridica dedotta in giudizio non può che appartenere alla categoria degli interessi legittimi, la cui tutela è demandata per regola generale al Giudice Amministrativo, cui spetta il controllo del potere amministrativo ai sensi dell'art. 103 Cost. Quando, infatti, la Pubblica Amministrazione, nei limiti delle proprie prerogative costituzionali, esercita un potere pubblico, a questo di norma corrisponde proprio una situazione di interesse legittimo»[20];
«in caso di attività vincolata, che si verifica allorquando le condizioni e i presupposti fattuali sono già stabiliti dalla legge, … la situazione soggettiva del privato è di diritto soggettivo e la controversia è della giurisdizione ordinaria, mentre nel caso di attività discrezionale sussiste un interesse legittimo e la controversia è della giurisdizione amministrativa»[21].
Salvo osservare (a titolo esemplificativo) certo seguito impresso *ratione materiae*:
«il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in materia di controversie riguardanti la concessione e la revoca di contributi e sovvenzioni pubbliche deve essere attuato (non configurandosi alcuna ipotesi di giurisdizione esclusiva) sulla base del generale criterio di riparto fondato sulla natura della situazione soggettiva azionata, con la conseguenza che sussiste la giurisdizione del giudice ordinario quando il finanziamento è riconosciuto direttamente dalla legge, mentre alla pubblica amministrazione è demandato soltanto il compito di verificare l'effettiva esistenza dei relativi presupposti senza procedere ad alcun apprezzamento discrezionale circa l'*an*, il *quid*, il *quomodo* dell'erogazione; inoltre, è configurabile una situazione soggettiva di interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo, ove la controversia riguardi una fase procedimentale precedente al provvedimento discrezionale attributivo del beneficio, oppure quando, a seguito della

[18] Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2023, n. 2069.
[19] Cons. Stato, sez. III, 22 marzo 2023, n. 2916. Cfr. pure Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2023, n. 2069.
[20] Trib. amm. reg. Molise, Campobasso, sez. I, 28 marzo 2023, n. 90.
[21] Cons. Stato, sez. V, 24 agosto 2023, n. 7929. Cfr. pure Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. VI, 24 luglio 2023, n. 444.

ISSN 2036-7821

concessione del beneficio, il provvedimento sia stato annullato o revocato per vizi di legittimità o per contrasto iniziale con il pubblico interesse»[22];
«ogni questione relativa al possesso dei requisiti morali di cui all'art. 120 del D.Lgs. n. 285/1992, prescritti per il conseguimento del titolo di abilitazione alla guida, spetta alla cognizione dell'A.G.O., trattandosi di accertamento avente natura vincolata e con vincolo posto nell'esclusivo interesse privato, la cui posizione giuridica va qualificata in termini di diritto soggettivo perfetto. Infatti, i provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 120 del D.Lgs. n. 285/1992, dato che incidono su diritti soggettivi non degradabili ad interessi legittimi per effetto della loro adozione, né inerenti a materia riconducibile alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sono riservati alla cognizione del giudice ordinario»[23].
«la giurisdizione del giudice ordinario, con riguardo a una domanda proposta dal privato nei confronti della P.A., non può essere esclusa per il fatto che la domanda medesima contenga (anche) la richiesta di annullamento di un atto amministrativo, perché, ove tale richiesta si ricolleghi alla tutela di una posizione di diritto soggettivo, in considerazione della dedotta inosservanza di norme di relazione da parte dell'amministrazione, quella giurisdizione va affermata, fermo restando il potere del giudice ordinario di provvedere alla sola disapplicazione dell'atto amministrativo nel caso concreto, in quanto lesivo di detto diritto soggettivo»[24]; «in tema di edilizia residenziale pubblica, la controversia introdotta da chi si opponga ad un provvedimento dell'Amministrazione comunale di rilascio di immobili ad uso abitativo occupati senza titolo rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, essendo contestato il diritto di agire esecutivamente e configurandosi l'ordine di rilascio come un atto imposto dalla legge e non come esercizio di un potere discrezionale dell'Amministrazione, la cui concreta applicazione richieda, di volta in volta, una valutazione del pubblico interesse. Tale principio va affermato anche qualora sia dedotta l'illegittimità di provvedimenti amministrativi (diffida a rilasciare l'alloggio e successivo ordine di sgombero), dei quali è eventualmente possibile la disapplicazione da parte del giudice, chiamato a statuire sull'esistenza delle condizioni richieste dalla legge per dare corso forzato al rilascio del bene»[25];
«l'azione risarcitoria è regolata dalla disciplina sostanziale sua propria, con l'ulteriore conseguenza che, quanto alla giurisdizione, la regola di riparto non può che essere quella generale secondo cui appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la domanda risarcitoria proposta dal privato nei confronti della Pubblica

[22] Trib. amm. reg. Lazio, Roma, sez. II, 6 giugno 2023, n. 9511.
[23] Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. V, 11 gennaio 2023, n. 242.
[24] Cass. civ., sez. I, Ord. 3 novembre 2023, n. 30517.
[25] Cass. civ., sez. un., Ord. 9 febbraio 2023, n. 4012.

ISSN 2036-7821

Amministrazione per i danni derivati da comportamenti che non si siano tradotti in atti autoritativi dell'amministrazione medesima»[26];
«la tutela possessoria contro atti della Pubblica Amministrazione può essere richiesta al Giudice ordinario ove la condotta della Pubblica Amministrazione non sia ricollegabile ad un provvedimento amministrativo, cosicché essa abbia agito in via di mero fatto realizzando una attività meramente materiale. Ove invece il comportamento dell'Amministrazione sia ricollegabile a un formale provvedimento, la giurisdizione dovrà essere incardinata innanzi al Giudice amministrativo, indipendentemente dalla legittimità o meno del provvedimento ovvero dal corretto esercizio del potere autoritativo»[27].
Tirando le somme di quel duplice ordine di rassegne, innanzitutto, a livello di affermazioni generali, si distinguono (sia pur sommariamente) almeno tre impostazioni: l'una, vertente sulla situazione giuridica soggettiva; l'altra, sul potere autoritativo correlato alla situazione soggettiva (che, come tale, tenta di riprodurre l'operazione integrativa avanzata dal Legislatore); l'altra ancora, che s'incentra sulla presenza (o meno) di un esercizio discrezionale. Salvo rilevare (per intanto): da un lato, la tendenza a dare 'per scontata' la distinzione fra situazioni giuridiche soggettive; d'altro canto, certa incongruenza (concettuale e sistematica) riferita all'esercizio amministrativo (a seconda che il 'potere autoritativo' venga inteso, indifferenziatamente o meno, come discrezionale o vincolato).
Laddove, quando si valuti il sottostante livello 'applicativo', pare che la Giurisprudenza chiamata ad esprimersi circa il sussistere (o meno) della giurisdizione amministrativa:
ondivagamente indulga ad una sorta di *favor* verso l'un criterio (situazione giuridica soggettiva) o l'altro (collegamento della fattispecie con un formale provvedimento amministrativo);
peraltro, stante la natura (come univocamente intesa) di tutela complementare rispetto al rimedio demolitorio, per 'forza attrattiva' trascinando la soluzione di riparto relativa alle questioni risarcitorie per pregiudizi derivati da atti autoritativi[28]; salvo dover 'stigmatizzare' sulle incertezze che si determinano nell'assumere, quale *causa petendi* dell'azione di danno, l'illegittimità del provvedimento della pubblica amministrazione (se debba ricorrere o meno un nesso 'causale', immediato e diretto)[29].
Non paiono puntualizzazioni dirimenti, con riguardo al criterio del collegamento della fattispecie con un formale provvedimento amministrativo: né il riferimento (omologo)

[26] Cass. civ., sez. un., Ord. 18 ottobre 2023, n. 29009. Cfr. pure (benché ne vada stigmatizzato un improprio riferimento alla giurisdizione esclusiva) Trib. amm. reg. Sicilia, Catania, sez. II, 3 febbraio 2023, n. 339.
[27] Cass. civ., sez. un., Ord. 22 settembre 2023, n. 27197.
[28] Salvo l'orientamento complementare, esempi del quale sono riportati nella nt. seg., valga di rinviare a: Cass. civ., sez. un., Ord. 6 febbraio 2023, n. 3486; 30 giugno 2023, n. 18540.
[29] Cfr.: Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2023, n. 2069; Cass. civ., sez. un., Ord. 7 aprile 2023, n. 9528.

ISSN 2036-7821

all'atto autoritativo come (generico) 'oggetto' della controversia[30]; né quello al rapporto (diretto od indiretto) col pregiudizio, corrispondentemente identificando l'oggetto principale della cognizione nell'atto autoritativo od altrimenti. Così, è dato di leggere che, «al giudice ordinario non è attribuita la cognizione di controversie aventi come *oggetto principale* la legittimità di provvedimenti amministrativi che siano la *fonte diretta* della lesione lamentata. Di talché, ne consegue che in siffatte ipotesi il giudice ordinario non possa neanche disapplicare il provvedimento che viene in considerazione non in via indiretta, nell'ambito di un rapporto il cui oggetto principale è altro, bensì come *fonte diretta* della lesione»[31]. Infatti, onde segnare i termini di confine del riparto di giurisdizione, anche senza contare l'assetto impresso dal vigente dettato costituzionale, sarebbe (quantomeno) anacronistico l'argomento che mutui una disciplina (artt. 2, 4 e 5, L. 20 marzo 1865 n. 2248, all. 'E', sul contenzioso amministrativo):

apprestata ben prima che si affermasse la giurisdizione amministrativa e si forgiasse la figura dell'interesse legittimo;

eppertanto, inerente ad un difetto di giurisdizione non 'relativo', ma 'assoluto' (al cospetto di una rigida considerazione del principio di separazione dei poteri dello Stato e del contrappunto della riserva di amministrazione);

oltretutto superata, nella sua letterale interpretazione, sin dai primi anni del Novecento, sulla scorta dell'argomento logico per cui il Giudice ordinario non può conoscere, dell'effetto lesivo sul diritto soggettivo, se gli viene precluso d'indagare e decidere sulla legittimità dell'atto amministrativo che si vuole causa del pregiudizio stesso[32].

Ragion per cui:

in un contesto ordinamentale nel quale è ormai superata la preclusione (in genere) di un sindacato giurisdizionale condotto in via principale sugli atti amministrativi; così che, non trattandosi di fronteggiare un problema di indipendenza fra poteri-funzione dello Stato, ne risulta assecondata un'impostazione meno rigida anche del riparto di giurisdizione;

rivisitato il rilievo della 'prospettazione' in un contesto epistemologicamente evoluto di considerazione delle condizioni dell'azione[33];

andrebbe più meditatamente valutato se sia preferibile (a partire dalla circostanza di presentare minori controindicazioni) l'adozione (generalizzata ed assorbente) del criterio fondato sulla natura della situazione giuridica soggettiva.

---

[30] Cass. civ., sez. I, Ord. 8 maggio 2023, n. 12019.

[31] Trib. Catanzaro, sez. II, Ord. 27 giugno 2023. Cfr. pure Cass. civ., sez. un., Ord. 6 febbraio 2023, n. 3496.

[32] Così Cass., sez. un., 7 gennaio 1904, in *Giur. it.*, 4, I, col. 234 s.

[33] Cfr. ultimi capoversi del par. 3 nonché, P. COTZA, *Nuove frontiere della legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo (con particolare riguardo alla materia ambientale)*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2024.

ISSN 2036-7821

Non foss'altro perché: avuto riguardo alla giurisprudenza secondo cui l'oggetto della domanda andrebbe colto dal Giudice per come formulato dalla parte (segn., in termini di richiesta, 'in via diretta' o meno, di annullamento di un atto amministrativo[34]); quel contributo pare poco edificante, dal momento che rende sterile l'apporto valutativo del giudice, come indissociabile dalla questione di merito. Non per caso (rinviando, al prosieguo metodologico della trattazione, maggiori ragguagli) si afferma che «la giurisdizione si determina sulla base della domanda e, ai fini del riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, ciò che rileva è il "petitum" sostanziale, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della "causa petendi", ossia della *natura giuridica della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico sotteso alla pretesa avanzata*»[35].

Di tali criticità, parzialmente si è dato conto in precedente scritto (nanti menzionato in nota d'esordio), proponendo una 'chiave di lettura' revisionista, di estrazione dogmatica. Stavolta, si tratta di traslare quel costrutto in funzione di una (eventuale) ricostruzione interpretativa (organica) della (*ratio* della) disciplina concernente la 'giurisdizione amministrativa esclusiva', tenuto conto:

da un canto, dell'invalso orientamento per cui l'assegnazione, al Giudice amministrativo, della cognizione su controversie aventi ad oggetto (la domanda di tutela di) diritti soggettivi sia condizionata all'introduzione di deroghe (al principio dell''unicità della giurisdizione') da parte del Legislatore[36];

d'altro canto, della sensazione che una parte almeno di quelle previsioni 'derogatorie' risenta dell'accennata carenza di rigore della disciplina generale (di cui all'art. 7 cit. c.p.a.), oltreché del condizionamento esercitato da certe prese di posizione della Corte costituzionale[37]; con un deleterio effetto di 'trascinamento' sull'operato della Giurisprudenza quando sia chiamata a pronunciarsi su ambiti così insidiosi (basti pensare che, stando alla tesi del Giudice delle leggi per cui la giurisdizione esclusiva presuppone l'esercizio di un potere qualunque di autorità, in quella stessa sede il giudice amministrativo potrebbe conoscere – sia pur non 'normalmente' – "anche soltanto [di] diritti soggettivi"). Prova ne sia che quest'ultimo 'formante' si è (pur

[34] Cons. Stato, sez. VII, 7 febbraio 2023, n. 1324.

[35] Ultimamente il concetto è ribadito da Trib. Lamezia Terme, sez. unica, 1° settembre 2023, n. 691. Riferimenti più espliciti si rinvengono: in Cons. Stato, sez. VI, 28 aprile 2023, n. 4271, ma soprattutto in Cons. Stato, sez. VI, 28 aprile 2023, n. 4273. Cfr. pure Cons. Stato, sez. III, 13 aprile 2023, n. 3754.

[36] Esempl., Trib. amm. reg. Piemonte, Torino, sez. I, 3 febbraio 2023, n. 134.

[37] Segnatamente, ci si riferisce a Corte cost., 5 febbraio 2010, n. 35 secondo cui, perché sussista la giurisdizione esclusiva, occorrerebbe che l'amministrazione operi, in ambiti predefiniti, "attraverso la spendita di poteri amministrativi che possono essere esercitati sia mediante atti unilaterali e autoritativi, sia mediante moduli consensuali ai sensi dell'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, sia … mediante comportamenti". Sulle incongruenze riscontrabili in diverse previsioni legislative di giurisdizione esclusiva, al di fuori del c.p.a., A. CARIOLA, *Ragioni e percorsi della giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Nomos*, 2021, par. 3.

ISSN 2036-7821

variamente) prodigato nel senso di 'ritagliare' ambiti delle controversie su diritti, pur rientranti nelle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva, in modo da escluderne la riconducibilità al giudice amministrativo.

Da tempo la dottrina non si è limitata a stigmatizzare l'assenza (o, comunque non evidenza) di 'consistenza sistematica' della giurisdizione esclusiva, avvertendo circa il suo rilievo sintomatico: delle criticità nelle quali attualmente incorre certa (considerazione della) 'specialità' della giurisdizione amministrativa esclusiva che giustificherebbe il menzionato regime derogatorio, con particolare riguardo ai rischi che ciò può implicare in termini di arretramento dei livelli di tutela raggiunti dalla giurisdizione amministrativa (in termini di 'pienezza') persino sul piano della protezione degli interessi legittimi[38]. Nella circostanza, l'attenzione è stata all'uopo concentrata, più che sul profilo (costantemente rimasto invariato) di riparto (sindacato esteso ai diritti soggettivi), su quello (al primo strettamente correlato) della tutela: 'di spettanza', rapportandola (in chiave evolutiva) ad una giurisdizione di legittimità tradizionalmente associata alla tutela 'di annullamento'; per cui, nel declinare quella specialità, si è passati dall'originario assoggettamento dei diritti soggettivi alle medesime modalità di protezione degli interessi legittimi, ad un'estensione al giudice amministrativo dello strumentario di tutela apparecchiato per il processo civile. In quest'ottica, l'attenzione si è concentrata sul profilo (meno indagato) dell'implicazione che determinerebbe (in punto di riparto eppertanto), sul senso attuale di una giurisdizione amministrativa esclusiva, la progressiva dotazione di quella di legittimità secondo i canoni della spettanza. Salvo interrogarsi: sulle ragioni per cui non si è pervenuti, per via di quel riavvicinamento (si pensi alla 'scoperta' dell'efficacia conformativa del giudicato di annullamento nonché, alla sentenza di condanna non risarcitoria), ad una tendenziale neutralizzazione della prima[39]; e su quali ne siano pertanto le prospettive. A tal punto, la dottrina in esame propende: a partire da una 'totale assimilazione' alla giurisdizione generale di legittimità ("in quanto si ritenga che essa si eserciti, sempre e comunque, su meri interessi legittimi, e mai su diritti soggettivi"); per un'estensione (in chiave di 'giurisdizione piena'[40]) della tutela del giudice amministrativo su diritti soggettivi 'anche al di fuori delle materie di

[38] Già nell'immediatezza del Codice del processo amministrativo, A. ROMANO TASSONE, *La giurisdizione esclusiva tra glorioso passato ed incerto futuro*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010, segn. parr. V-VI. Quanto alla riconoscibilità di una *ratio* unitaria dell'istituto, cfr. pure P.M. VIPIANA, *Giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991, p. 377 s, 383; F. SCIARRETTA, *Giurisdizione amministrativa "esclusiva" nella tutela dei diritti soggettivi nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, in *federalismi.it*, 2018, p. 2.

[39] Di tale avviso si è dichiarato F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, p. 28 s., segn. p. 32 s., segn. pp. 37-38.

[40] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001.

ISSN 2036-7821

giurisdizione esclusiva: almeno, quando vi sia correlazione fra questi ultimi e l'esaurimento della discrezionalità da parte dell'amministrazione[41].
Se non che, gli sviluppi del dato di esperienza giudica (dei 'formanti' legislativo e giurisprudenziale), quale maturato nel corso degli ultimi lustri, non sembra abbiano dato seguito a quella tesi. Ragion per cui la ricerca di un senso attuale della giurisdizione esclusiva (come speciale) va condotta tenendo conto di una persistente resistenza del principio di 'unicità'. A questa stregua:
pur convenendo che la preferenza per il giudice speciale è (in definitiva) giustificata dalla duplice circostanza che l'ottimizzazione dell'obiettivo, di assicurare (alla luce del dato costituzionale) pieno soddisfacimento a qualsiasi situazione giuridica tutelata, può derivare proprio dall'annullamento del provvedimento[42]; e che comunque "solo il giudice amministrativo appare in grado di valutare quanto il potere … abbia prodotto sul piano dell'assetto degli interessi confliggenti";
pare doversi optare per l'opportunità di riprendere e sviluppare il precedente discorso dogmatico, per come incentrato sui due punti 'deboli' messi in mostra dalla precedente disamina di Giurisprudenza.
Ci si riferisce: oltreché al potere (autoritativo, discrezionale); alle situazioni giuridiche soggettive, dal momento che l'attuale sistema di giurisdizione dualistico, continua a patire della carenza del presupposto di situazioni soggettive dai confini ben delineati, coi relativi problemi di riparto[43]. Ciò, passando altresì attraverso una 'rivisitazione' di quell'interesse pubblico cui l'azione amministrativa è intrinsecamente funzionalizzata, sì da rendere (in linea di massima) opportuna l'assegnazione, al giudice amministrativo, delle correlate controversie, talvolta anche se il cittadino azioni un diritto soggettivo.

2. *'Rivisitazione' di metodo dei discorsi tradizionali sul potere amministrativo e di teoria delle situazioni giuridiche soggettive.*

Il moltiplicarsi delle occasioni di contatto fra la sfera d'interessi del singolo ed i 'pubblici poteri', riscontrabile nel contesto di esperienza recato dalla 'modernità', implica una adeguata 'complessità incrementale' dell'ordinamento (specie in termini di 'apertura al futuro') e, con essa, un pari sostegno concettuale e di sistema. Quest'ultimo, pur senza misconoscere il 'valore' di cui si fa portatrice (di volta in volta) la Legge, assume ormai il problema come fondamentale criterio euristico: principio di organizzazione (funzionale) di un dato 'positivo' (per quanto accennato in termini di

[41] A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, par. VII, ove si assume, quale riferimento principale, l'azione di condanna generale e atipica di cui all'art. 30 c.p.a., da porre in stretta relazione con quanto disposto a proposito dei poteri del giudice del silenzio (art. 31 c.p.a.).
[42] F.G. SCOCA, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 847 s., 862.
[43] M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, p. 143.

ISSN 2036-7821

'apertura') sempre più improntato allo schema 'consequenzialista' (come alternativo a quello 'ipotetico-casuistico'), giacché assolve a compiti di regolazione d'interessi dalla progressiva definizione 'sul campo' (a misura di altri) ed è sensibile agli effetti concreti. Ciò, evidentemente, anche sul versante della tutela eppertanto, processuale[44].

2.1. ***Rilevanza del 'potere pubblico' per via delle sue dinamiche*****.**

Su queste basi, può cominciare col dirsi che non torna utile di avvalersi in genere di una nozione di potere 'in senso statico' (comunque riconducibile a quella di condizione del soggetto che non ha il dovere di omettere l'atto, di compiere quello contrario), tenuto conto che: pur avuto riguardo alla sua matrice sociale[45]; 'in positivo', non va oltre un rilievo giuridico 'di senso', riconducibile alla «*posizione* [o attitudine] *del soggetto (o organo) che è in grado, secondo l'ordinamento, di produrre unilateralmente effetti cui il destinatario dell'atto* [consapevole] *di esercizio del potere medesimo non può sottrarsi*»[46].

Ciò non significa necessariamente che l'idea di potere sia inconferente sul piano giuridico:

né in termini assoluti, benché resti ancora controverso se vi possa trovar utile compendio una fenomenologia tanto estesa ed eterogenea da ravvisarvi persino il tratto saliente (quando non consustanziale) della 'grande dicotomia' pubblico/privato[47]; tanto più che, persino sotto il primo versante, complice il diffondersi di forme contrattualizzate, si registra certa tendenza a convertirlo parzialmente (da autoritativo) in 'servizio' (*rectius*, 'funzione'), quale attività svolta nell'interesse altrui (del cittadino);

né relativamente alla tematica che occupa il presente scritto.

Anzi, proprio in corrispondenza di quest'ultimo versante, pare proficuo di concentrare la speculazione: sulle relative 'dinamiche di legittimazione' (potere quale fenomeno - se non 'pura energia' - reggente in genere i processi di trasformazione

[44] Sia consentito di rinviare a P. COTZA, *"Viatico" di metodo per un diritto amministrativo della modernità. Ridislocazione del punto di vista dottrinale sul versante della tecnica (dalla fattispecie estensionale alla discrezionalità pura, passando attraverso il "tipo normativo di problema")*, Cagliari, Edizioni Giuridiche, 2023.

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

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

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

ISSN 2036-7821

dell'ordinamento[48]); pur senza spingersi sulle accezioni (esposte all'obiezione di risolversi in tecnicismi) di 'situazione soggettiva' come di 'diritto di azione'[49].

---

[48] A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, p. 966, segn. p. 980. ID., *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali Messina*, 1981, p. 406; ID., *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. soc.*, 1991, p. 51 s.

Cfr. pure N. PAOLANTONIO, *Esistenza dell'interesse legittimo? Rileggendo Franco Ledda*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 1 s., segn. pp. 43-45.

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

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

Nell'ambito della 'dogmatica' moderna è merito di A. THON, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, Weimar, 1878, p. 325 l'aver distinto il potere di disporre dal diritto soggettivo (la forza che scaglia il sasso dal sasso medesimo, secondo la sua suggestiva metafora) fino a quel momento confusi nel concetto, generico ed unitario, di "signoria della volontà" (per cui cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2 ed., I, Frankfurt am Main, 1906, p. 856, il quale muove nella direzione di un assorbimento del potere giuridico nel diritto; all'opposto di L. DUGUIT, *L'Etat et le droit objective*, Paris, 1901). Per una netta differenziazione del potere (in quanto fattispecie normativa, di un genere di atti - dunque, schema astratto di dinamiche rappresentate da comportamenti umani, liberi - i cui singoli tipi si chiamano negozi, provvedimenti, leggi) rispetto alle situazioni soggettive, giuridiche ed al diritto soggettivo in particolare (che invece attengono alla posizione del soggetto, per cui loro contenuto non è un comportamento ma un rapporto): G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, p. 241, segn. pp. 238-239, 241-242-243 (*ivi*, nntt. 7-8), 247, 249, 253. Puntualizza lo stesso G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, p. 101 (già in *Dizionario amministrativo* - a cura di G. Guarino -, I, Milano, 1983, p. 101) che le fattispecie normative di comportamenti riconducibili al termine "potere" «presentano la duplice caratteristica: di implicare una scelta tra due o più soluzioni astrattamente possibili e di produrre, oltre ad altri effetti determinati dalla legge anche nel contenuto, effetti il cui contenuto è viceversa determinato dalla legge con riferimento proprio alle scelte, tra le varie possibili, compiute dal soggetto titolare del potere».

Osserva A. CERRI, *Potere e potestà*…, che: «Il potere astratto ...fuori dai casi in cui sia collegato ad un diritto soggettivo..., non è di per sé giuridicamente tutelabile, nel senso che il diritto di azione (art. 24 Cost.), nelle varie forme in cui si esplica (azione di accertamento, di condanna, costitutiva), presuppone una situazione giuridica soggettiva di diritto o di interesse legittimo ...e, dunque, una relazione specifica fra soggetto e "bene della vita"» (*ivi*, p. 3 con ampia rassegna di pronunzie della Consulta; il concetto è ribadito *ivi*, alla p. 6, ove si conclude che: «Solo ove il potere medesimo costituisca oggetto di un diritto subiettivo o di una "libertà" o di un interesse legittimo sono invocabili tutti gli strumenti in difesa del sistema, secondo i suoi principi, ai sensi dell'art. 24, 1° co., Cost.»).

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

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

ISSN 2036-7821

Ciò, in vista: di un riscontro (sul piano dell'idoneità funzionale) da parte dei destinatari; come (in definitiva) della calibratura del sindacato, utile onde definire (in termini più precisi) i confini fra giurisdizioni. Temi, questi ultimi, sui quali ultimamente il dibattito si è riacceso, ma: con esiti discutibili; in particolare, senza riuscire a superare le consuete formule evocative (effettività e/o pienezza della tutela) del termine (oggetto) cui il precetto giudiziale si riferisce, in modo da verificare i margini attuali di un riesercizio del potere pubblico[50].

Procedendo per gradi, valga di osservare preliminarmente che le formule di legittimazione del potere possono (in linea di massima) così distinguersi: «*... la legittimazione a base "soggettiva" sostiene in realtà, più che ogni singola decisione assunta, il complesso delle decisioni che il "legittimo" titolare del potere abbia occasione di emettere durante tutto il suo mandato.*

Le formule di legittimazione oggettiva non possono che attenere invece, in senso stretto, a ciascuna singolarmente delle decisioni adottate dal titolare di un potere che, per quanto dotato di una incontestabile investitura, non è in grado di ottenere efficacemente, su questa sola base, adesione e consenso. Il plafond *legittimativo richiesto dalle tecniche a base oggettiva appare inoltre (qualunque esso sia) più difficile da conseguire, sicché il suo effettivo raggiungimento ad opera della singola decisione si presta, sempre in linea di massima, a maggiori dubbi e contestazioni*»[51].

Per quel che maggiormente rileva ai fini della presente trattazione, valga di sostare su di un ulteriore ordine (immediatamente susseguente) d'implicazioni della vicenda di oggettivazione del potere: di particolare rilievo sul versante pubblicistico ed attinente al porsi, accanto ad una questione di 'effettività' (capacità di fare), di una di 'efficienza' (quanto a possibilità di ottenere)[52]. Segnatamente, risponde alla questione di 'efficienza', nell'esperienza pubblicistica del moderno Stato di diritto, un aggiornamento dell'*autorità-competenza*, parimenti muovendo dal suo rilievo sociale (in quanto esercitata sui membri di una collettività eppertanto, forma di potere). Quel concetto di per sé esprime il riconoscimento di quanti vantino un 'sapere', come tale, sostanziantesi in valori giacché consistente nella capacità di esercitare influenza sulla base ed in favore della 'verità'; eppertanto, distinguentesi dal potere in senso stretto, dal momento che quest'ultimo, pur implicando conoscenza, si limita a circoscriverla (ai mezzi strumentali) al 'fine' da conseguire, senza ambire a verità (al primato del

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

[51] ROMANO TASSONE, *A proposito del potere...*, pp. 567-568.

[52] COTTA, *Potere e Autorità...*, p. 11.

ISSN 2036-7821

fondamento e della dimostrazione) eppertanto, ad un'adesione delle menti (alla persuasione)[53]. L'accennato aggiornamento consiste in ciò che:
«*quel che appare definitivamente consumata … è l'originaria capacità del potere pubblico di ottenere legittimazione, attraverso il richiamo alla corretta investitura del titolare, per una serie indefinita di decisioni – potenzialmente: per tutte quelle adottate entro i confini della propria "competenza" dal legittimo detentore –. Che è poi ... la saliente caratteristica – operativa, quindi definitoria – del potere legittimato soggettivamente. In questo senso, l'identificazione tra potere pubblico e potere legittimato obiettivamente risulta ... già oggi plausibile*»[54];
in quanto (per ciò solo) funzionalizzato *id est*, 'doverosamente' diretto allo scopo di cura dell'interesse pubblico, del potere pubblico s'impone una 'rivisitazione' al pari della 'buona amministrazione' sul piano (piuttosto che della doverosità) del vincolo modale di esercizio[55].

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

Quanto esposto, pur assolvendo al compito di superamento di certa nozione di potere, almeno come metafora da impiegare nel misurarsi col problema della giurisdizione amministrativa, non è certo sufficiente al fine di fondare la *pars construens* del relativo discorso. Peraltro, all'uopo: se il progressivo prevalere di modalità dell'azione amministrativa su base oggettiva ha finito col rispondere ad istanze di 'garanzia invertita' (in favore del cittadino); ben s'intuisce come mai la centralità del problema si sia spostata (ed allargata) sul tema della legittimazione (*an* prima che *quomodo*) dell'interesse pubblico corrispondentemente al punto di vista dell'amministrato cui ci si può momentaneamente riferire in termini di 'legittimo interesse' (in senso lato) per rifarsi ad una locuzione di marca prettamente 'comunitaria-unionista' che scongiura il rischio di condizionamenti derivanti dal *proprium* dell'esperienza italiana.
Taluni hanno obiettato che, «*non sembra in definitiva osservare l'esigenza di certezza del diritto una situazione nella quale la titolarità della situazione giuridica sostanziale fatta valere in giudizio non risulta conoscibile* ex ante, *sulla base delle norme sostanziali, ma soltanto all'esito di un iter processuale che si conclude soltanto* [con] *un giudizio di cassazione*»[56].
A quel punto, però, potendo controdedursi che ormai ci si è addentrati in una fase storica in corrispondenza della quale, ad una società tecnicizzata ed in rapida trasformazione, hanno corrisposto:

---

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

[54] ROMANO TASSONE, *A proposito del potere...*, pp. 572-573.

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

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

ISSN 2036-7821

sia una relativizzazione del problema 'strutturale' di disciplina posto dall'indeterminabilità del futuro;
sia un tendenziale avvicendarsi al *fondazionalismo* del *proceduralismo*[57]; da quest'ultimo risultando traibile persino una parte dei valori etici e politico-costituzionali, dominanti[58].
In quest'ottica, si potrebbe convenire su di un progressivo emanciparsi dall'indicato approccio 'volontaristico' (fondato sulla *voluntas legis*).
Beninteso, si è consapevoli che: il dato 'positivo' vada costantemente inteso quale principale 'formante' di riferimento[59]; altrimenti, restandosi esposti alla censura d''inversione di metodo' (cioè, d'introduzione surrettizia di principi di 'giudizi determinativi' avvalendosi di concetti – tradendo la loro vocazione di 'meri' strumenti orientativi, d'impostazione dei problemi –)[60]. Nondimeno, ben si dovrebbe cogliere (giurisprudenza 'alla mano') la centralità che assumono, sul piano della qualificazione, le differenti 'sedi' (applicative) presso le quali viene traslato (risolvendovi il contesto globale di esperienza giuridica[61]) l'intreccio dell'ordinamento giuridico (alla stregua di un complesso di regole) con la trama delle relazioni fra i portatori degli interessi ed i beni o le situazioni (accessibili). Ciò, corrispondentemente a quanto risulta avvalorato dai più avanzati studi di ermeneutica giuridica in termini di rapporto (non lineare, sul presupposto di un significato oggettivo, pre-esistente cui l'interprete avrebbe accesso, bensì) circolare fra diritto e fatto, quale imprescindibile argine al dilagare delle precomprensioni[62].

---

[57] L. LOMBARDI VALLAURI, *Introduzione filosofica generale*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Procedura, procedimento, processo*, atti del convegno tenutosi ad Urbino, nei giorni 14 e 15 giugno 2007, Milano, Cedam, 2010, p. 3 s.

[58] A. GIULIANI, *Ordine isonomico e ordine asimmetrico: "nuova retorica" e teoria del processo*, in *Soc. dir.*, 1986, p. 81 s.

[59] R. SACCO, *Formante*, in *Dig. disc. priv.* – sez. civ. –, VIII, Torino, 1992, p. 438 s.

[60] La locuzione "inversione di metodo" è ripresa da PH. HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932, p. 92 s. Cfr. pure L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 50 ove, con terminologia ricavata dalla teoria del giudizio, così si osserva: «In quanto hanno un'origine empirica, essendo derivati per induzione dai concetti legali, i concetti ordinatori formati dalla dogmatica non possono fornire principî di giudizi determinativi – sussuntivi di casi particolari sotto una regola data –, ma soltanto principî di riflessione su casi che devono essere tematizzati ai fini della ricerca della soluzione *secundum ius*».

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

[62] MIGLIORINI, *Alcune considerazioni*, cit., p. 290.

Peraltro, si è progressivamente infoltita la schiera di quanti propendono a favore di uno schema non lineare (sul presupposto di un significato oggettivo, preesistente cui l'interprete avrebbe accesso: M.S. GIANNINI, *L'interpretazione*, cit. - di cui dà conto F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2000, p. 1045 ss., segn. pp. 1046 e 1053 ss. -; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* -dir. da Cicu-Messineo-, Milano, Giuffrè, 1980), bensì circolare (respinge recisamente l'assunto di un significato oggettivo, preesistente che l'interprete sarebbe chiamato a svelare, E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 503 ss., segn. p. 505)

ISSN 2036-7821

D'altronde, che l'interpretazione come co-artefice d'interessi giuridicamente rilevanti sia finalizzata all'applicazione di disposizioni ad una realtà delimitata e circoscritta, trova conferma nell'art. 12 delle 'preleggi' al cod. civ. (rubricato 'interpretazione della

---

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

Attualmente il problema ermeneutico non è più inteso solo come di analisi delle condizioni di validità dei processi conoscitivi delle "scienze dello spirito", e l'ermeneutica non si definisce più soltanto come arte dell'interpretazione, complesso di regole tecniche che guidano alla comprensione di espressioni di vita fissate nella scrittura. Essa si spinge oltre, per "scoprire le condizioni propriamente ontologiche del comprendere": prioritaria non è più la domanda "come si conosce", quali sono le regole metodologiche del sapere ermeneutico, ma la domanda (più radicale) "quali sono le condizioni (*a priori*) di possibilità della comprensione". Alla filosofia ermeneutica ed all'ermeneutica generale, spintesi al di là dell'obiettivo di costituirsi in sapere scientifico, si devono: tanto la scoperta che le condizioni ontologiche del comprendere non sono tutte riconducibili nell'ambito di un "procedimento" o di un metodo, quanto la ritrascrizione del circolo ermeneutico (non più fra "parti" e "tutto", bensì) tra la "precomprensione" (anticipazione precognitiva) che l'interprete già possiede del senso della "cosa" (nella circostanza, il testo normativo) e quest'ultima. All'uopo, può rinviarsi, rispettivamente, a: M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, tr. it. Torino, 1969; nonché F. SCHLEIERMACHER, *Etica ed ermeneutica*, tr. it. Napoli, 1985 e H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, tr. it. Milano, 1988 - sul cui pensiero si sofferma G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza -i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer-*, Milano, 1984 -. Occorre prendere atto che la conoscenza, intesa come evento, quale ne sia la forma (spiegazione causale per le scienze naturali, comprensione -a seguito d'interpretazione- per le scienze dell'uomo), è preceduta e determinata costantemente dalle "progettazioni di senso" discendenti, se non dalla "soggettività", dalla partecipazione dell'individuo ad un "senso comune" fatto di giudizi e concetti che, rappresentandone il suo "habitat sociale", profondamente lo influenzano. La sua produttività ermeneutica è tanto meglio garantita quanto più l'interprete è riuscito a spezzare "il cerchio delle proprie private presupposizioni". L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 19: «Nella situazione ermeneutica propria del giurista positivo gli elementi non giuridici o pregiuridici (ideologici in senso ampio) della precomprensione sono filtrati dalla tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene, dal deposito di nozioni teoriche, di orientamenti sistematici, di forme linguistiche tecnicizzate, di massime di applicazione accumulato dalla riflessione dottrinale e dall'esperienza giurisprudenziale precedenti, cioè da elementi (concettuali e linguistici) specificamente giuridici, che condizionano l'approccio ai testi normativi e il modo di intenderne il senso». L'"analitica esistenziale", riconoscendo a tali progettazioni un "carattere ontologico originario della vita umana stessa" (GADAMER, *Verità…*, pp. 265 e 307), le compendia con il sintagma "comprensione originaria" o "precomprensione", a significare che su tale elemento costitutivo dell'esistenza umana (modo di essere dell'"esserci"), avente appunto la struttura del progetto, si fonda (esistenzialmente), al pari dello "spiegare", la comprensione "come risultato dell'interpretazione" (MENGONI, *Ermeneutica...*, p. 3: «Corrispondentemente l'ermeneutica nel senso di "metodologia delle scienze storiche dello spirito" è un modo derivato dell'ermeneutica nel senso primario (ontologico) di "fenomenologia dell'Esserci". Questo significato "primario" è sotteso all'affermazione che "l'interpretazione si fonda esistenzialmente sulla comprensione e non nasce quindi questa da quella"»). In base alla propria "precomprensione", l'interprete interroga la "cosa"; ma solo se la domanda è adeguata la "cosa si lascia comprendere" (cioè, fornisce una risposta appropriata). Altrimenti la domanda torna all'interprete senza una risposta positiva, purtuttavia accrescendo la "precomprensione", di modo che il primo sarà in grado di rivolgere alla "cosa" una domanda più adeguata. L'interpretazione, pertanto, consiste in (ed opera mediante) un circolo di domande e risposte sempre più adeguate, che, producendo un *dialogo coerente* con la "cosa", ne consente, in ultimo, una comprensione autentica.

ISSN 2036-7821

legge') ove così si esordisce: «*nell'applicare la legge…*»[63]. Gli è allora che resta comune il fondamento della comprensione nel processo applicativo: esso si traduce in quel 'nesso dialettico' (moto circolare) che dal 'diritto' (*quaestio juris*) conduce al 'fatto' (*quaestio facti*) per tornare al primo. In altri termini, ogni giudizio (quale esso sia) è prospettabile non come un *quid* a sé stante, bensì come il risultato di un'attività (non solo sotto un aspetto statico, ma anche in una visuale dinamica): considerando la comprensione come un momento 'essenziale ed ineliminabile' nella complessa operazione di applicazione della legge ad un caso concreto[64]. Solo aderendo allo schema logico-circolare di comprensione-applicazione, si è in grado di apprezzare che il giudizio logicamente non anticipa la determinazione volitiva, ma con essa s'identifica, progressivamente definendosi. Altrimenti, nell'ottica della teoria logicistica della decisione (che la equipara ad un sillogismo pratico[65]), la duplicazione delle fasi (posizione della regola del caso concreto e determinazione della susseguente decisione) si rivela non solo una inutile complicazione[66], ma (quel che è peggio) un'aberrazione del processo.

Tentando di ricavare una sorta di 'precipitato' specialistico dalle osservazioni sinora condotte, pare di poter sostenere che l'indiscriminato riferimento legislativo al 'potere' (di cui all'art. 7 cit. c.p.a.) è ultroneo: nella misura in cui stride con i canoni di teoria della norma secondo i quali, quando quest'ultima si conformi allo schema ipotetico-casuistico, cui corrispondono l'azione amministrativa vincolata ed il 'contraltare' della situazione di diritto soggettivo, vi è spazio solo per il rapporto 'norma-fatto'[67]; dunque,

---

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

[64] Cfr.: L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 10-12, 19-20; GADAMER, *Verità*, cit., pp. 350 ss., 360 ss.; T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, nonché -con aggiunte- in *Problemi giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1959, p. 140 ss. Cfr. pure: G. ZACCARIA, *Indirizzi della filosofia e della teoria giuridica contemporanea: una mappa*, in *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 1990, pp. 19 e 164, ove l'a. aderisce alla teoria esposta da J. ESSER in *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt a.M., 1972 (tr. it., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, a cura di Patti-Zaccaria, Napoli, Esi, 1983); F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., 201 ss.

[65] E. CANNADA BARTOLI, *Decisione amministrativa*, in *Nov.mo Dig. it.*, V, Torino, Utet, 1960, p. 268.

[66] Cfr.: B. CROCE, *Filosofia della pratica: economica ed etica*, Bari, Laterza, 1923, segn. pp. 27-28, 328; ma cfr. pure, ID., *La storia come pensiero e come azione*, Bari, Laterza, 1965. Per la rilevanza del pensiero crociano sui problemi di storia e scienza del diritto, Cfr. pure: P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, ora in *Studi sul processo civile*, V, Padova, Cedam, 1947, p. 41; LUIGI (GINO) GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, Giuffrè, 1941, ove coerentemente se ne fa seguire la rivalutazione dei casi concreti e l'approfondimento (filologico potrebbe definirsi) dei testi legislativi, giurisprudenziali e dottrinali; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1970, p. 41.

[67] In linea, con riguardo a controversie inerenti alla concessione e revoca di contributi e sovvenzioni pubbliche, Trib. amm. reg. Puglia, Bari, sez. II, 2 settembre 2023, n. 1095 secondo cui "sussiste sempre la giurisdizione del giudice ordinario *quando il finanziamento è riconosciuto direttamente dalla legge*", "mentre alla pubblica amministrazione è demandato soltanto il compito di verificare l'effettiva esistenza dei relativi presupposti senza procedere ad alcun apprezzamento discrezionale circa l'an, il quid, il quomodo dell'erogazione".

ISSN 2036-7821

con esclusione del 'potere' (che, come tale, non può che essere discrezionale). In quest'ottica, il riferimento all'esercizio autoritativo non è però superfluo: nella misura in cui serve a ricondurre tendenzialmente la giurisdizione amministrativa a norme rispondenti allo schema consequenzialista ('norma-potere-fatto') eppertanto, ad un agire discrezionale cui è correlata la figura dell'interesse legittimo. In quest'ottica, va inteso il riferimento ad "atti costituenti esercizio di *poteri autoritativi e discrezionali*"[68].

A tal punto, una compiuta elucidazione del dato normativo sotto osservazione, onde farne emergere tutte le potenzialità, esige un consono reinquadramento di teoria delle situazioni giuridiche soggettive. Ma, poiché queste ultime si connotano per certa 'trasversalità' rispetto alla somma partizione 'pubblico/privato', e la giurisdizione amministrativa è imperniata sull'interesse legittimo, occorre domandarsi come il medesimo si atteggi alla luce del principio di legalità e rispetto all'interesse pubblico.

In tale contesto, vien fatto d'interrogarsi quanto alle espressioni 'teoricamente possibili' della legalità: se esse siano compendiabili secondo l'alternativa 'esecutiva'/'teleologica', come deporrebbe anche il dato 'positivo' laddove sancisce (all'art. 1, L. n. 241/1990) il risolversi della legalità nel perseguimento dei 'fini determinati dalla legge'[69]; se (altrimenti), per quel che rileva nello studio in esame, il 'problema politico' non sia risolvibile esclusivamente nella sede legislativa (sì da tradursi in 'problema amministrativo'[70]). Così: assumendo centralità lo scopo d'interesse pubblico 'non di parte' (in quanto espressione di un punto di vista che non è quello dell''apparato' – astrattamente dell'atto-attività, del potere –)[71]; altresì, potendo assumere rilevanza, nel concreto, interessi ulteriori. Non per caso, tale evenienza non si configura fintantoché restano insuperate le tradizionali precomprensioni (non solo teoretiche, con riferimento allo schema normativo di riferimento, ma altresì) epistemologiche, quanto alla trascuratezza del giurista verso l'interesse pubblico, per via di certa propensione a "trattarne" separatamente rispetto all'interesse legittimo sostanzialmente inteso[72]. Ciò, a sua volta, si spiega con due ordini di ragioni.

Innanzitutto, per via della teorica in forza della quale nel processo amministrativo (giuridicamente) si farebbe questione del solo interesse pubblico 'di parte' o dell'interesse legittimo come coincidente col primo (da cui "riceve[rebbe] la vita"), così riducendo il secondo al rango di mera prerogativa di reazione nei confronti del provvedimento illegittimo (tale da "sdoganare" la proposizione del ricorso

[68] Tale sintagma si rinviene, *ex multis*, in Cons. Stato, sez. V, 24 agosto 2023, n. 7929.

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

[70] A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2018, pp. 551 s., 554-555.

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

[72] E. CANNADA BARTOLI, *Interesse* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 1 s.

ISSN 2036-7821

giurisdizionale da parte dell'interessato[73]). Risponde al vero che tale tesi ha raccolto un seguito minoritario[74]; pur trattandosi della più raffinata fra quelle originatesi dalla medesima costola, per cui l'unica situazione giuridica, soggettiva, sostanziale, logicamente ammissibile, sarebbe il diritto soggettivo[75]. Ma ciò si spiega in ragione delle obiezioni tradizionali che si appuntano: su di una concezione rigidamente compartimentale ("a tenuta stagna") quanto alla distinzione tra 'norme di relazione' e 'norme di azione', e quindi tra illiceità ed illegittimità; sull'asserto secondo cui il processo amministrativo tutela soltanto l'interesse pubblico individualizzato nell'amministrazione[76]. In particolare, da decenni (ormai) la dottrina ha posto l'accento sulla giuridica implausibilità sia della tesi secondo la quale le norme 'di azione' sarebbero poste a tutela del solo interesse pubblico, sia di quella per cui l'interesse sostanziale dell'individuo possa ridursi a mero fatto di legittimazione[77].

Il secondo ordine di spiegazioni di una trattazione separata dell'interesse pubblico rispetto all'interesse legittimo sostanzialmente inteso, può così articolarsi: per via della connotazione "anfibologica" di un raffronto (l'interesse legittimo designando una situazione giuridica, l'interesse pubblico - atecnicamente - un'utilità per l'amministrazione[78]); altrimenti, identificando l'interesse legittimo con un sotteso interesse sostanziale, privato, in ragione dell'inammissibilità di una "correlazione" con un interesse (quello pubblico) individuato normativamente, dato che «*laddove arriva la legge la definizione del rapporto fra gli interessi è per intero assorbita al suo livello senza spazi residui*» (subordinazione dell'uno o dell'altro) eppertanto, sarebbe da escludere una situazione giuridica strutturalmente distinta dal diritto soggettivo[79]. Gli è tuttavia che quest'ultima tesi neutralizza la (possibilità di) correlazione (al pari dell'idea d'interesse pubblico in concreto) con meri espedienti verbali (es., 'vincolo di scopo', inteso come volto a perseguire non un interesse pubblico, ma interessi obiettivati e già formalizzati

---

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

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

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

[76] S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, pp. 251-255.

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

[77] A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, I, pp. 6-7 s.

[78] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, p. 76, pp. 80-81.

[79] A. ORSI BATTAGLINI e C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 487 s., segn. pp. 496-497. Cfr. pure: R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3201 s., segn. p. 3212 («anche nei riguardi della situazione di interesse legittimo l'interesse effettivo che l'ordinamento intende proteggere è pur sempre l'interesse ad un bene della vita»); M. PROTO, *La responsabilità dell'amministrazione per lesione di (meri) interessi legittimi: aspettando la Consulta*, nota a Corte cost., ord. 8 maggio 1998 n. 165, in *Resp. civ.*, 1998, p. 966 s.

ISSN 2036-7821

in una regola – legge o atto amministrativo –, a prescindere dai singoli e concreti aspetti che costituiscono i motivi della manifestazione di volontà dell'amministrazione[80]); sì da concludere risolutamente nel senso dell'"irrilevanza della nozione di interesse pubblico nella qualificazione delle situazioni soggettive"[81]. Così facendo, però, il medesimo costrutto pare prestar il fianco a due ordini di obiezioni.

Innanzitutto, se l'art. 97 Cost. fonda, ad un tempo, la compiuta risoluzione dell'interesse pubblico nell'ordinamento e, mediante la nozione di legittimità 'allargata', il contenuto dell'interesse legittimo ("che non è possibile definire che in relazione all'interesse pubblico siffattamente risolto"): non solo vi si coglie l'essenzialità della prospettiva di giustizia per la comprensione del diritto amministrativo[82]; ma ne risulta 'sconfessata' qualunque interpretazione ritualistica della legalità, sì da farne emergere gli aspetti sostanziali[83]. In buona sostanza, si tratta di condurre l'interesse legittimo dalla condizione di 'testa di ponte' della legittimità in certa area del merito (secondo quanto verrà esposto a proposito della ragionevolezza) a strumento di massimizzazione della legalità stessa in chiave di tutela (intervenendo principalmente su entrambe le leve – processuale e procedimentale –), sino ad annettervi (almeno in prospettiva) un più penetrante sindacato sull'opportunità.

In secondo luogo, quella tesi 'tradisce' una concezione di regola giuridica invariabilmente attestata secondo lo schema (imperativo – al più nella sua versione finalistica – *id est*) ipotetico-casuistico[84]. La risposta al dilemma concettuale di partenza sembra allora doversi ricercare altrove: prendendo spunto dall'irriducibilità, allo schema testé indicato, delle disposizioni di matrice 'consequenzialista'; sì da dover ricorrere ad una nozione epistemologicamente 'matura' d'interesse pubblico: non come appartenente (in via esclusiva) all'amministrazione, bensì visto nella dinamica della sua determinazione e quindi nella confluenza dei vari interessi che in tale dinamica sono coinvolti, compresi quelli degli amministrati; quale quella suffragata dalle accennate logiche dei meccanismi decisionali (interpretativo-applicativi) e del "circolo ermeneutico"[85].

---

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

[81] Cfr., al riguardo, A. ORSI BATTAGLINI, *"L'astratta e infeconda idea". Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico* (AA.VV.), Bologna, 1990, p. 11 s., segn. p. 73.

[82] E. CANNADA BARTOLI, *Interesse* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 18.

[83] E. CANNADA BARTOLI, *Interesse...*, pp. 9 e 19.

[84] L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, p. 274 s., segn. p. 290.

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

ISSN 2036-7821

Detto altrimenti, come conferma il dato globale di esperienza, non esiste alcun interesse, individuato da qualche disposizione normativa, che, nel contesto dell'agire concreto, non si trovi variamente connesso ad altri (i quali ultimi, a loro volta, anche in mancanza di una previsione normativa, non possono non essere ponderati da chi è tenuto ad operare la scelta)[86]. È, allora intuitivo (e plausibile) che «*fissare il rilievo e l'importanza di un interesse entro o di fronte una costellazione di altri interessi non è opera di ragione, anche se soggettiva: è già optare per un valore piuttosto che per un altro, equivale già alla scelta e cioè in ultima analisi alla volizione*»[87]. Dunque, «*non ha proprio alcun senso pretendere, come talora s'è fatto, che l'interesse pubblico individuato dalla norma come essenziale, costituisca il fine immutabile e predeterminato, un limite o un vincolo, esterno o interno che sia, dell'attività discrezionale*»[88]. Laddove, la sola considerazione del processo ermeneutico-applicativo, secondo uno schema 'circolare' (trovando favorevole sponda epistemologica nell'apporto del 'razionalismo critico' al problema della 'calcolabilità' delle conseguenze della decisione), può garantire al 'farsi' dell'atto una riconducibilità al dato globale di esperienza, (fra l'altro) con corrispondente massimizzazione delle adesioni da parte degli 'interessati'[89].

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

se quello pubblico non è (ormai) un interesse "che incorpora o nega gli interessi privati"[90];

se, in altri termini, l'interesse pubblico si delinea sempre più nitidamente (e legittimamente) via via che si arricchisce l'esercizio dell'interesse legittimo (da parte dei suoi portatori) a cominciare dal piano sostanziale[91]; ed in quest'ottica, trova favorevole sponda quell'autorevole dottrina secondo la quale (a differenza della coppia diritto-obbligo) «*entrambe le situazioni (potere autoritativo e interesse legittimo) vivono nell'ambito di una vicenda dinamica, che mena alla definizione di un (nuovo) assetto di interessi, nel quale si colloca la soddisfazione dell'interesse pubblico e può trovare posto la soddisfazione dell'interesse privato*»[92];

---

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

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

[88] A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 65 ss., segn. p. 77.

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

[90] M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 122; R. MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescienza al provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 1987, p. 84 ss.

[91] F.G. SCOCA, *Interessi protetti* -dir. amm.-, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, Treccani, 1990, p. 11.

[92] F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 399-400. Sul procedimento quale luogo per eccellenza della dinamica, G. PASTORI, *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in U. Allegretti, A. Orsi Battaglini e D. Sorace (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, Maggioli, 1987, p. 805 ss.

ISSN 2036-7821

se ciò si rende possibile (solo) in quanto, sul presupposto della (prolungata) assenza di una compiuta disciplina sostanziale (del tipo di quella - *in primis* codicistica - dedicata ai diritti soggettivi), è anche al processo (alle sue forme ed ai suoi contenuti) che occorre attingere onde ricostruire i caratteri dell'interesse legittimo[93];
se l'ordinamento si contraddistingue in tal senso per il riconoscimento (sia pur in forme e sedi diverse) della 'plurisoggettività dell'interesse legittimo' e di uno strumentario di tutela consono alla varietà del sistema[94];
cade il duplice assunto (ancora ricorrente) di una estrazione esclusivamente 'volontaristica' dell'interesse legittimo; al pari di una trattazione separata dell'interesse pubblico rispetto al primo.
A tal punto, pare potersi giungere ad una prima conclusione in ordine all'oggetto del giudizio amministrativo: come non giova l'identificazione con metafore, quale quella del potere amministrativo; tale deve reputarsi piuttosto (l'interesse pubblico concreto come indissociabile dal)l'interesse legittimo (in quanto di quello esprime il punto di vista del cittadino).

2.3. ***Primato del dovere(-obbligo) sul diritto soggettivo e riflessi teoretici in punto di situazioni giuridiche.***
Tutto ciò però implica, sempre in chiave di correlazione, anche il superamento di una pregiudiziale differenziazione assoluta dell'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo; senza per questo dover sposare una soluzione 'negazionista', stanti la dicotomia strategica "delle regole / della funzione" (per l'appunto, quale riflesso dell''orizzonte normativo' di riferimento), come pure l'infondatezza della tesi che vorrebbe escludere la possibilità di differenze a livello strutturale per via di certa omologazione delle tecniche di tutela (sulla scia dell'insegnamento del Guicciardi).
Gli è, piuttosto, che ad un ormai variegato dato globale di esperienza non può non corrispondere un'articolazione delle situazioni soggettive, giuridiche, sui versanti tanto del diritto soggettivo, quanto dell'interesse legittimo[95]. Solo che quella diversificazione deve essere reimpostata, in chiave unitaria, alla luce del superamento di una concezione 'obiettiva' e 'rigida' delle norme giuridiche, come già di alcune delle relative superfetazioni (es., l''interesse semplice' o 'discrezionalmente protetto') la cui connotazione anacronistica ne risulta più evidente[96].

---

[93] *Ex pluribus* L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi*, cit., pp. 57, 84-86 e 90.
Cfr. pure G. CORREALE, *Struttura del processo amministrativo e situazione fatta valere*, Caserta, Russo, 1978.
[94] G. ABBAMONTE, *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, in *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, atti del XXXVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 1992), Milano, Giuffrè, 1994, p. 137 ss., segn. pp. 137-138.
[95] Da tempo, si è espresso in questi termini SORACE, *Notazioni*, cit., p. 3914. Cfr. pure: A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive* (dir. amm.), cit., p. 978; M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo?*, cit., segn. p. 473.
[96] G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1958, p. 190.

ISSN 2036-7821

Così sviluppando il discorso sulla centralità che assumono, in una trattazione sulla giurisdizione amministrativa, le situazioni giuridiche soggettive, pare possa tornar di qualche utilità una rivisitazione di ordine teoretico delle relative questioni: posto che la distinzione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi «*continua a dar filo da torcere alla giurisprudenza, perché i criteri usualmente utilizzati a questo fine non si prestano ad un'applicazione univoca*»[97]. Ci s'avvede infatti: della 'relatività positiva' del diritto soggettivo (anche la 'pubblicistica' avendo concordato – riscontri normativi 'alla mano' – che sotto tale *nomen iuris* ha finito ormai per compendiarsi una gamma d'interessi ampia – sotto diversi profili –[98]); nonché, del reciproco condizionamento con le 'ulteriori' figure (così che ridefinirne una implica la 'ricollocazione' delle altre). Tuttavia, gli esperimenti condotti tendenzialmente hanno solo contribuito ad assecondare, nei discorsi sull''interesse legittimo' (come situazione soggettiva tendenzialmente 'deminuta') un 'taglio tecnicistico' (anche quando dogmaticamente pregevole): per le relative implicazioni, di assimilabilità disagevole da parte dell''individuo qualunque'[99].

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

Dovendo procedere con gradualità, va rilevato innanzitutto come da tempo paia doversi superare (secondo i dettami del formalismo giuridico) l'assunto tradizionale che seguita a riconoscere al diritto soggettivo la dignità di situazione giuridica, "primaria", oltre al *dovere* ed alla *facoltà*: dal momento che la disciplina comportamentale non consente di uscire dai termini di quell'alternativa; laddove l'interesse assume rilievo pressoché esclusivamente quale elemento teleologico del dovere(-obbligo)[100]. Beninteso, non che s'intenda optare (neppure) per una centralità esclusiva di quella dicotomia. Gli è, infatti, che: si renderebbe problematica la nozione di dovere e si risolverebbe in una "singolare idea" quella della sua preminenza, se non si soggettivizzasse e personalizzasse l'ordinamento[101]; assume altresì rilievo la distinzione fra *dovere giuridico* (a tenere un determinato comportamento) e *dovere finale* (laddove l'ordinamento vuole che non conseguano certi effetti qualora il comportamento non venga tenuto)[102]; il ruolo dell'elemento teleologico resta comunque fondamentale, giacché se l'ordinamento impone, ad un soggetto, certo

[97] Così sempre CLARICH, *Il dualismo giurisdizionale…*, p. 227 s.

[98] ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive...*, p. 984 s.

[99] Significativamente L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi. Il sindacato sul comportamento della p.A. nella giurisdizione sul pubblico impiego*, Napoli, 1984, pp. 262-263.

[100] S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, pp. 4-6, 11 s., 39 s., 46, 100, 102, 117 e 272.

[101] S. PALAZZOLO, *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 289 s., segn. pp. 294-295.

[102] CASSARINO, *Le situazioni giuridiche...*, pp. 218 e 18 s.

ISSN 2036-7821

comportamento, è per uno scopo che altro non può essere se non la tutela di un interesse, salvo stabilire esaustivamente le *tipologie* di quest'ultimo[103].
Nondimeno (ed in definitiva), quell'inquadramento può tornar utile sotto più versanti.
Così, il diritto soggettivo gode di una sua dignità giuridica in quanto:
benché non rientri fra le situazioni giuridiche, primarie (il 'dovere' e la 'facoltà' che - per l'appunto - guadagnano il centro del sistema giuridico ontologicamente, sulla base dell'osservazione per cui la disciplina del comportamento non consente di uscire dall'alternativa fra necessità e possibilità di tenerlo);
è collocato comunque in correlazione diretta con una di quelle, il dovere; *rectius*, con la parte di quell'area meglio denominata 'obbligo' (per distinguerla dal dovere in senso lato), a sua volta segnata dal dato 'positivo'[104].
Ciò - sempre per quanto anticipato -, stante il connotato tipicamente relazionale del diritto soggettivo stesso: presupponente un rapporto fra soggetti ben determinati[105].

Ma, per quel che maggiormente rileva nel presente studio, l'inquadramento d'esordio può tornar utile onde emanciparsi:
dall'idea che, al di fuori di quella qualificazione, non vi sia altro spazio che per l'interesse di fatto (od al più semplice), sul presupposto che alla situazione '(in-)attiva' non possa che corrispondere (oltreché una differenziazione/differenziabilità '*a parte debitoris*') la certezza di attingere al 'bene della vita'[106]; al più risultando registrabili esclusivamente varietà tipologiche di 'carattere esteriore' (es., diritti soggettivi 'a regime amministrativo' – a garanzia delle posizioni vantate dagli altri consociati –[107]);

---

[103] CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*..., pp. 39 s., 297.

[104] RUSSO, *Diritto soggettivo*..., p. 5.
A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 1958, prima del capitolo dedicato a "*Il concetto di diritto soggettivo*" (*ivi*, p. 160 s.), dimostra il primato logico e concettuale del dovere sul diritto (*ivi*, p. 153 s.), costruendo le modalità giuridiche (dunque, classificando le situazioni soggettive) sulla base (in funzione) dei doveri (*ivi*, p. 149 s.). NICOLÒ, *Istituzioni*..., p. 19 s., accentua, quale base del diritto soggettivo, la modalità del dovere (in senso stretto) di astensione o del dovere di cooperazione al soddisfacimento dell'interesse protetto. Nel senso del derivare il diritto soggettivo dall'obbligo e quest'ultimo, a sua volta, dal diritto oggettivo, già R. ALESSI, *La crisi attuale*..., pp. 312, 319 ove l'a. ne trae le implicazioni sul piano del rapporto giuridico: come corrente «da un lato, tra norma giuridica e soggetto obbligato (dando luogo al vincolo), e dall'altro tra norma e titolare del diritto soggettivo (dando luogo alla garanzia)». Sul diritto soggettivo come concetto "derivato" (potere di pretendere l'adempimento dell'obbligo): H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p. 157; A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht-Boston-London, 1989, p. 70 s.

[105] Cfr. le illuminanti (sia pur risalenti) connessioni di S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche …*, pp. 4-6, 11 s., 39 s., 46, 100, 102, 117 e 272; con SANTI ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, p. 172 s. nonché, *ivi*, del medesimo a., *Doveri, obblighi*, p. 91 s.

[106] L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*..., *Introduzione*, p. VII s. Cfr. pure, *ivi*, pp. 105, 132 e 175.

[107] Per cui può rinviarsi a E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della legge 241/90 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, 2001, pp. 8-11 (e relative nntt.), segn. pp. 218-219. Cfr. pure, *op. ult. cit.*, pp. 365 e 373.

ISSN 2036-7821

corrispondentemente, dall'assunto per cui la discrezionalità non potrebbe condividere una natura doverosa; nonché, dall'espediente (risolventesi, per l'appunto, in un giuoco di formule al pari di quanto rilevato a proposito dei 'precedenti' rappresentati dal *diritto alla legittimità-liceità* come da quello all'*osservanza di un 'vincolo di scopo'*) per cui il c.d. interesse legittimo altro non sarebbe che una *pretesa* cui corrisponde un '*obbligo* specifico' (gravante sul titolare del potere) «*ad una completa ed adeguata presa in considerazione dell'interesse* [sostanziale] *in funzione della sua realizzazione*»[108].

2.4. *Ritrascrizione 'in positivo' delle situazioni giuridiche, soggettive …*

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

Il diritto soggettivo è qualificazione tendenzialmente riferibile a qualunque rapporto, fra centri d'imputazione d'interessi giuridicamente rilevanti (anche fra privati ed amministrazione pubblica), retto da disposizioni normative improntate ad uno schema ipotetico-casuistico (ancorché nella versione 'finalistica'). Con correlata predeterminazione 'di massima' dell'interesse sostanziale, prevalente, come tale fronteggiante un obbligo[109]; salvo quel margine di riserva connesso alla circostanza in cui concorra una pluralità di disposizioni da conciliare mediante attività interpretativa; e fermo restando che ciò non significa (viceversa), a fronte dell'esercizio di un'attività vincolata, la necessaria presenza di un diritto soggettivo (quanto dipende dal tipo normativo di problema)[110]. In altri termini, il problema giuridico è corrispondentemente impostato secondo una predefinizione 'positiva' dell'interesse dominante: in assoluto o rispetto ad una data 'scala' spazio-temporale di riferimento. A questa stregua, risultano altresì comprese le ipotesi in corrispondenza delle quali (per quel che maggiormente rileva *ratione materiae*) l'ordinamento sia in grado di risolvere 'a monte' il concorso di disposizioni riconducibili a principi antinomici o che

[108] Così L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi...*, pp. 95, 101, 102-105, 182, 7, 26, 28, 219 s. e segn. 238.

[109] A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* – atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig, svoltosi in Milano, il 19 aprile 2013 –, Napoli, 2014, p. 171 s., segn. p. 193. Che, in coincidenza dei vincoli (obblighi) della p.a., al privato spettino diritti soggettivi, C. CUDIA, *Appunti sulla discrezionalità amministrativa (nello Stato di diritto)*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* – atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013 –, Napoli, 2014, p. 131 s., segn. p. 145.

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

ISSN 2036-7821

si presentino come tali: mediante strategie di gerarchizzazione-confinazione sistemica od avvalendosi di 'concetti-valvola'[111]; operazione complessificatasi dal momento che l'ordinamento nazionale è andato progressivamente compenetrandosi con quello 'comunitario-unionista'.

Laddove l'interesse legittimo ricorre ogniqualvolta sia sottesa, ai menzionati rapporti, una disposizione orientata secondo il criterio consequenzialista; come tale, integrante (l'esercizio di) un'attività discrezionale non solo sul presupposto della necessaria dipendenza, del soddisfacimento del titolare, da un contegno altrui[112], ma anche

---

[111] L'ordinamento consta di una molteplicità di *rationes* (i principi) in grado di ridurre la complessità del contesto di riferimento mediante la predisposizione di soluzioni (ciascuna delle quali potenzialmente incondizionata) ai problemi di quest'ultimo. La co-esistenza di quella molteplicità, entro il medesimo ordinamento, esige meccanismi di "confinazione" (una differenziazione, dell'ambito problematico corrispondente a ciascun principio, in sotto-ambiti problematici, distinti, cui riferire principi diversi) e/o "gerarchizzazione" (ulteriori differenziazioni funzionali, per effetto delle quali si stabilisce quando – entro il medesimo ambito problematico, o i sotto-ambiti nei quali il primo è stato scomposto – un principio "vale" o deve arretrare dinnanzi ad altro). «Confinazione e gerarchizzazione avvengono, peraltro, secondo il "senso" del sistema, sono esito del suo processo di differenziazione funzionale, che si esplica sul piano longitudinale e verticale. Sicché un ordinamento costituisce un sistema di principi (= rationes) costruito secondo un "senso", è la sistemazione dei principi secondo una programmazione. A questa stregua, ogni norma di un ordinamento è espressione di un principio. Ma nella norma il principio, di per sé incondizionato, si presenta, invece, come condizionato» (M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso*, Torino, 1996, p. 324). Lo strumento organizzativo della complementarizzazione «è costituito, in ogni caso, dalla fattispecie, e cioè dalla determinazione delle condizioni di applicazione di un principio regolativo, la quale vale, al tempo stesso, a determinarne l'ambito di applicazione. Le relazioni di competenza, specializzazione, gerarchizzazione, ecc., secondo le quali si organizza la complementarità di principi altrimenti concorrenti/antinomici, sono istituite determinando ambiti distinti per ciascuno di essi, ossia riconducendo ciascuno di essi a fattispecie diverse e tra loro alternative.

La fattispecie, perciò, è, ad un tempo, la tecnica specifica di organizzazione del sistema giuridico ed il criterio di smistamento delle complessità ambientali verso principi regolativi distinti, e cioè il medium tra sistema e [contesto]» (*ivi*, p. 175). «Le complessità marginali, pretermesse o sopravvenute provenienti dal [contesto], proprio in quanto non incontrano fattispecie atte a selezionarle adeguatamente, trovano difficoltà ad essere smistate verso i principi che potrebbero congruamente regolarle. Esse, perciò, producono quella che si potrebbe chiamare una crisi organizzativa, la quale richiede, per essere superata, la produzione di ulteriore organizzazione. E poiché il sistema giuridico si dà organizzazione attraverso la tecnica della fattispecie, il superamento della crisi organizzativa consiste, essenzialmente, in rideterminazioni delle fattispecie, tali da riassorbire il "caso organizzazionale", per via del quale la crisi si è manifestata. Ma, rideterminando le fattispecie, si riassettano, al tempo stesso, le complementarizzazioni dei principi regolativi già istituite, nelle quali consiste il sistema giuridico» (*ivi*, pp. 175-176).

Quanto ai "concetti-valvola", si tratta di "formule problematiche" (es., clausola *rebus sic stantibus*, fiducia, rischio, pericolo, necessità, caso fortuito, etc.) atte a regolare, nei rapporti giuridici, la responsabilità per il futuro.

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

Sull'interesse legittimo quale «riflesso di una certa disciplina dell'attività amministrativa, della configurazione del potere della p.a. come discrezionalità e non come libertà», CUDIA, *Appunti*, cit., p. 133. Cfr. pure (fatte salve le specifiche accezioni connesse al termine "potere"): D. SORACE, *Gli "interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, p. 205; G. SIGISMONDI, *Interesse legittimo e discrezionalità amministrativa*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* -atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013-,

ISSN 2036-7821

perché implicante una *comparazione fra interessi*, non una 'mera' scelta degli strumenti satisfattivi[113]. Stavolta il problema giuridico è normativamente impostato (non secondo una predefinizione dell'interesse dominante, bensì) in base ad 'economie di scala', ad indeterminabilità delle contingenze ed a risultati che ne possano derivare[114]. Ne consegue che non è interesse legittimo il diritto soggettivo 'compresso' a condizioni predefinite o 'di garanzia' rispetto all'esercizio discrezionale[115].

Sempre per quanto già esposto:

pur essendo riconducibile ad uno schema normativo in corrispondenza del quale la relazione fra interessi è del tipo della complementarità (piuttosto che della funzionalità), sì da assecondare la tesi per cui all'interesse legittimo corrisponde un equilibrio *in fieri* (piuttosto che un rapporto di forza predeterminato, tipico del diritto soggettivo);

accedendo alla tesi per cui la discrezionalità condivide la medesima natura dell'operazione interpretativa delle disposizioni (testi); potrà registrarsi (nel concreto dell'operazione applicativo-attuativa della norma[116]) un contributo costruttivo dell'interprete, dal 'tasso' non necessariamente superiore rispetto alle 'fattispecie' in cui la legalità (nella specie, amministrativa) è improntata ad uno schema ipotetico-casuistico (in corrispondenza del quale l'ordinamento è tendenzialmente improntato a prevedibilità).

Dunque:

premesso che, sul piano dinamico, l'interesse legittimo, in quanto trasposizione del 'circolo ermeneutico' nella versione dialogica del rapporto (conflittuale di libertà) fra individuo ed autorità, si risolve allo stesso modo del diritto soggettivo: nel suo aspetto di possibile trasformazione[117];

Napoli, Jovene, 2014, p. 147 ss. Per un accostamento (di teoria generale) dell'interesse legittimo alla discrezionalità (come tale coinvolgente il diritto privato), L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi*, cit., p. 258.

[113] Prendendo spunto dai cc.dd. "diritti sociali" da soddisfarsi mediante le prestazioni dei "pubblici servizi" SORACE, *Notazioni*, cit., pp. 3917-3918.

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

[115] Per quest'ultimo aspetto può rinviarsi a A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - I. *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000, p. 234 s.

[116] R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 13.

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

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

ISSN 2036-7821

si tratta di verificare la possibilità di restituire all'interesse legittimo il rango di situazione giuridica, sostanziale, da 'trasversale' (rispetto ai due emisferi ordinamentali) a figura di rilievo 'identitario' dell'ambito di pertinenza del diritto amministrativo (sì da giustificare certa specialità in punto di tutela giurisdizionale).
Diversamente, si spiega la circostanza dell'essersi fatta strada persino la tesi favorevole all'articolazione di una sola situazione giuridica sostanziale, senza per questo dover necessariamente mutuare la categoria dottrinale dei diritti pubblici soggettivi (dal momento che problema centrale non è più di sostenere la posizione del cittadino verso o contro lo Stato, onde plasmarne la struttura su quella base bensì, di difenderla in concreto)[118]. Potendo così optarsi per certa polisemia all'insegna dell'interscambiabilità delle locuzioni (diritto soggettivo quale interesse legittimo dell'ordinamento generale, interesse legittimo quale diritto dell'ordinamento amministrativo).
Ciò, complice il contrarsi progressivo del momento propriamente discrezionale, almeno nella misura in cui ci si approssimi allo stadio giudiziale, stanti certo tecnicizzarsi di quell'ambito dell'attività amministrativa e l'ampliarsi del novero delle occasioni 'giustiziali' offerto al cittadino già sul piano procedimentale[119]; e, comunque, in considerazione:
sia di una progressiva occupazione dello spazio di tutela degli interessi individuali da parte di una torrentizia produzione di disposizioni (primarie e secondarie) volte soprattutto a regolare competenze e procedure[120];
sia di un graduale assorbimento dei 'tipi' delle situazioni soggettive, giuridiche, nazionali, corrispondenti ad un agire discrezionale in senso stretto, da parte dei modelli di garanzia concepiti dall'ordinamento dell'Unione europea[121].
Per l'intanto, valga solo di osservare che tali ultime connessioni si sono prestate ad almeno un ordine di sviluppi, nel senso che: «se non vi sono distinzioni tra diritto ed interesse, ma solo materie nelle quali si sviluppano i rapporti tra pp.aa. e cittadini, la giurisdizione esclusiva è il modello di riparto del tutto coerente con tale percorso.

---

[118] Cfr.: SANTI ROMANO (*La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Trattato di diritto amministrativo* -a cura di Orlando-, I, Milano, 1900; G. JELLINEK (*Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, tr. it. Milano, 1912; E. CASETTA, *Diritti pubblici subbiettivi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 792, 796-797; C.F. von GERBER, *Über Öffentliche rechte*, Tübingen, 1852 e ID., *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1865; G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, p. 55; recentemente B. SPAMPINATO, *Interesse legittimo e dintorni*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 275 s.

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

[120] A. ROMANO, *Conclusioni*, cit., p. 198.

[121] BRIGNOLA, *Potere discrezionale*, cit., p. 8.

ISSN 2036-7821

Dovrebbe anzi dirsi che giurisdizione esclusiva per materie è l'unico criterio razionale di riparto delle giurisdizioni»[122].

Nondimeno, pare doversi salvaguardare un rilievo 'identitario', dell'ambito di pertinenza del diritto amministrativo, alla situazione giuridica soggettiva in esame, stante la sua relazione comparativa con l'interesse pubblico, che non può essere neutralizzata dal configurare la prima (al pari del diritto soggettivo) come 'quadro riassuntivo' di una tutela 'positivamente' data[123]. Così da giustificare: oltre ad una larga diffusione dell'interesse legittimo (di là dai nominalismi) anche al di fuori dell'ordinamento domestico[124]; certa specialità a livello giurisdizionale (in termini, non di ostacolo all'effettività e pienezza della tutela del privato nei confronti dell'Amministrazione, ma neppure di parificazione integrale della protezione assicurata alle diverse situazioni giuridiche soggettive), trattandosi di far corrispondere, alla disomogeneità delle situazioni giuridiche soggettive, una diversità di contenuti, grado ed intensità della tutela giurisdizionale, non più una pluralità di azioni distinte ed incompatibili fra loro a seconda del discrimine fra situazioni soggettive[125].

Ciò, benché quella connotazione, calandosi nel contesto di esperienza pubblicistica, nazionale, non sempre risulti perspicua; quanto dipende dalla circostanza che le norme di relazione (riconducibili all'ordinamento generale) sovente tendono ad occupare spazi che competerebbero a quelle d'azione, sì da ingenerare una ingiustificata 'ipervalutazione' dell'interesse pubblico 'di parte' rispetto a quello dell'individuo[126].

In quest'ottica, dunque, non sembra potersi trasporre, nella presente trattazione, quanto sostenuto a proposito della giurisdizione 'piena' (come attualmente trasfusa,

---

[122] A. CARIOLA, *Ragioni e percorsi della giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Nomos*, 2021, par. 5. Sull'illogicità della tecnica di isolamento preventivo dei diritti e degli interessi ai fini del riparto di giurisdizione, sul suo mantenimento da parte del giudice esclusivo e sui relativi 'fardelli extraprocessuali', V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1988, p. 119.

[123] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - I. *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000, p. 21. D'altronde, la medesima dottrina riconosce che non vi è alcuna necessità (o residua utilità) di negare la (concettualmente) 'ontologica' differenza intercorrente tra le diverse situazioni giuridiche soggettive, dal momento che, a fronte dell'interesse del singolo, si erga un momento di autorità pubblicistico (così A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, p. 518 s.).

[124] F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 54.

[125] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, p. 526 s., ove l'a. ribadisce che i problemi di effettività della tutela non derivano dalla coesistenza di distinte figure soggettive, bensì dall'inadeguatezza dell'azione giurisdizionale che sia prevista dall'ordinamento a tutela degli interessi legittimi: sì da spostare il baricentro, da una tutela del bene della vita indiretta (di annullamento per motivi di legittimità), ad una tutela diretta (riparazione o reintegrazione di un danno ingiustamente causato dall'Amministrazione).

[126] A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 95 ss., segn. pp. 99-100, 205.

ISSN 2036-7821

per via di materie, in quella esclusiva, in un contesto di generale rafforzamento delle prerogative del Giudice amministrativo), nel senso che:
come vi si fa valere (non tanto una singola e ben qualificabile situazione giuridica soggettiva, quanto) la propria complessiva pretesa sostanziale nei confronti dell'Amministrazione; così il carattere unitario dell'azione non consentirebbe né di scindere la tutela di alcune situazioni soggettive rispetto alle altre, né di differenziare i termini per l'esperibilità delle rispettive forme di tutela[127];
la pienezza della cognizione sul fatto e sul rapporto controverso sottenderebbe ad una tutela reintegratoria tendenzialmente piena delle pretese sostanziali avanzate in giudizio, indipendentemente dalle situazioni soggettive della cui lesione ci si duole[128].

2.5. *… e residue precomprensioni in punto di riparto di giurisdizione*.
Potrebbe obiettarsi che la linea di confine fra giurisdizioni così tracciata (avuto riguardo alle implicazioni, sulla 'qualificazione' degli interessi 'individuali', del 'modo di essere della produzione giuridica di diritto amministrativo') risulta in parte contraddetta dal dato 'positivo' e, in definitiva, assai labile.
Quanto alla prima obiezione, valgano due ordini di connessioni che si sommano sia a quanto anticipato a proposito del rapporto fra atti vincolati e situazioni soggettive giuridiche, sia a quanto esposto nelle pagg. segg. circa le azioni di annullamento ed avverso il silenzio (inerzia) della pubblica Amministrazione, quando si tratti di attività vincolata.
Innanzitutto, è frutto di un'inversione di metodo il concludere che i diritti 'fondamentali' siano (intrinsecamente) resistenti di fronte all'esercizio del potere amministrativo[129]; con le relative implicazioni in punto di giurisdizione delle relative controversie.
In secondo luogo: rispetto all'obiezione per cui, anche a fronte di disposizioni che regolano la competenza e/o la procedura, si è concluso di rinvenire interessi legittimi; può agevolmente replicarsi che essa sarebbe frutto di travisamento: posto che prende le mosse da quell''inversione di metodo' che storicamente ha 'giustificato' il riparto di giurisdizione mediante una sedicente distinzione fra situazioni giuridiche; laddove a

[127] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - I. *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000, p. 152; ID., *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, pp. 384-385.
[128] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - I. *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000, pp. 177-178; ID., *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, pp. 4, 9, 19 e (quanto al rapporto fra effettività della tutela e cognizione piena) 39.
[129] Di diverso avviso F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo, in Il processo*, 2021, p. 16.

ISSN 2036-7821

quest'ultime corrispondono (solo) differenti schemi normativi[130]. Prova ne sia che le disposizioni che regolano la competenza e/o la procedura, tendenzialmente improntate ad uno schema ipotetico-casuistico, sono la risultante di una vicenda storica di progressivo depauperamento di spazi che furono di pertinenza di norme d'azione (dell'ordinamento amministrativo) eppertanto, della discrezionalità amministrativa, cristallizzando consolidati criteri di esercizio ed organizzativi, per rispondere a logiche interne agli enti di amministrazione, piuttosto che di garanzia[131]. *Ergo*, se e nella misura in cui non assolvono indiscutibilmente a (prevalenti) istanze di tutela d'interessi individuali, si dovrebbe concludere che sottendano (ancora) ad interessi legittimi[132]; ed in quest'ottica andrebbe letto il 'combinato disposto' dell'art. 7 c.p.a., c. 1 e dell'art. 29 c.p.a. (tenendo presente che quest'ultima disposizione ha ormai 'metabolizzato' un ondivago atteggiamento del Legislatore, tra istanze di buon andamento e di garanzia, di cui l'art. 21-*octies*, L. n. 241/1990, c. 2, rappresenta solo l'ultima - non è detto definitiva - espressione).

Quanto alla seconda obiezione, basti replicare che, ad un discorso di 'rivisitazione', quale testé avanzato, non deve necessariamente corrispondere l'esaustività. Sennonché, tale limite va semplicemente accettato in una logica operazionale di "costi/benefici"; assumendo consapevolezza: delle conseguenze alle quali conduce (stante la connessione complessiva di ogni divenire) l'impiego di mezzi pur soggettivamente "adeguati"; per poi procedere (conformemente al postulato analitico) sul terreno dell'esperienza, mediante tentativi, attraverso un confronto delle "teorie rivali", onde condurre all'emersione degli errori ("falsificazione") ed alla loro eliminazione[133];

---

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

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

[132] Tale prospettiva è nitidamente offerta da A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* -atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013-, Napoli, Jovene, 2014, p. 171 ss., segn. pp. 198-199.

[133] Cfr.: K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, tr. it. Torino, 1970, 275 s.; H. ALBERT, *Per un razionalismo critico*, tr. it. Bologna, 1973, 59 s.

Ciò, in una condizione del sapere sempre mutevole, mai definitiva, benché non sprovvista dell'attributo dell'oggettività: dato che il prodotto della discussione scientifica, critica (ossia – almeno in una certa forma –, "razionale"), prevalente in un determinato tempo per avere dimostrato il maggior grado di "resilienza", è conoscenza; come tale, distinta dalle semplici opinioni (dalle "credenze") che essa sospende in forza della sua "evidenza". Una teoria, dunque, capace di conquistare il consenso di coloro i quali vedano, nel metodo della discussione razionale ("problematico", "deduttivo dei controlli", "selettivo", "autocorrettivo"), uno strumento di riconciliazione fra pensiero generale e discipline "regionali", compresa quella giuridica (per cui può rinviarsi a M. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, tr. it. Torino, 1958).

ISSN 2036-7821

sul presupposto che l'esercizio discrezionale condivide la medesima natura del circolo ermeneutico.
Laddove certa connessione, fra situazioni giuridiche e schemi normativi, può (se non altro) giovare all'interprete quale approccio orientativo 'di massima'.

3. *Collaudo di un 'approccio' dogmatico*.
Alla luce di quel che precede, pare potersi mettere alla prova la bontà di un costrutto dogmatico, sull'identificazione della giurisdizione, che ha 'corretto' l'incidenza del concetto di potere riservandogli un ruolo più contenuto:
non nel senso che quello amministrativo sia il Giudice del 'pubblico potere';
bensì onde escludere, dal sindacato di quel giudice speciale, un generico coinvolgimento del pubblico interesse nella controversia o nella mera partecipazione di un'Amministrazione pubblica al giudizio;
sussumendola a quella della natura della situazione giuridica azionata[134].
Quanto al Giudice ordinario, la giurisdizione sarebbe ravvisabile ogniqualvolta:
al cospetto di una condotta vincolata dell'Amministrazione pubblica *id est*, non riconducibile all'esercizio (potere) discrezionale (o non più tale[135]), in considerazione della dedotta inosservanza di 'norme di relazione' (*rectius*, rispondenti allo schema ipotetico-casuistico) da parte della prima;
la domanda giudiziale si ricolleghi alla tutela di una posizione di diritto soggettivo; ciò, «anche qualora sia dedotta l'illegittimità di provvedimenti amministrativi … dei quali è eventualmente possibile la disapplicazione da parte del giudice, chiamato a statuire sull'esistenza delle condizioni richieste dalla legge» perché quelli vengano adottati[136].
Mentre, la giurisdizione del Giudice amministrativo andrebbe ravvisata quando: al cospetto di una condotta riconducibile all'esercizio di potere (discrezionale), in considerazione della dedotta inosservanza di 'norme di azione' (quantomeno quelle rispondenti allo schema consequenzialista 'norma-potere-fatto'); la domanda giudiziale si ricolleghi alla tutela (dell'interesse pubblico, concreto come reso, secondo il punto di vista dell'amministrato, dall'istituto) dell'interesse legittimo[137]. Dunque, così (solo) instaurandosi un rapporto interattivo fra le due 'coordinate' fornite dal

[134] Per un inquadramento generale può ultimamente rinviarsi anche a Trib. amm. reg. Puglia, Bari, sez. II, 2 settembre 2023, n. 1095.
[135] Cass, civ., sez. un., Ord. 6 luglio 2023, n. 19160.
[136] Trib. amm. reg. Lombardia, Milano, sez. IV, 8 marzo 2023, n. 599. Cfr. pure Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. VII, 7 marzo 2023, n. 1467.
[137] Cfr.: G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo* (a cura di G. Guarino), I, Milano, 1983, p. 101 s.; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 371 s.; O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, p. 166 s.; E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in *Dir. e proc.*, Padova, 1978, p. 301 s., segn. p. 310; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Dir. proc. civ.*, 1988, p. 3 s.

ISSN 2036-7821

Legislatore; salve le questioni d'incompetenza e violazione di legge (come sviluppo 'garantista' di un assetto discrezionale).
Fermo restando che il medesimo criterio dovrebbe sovrintendere alla disciplina del riparto, in caso di mancato esercizio amministrativo: Giudice ordinario, corrispondentemente ad un dovere vincolato (obbligo); Giudice amministrativo, a fronte di un dovere di scelta discrezionale[138].
Sempre sulla scorta del precedente discorso dogmatico, niente esclude la possibilità di alternative alla conservazione (di una giurisdizione amministrativa imperniata sul criterio-nozione) dell'interesse legittimo cui è approdata il presente scritto avvalendosi dell'ausilio metodologico. Se non che, non pare che le opinioni avanzate al riguardo (spintesi sino a neutralizzare quella figura facendola confluire nell'alveo del diritto soggettivo) abbiano condotto a risultati (se non inequivoci, quantomeno) plausibili sul piano concettual-sistematico e soddisfacenti su quello 'operativo'[139].

Invece, quel che sembra doversi escludere, nella disciplina del riparto, è innanzitutto di accordare rilievo al generico potere autoritativo, in quanto non solo 'di scelta', ma anche 'costitutivo dell'effetto'[140]; potendosi obiettare che tale tesi sconta, l'indubbio rigore concettuale, sul piano ermeneutico-funzionale e di logica 'operazionale' (in

[138] Cons. Stato, sez. III, 25 maggio 2023, n. 5139 («il ricorso avverso il silenzio inadempimento, proposto ai sensi dell'art. 117 del D.Lgs. n. 104/2010, deve intendersi ritualmente esperibile solo se proposto a tutela di posizioni di interesse legittimo, implicanti l'esercizio in via autoritativa di una potestà pubblica, e non se l'inerzia è serbata a fronte di un'istanza avanzata per il riconoscimento di un diritto soggettivo, poiché in tal caso l'interessato ha titolo a chiedere l'accertamento del diritto al giudice competente, vale a dire al giudice ordinario, se la materia non rientra tra quelle di giurisdizione esclusiva»). *Item*, Cons. Stato, sez. IV, 2 maggio 2023, n. 4415.

[139] *Ex pluribus* possono segnalarsi: A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 273; C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, 2012; G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, Rimini, 2016; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017; P. COTZA, *L''interesse legittimo' alla luce di un discorso teoretico-giuridico sul rapporto amministrativo ed il suo processo*, Napoli, ESI, 2017; F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della* vicinitas, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 771 s.; M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, Rimini, 2017; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018; G. GRECO, *Interesse legittimo ed effettività della tutela (a proposito della sentenza 1321/19 del Consiglio di Stato)*, in *sipotra.it*, 14 gennaio 2020; R. BIN, *È scoppiata la terza 'guerra tra le Corti'? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *federalismi.it*, 18 novembre 2020; G. MONTEDORO e E. SCODITTI, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *Questione giustizia*, 11 dicembre 2020; B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2020; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia insieme*, 30 novembre 2020; A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Foronews (Foro it.)*, 12 ottobre 2020; G. TROPEA, *Il Golem europeo e i 'motivi inerenti alla giurisdizione'*, in *Giustizia insieme*, 7 ottobre 2020; I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto*, Rimini, 2021; P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff*, Napoli, 2021; A. CARRATTA, *Limiti esterni di giurisdizione e principio di effettività*, in ID., (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo*, Roma, 2021; F. FRANCARIO, il *Pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021 C-497/20, Randstad Italia s.p.a.*, in *federalismi.it*, 9 febbraio 2022; M. MAZZAMUTO, *Il dopo Randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?*, in *Giustizia insieme*, 16 marzo 2022.

[140] In tal senso F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 1 s., segn. p. 31 s.

ISSN 2036-7821

termini di costi/benefici). Ciò, per via di un intorbidamento che ne deriverebbe alla questione di riparto:
nella sua impostazione in sé, come fondata sulla *causa petendi*, sulla natura della situazione giuridica soggettiva (dal momento che non è dato di comprendere, teoria della norma 'alla mano', per quale ragione ad un esercizio vincolato corrispondano interessi legittimi) ed orientata dal principio di 'unicità' (che risulterebbe violato sottraendo al Giudice ordinario le controversie corrispondenti ad un esercizio vincolato);
nonché (e corrispondentemente), nella sua appendice della previsione normativa di una giurisdizione esclusiva che perderebbe di autonomo rilievo sistematico, per finire mortificata da un (pseudo)criterio d'identificazione per 'materie particolari' (ma comunque dai confini imprecisi)[141].
A fortiori, sempre per il tramite del generico riferimento al potere autoritativo, non pare condivisibile che si riconosca un ruolo surrogatorio (rispetto al criterio del tipo di situazione giuridica soggettiva) al collegamento (o meno) della fattispecie con un formale provvedimento amministrativo (in quanto tale e non per la sua natura discrezionale); semmai, essendo il criterio della natura della situazione giuridica soggettiva ad assumere un ruolo assorbente al cospetto di atti autoritativi[142].
Ciò, sul piano sistematico, a conferma:
di un rapporto di gerarchizzazione fra i due criteri che, di regola (per via dell'unicità della giurisdizione), dovrebbe determinare una sostanziale neutralizzazione del rilievo di quel collegamento (limitato a legittimare un potere di disapplicazione in capo al Giudice ordinario);
di un rapporto invece di confinazione, circoscritto ai casi di esercizio discrezionale cui si correla il criterio della situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo.
Dunque, una soluzione che storicamente affonda la propria giustificazione in ragioni metagiuridiche: sol considerato che, in origine, la stessa insindacabilità, da parte del Giudice ordinario, degli aspetti discrezionali dei provvedimenti incidenti su diritti soggettivi, si spiegava per via, non di una giurisdizione amministrativa, bensì di una sfera di poteri riservati all'Amministrazione[143].

---

[141] Osserva A. PAJNO, *Giurisdizione esclusiva ed "arbitrato" costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 983 s., che l'art. 103 Cost. si limita a porre un vincolo al Legislatore, di compiuta definizione degli ambiti materiali, onde evitare una generalizzata estensione della giurisdizione sui diritti da parte del giudice amministrativo. Aggiunge E.M. BARBIERI, *Giurisdizione esclusiva nel giudizio amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, XL, Roma, 1989, p. 1 s., segn. p. 3 che per 'particolari materie' devono intendersi solo quelle espressamente individuate da una causa giustificativa che possa funzionare da motivazione per la scelta legislativa. Cfr. pure: F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo, in Il processo,* 2021, p. 15; A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 974 s., segn. p. 977.

[142] Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. III, 24 luglio 2023, n. 1111. *Item*: Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. I, 18 luglio 2023, n. 1076; Trib. amm. reg. Campania, Salerno, sez. II, 14 luglio 2023, n. 1700.

[143] Sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Sulla giurisdizione amministrativa. Riflessioni intorno ai principali criteri fondanti ed alle implicazioni in punto di riparto*, in *Arch. Giur. Serafini*, p. 103 s., segn. pp. 155-156. Nell'ottica testé

ISSN 2036-7821

Allo stesso modo, in termini di confinazione, si spiega l'assegnazione, al Giudice amministrativo:
di questioni d'incompetenza e violazione di legge, in quanto sviluppo 'garantista' di un assetto altrimenti discrezionale in origine eppertanto, giustificato secondo 'concentrazione-specializzazione' (pur nella consapevolezza che sono spendibili, in senso opposto, argomenti sia di teoria generale che di diritto positivo)[144];
altresì, delle controversie derivanti da azioni di annullamento ed avverso il silenzio (inerzia) della pubblica Amministrazione (accertamento dell'obbligo di provvedere e condanna al rilascio del provvedimento richiesto), quando si tratti di attività vincolata[145].
Sempre in termini di (progressiva) confinazione, si spiegano:
l'assegnazione, al Giudice amministrativo, per quel che maggiormente interessa ai fini del presente studio, di una porzione di giurisdizione in via esclusiva; nonché, al di fuori di tale ambito, della cognizione incidentale delle questioni pregiudiziali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale;
la sottrazione al Giudice amministrativo, con correlata riserva all'Autorità giudiziaria ordinaria, delle questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità delle persone, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso.

---

prospettata pare doversi "leggere" lo specifico contributo sistematico offerto da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, p. 82. Tale prospettiva è nitidamente offerta da A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* -atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013-, Napoli, Jovene, 2014, p. 171 ss., segn. pp. 198-199.

Di diverso avviso, E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1980, p. 266: «... le norme sull'attività dell'amministrazione sono state introdotte e vigono ... per far correre l'azione amministrativa su binari che, compatibilmente con il soddisfacimento dell'interesse pubblico, assicurino la tutela dei destinatari dell'azione medesima. L'azione amministrativa si svolgerebbe con minori impacci e in concreto magari (non necessariamente, s'intende), con maggiore vantaggio per l'interesse pubblico, se le norme di azione non esistessero. Le norme di azione sono regole garantiste».

Sul punto cfr. pure: C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Questione diritto*, 2009, 34 ss., segn. pp. 47-48, circa la funzione che sarebbe attualmente riconoscibile all'interesse legittimo; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, ed. 1942, p. 34 (ed. 1954, p. 37); F.G. SCOCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 549 s., segn. p. 558 s.

Sulla 'dequotazione dell'incompetenza' sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Il 'merito amministrativo' nell'attualità del 'sistema di giustizia' (un approccio dogmatico-epistemologico)*, Cagliari, Edizioni giuridiche, 2024, par. 4.

[144] Di diverso avviso F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, p. 1 s., segn. pp. 18-19.

[145] Il riferimento cade evidentemente sull'art. 21-octies, L. n. 241/1990 e sugli artt. 31 e 34 c.p.a. Sul tema può rinviarsi a M.C. CAVALLARO, *Attività vincolata dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale*, in *Il processo*, 2020, p. 1 s. Diversamente, F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, p. 28 s., segn. p. 31 ove: non ravvisando alcun rapporto di necessità fra l'azione strumentale diretta a far cessare l'inerzia e l'eventuale azione diretta alla tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi; si conclude nel senso che debba riconoscersi, all'azione avverso l'inerzia, un carattere generale, rendendola esperibile in qualsiasi ipotesi in cui l'amministrazione, alla quale incombe il dovere di attivarsi, rimanga invece inerte.

ISSN 2036-7821

Il che trova conferma anche laddove la questione di giurisdizione si ponga in seno a controversie introdotte dal privato a fini risarcitori, nel senso che si distingue (sia pur senza particolare rigore dogmatico) a seconda che il danno consegua: all'esercizio (ancorché omesso) di un potere discrezionale, 'ai sensi dell'art. 7 cod. proc. amm.', così colpendo un interesse legittimo; altrimenti, a comportamenti dell'Amministrazione pubblica che non si siano tradotti in 'scelte od atti autoritativi', così vulnerando un diritto soggettivo[146]. Salvo osservare che:

quanto ai comportamenti, parrebbe opportuno distinguere fra quelli (meramente) 'materiali' o '*sine titulo*', e quelli 'amministrativi' (es., scorretta gestione del procedimento, ritardo nella definizione del medesimo, cattivo o mancato esercizio del potere di vigilanza)[147];

onde scongiurare il rischio d'introdurre, per questa via, un criterio ulteriore (nullità anziché vizio sotteso all'annullamento), sarebbe preferibile riferirsi al parametro dell'esercizio discrezionale piuttosto che a quello del (generico) potere (della sua manifestazione);

correlativamente, sulla scorta del correttivo adottato nel presente studio, in caso di lesione determinata da un atto autoritativo vincolato, la giurisdizione dovrebbe restare in capo al Giudice ordinario, eccezion fatta per le ipotesi di giurisdizione esclusiva.

Persino quando ci s'imbatta in una situazione giuridica soggettiva per la quale, come nel caso dell''affidamento incolpevole' del privato, è dibattuta la riconducibilità al binomio 'diritto – interesse legittimo' in senso stretto[148], pare improprio (non pertinente) l'assumere a termine di riferimento, onde giustificare la giurisdizione del Giudice ordinario, l'assenza di un collegamento fra il comportamento pregiudizievole dell'Amministrazione pubblica (tenuta all'osservanza dei principi di correttezza e buona fede, perizia prudenza, diligenza) e l'esercizio del potere autoritativo[149]. Ciò, giacché, al cospetto di un provvedimento iniziale, ancorché illegittimo, favorevole (come tale, non impugnato), ma legittimamente annullato d'ufficio, è opinabile concludere che il danno non derivi (eziologicamente) dal provvedimento illegittimo.

A tal punto, però, quand'anche si convenga che il provvedimento illegittimo, una volta annullato, verrebbe convertito in comportamento, pare risolversi in un espediente l'argomento opposto secondo cui dovrebbe distinguersi a seconda che il comportamento stesso assuma o meno connotati amministrativi: in quanto, riesumando il medesimo criterio per cui sarebbe determinante il rapporto diretto della

[146] In tal senso Cass. civ., sez. un., Ord. 14 aprile 2023, n. 10063. Cfr. pure: Cass. civ., sez. un., Ord. 16 marzo 2023, n. 7737; Ord. 13 aprile 2023, n. 9837.

[147] In tal senso, fornisce utili spunti Cass., sez. un., 9 giugno 2004, n. 10978. Cfr. pure L. CAMERIERO, *Giurisdizione esclusiva e diritto alla salute*, in *Urb. e app.*, 2008, p. 598.

[148] Una esauriente panoramica è offerta da F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, p. 21 s., segn. 23 s.

[149] Cass. civ., sez. un., Ord. 27 aprile 2023, n. 11083.

ISSN 2036-7821

situazione di affidamento con il potere (facendo così rientrare dalla finestra la tesi che si è cacciata dalla porta), patisce dei medesimi limiti di quello.
Per cui, secondo l'ottica avanzata nel presente studio, la circostanza rilevante pare che quella situazione sia riconducibile ad una norma rispondente allo schema ipotetico-casuistico, sì da renderla più vicina al diritto soggettivo che non all'interesse legittimo; a quel punto, finendo coll'operare il principio di unicità della giurisdizione.
Laddove, nel caso in cui l'affidamento faccia capo ad una norma rispondente allo schema consequenzialista, cui si ricollega un esercizio discrezionale, la tutela del medesimo non potrà che spettare al Giudice amministrativo: per ciò solo, in quanto stavolta quella situazione soggettiva sarà più prossima all'interesse legittimo; senza bisogno di riferirsi al collegamento né con un (generico) provvedimento (favorevole), né con comportamenti amministrativi riconducibili (anche mediatamente) al potere amministrativo (genericamente inteso)[150]; altresì, senza bisogno di 'scomodare' previsioni legislative di giurisdizione esclusiva (che, anzi, per via della 'concentrazione' delle questioni, eludono il problema)[151].
Infine, il contributo dogmatico, quale esteso al 'filtro' del rapporto fra condizioni dell'azione e questioni di merito, torna altresì utile nel superare la tesi giurisprudenziale secondo cui l'oggetto della domanda andrebbe colto dal Giudice per come formulato ('prospettato') dalla parte (segn., in termini di richiesta, 'in via diretta' o meno, di annullamento di un atto amministrativo); dal momento che la teorica del 'circolo ermeneutico':
come implica, da parte dell'interessato, una strutturazione della domanda mai astratta; così, concede pari sostegno scientifico a quell'apporto valutativo del giudice (in quanto indissociabile dal profilo di merito anche quando emerga una questione di giurisdizione) che la tesi avversata renderebbe sterile[152].
Alla luce di queste ultime puntualizzazioni, si può passare ad un vaglio delle previsioni legislative di giurisdizione amministrativa esclusiva.

4. *Implicazioni sulla* **ratio** *generale della giurisdizione amministrativa esclusiva nonché, sull'interpretazione-applicazione di alcune disposizioni che l'affermano in specifiche 'materie'.*

Preliminarmente va osservato che:
se il criterio di riparto è dato (non dal rapporto, pur in un'ottica ribaltata, fra potere autoritativo e cittadino, bensì) dal tipo di situazione giuridica soggettiva, come

[150] Trib. amm. reg. Sicilia, Palermo, sez. III, 14 aprile 2023, n. 1235. S'intende, nella circostanza, sul presupposto che il risarcimento del danno ingiusto non costituisce materia di giurisdizione esclusiva, ma solo uno strumento di tutela ulteriore e di completamento rispetto a quello demolitorio (Cass. civ., sez. un., Ord. 7 aprile 2023, n. 9528).
[151] Cfr. Trib. amm. reg. Sicilia, Palermo, sez. III, 14 aprile 2023, n. 1235.
[152] Su tali tematiche sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Nuove frontiere della legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, in *federalismi.it*, 2024.

ISSN 2036-7821

determinato principalmente dall'orientamento della norma (in senso ipotetico-casuistico o consequenzialista) e corrispondentemente dal suo (modo di) assolvere ad un interesse pubblico (contenuto vincolato o scelta discrezionale); se, dunque, è tale il senso della specialità del Giudice amministrativo;
in linea di massima, integrerebbe un''inversione di metodo' (muovendo da concetti per interferire nella disciplina della giurisdizione), e (in definitiva) un 'abuso del processo', l'associare il riparto a parametri ulteriori (benché ispirantisi al principio del 'giusto processo' - concentrazione, certezza -[153]), tali da derogare al principio del 'giudice naturale' come imperniato sul canone dell''unicità'.
In particolare, ci si riferisce: all'insidiosa metafora, di risalente memoria giurisprudenziale, dell''inestricabile' coesistenza di situazioni giuridiche soggettive; nonché, al suo più recente precipitato, del (pseudo)criterio della 'materia': per come sdoganato dal principio di 'effettività della tutela' mediante i corollari di 'ragionevole durata del processo' e di 'concentrazione' (per connessione orientata in senso specializzante).
Il punto è molto delicato.
Infatti, per un verso, i menzionati principi sono stati addotti dalla giurisprudenza (civile ed amministrativa) onde introdurre l'innovativa giustificazione allo spostamento di giurisdizione, per ragioni di connessione, in favore del giudice con maggiori competenze e poteri (di solito, il Giudice amministrativo)[154]. Segnatamente, tale deroga, ai criteri di riparto sanciti dall'art. 103 Cost., comma 1, andrebbe ammessa (in forza di quei principi) ogniqualvolta: il diritto, che costituisce oggetto della domanda rientrante sotto la giurisdizione del Giudice ordinario, sia alternativo alla tutela richiesta in via principale come rientrante nella giurisdizione del Giudice amministrativo; le domande siano proposte sulla base dei medesimi fatti, dipendendo l'accoglimento dell'una e dell'altra da un accertamento avente carattere prioritario di competenza del Giudice amministrativo. Esemplare, la tutela risarcitoria per lesione cagionata da comportamenti 'amministrativi' (non meramente materiali).
Per altro verso:
quand'anche si ravvisi un (generico ed equivoco) 'concorso di posizioni di interesse legittimo e diritto soggettivo'[155]; ovvero, venga in questione l'(altrettanto generica ed equivoca) 'intera economia del rapporto'[156];

[153] Sulle ripercussioni di una valorizzazione del principio del 'giusto processo' quanto alla questione della giurisdizione amministrativa esclusiva, può rinviarsi a F. MERUSI, *La legalità amministrativa fra passato e futuro. Vicende italiane*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, pp. 101-103.
[154] In tal senso, già: Cass., sez. un., 25 febbraio 2011, n. 4615; 24 giugno 2009, n. 14805; Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2010, n. 7975.
[155] Trib. amm. reg. Sicilia, Palermo, sez. I, 20 aprile 2023, n. 1315 e n. 1313.
[156] Trib. reg. Giust. amm. Trentino - Alto Adige, Trento, sez. unica, 17 aprile 2023, n. 54.

ISSN 2036-7821

l'attrazione, nella sfera giurisdizionale del Giudice amministrativo, di questioni di diritto soggettivo, quando associata ad esercizio (non di generico potere autoritativo, bensì) discrezionale, finisce col tradursi in una degradazione sostanziale del primo (anche quando di rilievo costituzionale) alla stregua dell'interesse legittimo[157]; vicenda, a fronte della quale, solo in certa misura soccorre il potenziamento dei mezzi processuali di cui è stato dotato il Giudice amministrativo estendendogli, oltre alle prerogative di sindacato del Giudice ordinario, i correlati istituti tipici del processo civile.

Non per caso, in tempi più recenti, si è osservato che, «salvo deroghe normative espresse, … potendosi risolvere i problemi di coordinamento posti dalla concomitante operatività della giurisdizione ordinaria e di quella amministrativa su rapporti diversi, ma interdipendenti, secondo le regole della sospensione del procedimento pregiudicato»[158].

Si è già riconosciuto che, da tale ordine di connessioni, va tenuto esente il Legislatore[159]; nondimeno, quest'ultimo vi dovrebbe prestare attenzione nell'interesse del sistema ordinamentale come costituzionalmente strutturato. Evidentemente, secondo un 'approccio' valevole con riguardo non solo al Giudice ordinario (nel riconoscergli un sindacato, oltre che incidentale su atti amministrativi, *principaliter* con riguardo ad interessi legittimi - come anticipato nel par. 1. -). D'altronde, pare strumentale far leva sul principio di 'effettività della tutela' onde conferire un ruolo sovradimensionato (se non monopolizzante) al corollario della 'concentrazione' (per connessione) a favore del Giudice amministrativo[160]. Ciò trova conferma nel pertinente dato normativo ove il principio di effettività (già affermato in generale dall'art. 1 c.p.a. su base

[157] Benché ancora si controverta se ci sia spazio per il potere a fronte di diritti fondamentali, parrebbe che l'orientamento prevalente sia in senso favorevole: Corte cost., n. 140/2007; Cons. Stato, ad. plen., n. 12/2007; Cass., sez. un., 29 aprile 2009, n. 9956; Id., 5 marzo 2010, n. 5290. Cfr. pure Cass. civ., sez. un., Ord. 17 luglio 2023, n. 20501 con riguardo al provvedimento, reso dal giudice amministrativo, di rigetto della richiesta di ammissione al patrocinio a spese dello Stato, impugnabile (ai sensi degli artt. 170 del d.P.R. n. 115 del 2002 e 15 del d.lgs. n. 150 del 2011) dinanzi al giudice ordinario, alla stessa stregua del provvedimento di liquidazione del compenso dell'avvocato della parte ammessa al detto beneficio.

[158] Cons. Stato, sez. VI, 28 aprile 2023, n. 4271.

[159] Si richiama nuovamente l'art. 103 Cost., in forza del quale 'il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica Amministrazione e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi' (con testo riprodotto solo a fini di comodità di lettura, in relazione alle successive connessioni di commento). S'aggiunga la correlata appendice di cui all'art. 7, comma 5, c.p.a.: 'nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall'art. 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi.

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

ISSN 2036-7821

costituzionale e di diritto sovranazionale[161]) risulta traslato in termini di concentrazione (in genere) 'di ogni forma di tutela' delle situazioni giuridiche soggettive[162]; dunque, non rappresentando l'argomento giustificativo proprio della giurisdizione esclusiva. In quest'ottica, l'esempio più significativo pare offerto dall'azione risarcitoria, in quanto esercitabile anche indipendentemente dalla previa impugnazione del provvedimento (una volta superato il dogma della pregiudiziale amministrativa - art. 30 c.p.a. -). Ma si pensi altresì: all'esperibilità delle azioni di accertamento e di esatto adempimento, al divieto di assorbimento dei motivi di ricorso, (all'orientamento favorevole) all'integrazione in corso di giudizio della motivazione della determinazione provvedimentale[163]; sì da configurare la giurisdizione del Giudice amministrativo come 'piena', in grado di garantire tutela integrale agli interessi legittimi nonché, ai diritti soggettivi sottoposti alla sua cognizione[164].

Inoltre, il medesimo testo normativo, facendo riferimento a '*particolari* materie indicate dalla legge' e così riproducendo fedelmente la disciplina costituzionale, indica che la 'stella polare' del Legislatore ordinario e dell'interprete, (rispettivamente) nel coniare le specifiche previsioni di giurisdizione amministrativa esclusiva e nell'intenderne la portata (applicandole):

non può essere rappresentata dal (pseudo)criterio 'volontaristico' della 'materia', poiché (come anticipato) finisce col tradursi in un''inversione di metodo'; al concetto di 'materia' non potendo, se non surrettiziamente, conferirsi la prerogativa d'introdurre l'istituto della giurisdizione esclusiva, tradendo la vocazione del primo

[161] Il principio in questione, oltre ad essere desumibile dagli artt. 24 e 111 Cost., risulta altresì sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà individuali; per cui, vi si devono conformare sia il Legislatore nazionale, sia l'interprete in sede applicativa (quanto alla collocazione della CEDU nella gerarchia delle fonti, valga di rinviare già a Corte cost., n. 80/2011).

[162] Sempre con testo riprodotto solo a fini di comodità di lettura, in relazione alle successive connessioni di commento, si richiama l'art. 7, comma 7, c.p.a., secondo cui 'il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi'.

[163] Per questi ultimi due profili, una sintesi degli argomenti favorevoli si rinviene in A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, ove spiccano (rispettivamente):

sia la circostanza che la maggiore tutela processuale al ricorrente, derivante da un divieto, non preclude all'Amministrazione di adottare un nuovo analogo provvedimento lesivo con una motivazione adeguata; sia dalla vocazione attuale del processo amministrativo ad accertare la fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente, onde assicurarne la reintegrazione; sia l'opportunità per il giudice di formarsi una cognizione piena del rapporto o, comunque della vicenda controversa necessaria ai fini di quell'accertamento (*ivi*, pp. 356-360);

sia la circostanza che, sempre per via dell'attuale vocazione del processo amministrativo, un eventuale assorbimento potrebbe incidere sul contenuto dispositivo della sentenza, in punto di valutazione dell'entità e consistenza del danno risarcibile e del tipo di reintegrazione da accordare (*ivi*, p. 361 s.).

[164] In particolare, si può risalire a: Cons. Stato, ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15; 23 marzo 2011, n. 3; Trib. amm. reg. Lombardia, Milano, sez. III, 21 giugno 2011, n. 1428. Ad esse si deve di aver inaugurato l'orientamento favorevole all'ammissibilità, in via generale, sia dell'azione di esatto adempimento (volta a conseguire una condanna dell'Amministrazione pubblica all'adozione di un provvedimento vincolato) sia di quella di accertamento (ritenuta esperibile in tutti i casi in cui non possa essere ottenuta tutela tramite azioni espressamente previste).

ISSN 2036-7821

di 'mero' strumento orientativo, d'impostazione del problema (di concentrazione per connessione) in determinati ambiti.
ma va ricercata altrove, dando corpo giuridico alla 'particolarità'.
Tanto più che, se si opera una verifica delle specifiche previsioni di giurisdizione amministrativa contemplate dal (solo) c.p.a., può agevolmente constatarsi che non tutte si fondano sul criterio per 'materia' (come tradizionalmente inteso)[165]. O, comunque, associando al termine una pluralità di accezioni, deve convenirsi che non ci si trova di fronte ad un criterio univoco[166]. Inoltre, allargando il campo normativo di riferimento, si è opinato nel senso della non coincidenza fra gli ambiti della giurisdizione esclusiva e di quella di legittimità[167]. Emblematicamente, quanto alla persistente impotenza nell'emanciparsi da criteri meramente descrittivi, è stato osservato, a proposito degli accordi sull'esercizio discrezionale (*ex art.* 11, L. n.

[165] Così, a dispetto della 'lettera' della Legge, art. 133, comma 1, lett. 'a' e 'a-bis', c.p.a., per cui «sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge:
a) le controversie in *materia* di:
1) risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo;
2) formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazioni;
3) silenzio di cui all'articolo 31, commi 1, 2 e 3, e provvedimenti espressi adottati in sede di verifica di segnalazione certificata, denuncia e dichiarazione di inizio attività, di cui all'articolo 19, comma 6-ter, della legge 7 agosto 1990, n. 241;
4) determinazione e corresponsione dell'indennizzo dovuto in caso di revoca del provvedimento amministrativo;
5) nullità del provvedimento amministrativo adottato in violazione o elusione del giudicato;
6) diritto di accesso ai documenti amministrativi e violazione degli obblighi di trasparenza amministrativa;
a-bis) le controversie relative all'applicazione dell'articolo 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241».

[166] Tale aspetto, è efficacemente reso da F. SCIARRETTA, *Giurisdizione amministrativa "esclusiva" nella tutela dei diritti soggettivi nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, in *federalismi.it*, 2018, par. 7: «se si scorre la lista dell'art. 133 c.p.a., ci si avvede che la quasi totalità delle materie incluse prescinde dalla esigenza testé ricordata71. Intanto, si rinviene una vasta gamma di materie attinenti a controversie che rientrerebbero comunque nella giurisdizione di legittimità e per le quali non si porrebbero problemi di riparto di giurisdizione (art. 133, comma 1, lett. g-s). Ve ne sono altre, poi, inerenti a vertenze nelle quali non appaiono coinvolte situazioni di diritto soggettivo e interesse legittimo intimamente connesse, oppure nelle quali vengono in rilievo solo diritti soggettivi (art. 133, comma 1, lett. a, a-bis, t, u, v). Quanto alle materie rimanenti, talune vengono devolute alla giurisdizione esclusiva senza che sussistano situazioni protette di incerta qualificazione, mentre altre sono deferite al giudice amministrativo – in luogo del giudice ordinario – pur risultando indifferente che siano attribuite alla giurisdizione di legittimità o a quella esclusiva, disponendo in entrambe le sedi il giudice amministrativo degli stessi poteri decisori. Di contro, in alcune materie ricadenti nella giurisdizione esclusiva, restano sottratte al giudice amministrativo una serie di controversie aventi natura economica o patrimoniale (art. 133, comma 1, lett. c, f, g) senza tenere conto delle ragioni storiche che portarono all'ingresso di questa forma di giurisdizione e dando luogo a possibili problemi di riparto – di non agevole soluzione – con il giudice ordinario. Né tutte le controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi sono rimesse alla giurisdizione esclusiva, come dimostrano quelle concernenti gli atti e le operazioni in materia elettorale di competenza del giudice amministrativo – ambito in cui dovrebbero venire in rilievo diritti soggettivi (cfr. Corte cost., 19 ottobre 2009, n. 259, in www.cortecostituzionale.it) –, che sono devolute alla giurisdizione di merito (art. 134, comma 1, lett. b) e non a quella esclusiva».

[167] V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 458-459, nntt. 19-20.

ISSN 2036-7821

241/1990), che, pur non rappresentando una materia nel senso tradizionale del termine (in corrispondenza della quale si rinvenga, per natura, una inestricabile compresenza di diritti soggettivi ed interessi legittimi), l'esercizio consensuale di quel potere che li contraddistingue, comporta, in ragione dello strumento giuridico impiegato, una coesistenza di diritti soggettivi ed interessi legittimi che ha reso opportuna la devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo[168].

Eppure: nonostante gli equilibri costituzionalmente sanciti ed un progressivo avvicinamento degli interessi legittimi rispetto ai diritti soggettivi (delle rispettive forme di tutela); nonché, una trasformazione del giudizio di legittimità come imperniato, più che sull'atto, sul rapporto; in progresso di tempo si è assistito ad un fenomeno normativo di ripetuta e profonda erosione del principio di unicità della giurisdizione, coll'ampliamento del novero di materie sottoposte a quella amministrativa esclusiva, solo in parte 'frenato' dalla Corte costituzionale[169].

Prestando la dovuta attenzione nel muoversi lungo il crinale che separa le valutazioni di legittimità costituzionale da quelle di politica legislativa, quella vicenda ne suggerisce di prettamente giuridiche, verificando: quando sia giustificata (*id est*, giustificabile per la coerenza del sistema giuridico) certa rimodulazione del rapporto di forza fra principi ('unicità' ed 'effettività-concentrazione'); corrispondentemente, se, nell'interpretare-applicare alcune disposizioni affermanti la giurisdizione esclusiva, la Giurisprudenza abbia dimostrato il dovuto rigore nel rendere conto della giurisdizione di spettanza.

---

[168] Sulla relativa *ratio*, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 novembre 2009, n. 7057. Cfr. pure E. FOLLIERI, *La tutela nei contratti della pubblica amministrazione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 295 s., segn. p. 301.

[169] Pur venuta meno la materia dei ricorsi relativi al pubblico impiego (a seguito delle riforme legislative che, nell'arco degli anni Novanta del secolo scorso, hanno determinato la privatizzazione dei rapporti di lavoro nelle pubbliche Amministrazioni), progressivamente si va: dal nocciolo originario di cui all'art. 29 T.U. Cons. Stato ed all'art. 4, R.D. 26 giugno 1924, n. 1058; agli artt. 33-34, D.Lgs. n. 80/1998. Stavolta, ponendosi dubbi di legittimità costituzionale per via di una devoluzione secondo 'blocchi di materie'; al punto da chiamare in causa la Corte costituzionale che è intervenuta incisivamente (a partire da 6 luglio 2004, n. 204, sino a 11 maggio 2006, n. 191 ed a 5 febbraio 2010, n. 35). Così però suscitando non poche perplessità in dottrina, circa la sopravvivenza stessa della giurisdizione esclusiva (A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 974 s.; F.G. SCOCA, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2209 s.; cfr. pure: L. MAZZAROLLI, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 214 s., segn. 225-226; F. SAITTA, *Tanto tuonò che piovve: riflessioni - d'agosto - sulla giurisdizione esclusiva ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204 del 2004*, in www.lexitalia.it, 2004; G. STANCANELLI, *La giurisdizione esclusiva nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 - Riflessioni "a caldo" -*, in www.giustamm.it, 2004; E. FOLLIERI - a cura di -, *La sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Atti del convegno su riparto della giurisdizione nelle controversie in cui è parte la pubblica amministrazione* - Lucera, 19 febbraio 2005 -, Milano, 2006). Da lì, si è giunti al c.p.a. (segn. art. 133), come modificato a seguito di ulteriore intervento della Corte costituzionale (27 giugno 2012, n. 162) mediante D.Lgs. 14 settembre 2012, n. 160. Cfr. pure R. CHIEPPA, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al Codice*, Milano, 2012.

ISSN 2036-7821

Quanto alla prima questione, accade infatti che (nel silenzio delle singole previsioni normative) la Giurisprudenza 'spenda' il medesimo argomento, della correlazione delle situazioni, in cui sia intervenuta l'Amministrazione pubblica, all'esercizio di poteri pubblici, autoritativi: onde giustificare la giurisdizione del Giudice amministrativo, sia in materie sottoposte a giurisdizione esclusiva[170], sia con riguardo a fattispecie che non rientrano in quel novero (per cui si rinvia al par. 1). Se ne inferisce che l'argomento della correlazione all'esercizio di potere autoritativo (genericamente inteso), nell'ottica del sistema, non può ritenersi scriminante decisiva onde giustificare l'introduzione di una previsione di giurisdizione amministrativa esclusiva.
Se non che, confutato quell'argomento, si versa comunque in una profonda incertezza: come quando ci si è spinti oltre, sino a giustificare la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo adducendo una funzionalità pubblicistica in atti privatistici[171]; altrettanto, allorché residuino riferimenti alquanto vaghi (es., quelli all''oggetto' ed alla 'natura' della controversia' nonché, alla correlazione di un'attività 'all'operato di soggetti comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo'[172]), come tali d'insidiosa applicazione.
Non per caso, è dato di rinvenire sentenze che: si limitano a rimettersi al criterio 'volontaristico' (della *voluntas legis*), di istituzione di ciascuna *species* di giurisdizione esclusiva, onde giustificare la riserva al Giudice amministrativo di determinate questioni inerenti a rapporti *inter pares*, 'a prescindere dall'esistenza di atti della pubblica amministrazione'[173]; altresì, sostengono trattarsi di ipotesi di 'stretta

[170] Così, Trib. amm. reg. Sicilia, Palermo, sez. III, 24 luglio 2023, n. 2462 riviene il 'senso della norma' di cui all'art. 133, comma 1, lett. 'c', D.Lgs. n. 104/2010 (secondo la quale appartengono alla giurisdizione amministrativa esclusiva del giudice amministrativo "le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse …").

[171] In questi termini, Cass. civ., sez. un., Ord. 24 luglio 2023, n. 22144 secondo cui «le controversie relative ad un contratto di permuta tra la P.A. e un privato, alternativo a un procedimento di espropriazione, rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a, n. 2, del d.lgs. n. 104 del 2010, rappresentando detto accordo uno strumento di pianificazione territoriale attraverso cui il soggetto pubblico assolve ai propri compiti istituzionali».

[172] Cons. Stato, sez. VII, 8 febbraio 2023, n. 1410. Cfr. pure Cons. Stato, sez. V, 12 luglio 2023, n. 6824 («con riguardo al contratto di locazione di beni immobili è lecito dubitare che le relative controversie (beninteso, relativamente alle "procedure di affidamento" ed agli altri profili riguardanti "attività amministrative") rientrino nell'ambito dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a., che prefigura una ipotesi, di stretta interpretazione, di giurisdizione esclusiva: ma, in ogni caso, è arduo sottrarre alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo una attività correlata all'operato di soggetti comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo»).

[173] Così Trib. amm. reg. Sardegna, Cagliari, sez. I, 18 febbraio 2023, n. 93 («Le controversie attinenti alla spettanza e liquidazione del contributo per gli oneri di urbanizzazione e per il costo di costruzione è riservata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. f), cod. proc. amm. che ha ad oggetto l'accertamento di un rapporto di credito, a prescindere dall'esistenza di atti della pubblica amministrazione, non essendo soggetta alle regole delle azioni impugnatorie-annullatorie degli atti amministrativi ed ai rispettivi termini di decadenza»).

ISSN 2036-7821

interpretazione'[174]. Salvo osservare che la frammentarietà delle previsioni legislative di giurisdizione amministrativa esclusiva, implica che la relativa indagine giuridica debba declinare ogni riferimento 'volontaristico' (per singole 'materie'). Ciò, non foss'altro in considerazione dell'ambizione, intrinseca ad un (prevalente) assorbimento delle diverse ipotesi per via codicistica, di fornire all'istituto un assetto normativo di carattere generale e stabile (specie a seguito di molteplici interventi della Corte costituzionale); con corrispondente 'relativizzazione' dell'estensione dell'istituto, così sottratta ad un tassativo vincolo di 'tipicità'.

La questione, dunque, rifluisce sul terreno delle situazioni giuridiche soggettive: stavolta, però, avuto riguardo, alla loro identificazione (piuttosto che al loro 'intreccio'). Prova ne sia che la giurisprudenza, talvolta, nell'impiegare, quale 'criterio' di riparto, l'inerenza della controversia ad una "situazione di potere dell'Amministrazione", tradisce la difficoltà ad individuare la situazione giuridica soggettiva di riferimento: es., quando il potere amministrativo-provvedimentale venga esercitato secondo moduli consensuali; oltretutto, 'piegando' il criterio del *petitum* sostanziale (quale oggetto della domanda) alla mera prospettazione della parte[175].

Evidentemente, non s'intende tornare sul duplice limite di tale strategia. Si è già riferito, infatti: tanto dell'inerenza del potere autoritativo al solo esercizio discrezionale, per cui quest'ultimo, e non il primo, sarebbe l'autentico criterio di riparto (cfr. par. 3); quanto dei limiti ermeneutici ravvisabili nel render sterile la valutazione del giudice a fronte della domanda della parte (cfr. parr. 1. e 3.).

Pertanto:

onde superare l'incertezza che deriva dall'assumere a riferimento un 'intreccio' di diritti soggettivi ed interessi legittimi (tale da rendere difficoltosa l'applicazione dell'ordinario criterio di riparto fondato sulla *causa petendi*); o quantomeno, una loro 'compresenza' (attualizzata come scevra da metafore);

---

[174] Cons. Stato, sez. V, 12 luglio 2023, n. 6824 («con riguardo al contratto di locazione di beni immobili è lecito dubitare che le relative controversie (beninteso, relativamente alle "procedure di affidamento" ed agli altri profili riguardanti "attività amministrative") rientrino nell'ambito dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a., che prefigura una ipotesi, di stretta interpretazione, di giurisdizione esclusiva: ma, in ogni caso, è arduo sottrarre alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo una attività correlata all'operato di soggetti comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo»).

[175] Trib. amm. reg. Sicilia, Catania, sez. I, 6 marzo 2023, n. 714 («Nelle materie di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, del D.Lgs. n. 104 del 2010 è necessario verificare, al fine di radicare la giurisdizione del giudice amministrativo, "che la controversia inerisca ad una situazione di potere dell'amministrazione"; occorre, cioè, che la causa petendi si radichi nelle modalità di esercizio del potere amministrativo, il che non accade quando il privato non si duole del cattivo esercizio del potere amministrativo, bensì, di atti e/o comportamenti (rispetto ai quali l'esercizio del potere amministrativo - provvedimentale adottato secondo moduli convenzionali rileva come mero fatto storico) la cui illiceità viene dedotta prescindendo dal modo in cui il potere è stato (o non è stato) esercitato e viene prospettata come violazione di obblighi derivanti dall'esecuzione della convenzione»).

ISSN 2036-7821

sul presupposto che gli autentici criteri di riparto vadano rinvenuti 'a monte', nello schema normativo (ipotetico-casuistico / consequenzialista) e nel correlato atteggiarsi dell'agire amministrativo (vincolato / discrezionale);
la conservazione di un senso funzionale della giurisdizione amministrativa esclusiva pare doversi rimettere: alla relativizzazione dogmatica delle categorie del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo (il primo restando tale anche in caso di degradazione e quest'ultimo potendo riqualificarsi come diritto del rapporto amministrativo - cfr. parr. 2.3. e 2.4. -); alle implicazioni di riparto giurisprudenziale corrispondentemente ai casi 'dubbi', dal momento che l'autentico 'nodo gordiano' che li attanaglia riguarda non l'inestricabilità (come ribadito dalla Corte costituzionale[176]), ma (ancora una volta) la precisa configurazione di quelle due situazioni giuridiche soggettive.
Se non che: proprio dall'esame di pronunzie che si sono occupate di (pseudo)'materie' sottoposte alla giurisdizione esclusiva, in corrispondenza delle quali il potere amministrativo-provvedimentale venga esercitato secondo moduli consensuali; come tali, meno esposte ad 'inversioni di metodo'; paiono trarsi preziosi spunti di riflessione ai fini del presente studio. Si legge, infatti, che nonostante quell'appartenenza (in via esclusiva) per materia, se la domanda non ha direttamente ad oggetto la conclusione dell'accordo, né l'esercizio dei poteri autoritativi che l'accordo medesimo sostituisce, trattandosi di questione meramente 'patrimoniale', ne dovrebbe conoscere il Giudice ordinario[177]. Tale tipo di conclusione 'fa il paio' con quella (cfr. par. 1.) per cui il Giudice ordinario non può conoscere, neppure in via incidentale, di domande che abbiano, quale 'oggetto principale', provvedimenti amministrativi (che dunque vengano in considerazione in via diretta). Gli è tuttavia che (come parimenti anticipato) quell'impostazione risolutoria (altrove generalizzata quale 'spartiacque' tra le giurisdizioni, amministrativa esclusiva ed ordinaria[178]) risente del condizionamento di una disciplina normativa, in punto di giurisdizione del Giudice ordinario sul contenzioso amministrativo, risalente ed ai fini del riparto altresì anacronistica, in quanto antecedente all'istituzione stessa della Giurisdizione amministrativa. Ditalché, in disparte (s'intende) qualsivoglia valutazione di politica legislativa; superata la tesi della 'prospettazione'; potrebbero giustificare l'attribuzione al Giudice amministrativo:

[176] Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191.
[177] Cass. civ., sez. un., Ord. 4 gennaio 2023, n. 146 («In tema di riparto di giurisdizione, spetta al giudice ordinario la cognizione in ordine ad una controversia di cui all'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, del D.Lgs. n. 104 del 2010, laddove essa riguardi solo questioni di carattere meramente patrimoniale fra le parti, che si pongono a valle rispetto alla conclusione dell'accordo sostitutivo del provvedimento amministrativo e, pertanto, non hanno direttamente ad oggetto la conclusione dell'accordo né l'esercizio dei poteri autoritativi che l'accordo stesso sostituisce»).
[178] Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. VIII, 17 ottobre 2023, n. 5672. Cfr. pure: Cass. civ., sez. un., Ord. 29 agosto 2023, n. 25427; Trib. amm. reg. Sicilia, Palermo, sez. III, 24 luglio 2023, n. 2462.

ISSN 2036-7821

senz'altro, la circostanza che a quei moduli di esercizio discrezionale in forma consensuale vadano associati diritti soggettivi 'pubblici';
altrimenti, proprio per via della previsione di giurisdizione esclusiva, con riguardo a diritti soggettivi 'ordinari', il collegamento, della relativa fattispecie sfociata in controversia, con un esercizio discrezionale.
Peraltro, senza alcuna 'forzatura' del pertinente dato normativo: dal momento che riconduce a giurisdizione esclusiva tutte le controversie inerenti al modulo consensuale, senza limitazioni in ordine al profilo di esecuzione[179].
Salvo osservare, generalizzando il discorso, che:
il collegamento, tra diritti soggettivi 'ordinari' ed esercizio discrezionale, dovrà essere di tipo 'causale' (pur in ipotesi di riconducibilità mediata, degli atti, provvedimenti, accordi e comportamenti, al potere)[180]; altrimenti, determinandosi un sacrificio 'oltremisura' del principio di unicità della giurisdizione;
a fronte di un esercizio vincolato (non attinente ai profili di incompetenza e violazione di legge), pur in corrispondenza di 'materia' normativamente ricondotta alla giurisdizione amministrativa esclusiva, della controversia, comprese le connesse questioni di diritto soggettivo, dovrà conoscere il Giudice ordinario.
A fronte di tale prospettazione che, se non altro, a partire da una riconduzione del potere d'autorità alla versione discrezionale ed all'implicazione di diritti soggettivi, consente di salvare uno spazio funzionale autonomo alla giurisdizione esclusiva rispetto a quella generale di legittimità[181]:
incidentalmente osservato che non è dato di comprendere per quale ragione, in relazione a determinate materie, il Legislatore abbia previsto espressamente la riconduzione alla giurisdizione del Giudice amministrativo delle controversie

[179] Esempl., Trib. amm. reg. Piemonte, Torino, sez. II, 4 gennaio 2023, n. 13 («La convenzione di lottizzazione - quale strumento di attuazione del piano regolatore generale - è un accordo sostitutivo di provvedimento ai sensi e per gli effetti dell'art. 11, l. 241 del 1990 in quanto espressione dell'esercizio consensuale di un potere pianificatorio, che sfocia in un progetto e in una serie di disposizioni urbanistiche generanti obblighi od oneri; ne deriva che le controversie in tema di esecuzione della convenzione sono riconducibili all'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, c.p.a., che attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva sulle controversie riguardanti l'adempimento degli obblighi contenuti nelle convenzioni urbanistiche, ricomprese tra le vertenze in tema di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi sostitutivi di provvedimento amministrativo»).

[180] Cfr. art. 133, comma 1, lett. 'g', c.p.a. Cons. Stato, sez. VII, 15 giugno 2023, n. 5921 («la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di concessione di beni pubblici, non si estende alle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi. L'art. 113 del D.Lgs. n. 104/2010 va interpretato nel senso che la giurisdizione del giudice ordinario ha per oggetto le controversie di contenuto meramente patrimoniale, ovvero inerenti quantificazione e pagamento dei corrispettivi in questione, e purché non entri in discussione la qualificazione del rapporto concessorio, con esercizio di poteri discrezionali da parte dell'Amministrazione, dovendosi riconoscere in tal caso la cognizione del giudice amministrativo, in presenza sia di interessi legittimi che di diritti soggettivi»). Item, Cons. Stato, sez. VII, 14 giugno 2023, n. 5829.

[181] *Contra*: F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, p. 1 s.; A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 974 s., segn. pp. 977-978.

ISSN 2036-7821

risarcitorie[182]; dal momento che queste ultime spetterebbero comunque: non per via della giurisdizione esclusiva, ma stante la natura (come univocamente intesa) di tutela complementare rispetto al rimedio demolitorio (almeno, quando il danno-conseguenza derivi dall'esercizio della discrezionalità amministrativa)[183]; invece, per via della giurisdizione esclusiva, in caso di danni derivati da comportamenti che non si siano tradotti in atti autoritativi dell'amministrazione pubblica, sì da incidere su diritti soggettivi; fermo restando che comunque non andrebbero sottovalutati i rischi derivanti dalla devoluzione delle questioni risarcitorie al giudice amministrativo, per via della sottrazione di un ampio settore della responsabilità civile alla funzione nomofilattica della Cassazione (in forza dell'art. 111 co. 6-7, Cost.)[184];

deve però riconoscersi che l'inquadramento testé preferito sovente non trova condivisione, come dimostra la seguente teoria di statuizioni giurisprudenziali formatesi in ulteriori 'materie' sottoposte alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo. Si rileva infatti, una sorta di ideale progressione 'eversiva', a partire da una base 'ortodossa'.

Per un verso:

«nelle controversie relative alla clausola di revisione del prezzo negli appalti di opere e servizi pubblici, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in conformità alla previsione di cui al D.Lgs. n. 104 del 2010, art. 133, comma 1, lett. e), n. 2), sussiste nell'ipotesi in cui il contenuto della clausola implichi la permanenza di una posizione di potere in capo alla P.A. committente, attribuendo a quest'ultima uno spettro di valutazione discrezionale nel disporre la revisione; mentre, nella contraria ipotesi in cui la clausola individui puntualmente e compiutamente un obbligo della parte pubblica del contratto, deve riconoscersi la corrispondenza di tale obbligo ad un diritto soggettivo dell'appaltatore, il quale fa valere una mera pretesa di adempimento contrattuale, come tale ricadente nell'ambito della giurisdizione ordinaria»[185];

«ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. b) c.p.a. sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di concessioni, fatta eccezione per quelle aventi ad oggetto indennità, canoni od altri corrispettivi. Queste ultime restano assoggettate all'ordinario regime di riparto di giurisdizione in forza del quale spettano al giudice ordinario le controversie su diritti soggettivi a contenuto patrimoniale; mentre sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo nell'ipotesi

[182] Cfr. art. 133, comma 1, lett. 'e', n. 1; lett. 's'.

[183] Tra le voci dottrinali che propendono per quella complementarità: F. MERUSI, *L'ingiustizia amministrativa in Italia*, in *Rass. parlamentare*, 1988, p. 36; R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica Amministrazione*, Milano, 1993, p. 462. Cfr. pure: A. CARIOLA, *Ragioni e percorsi della giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Nomos*, 2021, p. 20; E. FOLLIERI, *La tutela nei contratti della pubblica amministrazione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 308.

[184] Sul punto, A. CARIOLA, *op. ult. cit.*, p. 20.

[185] Trib. amm. reg. Puglia, Lecce, sez. III, 23 febbraio 2024, n. 273. Cfr. pure Cons. Stato, sez. III, 25 luglio 2023, n. 7291.

ISSN 2036-7821

di esercizio di poteri discrezionali finalizzati a provvedere sulla determinazione dei canoni»[186];
«nelle controversie relative alla clausola di revisione del prezzo negli appalti di opere e servizi pubblici, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in conformità alla previsione di cui al D.Lgs. n. 104/2010, art. 133, comma 1, lett. e), n. 2), sussiste nell'ipotesi in cui il contenuto della clausola implichi la permanenza di una posizione di potere in capo alla P.A. committente, attribuendo a quest'ultima uno spettro di valutazione discrezionale nel disporre la revisione, mentre, nella contraria ipotesi in cui la clausola individui puntualmente e compiutamente un obbligo della parte pubblica del contratto, deve riconoscersi la corrispondenza di tale obbligo ad un diritto soggettivo dell'appaltatore, il quale fa valere una mera pretesa di adempimento contrattuale, come tale ricadente nell'ambito della giurisdizione ordinaria»[187];
relativamente alle controversie (che parimenti il Legislatore ha ricondotto sotto la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo) in materia di edilizia ed urbanistica nonché, 'aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti, riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, delle pubbliche amministrazioni in materia di espropriazione per pubblica utilità'[188]: si è fatto ricorso ad una espressa previsione, onde fare salva comunque la giurisdizione del Giudice ordinario quando si dibatta in punto di 'determinazione e corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa'[189]; così sancendo una giurisdizione esclusiva del Giudice ordinario; laddove, diversamente, la giurisdizione relativa a questi profili sarebbe dovuta spettare al Giudice amministrativo, se legati ad una valutazione discrezionale.
Per altro verso:
«la controversia attinente alla spettanza e liquidazione del contributo per gli oneri di urbanizzazione e costo di costruzione è riservata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. f), D.Lgs. n. 104/2010; essa ha ad oggetto l'accertamento di un rapporto di credito a prescindere dall'esistenza di atti della pubblica amministrazione e non è soggetta alle regole delle azioni impugnatorie-annullatorie degli atti amministrativi e ai rispettivi termini di decadenza»[190]; laddove, la giurisdizione si sarebbe dovuta ricondurre al Giudice ordinario in assenza di un esercizio discrezionale;

[186] Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. II, 1° marzo 2023, n. 1328.
[187] Trib. amm. reg. Lazio, Roma, sez. IV, 16 febbraio 2023, n. 2791.
[188] Art. 133, comma 1, lett. 'f' e 'g', c.p.a. Cfr. pure Trib. amm. reg. Campania, Salerno, sez. II, 29 settembre 2023, n. 2165.
[189] Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. VI, 16 ottobre 2023, n. 5625.
[190] Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. VI, 15 settembre 2023, n. 5118. Cfr. pure Trib. amm. reg. Lombardia, Milano, sez. II, 4 gennaio 2023, n. 60.

ISSN 2036-7821

«l'ambito della giurisdizione esclusiva in materia di revisione dei prezzi nei contratti di appalto pubblico ha, per l'effetto, definitivamente assunto, in ragione del concorso di situazioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo, una portata ampia e generale, includendo ogni controversia concernente la revisione dei prezzi di un contratto di appalto, compreso il profilo del *quantum debeatur*, con definitivo superamento di quel tradizionale orientamento interpretativo secondo il quale al giudice amministrativo spettavano le sole controversie relative all'*an* della pretesa alla revisione del prezzo, mentre competevano al giudice ordinario le questioni inerenti alla quantificazione del compenso»[191]; laddove, anche stavolta la giurisdizione si sarebbe dovuta radicare nanti il Giudice ordinario in assenza di un esercizio discrezionale.

La ragione di tale contrasto va evidentemente ricondotta ad una diversa 'complementarizzazione' fra i principi di riferimento: 'unicità della giurisdizione' e 'giusto processo - concentrazione'[192]. Il suo superamento non può che rimettersi al riscontro oggettivante di una logica 'operazionale' (di costi/benefici), avuto riguardo agli argomenti che l'ordinamento mette a disposizione dell'interprete in un dato momento storico.

A tal punto:

superata la fase storica in corrispondenza della quale la giurisdizione esclusiva assolveva all'esigenza di adattare il giudizio su diritti ai caratteri propri di quello amministrativo di legittimità[193];

avuto riguardo all'istanza di uno statuto diverso, di erogazione di ogni forma di tutela del diritto soggettivo (pur in assenza di espressa previsione negli artt. 29 e 30 c.p.a.,

---

[191] Trib. amm. reg. Lazio, Roma, sez. II, 31 luglio 2023, n. 12910.

[192] A favore di quest'ultimo prende posizione F. MERUSI, *La legalità amministrativa fra passato e futuro. Vicende italiane*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, pp. 101-103 il quale, in forza del (prevalente) principio del giusto processo, come declinato in termini di concentrazione, conclude nel senso che, a seguito della costituzionalizzazione di quel principio (nuova versione dell'art. 111 Cost.), la costituzionalizzazione della giurisdizione esclusiva (art. 103 Cost.) andrebbe coordinata alla prima. Con la conseguenza che la deroga legislativa, caso per caso, a favore della giurisdizione esclusiva andrebbe riferita esclusivamente ai «diritti soggettivi non connessi a questioni di interesse legittimo, cioè per attribuire al giudice amministrativo questioni che non hanno bisogno di "connessione" con atti amministrativi …».

[193] Emblematico il R.D. 30 dicembre 1923, n. 2840, di devoluzione al Consiglio di Stato dei ricorsi relativi al pubblico impiego. Osserva A. POLICE, *Giurisdizione amministrativa 2. Giurisdizione esclusiva*, in *Enc. giur. Treccani on line*, 2015: «Le incertezze e le contraddizioni caratterizzanti l'elaborazione normativa dell'istituto si sono inevitabilmente ripercosse sul processo amministrativo «esclusivo», che, pur nella frammentazione e diversificazione dei poteri di cognizione e decisione del giudice in ragione delle diverse situazioni giuridiche soggettive controverse, subiva il pesante condizionamento del modello processuale impugnatorio proprio della giurisdizione di legittimità. Sul piano processuale, quindi, la riforma del 1923 non solo non ha assicurato pienezza di tutela alle situazioni di interesse legittimo, ma, addirittura, ha comportato un affievolimento della tutela dei diritti soggettivi che, in sostanza, perdevano le azioni, le garanzie processuali, i mezzi di prova che il processo davanti al giudice ordinario avrebbe invece loro assicurato». Cfr. pure F. BENVENUTI, *Consiglio di Stato* (competenza e giurisdizione), in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 318 s.

ISSN 2036-7821

ma in forza del 'combinato disposto' degli artt. 24, 103, 111 e 113 Cost.)[194]; quella strategia, ispirata a 'concentrazione', e con essa il 'seguito' giurisprudenziale, plausibilmente andrebbero ponderatamente valutati alla luce del principio di 'effettività', sul piano giuridico[195].

Infatti: superate significative limitazioni ai funzionali poteri decisori del Giudice amministrativo[196]; se, da un canto, ne consegue anche un'estensione, al processo amministrativo, delle prerogative di sindacato del Giudice ordinario (sul rapporto controverso), a partire dalla dotazione istruttoria; d'altra parte, occorre tenere conto dei correlati istituti tipici del processo civile. Questi ultimi, indubbiamente imprimono maggiore spinta verso un obiettivo di qualità e sostanza alla tutela giurisdizionale[197]; nondimeno, talvolta impongono più gravosi oneri (anche a carico della parte), come dimostra la seguente rassegna.

Per un verso:

l'azione di accertamento vertente su diritti soggettivi[198];

la richiesta di sentenza costitutiva di condanna ai sensi dell'art. 2932 c.c.; anche quando manchino previsioni di per sé idonee nella disciplina sostanziale[199];

---

[194] A partire dalla sentenza 'Fagiolari' (dal nome del giudice estensore), sul caso 'Ricciardi', del 1939, per cui cfr. G. FAGIOLARI, *L'atto amministrativo nella giustizia amministrativa*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, p. 297 s.

[195] In tal senso, S. MENCHINI, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 921 s., segn. pp. 992-993.

[196] Con particolare riguardo agli istituti dell'arbitrato e del decreto ingiuntivo (per cui si rinvia agli artt. 12 e 118 c.p.a.), così raccogliendo i rilievi di autorevoli voci di dottrina (*ex multis*, E. FOLLIERI, *La tutela nei contratti della pubblica amministrazione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, pp. 318-319).

[197] Spunti di rilievo, in tal senso, sono offerti da F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, 54 s. il quale, muovendo dalla constatazione che «nella loro profonda natura diritti soggettivi e interessi legittimi non esprimono altro che un atteggiarsi dell'interesse sostanziale dell'individuo, in relazione alla tutela che di volta in volta, o per i tipi di lesioni, l'ordinamento prevede», ne fa discendere che la giurisdizione spetta: al Giudice amministrativo, ogniqualvolta l'interesse sostanziale possa risultare più efficacemente tutelato per via dell'annullamento del provvedimento; al Giudice ordinario, quando l'interesse sostanziale pregiudicato possa venire soddisfatto solo tramite la condanna dell'Amministrazione pubblica al risarcimento del danno.

[198] Cons. Stato, sez. VII, 15 febbraio 2024, n. 1535 («la natura di atto privatistico della rideterminazione degli oneri concessori non risulta suscettibile di alcun mutamento per effetto della diversa causa che ne abbia fatto sorgere l'esigenza - mero errore di calcolo della p.a. o scoperta della falsa rappresentazione fornita dal privato -, poiché in ogni caso la pubblica amministrazione, nel corso del rapporto concessorio, può sempre rideterminare, sia a favore che a sfavore del privato, l'importo del contributo di costruzione, in principio erroneamente liquidato, richiedendone o rimborsandone a questi la differenza nell'ordinario termine di prescrizione decennale - art. 2946 c.c. - decorrente dal rilascio del titolo edilizio, senza incorrere in alcuna decadenza, mentre per parte sua il privato non è tenuto ad impugnare gli atti determinativi del contributo nel termine di decadenza, potendo ricorrere al giudice amministrativo, munito di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. f), c.p.a., nel medesimo termine di dieci anni, anche con un'azione di mero accertamento»).

Cfr. pure: Cons. Stato, sez. VII, 19 ottobre 2023, n. 9102 (ove si puntualizza che comunque la posizione sulla quale quell'azione verte deve essere di diritto soggettivo); Trib. amm. reg. Emilia - Romagna, Bologna, sez. I, 5 ottobre 2023, n. 543.

[199] Cfr.: Cass. civ., sez. un., 5 dicembre 2023, n. 33944 («qualora il privato abbia sottoscritto un atto d'obbligo per il trasferimento di aree alla P.A. nell'ambito di un accordo di urbanizzazione, il giudice amministrativo può

ISSN 2036-7821

la facoltà di proporre domande riconvenzionali (nei termini e con le modalità del ricorso incidentale)[200];
la facoltà d'intervento autonomo (anche principale), dal momento che la sentenza emessa senza la partecipazione del terzo (titolare di un autonomo diritto da far valere, connesso a quello oggetto del processo) potrebbe essere impugnata col mezzo dell'opposizione di terzo (cd. ordinaria)[201].
Si assiste così all'inveramento di una prospettiva di giurisdizione 'piena' (quale vincolo al futuro dell'Amministrazione) che autorevole dottrina aveva compiutamente articolato in termini (alternativo-cumulativi) di 'annullamento degli atti illegittimi', 'condanna ad un *dare* generico' (risarcimento per equivalente), 'condanna ad un *facere*, un *dare* od un *praestare* qualificato' (risarcimento in forma specifica)[202].
Per altro verso (quanto agli oneri), ci si riferisce a:
la sospensione necessaria del processo civile (*ex art.* 295 c.p.c.), sul presupposto che «la pregiudizialità di una controversia amministrativa è configurabile solo laddove entrambi i giudizi pendano tra le stesse parti ed il giudice amministrativo sia chiamato a definire questioni di diritto soggettivo in sede di giurisdizione esclusiva e non anche qualora innanzi allo stesso sia impugnato un provvedimento incidente su interessi legittimi, potendo, in quest'ultima ipotesi, il giudice ordinario disapplicare il provvedimento amministrativo»[203];
il duplice onere: per il ricorrente che aziona diritti soggettivi nei confronti di un'Amministrazione pubblica, di 'provare' i fatti che costituiscono il fondamento del

---

emettere la sentenza costitutiva ex art. 2932 cod. civ., pur non espressamente contemplata dagli artt. 29 e 30 cod. proc. amm., sia perché, a norma degli artt. 24, 103, 111 e 113 Cost., il giudice amministrativo, nelle controversie rimesse alla sua giurisdizione esclusiva, può erogare ogni forma di tutela del diritto soggettivo, sia perché, a norma degli artt. 11 e 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, agli accordi provvedimentali si applicano i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti»); Cons. Stato, sez. VII, 30 dicembre 2023, n. 11380 («sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sulla richiesta di pronuncia della sentenza costitutiva di condanna ai sensi dell'art. 2932 c.c., in caso di revoca dell'atto aggiudicazione di una vendita all'asta di beni immobili di proprietà comunale, ritenuto illegittimo, e della mancata stipula del relativo contratto, sussistendo la giurisdizione esclusiva in materia di dismissione di beni pubblici ai sensi dell'art. 119, comma 1, lett. c), c.p.a.»). Cfr. pure: Cass. civ., sez. un., 5 dicembre 2023, n. 33944; Trib. amm. reg. Campania, Salerno, sez. III, 3 luglio 2023, n. 1619 («la domanda di condanna dell'Amministrazione al riconoscimento del diritto di un disabile ad uno specifico ed individualizzato trattamento terapeutico, sia in modalità diretta che per equivalente monetario, rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 104 del 2010, atteso che non sussiste alcun dubbio che, in presenza di un "pubblico servizio", debba considerarsi impugnabile, quale "provvedimento negativo", l'omissione provvedimentale della P.A. sanitaria in relazione alle specifiche richieste azionate giudizialmente»).

[200] Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. III, 28 agosto 2023, n. 4901. Una trattazione articolata si rinviene in A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, p. 352 s.

[201] Cons. Stato, sez. IV, 3 marzo 2023, n. 2255.

[202] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, pp. 172-173, 229.

[203] Cass. civ., sez. lavoro, Ord. 13 novembre 2023, n. 31539. Cfr. pure Trib. amm. reg. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 6 ottobre 2023, n. 462.

ISSN 2036-7821

diritto medesimo (*ex art.* 2697 c.c.)[204]; per la parte convenuta-resistente, di indicare i 'mezzi di prova' di cui intende valersi (ai sensi dell'art. 167 c.p.c.), sia pur sempre entro i limiti della tutela di diritti soggettivi; laddove, con riferimento ai poteri istruttori esercitabili dal giudice amministrativo, il Legislatore, nel processo amministrativo, ai sensi degli artt. 63, 64 e 65 c.p.a., ha recepito il modello c.d. dispositivo con metodo acquisitivo, in cui l'onere della prova si attenua nel più sfumato onere del 'principio di prova', con la conseguenza che il giudice esercita un potere di soccorso della parte che non è in grado, senza colpa, di fornire la 'prova' dei fatti dedotti, pur potendo fornire un 'principio di prova'[205];

l'onere, della parte resistente, di sollevare l'eccezione d'inadempimento (*ex art.* 1460 c.c.), a pena di decadenza, nella memoria di costituzione (ai sensi dell'art. 167, comma 2, c.p.c.)[206].

Evidentemente, su questi aspetti penalizzanti dovrebbe sostare il contributo 'corrente' degli interpreti: onde consentire, in chiave di completamento-perfezionamento del processo evolutivo della giustizia amministrativa, il superamento di protocolli di meccanicistica mutuazione dal processo civile.

[204] Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2023, n. 8301. Cfr. pure Cons. Stato, sez. IV, 3 gennaio 2023, n. 99.
[205] Cons. Stato, sez. VI, 10 novembre 2023, n. 9649.
[206] Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2023, n. 8301.

ISSN 2036-7821