

LUISS



Libera Università Internazionale degli Studi Sociali

Corso di laurea magistrale a ciclo unico in Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Amministrativo 1

La situazione giuridica soggettiva a fronte dell'esercizio di un potere amministrativo vincolato

Relatore:

Chiar.mo Prof. Aristide Police

Correlatore:

Chiar.mo Prof. Giuliano Fonderico

Candidato:

Federico Margheri Biagi

Matricola n. 154813

Anno Accademico 2022/2023

INDICE ANALITICO

INTRODUZIONE	1
CAPITOLO I, CENNI PRELIMINARI	7
1. PREMESSA	7
2. POTERE E POTERE AMMINISTRATIVO	7
3. DIRITTO SOGGETTIVO E INTERESSE LEGITTIMO	12
4. LE c.d. NORME DI AZIONE E NORME DI RELAZIONE	16
5. IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE	19
6. SULLA DISTINZIONE TRA DISCREZIONALITÀ ED INTERPRETAZIONE	24
7. DISCREZIONALITÀ E VINCOLATEZZA AMMINISTRATIVA, CONSIDERAZIONI IN ORDINE AD ESISTENZA ED AUTONOMIA CONCETTUALE DI TALI CATEGORIE	32
CAPITOLO II, RICOSTRUZIONI ALTERNATIVE	49
1. OPINIONI DOTTRINALI IN UN SISTEMA ORGANICAMENTE INTERCONNESSO	49
2. LA TEORIA TRADIZIONALE SULLA “DIREZIONE DELLA NORMA”	50
3. LA SCUOLA FIORENTINA	63
4. IL POTERE AUTORITATIVO È PUR SEMPRE POTERE AUTORITATIVO	87
CAPITOLO III, ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI RIFLESSIONE CRITICA	108
1. PRIME CONSIDERAZIONI: TENDENZE, DIVERGENZE E CONTRASTI	108
2. VARIANTI E SVILUPPO DELLA POSIZIONE STORICAMENTE DOMINANTE	112
3. LA GIURISPRUDENZA IN ALCUNE SPECIFICHE MATERIE, CONTRASTI E TENTATIVI DI AVVICINAMENTO	139

4. ALCUNI ARGOMENTI GIURISPRUDENZIALI IN ORDINE ALLA DIALETTICA VINCOLATEZZA - AUTORITATIVITÀ.....	151
CONCLUSIONE.....	163
BIBLIOGRAFIA.....	167
GIURISPRUDENZA	172
CORTE COSTITUZIONALE.....	172
SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE.....	172
CONSIGLIO DI STATO	174
CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIA	176
T.A.R.	176

INTRODUZIONE

1. Quale sia la reale natura del potere amministrativo vincolato e quale la corretta qualificazione della situazione giuridica soggettiva correlata al suo esercizio, due ardui quesiti, oggetto di una diatriba dottrinale e giurisprudenziale tra le più antiche nel nostro ordinamento.

Ebbene, il cuore di questo lavoro consiste proprio in una ricognizione delle soluzioni offerte dalla più autorevole dottrina e dalla più rilevante giurisprudenza a tale intricatissimo ed affascinante *busillis*.

Ma invero l'analisi di un tema tanto tecnico, specifico ed astratto, richiede al giurista un grande sforzo intellettuale, proteso all'elaborazione di nozioni non banali.

Dunque, in via propedeutica, è sembrato necessario richiamare e chiarire i concetti che fanno da fondamenta al dibattito in materia.

Non si vede come sarebbe possibile discutere del comportamento della situazione soggettiva a fronte dell'esercizio del potere vincolato senza aver previamente chiarito cosa sia il potere, cosa sia la vincolatezza e in cosa differisca dalla discrezionalità, cosa dunque sia la discrezionalità e cosa la distingua da concetti apparentemente simili, quali quello di "interpretazione".

Né sarebbe possibile comprendere a pieno il reale significato, a tratti ideologico, del dibattito intorno al potere vincolato, senza esaltarne la stretta connessione con altri temi di indiscussa rilevanza.

Così, in particolare, sarà oggetto di specifica attenzione la questione del riparto di giurisdizione, dapprima in termini generali e poi, di volta in volta, nella declinazione che assume alla luce delle diverse ricostruzioni teoriche che saranno portate all'attenzione del lettore.

2. Diverse sono le correnti di pensiero di cui si è voluto richiamare il contributo.

In questo senso, innanzitutto, la "tesi tradizionale" in base alla quale, a fronte dell'esercizio di un potere vincolato, la situazione del privato dovrebbe essere qualificata come di diritto soggettivo o di interesse legittimo in ragione della "direzione prevalente di tutela" assunta dalla normativa primaria.

In tale ottica il privato sarebbe titolare di un diritto soggettivo quando la norma è posta a tutela preminente dell'interesse privato, di interesse legittimo quando è posta a tutela preminente dell'interesse pubblico.

Diversamente ritengono, come pure si avrà occasione di vedere, i sostenitori della c.d. Scuola fiorentina.

Sulla scorta degli argomenti offerti da questa Autorevole dottrina la situazione soggettiva correlata all'esercizio di un potere vincolato dovrebbe essere sempre qualificata come di diritto soggettivo.

Il "potere amministrativo vincolato", infatti, andrebbe più correttamente qualificato come "non potere": se gli effetti giuridici sono predeterminati nel loro contenuto dalla legge, si sostiene che allora, al manifestarsi della fattispecie concreta suscettibile nella norma primaria, tali effetti si producono "in automatico", essendo assente un ruolo di intermediazione "costitutiva" da parte dell'amministrazione.

Ma sarà oggetto di analisi anche una terza grande corrente di pensiero, che offre un'opinione ancora differente.

Si tratta di coloro i quali ritengono che le considerazioni in ordine all'autoritatività del potere e quelle in ordine alla vincolatezza dello stesso, si sviluppino su due piani argomentativi distinti, talché il ragionamento intorno alla sussistenza di tali caratteri deve svolgersi in modo sostanzialmente autonomo.

3. Ma se il dibattito dottrinale appare fervente, non meno accesi contrasti si sono manifestati e si manifestano in giurisprudenza, sicché un'analisi al riguardo è sembrata imprescindibile.

Si è così potuto ravvisare come oggi l'orientamento assolutamente dominante in seno alla giurisdizione ordinaria propenda, a fronte dell'esercizio di un potere amministrativo vincolato, per la riconduzione della situazione del privato al diritto soggettivo, *sic et simpliciter*, senza ulteriore indugio.

Al contrario, in seno alla giurisdizione amministrativa tende a prevalere l'orientamento di tipo "tralaticio" per cui, al fine di determinare la natura della situazione soggettiva, è necessario avere riguardo alla "direzione di tutela" assunta dalla norma primaria.

Ma se il quadro generale degli orientamenti giurisprudenziali appare chiaro, in questi termini essenziali, va tuttavia sottolineato come, a ben vedere, mostri un'articolazione non suscettibile di banalizzazioni.

In questo senso, in particolare, si è avuta occasione di osservare come la giurisprudenza in materia di “contributi pubblici” si dimostri eccezionalmente univoca.

Nelle pronunzie in materia, infatti, sia il giudice ordinario che il giudice amministrativo sono propensi a ricondurre la situazione del privato al diritto soggettivo *sic et simpliciter* e cioè senza coinvolgere, almeno in modo espresso, valutazioni in ordine alla direzione della norma.

E gli aspetti di complessità nell'analisi giurisprudenziale non si possono dire con ciò esauriti.

Hanno meritato particolare attenzione anche quelle pronunzie in cui il giudice amministrativo sembra offrire percorsi argomentativi nuovi, slegati da una pedissequa aderenza alle tesi maggiormente ricorrenti in giurisprudenza.

In queste pronunzie, va chiarito, il giudice amministrativo sembra sempre alludere in qualche modo alla “tesi tralaticia sulla direzione della norma”, ma appunto in termini di contesto, lasciandola sullo sfondo, senza riservarle un ruolo di rilievo nel ragionamento giuridico.

4. Questa giurisprudenza amministrativa più “originale” pare rispecchiare una raffinatezza ricostruttiva particolarmente condivisibile.

Da tali arresti emerge uno sforzo argomentativo considerevole, che evita semplificazioni.

In effetti, proprio partendo dallo spunto intellettuale offerto da tali pronunzie, è stato infine possibile proporre un'ulteriore chiave di lettura del rapporto intercorrente tra potere vincolato e situazione soggettiva.

Ciò secondo un percorso argomentativo che, sinteticamente, si riporta.

Se l'interesse legittimo è la situazione soggettiva mediata dall'esercizio di un potere autoritativo e se l'autoritatività del potere (e cioè l'attribuzione del potere in senso proprio) viene determinata dalla legge allora se ne potrebbe ricavare che, per identificare la natura della situazione soggettiva correlata all'esercizio di potere vincolato, è necessario, banalmente, interpretare la legge.

In altre parole, il quesito in ordine alla presenza di un potere autoritativo o meno sembra tradursi in un problema esegetico, che non risulta possibile risolvere in modo esaustivo sul piano dei principi.

Non pare cioè possibile addivenire ad una sicura qualificazione della situazione soggettiva argomentando in termini astratti, sulla scorta di un'ipotetica correlazione biunivoca tra i risultati di un'analisi in ordine alla "vincolatezza del potere" o alla "direzione della norma" e quelli in ordine alla sussistenza o meno di un potere autoritativo.

Che uno sforzo ricostruttivo del genere non sia in grado di condurre ad esiti completamente persuasivi sembra peraltro plasticamente dimostrato dall'inalterato tenore dei vigorosi contrasti giurisprudenziali e dottrinali che ancora oggi perdurano.

Pare per altro opportuno precisare come, sulle basi di quanto ipotizzato, non si sia inteso sostenere che il richiamo a concetti quali "direzione della norma" o "vincolatezza del potere" sia un completo fuor d'opera nell'ottica della ricostruzione dei connotati del potere.

Tali elementi sembrano infatti utilissimi "indici", di ausilio all'interprete nello svolgimento di un'operazione esegetica spesso complessa.

In conclusione, è parso corretto ritenere che solo lo svolgimento di un'attenta attività esegetica, per quanto difficoltosa, consenta di comprendere se, nel caso concreto, sussista o meno un potere amministrativo autoritativo.

Né sembra che concetti quali "direzione della norma" o "vincolatezza del potere" siano elementi suscettibili di determinare in via autonoma l'esito di tale operazione interpretativa.

5. Il tema indagato, in tutta evidenza, si presenta come di estrema complessità teorica, nondimeno un approfondimento al riguardo sembra imprescindibile alla luce dei relevantissimi precipitati che tale analisi può produrre sul piano della pratica giuridica, della dialettica amministrazione - cittadino, nonché sulle prospettive di sviluppo di una società moderna, che ambisca ad incarnare in modo genuino e autentico valori di uguaglianza ed efficienza.

Né può essere revocato in dubbio che l'acceso dibattito, che ancora oggi si manifesta, intorno alla vitalità della figura dell'interesse legittimo e, per quanto più

interessa in questa sede, intorno alla possibilità di riconoscerne la configurabilità nel caso concreto, corrisponda alla cogente attualità di tali istanze.

Proprio la primaria importanza dei profili problematici coinvolti, giustifica, alla luce della diversa sensibilità degli autori (e dei giudici), la varietà di soluzioni proposte.

Si pensi alla ricostruzione della Scuola fiorentina, che ha argomentato strenuamente nel tentativo di limitare il più possibile lo spazio giurisdizionale dei Collegi amministrativi.

Si tratta della concretizzazione di un pensiero giuridico di matrice liberale che, per mezzo della difesa dell'unità giurisdizionale, ha inteso promuovere un modello sociale fondato sulla parità nei rapporti tra amministrazione e consociati: un'interpretazione delle dinamiche giuridiche senz'altro interessante ma che invero non sembra esente da rilievi critici.

Forse proprio il diritto inglese, radice del liberalismo occidentale, nei suoi più recenti sviluppi, ove i tribunali amministrativi hanno acquisito sempre maggiore importanza, permette di dubitare che la difesa dello Stato di diritto e della parità nei rapporti tra amministrazione e cittadino debba necessariamente passare per lo svilimento del ruolo dei giudici speciali.

D'altronde, se il *punctum dolens* riguardasse specificamente la "sistemazione istituzionale" del giudice amministrativo in Italia, allora forse andrebbe contestualizzato in termini di una miglior attuazione dell'"indipendenza" garantita ai sensi dell'art. 108, Cost.

Non sembra necessario tentare di risolvere il problema riducendo o annientando la rilevanza di una figura soggettiva, quella dell'interesse legittimo, che trova dimora nel testo costituzionale medesimo.

D'altronde, che un'operazione del genere si possa tradurre in vantaggi per il cittadino pare quantomeno dubbio ed anzi, proprio su questo piano si incarna un altro aspetto di rilevanza pratica del dibattito in esame.

Forse, come è già stato autorevolmente sostenuto, un sistema di diritto sostanziale che contempli una pluralità di figure soggettive, anche internamente sfaccettate, si riflette, sul piano giurisdizionale, nel riconoscimento di una tutela flessibile,

ritagliata sul caso concreto e dunque in grado di accogliere al meglio le istanze di giustizia.

In effetti, a ben vedere, sembrano piuttosto altri i profili di “uguaglianza” messi a rischio dall’attuale sistemazione del dibattito intorno al potere vincolato. Si pensi alla situazione in cui si trovano coloro i quali, adito un giudice, si vedono negare la giurisdizione, con un inevitabile allungamento dei tempi e dei costi processuali, a fronte di chi, adendo lo stesso giudice, si vede invece riconosciuta immediata tutela.

Un profilo di ingiustizia evidente, lesivo dell’interesse, pubblico quanto privato, alla certezza del diritto e alla costruzione di un sistema giurisdizionale efficiente. L’importanza e l’attualità di questa problematica, come si vedrà, è stata plasticamente dimostrata dai contrasti giurisprudenziali in ordine all’individuazione del giudice munito di giurisdizione in relazione alla controversie concernenti gli effetti giuridici negativi scaturenti dall’inadempimento dell’obbligo vaccinale anti SARS-CoV-2.

Proprio a tal riguardo si è prodotta una situazione di caos giurisprudenziale anche interna ai medesimi ordini giurisdizionali, che è arrivata a coinvolgere, in alcune recentissimi pronunzie, persino la Corte costituzionale.

Da ultimo, quale aspetto eminentemente pratico di assoluto peso, sembra meritare una breve menzione anche il tema della celerità processuale: sotto questo profilo sembra invero pacifico che per il privato non potrebbe che derivare un danno dalla riduzione dello spazio giurisdizionale garantito al giudice amministrativo.

Tutti questi sono temi sottesi al dibattito intorno al potere vincolato e all’interesse legittimo che non mancheranno di emergere nel corso della trattazione e che evidenziano esaustivamente come la necessità di un confronto al riguardo sia ancora lungi dal potersi ritenere esaurita.

L’impegno per il raggiungimento di una soluzione razionale e condivisa, che valorizzi le reali esigenze dei consociati, non deve essere abbandonato, ed è forse tempo, dopo decenni di diatribe, che si svesta del manto dell’utopia.

CAPITOLO I

CENNI PRELIMINARI

1. PREMESSA

1.1. Pare opportuno iniziare la trattazione richiamando alcune coordinate tecnico-giuridiche che vadano a delineare il contesto concettuale all'interno del quale si muoveranno i capitoli successivi.

Nel fornire questi elementi, prevalentemente di natura definitoria, non ci si ripropone alcun intento di esaustività, sembrando piuttosto il caso di sottolineare sin da subito quegli aspetti problematici, discussi e indefiniti che compartecipano nel rendere l'oggetto di questa indagine complesso e interessante.

2. POTERE E POTERE AMMINISTRATIVO

2.1. In questo lavoro si intende analizzare la natura e il comportamento della situazione giuridica soggettiva a fronte dell'esercizio di una particolare forma di potere: il potere amministrativo vincolato. Perciò, procedendo *per gradus*, è necessario cimentarsi innanzitutto in un tentativo definitorio del concetto di "potere", ciò pur nella consapevolezza che si tratta di una nozione dalla "notevole difficoltà di messa a fuoco"¹, laddove "l'impressione, un po' paradossale, è che il concetto di potere, per quanto non si riesca a definirlo esattamente, sia al contempo "ovvio"². Si ricercherà dunque un cuore ideale della nozione che possa trovare stabile condivisione nella più autorevole dottrina.

2.2. Conviene innanzitutto rilevare come il potere sia "non già una posizione, ma una forza attiva"³.

Il potere infatti non si presenta come una situazione giuridica soggettiva bensì come la capacità di incidere su determinate sfere giuridiche: "il potere è collocato al di fuori dell'orbita di un rapporto concreto e consente di produrre modificazioni

¹Cfr. G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, p. 4.

²*Ibidem*.

³Cfr. G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo, interesse*, in Riv. dir. comm., 1944, p. 116.

(vicende giuridiche) delle situazioni racchiuse in quel rapporto”⁴, quindi, in quanto capacità, non si identifica “con alcuna situazione soggettiva, è il presupposto, o la fonte, di una serie infinita di rapporti giuridici, che si instaurano ad ogni episodio del suo esercizio”⁵.

2.3. Una tale capacità può radicarsi sia in capo ad un privato che ad un soggetto pubblico.

La nozione di potere, in questa sua immagine essenziale, viene infatti ad avere una latitudine molto ampia, ricomprendendo la capacità di produrre modificazioni giuridiche sia unilaterali che non.

In altre parole è “potere” anche la capacità di *consentire o compartecipare* alla modificazione di una sfera giuridica⁶. Ne deriva che anche la stessa capacità negoziale dei privati, che permette, tramite moduli consensuali, di modificare la propria e l’altrui situazione giuridica, è da considerarsi una “forma di potere”.

Sempre in relazione al tema dei poteri privatistici è ancora interessante, anche in virtù degli aspetti di vicinanza col “potere amministrativo”, precisare quale sia la natura dei c.d. “diritti potestativi” che, come sottolinea G. Miele: “non sono veri diritti, ma poteri giuridici”⁷.

Ma, è bene rimarcare, non sono tali in virtù del carattere unilaterale delle modificazioni giuridiche che sono in grado di produrre, bensì in quanto concretano la capacità stessa di produrre una modificazione giuridica, nel caso, unilateralmente.

2.4.1. Avendo chiarito in modo essenziale, ma sufficiente, come si declina il potere “in mano ai privati” possiamo concentrarci ora sul “*potere amministrativo*”. Una prima nota di rilievo: parlando di potere amministrativo non si usa normalmente riferirsi all’insieme dei poteri di cui un’amministrazione è titolare (ivi compresa la capacità negoziale) bensì, più puntualmente, ai poteri “speciali” di cui

⁴Cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. FRACCHIA, Milano, 2020, p. 292.

⁵Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2021, p. 271; in senso parzialmente conforme A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1970, p. 138, per cui si può “interpretare in termini di capacità di agire la posizione del soggetto riguardo alla titolarità di poteri giuridici e delle facoltà”.

⁶Cfr. G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo, interesse*, cit., p. 118.

⁷*Ibidem*.

l'amministrazione è o può essere dotata sulla scorta di quanto previsto da una norma attributiva del potere.

Le amministrazioni infatti possono essere titolari di una "capacità speciale"⁸ che è tale in quanto prevista appositamente da norme speciali ed in quanto dotata di una fisionomia del tutto peculiare⁹.

2.4.2. Il potere amministrativo infatti dà mostra di connotati intrinseci, direttamente scaturenti dalle ragioni che ne giustificano l'esistenza.

In primis è dotato di imperatività: il suo esercizio consente la produzione dell'effetto giuridico in via unilaterale, senza l'utile apporto di una volontà convergente del destinatario¹⁰, il quale si trova invece in uno stato di "soggezione"¹¹. L'ordinamento in questo modo neutralizza la possibilità che la volontà di singoli individui possa rendere impossibile il perseguimento dell'interesse pubblico¹².

Proprio questo tema ci conduce al connotato "funzionale" del potere pubblico: il potere amministrativo viene infatti concesso per la tutela dell'interesse pubblico¹³, cioè per il perseguimento di un fine pubblico predeterminato dalla legge. Per questa ragione per altro l'esercizio del potere amministrativo si può esplicare soltanto per tramite di una "fase procedimentale" mediante la quale venga verificata

⁸Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., p. 272.

⁹Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Costituzione e amministrazione*, Torino, 2022, p. 123 ove si sostiene, in riferimento ai poteri amministrativi, che "si tratta sempre di capacità speciali: quanto al profilo soggettivo (...), quanto agli atti giuridici nei quali l'esercizio del potere si esprime (...), quanto agli effetti che si vanno a produrre nella sfera giuridica di terzi".

¹⁰Cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, p. 20: "La dottrina maggioritaria ritiene che il nucleo essenziale dell'imperatività debba essere ravvisato nell'attitudine di un provvedimento a produrre effetti che incidono in sfere giuridiche altrui e pertanto nell'idoneità della statuizione ad incidere unilateralmente, modificandole, sulle situazioni giuridiche dei destinatari del provvedimento, a prescindere dal loro consenso".

¹¹Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., p. 273.

¹²Cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 23: "è necessario sottolineare che le norme attributive di potere rappresentano un'eccezione nei rapporti tra privati. Non altrettanto può dirsi con riferimento ai rapporti instaurati con l'amministrazione, poiché solo in tal modo vi è la garanzia di conseguire il soddisfacimento di determinati interessi collettivi".

¹³Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, p. 116 s.; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., p. 273 ; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 17: "quanto ai caratteri costanti ed indefettibili del provvedimento amministrativo nessun dubbio vi è che tra essi compaia la necessaria finalizzazione al raggiungimento di interessi pubblici concreti".

Sul punto vale la pena di richiamare la precisazione operata, tra gli altri, da A. PIRAS in *discrezionalità amministrativa*, in Enc. Dir., XIII, Varese, 1964, p. 76: "il pubblico interesse del quale così si parla come di una entità intimamente correlata all'agire discrezionale, non può appartenere al novero degli interessi che si dicono pubblici sol perché tali appaiono nella realtà sociale (...). Deve invece trattarsi di un interesse che rifletta il soddisfacimento di un bisogno già qualificato come pubblico da una norma".

la presenza dei presupposti di fatto per l'esercizio del potere e sia svolta la ponderazione degli interessi coinvolti dall'(eventuale) adozione del provvedimento finale¹⁴.

Questo carattere del potere amministrativo lo rende affine alla situazione giuridica di potestà tipica del diritto privato¹⁵, in quanto "l'azione giuridica da porre in essere nell'esercizio del potere [è] finalizzata alla cura di interessi collettivi della comunità amministrata, della generalità e giammai del soggetto agente"¹⁶.

Approfondendo i tratti essenziali del potere amministrativo non si può inoltre tacere della c.d. inesauribilità¹⁷: una volta che la norma attributiva abbia previsto l'esistenza di un potere in capo all'amministrazione questo potrà essere esercitato ogni volta che si manifesti una situazione di fatto conforme alla fattispecie tipizzata dalla norma.

A questo proposito va anche ricordato come i poteri amministrativi siano "costituiti, modificati nel loro contenuto ed estinti, esclusivamente dalla norma"¹⁸, mentre altri poteri, pur avendo sempre fondamento normativo¹⁹, possono concretamente venire ad esistenza per il tramite di un fondamento consensuale: si pensi ai diritti potestativi nel diritto comune²⁰.

Pare infine degno di nota sottolineare il carattere "stragiudiziale" del potere amministrativo che "trova giustificazione nell'esigenza di garantire la realizzazione

¹⁴Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 116 s.; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., p. 273.

¹⁵Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 113: "la potestà che, a differenza di quanto accade per il diritto soggettivo, è attribuita per il soddisfacimento, anziché di un interesse proprio, di un interesse altrui (...). Come si è accennato anche il potere amministrativo è finalizzato al perseguimento di un fine pubblico eteroimposto dalla legge, che è diverso da quello proprio del soggetto agente"; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., p. 78: "la funzione, in quanto entità qualificata nell'attribuzione di un *munus* o di un *officium*, deve ascriversi come specie al genere delle "potestà" o identificarsi comunque con una situazione che viene conferita come propria perché si eserciti in considerazione di un interesse non proprio, o almeno non esclusivamente proprio, ma altrui, o di natura puramente oggettiva".

¹⁶Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Costituzione e amministrazione*, cit., p. 123.

¹⁷Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 109.

¹⁸Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., p. 272.

¹⁹Cfr. C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, 2008, p. 84: "In evidente assonanza con i caratteri del potere autoritativo dell'amministrazione (...) la deroga al principio della parità delle parti ha carattere eccezionale: richiede pertanto un fondamento normativo (...)".

²⁰Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 114 ss.

immediata dell'interesse pubblico"²¹ e che, ancora, vale a distinguerlo da buona parte dei diritti potestativi privatistici²².

2.5.1. Chiarita la nozione di potere e la natura del potere amministrativo, risulta ora necessario soffermarsi sul concetto di "potere amministrativo vincolato". Il potere amministrativo viene sempre attribuito da una norma di legge che definisce i presupposti di esercizio del potere, i criteri di ponderazione degli interessi coinvolti, gli effetti scaturenti dal suo esercizio.

Proprio nella ponderazione degli interessi in gioco, da cui dipendono le modalità concrete tramite le quali l'amministrazione deciderà di esercitare il potere, consiste l'essenza della nozione di discrezionalità²³.

Per questo, in base al grado di ampiezza che la legge riserva all'amministrazione nella valutazione di *an, quid, quomodo* e quando del loro utilizzo, i poteri solgono venire classificati in poteri "vincolati" e "discrezionali": "la discrezionalità è esclusa e si ha attività vincolata quando l'esercizio del potere è così puntualmente disciplinato a livello normativo da ridursi ad un fatto pressoché meccanico (...); non vi è alcuno spazio di scelta per l'amministrazione"²⁴.

2.5.2. Sembra opportuno quindi indirizzare sin d'ora l'attenzione verso il tema centrale attorno al quale ruoterà l'indagine che sarà di seguito condotta.

Due grandi Scuole d'opinione hanno assunto come termine cardine della propria contesa quello della configurabilità stessa dell'esistenza di un potere amministrativo vincolato.

Sinteticamente, il potere amministrativo vincolato viene identificato da alcuni come un "non potere" in quanto gli effetti giuridici connessi al suo esercizio sarebbero in vero ricavabili direttamente dall'applicazione della norma attributiva del potere alla

²¹Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 116, ove per altro si sottolinea come questo carattere valga a connotare il potere amministrativo rispetto ai diritti potestativi che non sempre sono stragiudiziali.

²²E.g. la separazione giudiziale tra coniugi ex 151 c.c.

²³*Ex multis*, A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., p. 82 "la discrezionalità si [può] caratterizzare con riguardo al concetto dell'apprezzamento, del giudizio cioè di apprezzamento (degli interessi insistenti sulla fattispecie oggetto di valutazione), nel quale culmina e si esaurisce lo svolgimento dinamico della funzione".

²⁴Cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 73.

fattispecie concreta, mancando invece un apporto valutativo della pubblica amministrazione²⁵ (cfr. cap. 2, § 3).

In altri termini, in tali casi, la produzione dell'effetto giuridico sarebbe riconducibile allo schema "norma-fatto-effetto" e non allo schema "norma-fatto-potere-effetto"²⁶.

Questa teoria è la scaturigine di corollari relevantissimi.

Accettando l'idea che in sede di esercizio di un potere vincolato in verità non si abbia presenza di un potere amministrativo si dovrebbe concludere che la situazione giuridica che fa capo al privato - destinatario dell'esercizio del potere (inteso in senso lato) non sia qualificabile come interesse legittimo, bensì come diritto soggettivo.

Da considerazioni del genere a cascata seguono effetti in tema di riparto di giurisdizione laddove, in base al criterio discretivo ex art. 103, co. 1, Cost. (cfr. *infra*, § 5), le controversie riguardanti l'esercizio di un potere amministrativo vincolato dovrebbero incardinarsi innanzi al giudice ordinario.

3. DIRITTO SOGGETTIVO E INTERESSE LEGITTIMO

3.1. Dalle considerazioni sopraesposte emerge il cruciale interrogativo riguardante la natura della situazione giuridica soggettiva in titolarità del privato a fronte dell'esercizio di un potere amministrativo vincolato.

Ed appunto, come già sottolineato, in base alla prospettiva teorica accolta si propenderà per qualificare tale situazione soggettiva come di diritto soggettivo piuttosto che di interesse legittimo.

3.2. Si tratta in entrambi i casi di situazioni giuridiche soggettive attive, cioè di vantaggio per il privato.

²⁵Cfr. A. ZITO, M.R. SPAZIANO, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Giustizia amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di), 5^a ed., Torino, 2013, p. 74, ove si sottolinea come si tratti in fin dei conti di un dibattito definitorio dove: "il primo orientamento ritiene che il potere sia la capacità di produrre unilateralmente effetti giuridici mentre il secondo ritiene che il potere sia la capacità di produrre unilateralmente effetti giuridici innovativi nel senso che tali effetti non devono essere interamente predeterminati da altra fonte".

²⁶Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 124 dove si deduce ulteriormente che in questo modo l'atto amministrativo non sarebbe un provvedimento imperativo bensì un atto di natura meramente dichiarativa (cfr. § 4.5.4).

Il diritto soggettivo viene usualmente definito come quella situazione giuridica che consente la soddisfazione “in via diretta e immediata”²⁷ dell’interesse materiale del privato. In altre parole al privato titolare di diritto soggettivo che agisca in giudizio l’ordinamento garantisce senz’altro il bene della vita preteso, anche in via coattiva²⁸.

3.3. Invece, in generale, la situazione giuridica soggettiva deve essere qualificata come di *interesse legittimo* quando il privato si stia relazionando con l’esercizio di un potere amministrativo.

La tutela concessagli dall’ordinamento, si sostiene usualmente, è in questi casi “mediata o strumentale”²⁹, in quanto l’interesse materiale del privato potrà essere soddisfatto solo nella misura in cui ciò sia compatibile con il perseguimento dell’interesse pubblico così come viene a concretarsi nel legittimo esercizio del potere amministrativo³⁰.

In altre parole è il potere amministrativo l’elemento di *mediazione* che rende incerta la possibilità per il privato di ottenere il bene della vita: fintanto che il legittimo esercizio del potere lo consenta l’interesse materiale del privato potrà non essere soddisfatto.

Va peraltro precisato che entrambe le situazioni giuridiche, di diritto soggettivo e di interesse legittimo, trovano il fondamento della propria natura sostanziale nella garanzia di tutela giurisdizionale, assicurata ex art. 24 e 113 Cost.

Non sembra invero che il contenuto sostanziale della situazione di interesse legittimo possa essere esaustivamente contemplato avendo riguardo solo alla dimensione di reazione all’esercizio di un potere illegittimo, dovendo invece esserne messa in rilievo anche la c.d. “dimensione attiva”: quell’insieme di facoltà che consentono al privato di dialogare con la pubblica amministrazione in sede procedimentale al fine di “influire sull’esercizio del potere”³¹ e che quindi incrementano le sue *chance* di ottenere un provvedimento amministrativo non solo legittimo ma anche, per quanto possibile, favorevole.

²⁷Cfr. M. NUZZO, *Introduzione alle scienze giuridiche Norme - Soggetti - Attività*, 3^a ed., Torino, 2009, p. 71.

²⁸*Ivi*, p. 72; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2017, p. 76.

²⁹Cfr. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 84.

³⁰Che infatti, si ricorda, è funzionalizzato al perseguimento dell’interesse pubblico.

³¹Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 138.

Ciò chiaramente fermo restando che una inadeguata considerazione da parte dell'amministrazione dei poteri di intervento del privato nel procedimento produce conseguenze sul fronte della tutela giurisdizionale, potendo in particolare condurre all'illegittimità del provvedimento finale per eccesso di potere³².

3.4. Va per altro sottolineato come il tema della tutela giurisdizionale sia strettamente legato al dibattito sulla natura della situazione giuridica soggettiva a fronte dell'esercizio di un potere vincolato.

Come si è già ricordato l'interesse legittimo è una situazione giuridica che consente la tutela "mediata" dell'interesse materiale del privato e ciò, si potrebbe dire, in quanto "il c.d. bene della vita (...), per definizione, non è garantito dalla legge in presenza di discrezionalità"³³ ma viene invece riconosciuto al privato solo se, stante l'intermediazione valutativa dell'amministrazione, ciò risulta compatibile con il perseguimento del pubblico interesse.

A consentire di distinguere le situazioni di diritto soggettivo ed interesse legittimo, si potrebbe quindi sostenere, non sarebbe la sussistenza di un'intermediazione dell'amministrazione in sé, quanto la presenza di una valutazione discrezionale che consenta il soddisfacimento dell'interesse del privato e la contemporanea soddisfazione dell'interesse pubblico.

Se ne dedurrebbe, argomentando *a contrario*, che, in presenza di un potere vincolato, l'esercizio del potere richiede semplicemente un accertamento intorno al ricorrere dei presupposti di fatto posti dalla legge per l'esercizio del potere, senza che sia coinvolta una ponderazione discrezionale dell'interesse pubblico con gli altri interessi coinvolti, sicché il riconoscimento della spettanza al privato del vantaggio materiale non sarebbe subordinata alla "verifica" di contestuale compatibilità rispetto al perseguimento l'interesse pubblico (che sarebbe incerta soltanto in presenza di esercizio di potere discrezionale).

Quindi, in tali casi, il sindacato giurisdizionale riguarderebbe una valutazione di spettanza del bene della vita di tipo "immediato". Seguendo questo percorso esegetico, in base agli elementi caratterizzanti il contenuto della tutela

³²Cioè: la dimensione "attiva" dell'interesse legittimo, in quanto contenuto della situazione giuridica sostanziale, ha un suo corrispondente nella tutela giurisdizionale approntata per reagire alla sua violazione.

³³Cfr. L. FERRARA, *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in *Dir. pub.*, Fascicolo 3, 201, p. 729.

giurisdizionale, si potrebbe ritenere che a fronte dell'esercizio di un potere vincolato sia manifesti una situazione soggettiva di diritto soggettivo e non di interesse legittimo.

Come si vedrà in seguito il dibattito in ordine alla tenuta di una tale rappresentazione logico-giuridica è assai ricco e vivo, perciò sarà affrontato nel dettaglio. Un'anticipazione al riguardo in questa sede è parsa tuttavia opportuna, se non inevitabile, a fini di chiarezza.

3.5. Peraltro il tema del rapporto intercorrente tra la situazione di diritto soggettivo e quella di interesse legittimo a fronte dell'esercizio del potere, richiede qualche ulteriore puntualizzazione preliminare.

È infatti ben possibile che l'esercizio di un potere amministrativo venga a coinvolgere una posizione di diritto soggettivo, richiedendone in qualche misura il sacrificio.

Ma, come sostenuto *supra*, a fronte dell'esercizio del potere la posizione del destinatario del provvedimento è di interesse legittimo ed un'eventuale domanda di tutela giurisdizionale deve essere proposta innanzi al giudice amministrativo.

In passato questo fenomeno giuridico, per cui il diritto soggettivo innanzi all'esercizio del potere sembra "trasformarsi" in interesse legittimo, era stato spiegato tramite la teoria dell'interesse legittimo come diritto soggettivo "degradato" o "affievolito" dall'esercizio del potere amministrativo³⁴.

Tale ricostruzione è ritenuta ormai superata da dottrina nettamente maggioritaria, mentre giurisprudenza talvolta insiste nello sfruttarla come appiglio argomentativo (cfr. *infra*, § 4.5.2.).

Piuttosto si presenta ormai come di pacifico accoglimento il principio di "relatività delle posizioni di diritto soggettivo e d'interesse legittimo"³⁵, laddove si ritiene che "una stessa situazione materiale (rapporto di un soggetto con un bene) può tal volta identificarsi così nell'una come nell'altra di queste due posizioni"³⁶.

³⁴ La nascita della teoria della degradazione è frutto degli studi di Oreste Ranelletti, si veda, *ex multis* dell'autore, O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, p. 168 ove si parla di "diritti affievoliti nella loro forza di fronte all'interesse pubblico, a cui sono condizionati; e sono da questo atteggiati così come le sue esigenze richiedono".

³⁵Cfr. G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo, interesse*, cit., p. 128.

³⁶*Ibidem*.

In altre parole “l’interesse sostanziale che costituisce il presupposto dell’interesse legittimo (...) può consistere a sua volta (...) in un diritto soggettivo (o meglio, può coincidere con l’interesse sostanziale a sua volta presupposto di un diritto soggettivo)”³⁷.

Quindi l’esercizio di un potere amministrativo non produce la “degradazione” del diritto soggettivo in interesse legittimo. Semplicemente, fermo restando la perdurante titolarità della situazione di diritto soggettivo in capo al privato, in relazione all’esercizio del potere assume rilievo esclusivamente la diversa posizione di interesse legittimo.

Per questo la tutela giurisdizionale garantita sarà di tipo amministrativo e per questo il privato potrà avvalersi, in sede procedimentale, dell’insieme delle facoltà costituenti la c.d. “dimensione attiva” dell’interesse legittimo.

È quindi chiaro che il potere amministrativo in verità non interagisce mai col diritto soggettivo, relazionandosi piuttosto con il *medesimo interesse materiale sotteso al diritto soggettivo*. Di tal guisa che l’interesse legittimo ed il diritto soggettivo, pur radicandosi a tutela del medesimo bene della vita, risultano operare su piani giuridici paralleli e dunque finiscono per sopravvivere in contemporanea, in una situazione di reciproca “relatività”³⁸.

4. LE c.d. NORME DI AZIONE E NORME DI RELAZIONE³⁹

4.1. A complicare ulteriormente il tema della riconducibilità della situazione soggettiva al diritto soggettivo piuttosto che all’interesse legittimo a fronte dell’esercizio del potere vincolato sta il coinvolgimento da parte della

³⁷Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., p. 284 s.

³⁸Per una teoria alternativa cfr. cap. 2, § 3 ove si ricorda come la Scuola fiorentina (successiva a G. Miele) abbia ricostruito l’interesse legittimo come situazione di tutela diretta dell’interesse del privato.

³⁹Classificazione ideata da E. Guicciardi, cfr., *ex multis* dell’Autore, E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942, p. 30 ss.; in particolare *Ivi*, p. 30 s.: “[Le] norme (...) che si riferiscono all’amministrazione (...) si possono distinguere in due grandi gruppi, caratterizzati, il primo dall’essere posto a tutela degli interessi giuridici individuali, il secondo dall’essere posto a garanzia dell’interesse pubblico. (...) Rientrano nella prima categoria quelle norme, che sono dirette a regolare i rapporti intercorrenti fra la amministrazione e il cittadino. (...) Le norme della seconda categoria, invece, non sono poste per la disciplina e la risoluzione di conflitti d’interesse fra Amministrazione e cittadino, ma unicamente per regolare l’attività che l’Amministrazione pone in essere per l’attuazione e lo svolgimento dei rapporti già regolati dalle norme di relazione”.

giurisprudenza e della dottrina di concetti ulteriori, quali quelli di norma di azione e di relazione.

A tal proposito va premesso che tali nozioni, di più ampia condivisione in passato, tendono oggi ad essere ritenute obsolete. Tuttavia ne pare necessaria una rapida disamina atteso che sono ancora legate all'argomentare di taluni autori e di alcuni giudici⁴⁰.

Per altro, se è vero che secondo "dottrina maggioritaria (...) la distinzione tra norme d'azione e norme di relazione sarebbe meramente descrittiva, nulla dicendo sui connotati delle norme dell'una e dell'altra categoria e sul modo di riconoscerle"⁴¹, è altresì vero che tali concetti possono risultare di ausilio al fine di mettere in luce aspetti problematici degni di nota.

4.2. In prima battuta si può dire che sono normalmente riconosciute come "di relazione" quelle norme che esprimono un "giudizio relazionale fra interessi e tutelano in modo esclusivo [o comunque prevalente] quello del privato"⁴².

Tali norme seguono lo schema "norma-fatto-effetto"⁴³ in quanto determinano in via immediata la prevalenza dell'interesse del privato che dunque non è suscettibile di essere intaccato dall'esercizio del potere amministrativo⁴⁴. Quindi, in presenza di norme di relazione, il privato è titolare di una situazione di diritto soggettivo e la pubblica amministrazione è titolare di un obbligo, non di un potere⁴⁵.

⁴⁰Cfr. L. FERRARA, *situazioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in Diz. dir. pub., in S. CASSESE (diretto da), Vol. VI, Milano, 2006, p. 5577 s.: "per quel che concerne l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale di criteri rivolti ad assegnare la giurisdizione all'uno o all'altro giudice" ricorda "l'antitesi tra norme di relazione e norme di azione, seppure [utilizzato] con funzione retorico - persuasiva più che logico - deduttiva".

⁴¹Cfr. A. ZITO, M.R. SPAZIANO, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., p. 72.

⁴²Cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 294.

⁴³Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 117.

⁴⁴Cfr. E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Vol. I, 2^a ed., Padova, 1983, p. 267, in tema di norme di relazione, sono "quelle che stabiliscono i limiti del potere dell'amministrazione (...) sono norme che regolano direttamente i fatti e le situazioni soggettive"; *Ivi* 268 "lo schema norma - fatto corrisponde alle norme che fissano i limiti del potere amministrativo".

⁴⁵Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., p. 282: "la posizione dei terzi si ascrive alla specie dei diritti soggettivi, laddove, - trova fondamento in norme che, nella prospettiva della regolazione di interessi sostanziali contrapposti, normalmente di natura patrimoniale, pongono a carico dell'amministrazione obblighi a garanzia diretta e immediata di un interesse individuale (v. anche Cons. St., Ad. Plen. 5.7.1999 n. 18)".

4.3. Le norme di azione di converso sono quelle norme che “hanno ad oggetto l’azione dell’amministrazione, e non l’individuazione di assetti intersoggettivi”⁴⁶.

Tali norme cioè non determinano una volta e per tutte la consistenza del rapporto giuridico intercorrente tra il privato e l’amministrazione, ma regolano l’esercizio di un potere attribuito dalla legge all’amministrazione stessa⁴⁷.

Con tutta evidenza in questo caso il privato sarà titolare di una situazione giuridica di interesse legittimo, potendo al limite contestare, in sede giurisdizionale, una violazione da parte dell’amministrazione dei “limiti per così dire interni al potere”⁴⁸.

4.4. Ma, come anticipato, la tenuta di queste categorie è ultimamente messa in dubbio, specie in quanto è “legata a una concezione dell’interesse legittimo, ormai superata, come una situazione giuridica soggettiva che riceve tutt’al più una tutela indiretta e riflessa (...). In realtà anche le norme che disciplinano l’attività amministrativa hanno una valenza relazionale e una funzione di tutela dell’interesse del soggetto privato”⁴⁹.

Per queste ragioni parte della dottrina ritiene “preferibile utilizzare la formula più generica di norma attributiva del potere”⁵⁰.

Una posizione del genere parrebbe ottimale anche in relazione all’oggetto della nostra speculazione.

Il concetto di “norma attributiva del potere” consente di mettere a fuoco il tema fondamentale che è in verità già sotteso alla stessa ideazione delle categorie di “norme di relazione” e “norme di azione” e cioè la necessità di determinare se l’amministrazione stia effettivamente operando nell’esercizio di un potere, o al di fuori dello spazio concessole in tal senso dall’ordinamento.

4.5. In effetti è facile riconoscere il nesso concettuale che avvince le norme di relazione e il potere amministrativo vincolato, laddove, *secondo la ricostruzione*

⁴⁶Cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 358.

⁴⁷In un’elaborazione oggi comunemente accettata ma che invero sembra evolutiva rispetto a quanto originariamente teorizzato dal Guicciardi, cfr. E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 30 s.; in questo senso cfr. anche A. ORSI BATTAGLINI, *Autorità vincolata e situazioni soggettive*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1988, p. 33; per un maggiore approfondimento sul tema cfr. cap. 2, § 3.

⁴⁸Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 118.

⁴⁹*Ibidem.* (sulla scorta di un’elaborazione che ha le sue origini nel pensiero di E. Capaccioli, in tal senso cfr. cap. 2 § 3).

⁵⁰*Ibidem.*

di alcuni, in entrambi i casi la produzione dell'effetto giuridico seguirebbe lo schema norma-fatto-effetto, risultando assente l'esercizio del potere.

Di certo indagare il tasso di analogia che intercorre tra queste situazioni di "assenza di potere" può consentire di rilevare aspetti di cui è importante avere contezza nel vagliare la tenuta delle diverse teorie in tema di potere vincolato e situazioni soggettive, per una più approfondita speculazione al riguardo cfr. cap. 2, § 2.

5. IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE

5.1. Conviene a questo punto soffermarsi sul vero *punctum dolens* nel dibattito sul potere amministrativo vincolato, e cioè il tema del riparto di giurisdizione.

5.2. Il problema, come è evidente, scaturisce dalla peculiarità del nostro ordinamento, che presenta una pluralità di giurisdizioni.

Più precisamente l'opzione, da ultimo accolta nella Costituzione Repubblicana del 1948, è stata quella di costruire un "sistema dualista"⁵¹ dove i due ordini giudiziari che fanno capo alla dicotomia giurisdizionale sono quello dei giudici ordinari e quello dei giudici speciali amministrativi.

5.3. Ma dalla presenza di una pluralità di giurisdizioni è derivata la necessità di individuare un criterio di riparto delle competenze.

Sin dalla legge di abolizione del contenzioso amministrativo (legge n. 2248 del 20.3.1865) si è affermata la scelta di riconoscere la giurisdizione del giudice ordinario in relazione alle controversie in materia di diritti soggettivi.

Da ciò derivò tuttavia, in un sistema ormai privato del contenzioso amministrativo, che "la tutela di posizioni soggettive di cui non poteva conoscere il giudice ordinario [fosse] affidata ai soli ricorsi amministrativi"⁵².

In altre parole le situazioni di "interesse" del privato che non avessero avuto dignità di diritto soggettivo sarebbero rimaste prive di tutela giurisdizionale.

⁵¹Cfr. A. POLICE, *Lezioni sul processo amministrativo*, Napoli, 2021, p. 14; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 720

⁵²Cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 720.

A tale “lacuna di tutela”⁵³ è andata a sopperire la legge n. 5992 del 31.3.1889, istitutiva della Sezione IV del Consiglio di Stato, con cui per la prima volta si è concretizzato l’assetto giurisdizionale dualista.

La Sez. IV fu resa competente a sindacare della legittimità dei provvedimenti amministrativi in base ai parametri di: violazione di legge, incompetenza, eccesso di potere.

In questo modo veniva approntato un sistema in cui da un lato la giurisdizione ordinaria offriva tutela alle situazioni di diritto soggettivo, dall’altro la giurisdizione amministrativa offriva tutela alle situazioni di interesse legittimo⁵⁴.

Qui si rinvengono le origini del criterio di riparto giurisdizionale che è ancora oggi in uso nel nostro ordinamento: il criterio della *causa petendi*.

In base a tale criterio le controversie vengono ricondotte alla cognizione del giudice ordinario piuttosto che del giudice amministrativo in ragione della situazione giuridica che fonda la pretesa dedotta in giudizio: se si tratta di diritto soggettivo la giurisdizione è del giudice ordinario, se si tratta di interesse legittimo è del giudice amministrativo.

Per il vero si può rilevare come, mentre la Cassazione ha dimostrato una rapida e decisa adesione a tale criterio, il giudice amministrativo ha manifestato a lungo oscillazioni a riguardo, ove la Sez. IV fino agli anni venti del ‘900 sembrava vertere per l’accoglimento del diverso criterio di riparto del *petitum*⁵⁵.

A tale divergenza d’opinioni ha posto definitivamente fine il c.d. “concordato giurisprudenziale”: le celebri sentenze Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 1 del 1930 e Cassazione, Sezioni Unite, n. 2680 del 1930, con cui gli organi massima espressione di entrambi i rami giurisdizionali hanno dimostrato di convergere sul criterio della *causa petendi*⁵⁶.

5.4.1. La sistemazione sin qui delineata, per cui esistono una giurisdizione ordinaria ed una giurisdizione speciale amministrativa il cui riparto di competenze

⁵³*Ibidem*.

⁵⁴Cfr. A. POLICE, *Lezioni sul processo amministrativo*, cit., p. 21.

⁵⁵Cioè il criterio fondato sulla domanda di parte: una richiesta di annullamento del provvedimento illegittimo avrebbe causato la giurisdizione amministrativa, una richiesta di risarcimento del danno per fatto illecito la giurisdizione ordinaria.

⁵⁶Ma, come si vedrà, dalla Scuola fiorentina è stato riproposto, ben più di recente, il ritorno al criterio del *petitum*, cfr. cap. 2, § 3.

è disciplinato in ragione della *causa petendi*, ha resistito alla rivoluzione costituzionale.

L'art. 24 Cost., riconoscendo che “tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”, attribuisce contenuto sostanziale sia alla situazione di diritto soggettivo che alla situazione di interesse legittimo.

Partendo da queste basi concettuali, l'art. 103, Cost. specifica infatti che “il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi”, nonché, “in particolari materie indicate dalla legge, anche di diritti soggettivi”.

A concludere il quadro, ai sensi dell'art. 113, co. 1, Cost. è previsto che “contro gli atti della pubblica amministrazione [sia] sempre ammessa la tutela giurisdizionale”.

5.4.2. Il criterio di riparto della *causa petendi* è stato da ultimo difeso come criterio fondamentale di regolazione del riparto di giurisdizione dalle sentenze C. cost., n. 204 del 2004 e seguenti⁵⁷.

La Consulta, con tali pronunce, ha inteso reagire a quanto operato dal legislatore (in particolare) col decreto legislativo n. 80 del 1998 che, sulla scorta della previsione ex art. 103, co. 1, Cost per cui il giudice amministrativo ha cognizione “in particolari materie indicate dalla legge, anche di diritti soggettivi” sembrava star costruendo un sistema di “riparto per materie omogenee”⁵⁸ o, che dir si voglia, per “blocchi di materie” (C. cost. 204/2004).

La Corte ha dunque inteso puntualizzare che l'individuazione delle “particolari materie” di cui trattasi non può essere lasciata al pieno arbitrio del legislatore, dovendo invece essere rispettato anche in tal caso un certo tasso di collegamento col criterio fondamentale/generale di riparto della *causa petendi*.

In altre parole “l'amministrazione [deve agire] in tali ambiti predefiniti, come autorità e cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi”⁵⁹, perciò, come sarà puntualizzato con C. cost., n. 191 del 2006, l'attività della pubblica amministrazione, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, dovrà essere riconducibile, “anche [solo] mediamente”, all'esercizio di un potere pubblico⁶⁰.

⁵⁷Ci si riferisce in particolare a C. cost., 11 Maggio 2006, n. 191/2006 e C. cost. 179/2016.

⁵⁸Cfr. A. POLICE, *Lezioni sul processo amministrativo*, cit., p. 35.

⁵⁹Cfr. C. Cost. 179/2016.

⁶⁰Cfr. A. POLICE, *Lezioni sul processo amministrativo*, cit., p. 37; F. PETROCCHI, *discrezionalità dell'atto e riparto di giurisdizione*, in *Gazzetta Amministrativa*, n° 1 - 2021, p. 2 in relazione al

5.5.1. Come è chiaro la scelta di aderire al criterio di riparto della *causa petendi* consegna enorme rilievo al dibattito sulla qualificazione e l'identificazione della situazione giuridica come di interesse legittimo piuttosto che di diritto soggettivo.

5.5.2. A questo proposito può essere utile richiamare ancora la teoria della degradazione e ciò in quanto “in realtà alla base [di tale teoria] vi è un problema squisitamente processuale, quello di capire quale sia il giudice competente nell'ipotesi in cui il provvedimento illegittimo abbia prodotto effetti su un diritto soggettivo”⁶¹.

Come anticipato peraltro la teoria della degradazione risulta ormai pressoché pacificamente superata⁶², salvo che viene tal volta utilizzata nell'argomentare giurisprudenziale, soprattutto in relazione al tema dei c.d., appunto, “diritti indegradabili”: diritti che non sono suscettibili di “essere degradati” a interessi legittimi tramite l'esercizio del potere.

In termini più rigorosi: giurisprudenza ritiene che quando il privato risulti titolare di un diritto indegradabile l'esercizio del potere amministrativo, che incida sull'interesse materiale garantito da tale diritto, non sia in grado di ingenerare in capo al privato la titolarità di una situazione di interesse legittimo, permanendo in capo a questi e rilevando a tutti i fini (anche giurisdizionali) la sola situazione di diritto soggettivo.

È di immediata comprensione come in verità la teoria della degradazione non svolga alcun ruolo nello spiegare il fenomeno appena descritto: risulta piuttosto essere una chiave di interpretazione/descrizione, che ne lascia inalterate le misteriose radici.

Volendo invece svolgere un tentativo ermeneutico in tal senso si potrebbe partire da Cass., Sez. I, n.1463 del 1979 che, in relazione ad un'ipotesi di esercizio del potere con possibilità di sacrificio del diritto alla salute, ha affermato che in relazione a tale diritto “non è neppure configurabile un potere ablatorio dello Stato, tale da farlo degradare ad interesse legittimo”.

principio di diritto affermato con Corte Cost. 204/2004: “la giurisdizione del giudice amministrativo resta in ogni caso delimitata dal collegamento con l'esercizio in concreto del potere secondo le forme tipiche previste dall'ordinamento, ciò sia nella giurisdizione esclusiva che nella giurisdizione di annullamento”.

⁶¹Cfr. A. ZITO, M.R. SPAZIANO, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, cit, p. 69.

⁶²*Ex multis*, E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 254 s.

Da tale pronuncia pare ricavarsi evidenza di come il mancato manifestarsi dell'interesse legittimo nel caso in cui un diritto indegradabile "fronteggi" l'esercizio del potere, non derivi da un'ipotesi di illegittimo esercizio del potere bensì da un'ipotesi di esercizio di non - potere.

In altre parole, si potrebbe dire, l'assetto di interessi stabilito da una "norma di relazione", cioè la norma che riconosce il diritto alla salute (art. 32, Cost.), non è alterabile dall'esercizio di un potere amministrativo, sicché l'esercizio di un potere in tal senso non risulta semplicemente illegittimo, bensì risulta strabordare il perimetro stesso di esercizio del potere garantito dall'ordinamento (si può ricordare a tal proposito la metafora delle norme di relazione come "limite esterno" all'esercizio del potere e delle norme di azione come "limite interno").

Tornando nella più sicura prospettiva dell'"attribuzione o meno del potere" si dovrebbe concludere che in tali casi ci si trovi in presenza di una sorta di limite ordinamentale implicito, ma comunque assoluto, all'esercizio del potere. Di conseguenza la violazione di tale limite produrrebbe un'ipotesi del tutto particolare di "carenza di potere in astratto".

Si manifesta in altre parole una di quelle "deviazioni abnormi dalla norma attributiva del potere"⁶³ ove l'atto è "emanato in assenza di una base legislativa"⁶⁴. In una situazione del genere, si è argomentato, "il provvedimento perde il carattere imperativo e dunque non è in grado di travolgere (degradare o affievolire) i diritti soggettivi"⁶⁵: "gli atti assunti in carenza di potere [sono stati] pertanto attribuiti alla cognizione del giudice ordinario"⁶⁶, in quanto deve ritenersi assente l'esercizio del potere autoritativo e dunque, di riflesso, la situazione di interesse legittimo.

5.5.3. Proprio queste considerazioni ci conducono al più generale tema del "criterio di riparto basato sulla formula "carenza di potere - scorretto esercizio del potere"⁶⁷.

Tale formula si riconnette al criterio di riparto ex 103, co. 1, Cost. in quanto, in presenza di una carenza di potere, l'atto amministrativo è nullo⁶⁸, privo del suo

⁶³Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 205.

⁶⁴*Ibidem*.

⁶⁵*Ibidem*.

⁶⁶Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 204.

⁶⁷Cfr. A. ZITO, M.R. SPAZIANO, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, cit, p. 70.

⁶⁸*Ibidem*.

carattere imperativo⁶⁹ e dunque non crea in capo al privato una situazione di interesse legittimo, comportando dunque il radicarsi della cognizione innanzi al giudice ordinario.

In tema di carenza di potere vanno per altro segnalate le differenti propensioni dimostrate da giudice amministrativo e giudice ordinario intorno all'ammissibilità della teoria della "carenza di potere in concreto". Secondo tale teoria si avrebbe carenza di potere, con tutto quanto ne consegue, anche nel caso in cui il potere amministrativo sia esercitato in mancanza di uno dei presupposti di fatto previsti dalla legge.

A questo proposito la Cassazione, sin da SSUU, n. 3457 del 1958 ha effettivamente riconosciuto in tali casi un'ipotesi di carenza di potere vera e propria mentre il giudice amministrativo, sin da Cons. Stato, Ad. Plen., n. 24 del 1964, ha ritenuto, come fa dottrina maggioritaria⁷⁰, che in tali ipotesi il potere sia attribuito, ma male esercitato, sicché in capo al privato rileva una situazione di interesse legittimo e non di diritto soggettivo.

5.5.4. Come si è visto i profili di avvicinamento tra il tema del riparto di giurisdizione e la questione della presenza in capo al privato di una situazione di interesse legittimo piuttosto che di diritto soggettivo sono necessariamente molteplici ed offrono evidenti spunti di riflessione e di comparazione rispetto al tema in questa sede di più specifico interesse.

Anzi, la costruzione teorica relativa all'esercizio del potere amministrativo vincolato dimostra, come già ricordato, uno dei profili di maggiore problematicità proprio in relazione alle conseguenze sul riparto di giurisdizione.

6. SULLA DISTINZIONE TRA DISCREZIONALITÀ ED INTERPRETAZIONE

6.1. Tra i concetti che, ai fini di uno sviluppo completo della trattazione in esame, meritano una disamina preliminare, rientra senz'altro quello di "interpretazione".

⁶⁹Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 204.

⁷⁰Cfr. A. ZITO, M.R. SPAZIANO, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, cit, p. 72.

L'opzione ricostruttiva scelta in merito a tale nozione ed al suo rapporto con quella di "discrezionalità" determina infatti la possibilità stessa di riconoscere (come si vedrà meglio in cap. 1, § 6) autonoma dignità concettuale alle categorie dell'agire amministrativo vincolato e discrezionale⁷¹.

6.2. Nell'intento di chiarire in che senso ciò sia possibile sembra intanto utile ricordare in che cosa consista l'agire discrezionale amministrativo: si tratta di quell'attività di ponderazione degli interessi per mezzo della quale l'amministrazione effettua una scelta di opportunità in ordine alle modalità di esercizio del potere attribuite dalla legge⁷².

Tale attività, come è evidente, è fortemente connotata sul versante dell'"apporto soggettivo": risulta cioè di primaria importanza l'*attività intellettuale* svolta dall'operatore giuridico al fine di individuare la modalità d'azione da prediligere nel caso concreto.

Ma invero tale profilo di forte connotazione soggettiva sembra essere un carattere comune sia all'agire discrezionale che a quello interpretativo⁷³.

In entrambi i casi la norma lascia aperte una serie di "vie applicative" e rimette all'operatore giuridico la determinazione in ordine a quale tra queste sia quella da percorrere.

A questo proposito si deve sottolineare che se l'assimilazione tra discrezionalità ed interpretazione fosse portata a compimento, e cioè "se l'interpretazione fosse configurata come procedimento intellettuale e volitivo caratterizzato da un momento soggettivo cui è connesso anche un potere di scelta tra più soluzioni"⁷⁴ allora la stessa ragione di esistenza di una distinzione tra attività amministrativa discrezionale e vincolata verrebbe meno poiché tali forme di attività non sarebbero altro che "due diverse gradazioni dell'applicazione del diritto al caso concreto, processo in cui un ruolo essenziale riveste l'operazione ermeneutica"⁷⁵.

⁷¹Cfr. E. CASSETTA, *Scritti scelti*, Napoli, 2015, p. 436.

⁷²*Ex multis*, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., p. 287 ss.

⁷³Cfr. G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989, p. 319: "il legame tra discrezionalità ed interpretazione è costituito dal necessario momento soggettivo presente in entrambe le attività".

⁷⁴Cfr. E. CASSETTA, *Scritti scelti*, cit., p. 439.

⁷⁵*Ibidem*.

Tale dissoluzione delle due categorie concettuali in quella dell'interpretazione risulterebbe poi completa se, come invero ormai è pacifico, si riconoscesse che tutte le norme necessitano di interpretazione (ove il brocardo "*in claris non fit interpretatio*" pare poco più che un artificio retorico di eccessiva semplificazione⁷⁶). Sicché su nessun piano si potrebbe rinvenire la possibilità di distinguere da un punto di vista sostanziale l'agire vincolato e l'agire discrezionale dell'amministrazione: le due espressioni verrebbero a richiamare una diversa "misura" dell'attività interpretativa richiesta, dipendente dal tasso di incertezza della norma.

6.3.1. Ma invero si deve riconoscere come dottrina nettamente maggioritaria⁷⁷ escluda fermamente la possibilità di assimilare l'agire discrezionale all'agire interpretativo, offrendo in tal senso ricostruzioni che paiono solidissime. Da ciò, come è chiaro, deriverebbe la possibilità di mantenere, anche su di un piano astratto, la distinzione tra agire amministrativo vincolato e discrezionale.

6.3.2. Sulla scorta di quanto argomentato in tal senso sembra che innanzitutto si debba operare una miglior delimitazione del concetto di interpretazione rispetto a quello di discrezionalità.

Se, come si è già detto, nello svolgimento delle rispettive attività il "momento intellettuale soggettivo" ha sempre importanza centrale, va però riconosciuto come tale momento presenti connotati radicalmente diversi in ciascuna delle due ipotesi. In altre parole "anche volendo raffigurare l'attività interpretativa come ricerca all'interno dell'ordinamento (...) della risposta migliore per la situazione da regolare, e quindi come frutto anch'essa di una scelta, la scelta che l'amministrazione è chiamata a compiere nell'esercizio del potere discrezionale è di tipo ben diverso"⁷⁸.

La differenza sostanziale di cui si tratta sembra essere riconducibile alla presenza, in ambito di scelta discrezionale, di alcuni elementi invece assenti in relazione allo svolgimento di attività meramente interpretativa.

Si tratta della presenza di volizione e della creazione di diritto.

⁷⁶Cfr. G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, cit., p. 320.

⁷⁷Al di là delle considerazioni che saranno svolte in cap. 1, § 6.

⁷⁸Cfr. M. RAMAJOLI, in *diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, di M. CLARICH e M. RAMAJOLI, Pisa, 2021, p. 56.

In questo senso si è argomentato che quando l'amministrazione svolge un'attività di valutazione discrezionale opera in uno spazio "lasciato libero" dall'ordinamento sicché spetta ad essa, "nello spazio di libertà residua, offrire una soluzione adeguata"⁷⁹.

Lo stesso non si potrebbe invece dire in relazione all'attività interpretativa che, al contrario, "ha sempre come referente la norma scritta"⁸⁰ sicché il risultato del suo esercizio potrà essere sempre e soltanto integrativo del significato della norma, giammai innovativo⁸¹.

L'amministrazione quindi, nello svolgimento dell'attività discrezionale, non si limiterebbe a svolgere un'"interpretazione "adeguata al caso"⁸² della norma, ma andrebbe ben oltre, creando diritto nello spazio "libero" che a tal fine le è concesso dall'ordinamento.

Risulta quindi chiaro perché solo in quest'ultimo caso si potrebbe propriamente parlare di "volizione" dell'operatore giuridico in ordine all'effettuazione della scelta più adeguata⁸³: non si tratterebbe di svolgere un'attività di "estrapolazione" del significato dalla norma, operazione la quale, assunti determinati presupposti metodologici, non può che avere un solo risultato corretto⁸⁴, si tratterebbe invece di effettuare una scelta di opportunità per mezzo della quale l'operatore giuridico determina il contenuto del diritto oggettivo che si accinge a produrre⁸⁵.

Se un tale momento di cosciente scelta di opportunità si manifestasse in ambito di interpretazione sarebbe invero un fuor d'opera, capace di inficiare la validità stessa dell'attività svolta dall'operatore giuridico⁸⁶.

È quindi innanzitutto questa la distinzione che sarebbe necessario operare tra discrezionalità ed interpretazione: all'attività discrezionale corrisponderebbe l'esercizio di una volontà, diretta all'effettuazione della scelta più opportuna ai fini

⁷⁹Cfr. E. CASSETTA, *Scritti scelti*, cit., p. 447.

⁸⁰Cfr. G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, cit., p. 326.

⁸¹*Ibidem*; *Ivi*, p. 329

⁸²Cfr. E. CASSETTA, *Scritti scelti*, cit., p. 447.

⁸³Cfr. G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, cit., p. 320 "esclusivo dell'attività discrezionale è (...) un momento volitivo ed una capacità creativa".

⁸⁴*Ivi*, p. 323.

⁸⁵*Ivi*, p. 331.

⁸⁶Cfr. F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa non discrezionale*, Napoli, 1991, p. 92 s.

della regolazione del caso concreto, il tutto all'interno di uno spazio di "libertà"⁸⁷ di scelta concesso dall'ordinamento; all'attività interpretativa corrisponderebbe invece l'estrapolazione del significato dalla norma per mezzo di canoni ermeneutici predeterminati, laddove l'integrazione del significato della disposizione non può mai travalicare nella creazione di nuovo diritto, ma deve essere sempre riconducibile a quanto sia già implicitamente contenuto nel sistema - ordinamento⁸⁸.

6.3.3. In seconda battuta, in quest'ordine di idee, si è osservato come l'attività interpretativa e l'attività discrezionale concernano due fasi dell'applicazione normativa ben distinte.

L'attività interpretativa, che interessa qualsiasi norma, si svolgerebbe in un momento distinto rispetto a quello dell'esercizio della discrezionalità, risultando ciò tanto più chiaro in ragione del fatto che ben può svolgersi attività interpretativa senza che si pervenga ad alcuna fase di ponderazione discrezionale.

Se quindi la discrezionalità attiene "alla fase di concretizzazione del potere, e cioè della funzione"⁸⁹, essendo "strettamente collegata (...) alla produzione di effetti giuridici"⁹⁰, l'interpretazione, al contrario, "non prelude necessariamente a tali vicende giuridiche"⁹¹ costituendo "momento logicamente distinto del processo di attuazione del diritto ed in questo senso non è "applicazione"⁹².

Va per altro riconosciuto come una tale ripartizione per "fasi" del processo di attuazione della norma debba essere intesa in senso flessibile, o di astrazione semplificatrice, parendo forse che non tenga in debito conto il rapporto "dialettico" che connota l'applicazione del diritto oggettivo al fatto concreto⁹³.

⁸⁷Non arbitraria, come vedremo a breve.

⁸⁸Cfr. L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, p. 99: "il fenomeno interpretativo, incentrato sull'atto decisionale, pur considerato in tutta la sua problematicità (...) sembra comunque escludere la presenza di un momento radicalmente creativo, e dunque un margine di libertà nella decisione per il caso concreto, caratterizzandosi [invece] per una ricerca di equilibrio tra dati testuali ed elementi fattuali".

⁸⁹Cfr. E. CASSETTA, *Scritti scelti*, cit., p. 446.

⁹⁰*Ibidem*

⁹¹*Ivi*, 447

⁹²*Ibidem*.

⁹³Cfr. L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, cit., p. 100: "Va ribadita (...) la difficoltà di stabilire, dal punto di vista logico, una cronologia delle singole operazioni, che non si prestano facilmente ad essere considerate secondo un ordine temporale", in tal senso, quando si è tentato di schematizzare in fasi l'attività di applicazione della norma al fatto concreto "si è finito per disattendere, appunto, la complessità dell'iter decisionale, che solo a posteriori potrebbe essere ingabbiato entro schemi prefissati, pur se così generali quale quello appena richiamato".

6.3.4. Sembra opportuno richiamare un ulteriore punto prospettico in base al quale può essere intesa la distinzione tra attività discrezionale e interpretazione. Si intende richiamare cioè l'osservazione per cui nell'esercizio dell'attività discrezionale la pubblica amministrazione svolgerebbe un "giudizio di valore"⁹⁴, in vero assente nello svolgimento dell'attività interpretativa.

Tale momento assiologico è riconnesso alla ponderazione degli interessi, essendo necessaria, al fine del loro corretto bilanciamento, una speculazione intorno al "peso" della meritevolezza di soddisfacimento riconducibile a ciascuno di essi⁹⁵.

Dunque, non essendo concesso nella dimensione meramente interpretativa alcuno spazio di ponderazione degli interessi, non si dovrebbe poter parlare di alcun momento di valutazione assiologica.

Anche in questo frangente sembra tuttavia opportuno effettuare qualche precisazione, sembrando ben criticabile l'affermazione per cui lo svolgimento di un'attività meramente interpretativa escluda qualsiasi tipo di giudizio assiologico.

Sembra più opportuno affermare infatti che l'attività interpretativa "contiene un momento valutativo ed assiologico, ma questo è interno alla norma da interpretare"⁹⁶.

Quindi, semplicemente, i parametri valoriali tramite i quali si svolge l'attività ermeneutica hanno un più forte radicamento ordinamentale.

Ciò pare del tutto evidente ove si tenga di conto che in tali casi non si è in presenza di alcuno "spazio di libertà" concesso dall'ordinamento all'operatore giuridico ai fini dello svolgimento della scelta concretamente più *opportuna*⁹⁷.

⁹⁴Cfr. M. RAMAJOLI, in *diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, cit., p. 56: "tratto caratterizzante della discrezionalità [rispetto all'interpretazione] è dunque la formulazione di giudizi di valore".

⁹⁵Cfr. A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., p. 82 "la discrezionalità [si può] caratterizzare con riguardo al concetto dell'apprezzamento, del giudizio cioè di apprezzamento (degli interessi insistenti sulla fattispecie oggetto di valutazione) (...) tale apprezzamento [è] il risultato di una composizione degli interessi concorrenti secondo il valore che ad essi si assegna nella fattispecie"; E. CASETTA, *Scritti scelti*, cit., p. 442, che, analizzando questa visione, sostiene che in base ad essa "nella discrezionalità si fonderebbero una fase di giudizio (fissazione del valore comparativo degli interessi) ed un momento volitivo (scelta della soluzione)".

⁹⁶Cfr. G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, cit., p. 326.

⁹⁷Sembra per altro opportuno precisare che, anche in presenza di attività discrezionale, l'attività ponderativa deve essere sicuramente svolta sulla scorta di un riferimento ordinamentale, se fosse altrimenti tale attività si svolgerebbe nell'insindacabile arbitrio dell'amministrazione.

6.3.5. Proprio quest'ordine di osservazioni ci consente di precisare quanto in precedenza affermato in ordine alla presenza, in relazione all'agire discrezionale, di uno spazio di "libertà di scelta", concesso dall'ordinamento all'amministrazione. È infatti evidente che a tale "libertà" non può corrispondere l'attribuzione di un potere "arbitrario" ed "insindacabile".

E di ciò è significativa dimostrazione proprio il richiamo appena operato al concetto di "ponderazione" e dunque all'idea gianniniana di discrezionalità.

Infatti "il potere discrezionale è una "libertà limitata positivamente", il limite (quantomeno – ma normalmente non solo – del fine) è dettato e determinato dalla legge; ed il controllo sul rispetto della legge (...) è sempre esercitabile"⁹⁸.

Infatti anche se la discrezionalità viene esercitata in uno spazio "lasciato libero" dalla normativa, tale esercizio si esplica sempre sulla base di una "norma che attribuisce il potere e che stabilisce la finalità pubblica"⁹⁹.

Né è irrilevante tenere di conto che "in realtà esistono anche regole che presiedono allo svolgimento della funzione discrezionale e che traducono, sul piano giuridico, l'idea tralasciata della non identificabilità della discrezionalità con l'arbitrio"¹⁰⁰ ove la loro violazione "dà luogo ad eccesso di potere"¹⁰¹.

In questo senso per altro non è mancato chi abbia sottolineato come proprio questo elemento di "funzionalizzazione" dell'attività discrezionale al perseguimento dell'interesse pubblico sia un punto nodale in ordine alla sua distinzione dall'attività ermeneutica¹⁰².

Da tale connotato dovrebbe infatti derivare "la "politicità" della scelta"¹⁰³ discrezionale che è tale in quanto volge a "porre un assetto regolatorio originario [cioè creativo] di un certo gruppo di interessi"¹⁰⁴.

⁹⁸Cfr. G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, cit., p. 335 s.

Sottolineandosi per altro *ivi*, p. 334: "il controllo sulla validità - correttezza dell'operazione interpretativa viene effettuato ripercorrendo lo stesso iter ed utilizzando i medesimi strumenti logico - concettuali a disposizione dell'interprete: l'intera attività interpretativa viene rinnovata da un diverso soggetto (...) Tutto ciò, nel caso di controllo sull'esercizio di un'attività discrezionale (...) non può ammettersi".

⁹⁹Cfr. E. CASETTA, *Scritti scelti*, cit., p. 447.

¹⁰⁰*Ivi*, 447 s.

¹⁰¹*Ivi*, 448.

¹⁰²Cfr. M. RAMAJOLI, in *diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, cit., p. 56.

¹⁰³*Ivi*, p. 57.

¹⁰⁴*Ibidem*.

Al contrario, come già sottolineato, non si dovrebbe riconoscere all'attività interpretativa alcun momento propriamente creativo.

6.4. Sembra a questo punto opportuno sottolineare come il fatto che i concetti di discrezionalità ed interpretazione siano ricondotti ad autonomia non implichi altresì che vadano considerati come monadi a sé stanti.

E ciò è vero in un duplice senso.

Innanzitutto, come più volte sostenuto, ogni norma è suscettibile di interpretazione, per cui, necessariamente “nei procedimenti discrezionali alla fase di apprezzamento degli interessi e di scelta della soluzione precede la fase interpretativa”¹⁰⁵.

Cioè, richiamando la schematizzazione di cui sopra¹⁰⁶: la “fase interpretativa” della norma precede la “fase di ponderazione discrezionale”.

Ma, in seconda battuta, non deve sfuggire che il ruolo dell'interpretazione in relazione all'agire discrezionale può assumere un significato ben più pregnante. Infatti se ogni norma è soggetta ad interpretazione anche la norma attributiva del potere e le norme che disciplinano l'esercizio del potere lo sono.

Ne deriva che solo tramite un procedimento ermeneutico sarà possibile comprendere se ci si trovi in presenza di potere amministrativo e, nel caso, se si tratti di potere discrezionale o vincolato¹⁰⁷.

6.5. Da ultimo, e ciò consente di riallacciarsi più nettamente al fulcro della trattazione, occorre effettuare qualche precisazione.

Con la disamina appena svolta si è voluto affrontare il tema del rapporto intercorrente tra discrezionalità ed interpretazione nella consapevolezza di come, in ragione dell'opzione ricostruttiva prescelta, si producano effetti sulla teoria del potere amministrativo, vincolato e discrezionale.

E dell'utilità di tale analisi pare che si avrà piena contezza rapportandone gli esiti con quanto si dirà in *infra*, § 6.

Vale quindi la pena di ricordare come, distinguendo tra discrezionalità ed interpretazione, si aprano le porte all'ulteriore distinzione tra attività amministrativa

¹⁰⁵Cfr. G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, cit., p. 332.

¹⁰⁶E di cui si sono già evidenziati i limiti.

¹⁰⁷Cfr. E. CASSETTA, *Scritti scelti*, cit., p. 448 s. in tema di discrezionalità: “la possibilità che essa sussista in capo all'amministrazione molto spesso deve essere verificata mediante una corretta interpretazione (...) del tipo di disciplina posta in ordine al suo esercizio”.

discrezionale e vincolata (non potendosi ritenere che le due categorie siano riducibili a diversi “gradi” di interpretazione).

Su queste basi si può dunque certamente discutere della differente natura che la situazione giuridica soggettiva potrebbe assumere a fronte dell’esercizio di un potere vincolato piuttosto che discrezionale.

Non si deve tuttavia pensare che gli autori orientati a una ricostruzione della discrezionalità in termini di distinzione dall’interpretazione, e che hanno quindi implicitamente accolto la configurabilità del potere amministrativo come vincolato e come discrezionale, abbiano poi necessariamente optato per qualificare diversamente la situazione soggettiva a fronte dell’esercizio di tali diversi tipi di potere¹⁰⁸.

I due piani argomentativi, pur connessi, restano distinti.

7. DISCREZIONALITÀ E VINCOLATEZZA AMMINISTRATIVA, CONSIDERAZIONI IN ORDINE AD ESISTENZA ED AUTONOMIA CONCETTUALE DI TALI CATEGORIE

7.1. Sin qui la trattazione si è svolta nell’intento di delineare, sia pur in modo essenziale, alcuni concetti fondamentali: potere, discrezionalità, vincolatezza, interpretazione, etc.

Avendo ormai consolidato queste basi, pare opportuno concludere il capitolo ricordando quelle ricostruzioni che hanno in un certo senso “anticipato” sul piano logico l’analisi della problematica inerente il rapporto tra potere vincolato e situazioni soggettive.

Ci riferiamo a quelle teorie che hanno variamente ritenuto di poter escludere l’esistenza stessa del potere vincolato, del potere discrezionale o della possibilità di distinguerli¹⁰⁹.

¹⁰⁸Cfr. E. CASSETTA, *Scritti scelti*, cit., p.451 s. “la circostanza che sia possibile distinguere tra discrezionalità e procedimento interpretativo, e dunque che si confermi indirettamente la contrapposizione tra vincolatezza e discrezionalità; non significa che quest’ultima debba essere enfatizzata o radicalizzata (...). Il potere è sempre “potere” anche se vincolato”, gli effetti giuridici non sono qualitativamente diversi in ragione della natura discrezionale o vincolata del provvedimento”.

¹⁰⁹Si vedrà per altro come autori che abbiano parimenti sostenuto l’impossibilità di distinguere l’attività discrezionale da quella vincolata spesso traggano da tale convinzione delle conclusioni opposte.

7.2.1. In questo senso si può innanzitutto ricordare come autorevole dottrina, ci si riferisce in particolare a Sabino Cassese, abbia ritenuto che il potere amministrativo vincolato, in verità, non esista¹¹⁰.

L'Autore non ha mancato di sostenere che, in sostanza, “la vincolatezza è formula retorica, utile per il riparto di giurisdizione”¹¹¹, ove si dovrebbe piuttosto ritenere che “tutte le attività [amministrative] sono discrezionali o hanno un contenuto di discrezionalità”¹¹².

Vale per altro la pena di sottolineare come in questo senso non si intenda escludere completamente la configurabilità di spazi di consistente vincolatezza nell'agire amministrativo, quanto piuttosto sostenere che “l'attività amministrativa è solo attività discrezionale, alcuni momenti della quale sono vincolati”¹¹³.

In questo senso, se anche tal volta si è ritenuto, in sostanziale adesione a questa dottrina, che spostando “l'attenzione ai singoli atti, non mancano esempi di atti sostanzialmente vincolati”¹¹⁴, si è dovuto però puntualizzare come comunque anche in tali casi all'amministrazione sia lasciata “una limitata discrezionalità nel quando”¹¹⁵.

Talché, nel quadro complessivo di queste osservazioni, si dovrebbe riconoscere che in fin dei conti l'ipotesi di attività amministrativa vincolata è “solo un'ipotesi di scuola, non presentandosi mai l'attività amministrativa come autentica traduzione di prescrizioni generali in prescrizioni concrete”¹¹⁶.

7.2.2. In quest'ottica la costruzione del concetto di vincolatezza viene interpretata come il frutto patologico di un'applicazione sconsideratamente

¹¹⁰Cfr. in senso sostanzialmente conforme A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., p. 89: “non esiste – come anche l'analisi più superficiale dimostra – una categoria generale dell'agire vincolato dell'amministrazione. L'ordinamento prevede soltanto singole figure, nominativamente indicate da norme, di atti e di attività dovute o di funzioni relativamente alle quali discrezionalità non vi è, mancando l'opportunità, la libertà limitata positivamente, la facoltà di apprezzare il valore della soluzione dal punto di vista delle esigenze della funzione”.

¹¹¹Cfr. S. CASSESE, *Alla ricerca del Sacro Graal. A proposito della rivista diritto pubblico*, in Riv. trim. dir. pub., 1995, p. 795.

¹¹²*Ibidem*.

¹¹³Cfr. S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995, p. 433.

¹¹⁴Cfr. B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in S. CASSESE (a cura di), in *Trattato di diritto amministrativo*, Vol. I, 2000, p. 672.

¹¹⁵*Ibidem*.

¹¹⁶Cfr. S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., p. 433

estremista del principio di legalità¹¹⁷ che, si ritiene, è profondamente radicata nel nostro ordinamento.

Un tale approccio alla normazione dell'attività amministrativa viene letto come in irriducibile contrasto col dato fattuale per cui una minuziosa regolamentazione legislativa dell'azione amministrativa non può produrre frutti concreti, in quanto la complessità di tale attività non è suscettibile di essere esaustivamente disciplinata a priori¹¹⁸.

7.2.3. Ma vi è di più, altri elementi fattuali renderebbero inconsistente l'opinione per cui sarebbe configurabile l'attività amministrativa vincolata: chi "creda che possa essere e vi sia un'attività amministrativa consistente nella meccanica trasposizione di leggi, da parte di un'amministrazione operante come automa, trova poi difficile spiegare l'esistenza di scelte fatte dall'amministrazione, con la sua volontà, nei tempi da essa determinati, a favore di questo ma non di quello, ecc. Avendo creato un feticcio, è difficile poi spiegare la realtà"¹¹⁹.

Né viene riconosciuto particolar pregio all'argomento per cui la distinzione tra attività vincolata e discrezionale manterrebbe quantomeno una sua utilità funzionale in ordine al tema del riparto giurisdizionale.

E ciò in quanto giurisprudenza maggioritaria avrebbe adottato un criterio di riparto che non si fonda affatto sulla mera distinzione tra attività vincolata e discrezionale, ma che invece valuta, cumulativamente, anche la direzione della norma, ove solo se questa è posta a tutela del privato la situazione giuridica dovrebbe essere qualificata come di diritto soggettivo (per un approfondimento di queste nozioni cfr. cap. 2, § 2).

In quest'ordine di idee l'adesione della giurisprudenza alla teoria cui si è fatto ora cenno costringe il concetto di vincolatezza ai margini della rilevanza giuridica, privandolo dell'argomento pratico più forte (e da questa stessa dottrina in un certo senso contemplato) a suffragio del suo permanere in esistenza¹²⁰.

¹¹⁷Cfr. S. CASSESE, *Alla ricerca del Sacro Graal*, cit., p. 795 dove si sostiene che "l'ambizione di ridurre la discrezionalità dei poteri pubblici mediante una formula larga di legalità" si scontri con diversi "dati giuridici" tra cui che "tutte le attività sono discrezionali".

¹¹⁸Cfr. S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., p. 430 s.

¹¹⁹*Ivi*, p. 434.

¹²⁰*Ivi*, p. 435.

Per le ragioni appena esposte, in quest'ottica, l'attività amministrativa sarebbe sempre discrezionale ed il concetto di vincolatezza sarebbe un "feticcio", ormai privo di qualsiasi utilità pratica.

7.3. Volendo trattare di coloro i quali tendono ad escludere che l'attività amministrativa si possa configurare come vincolata pare peraltro opportuno accennare anche alle considerazioni di tipo "classico", kelseniano.

In questa prospettiva il punto focale risiede nell'osservazione per cui, all'interno della *stufenbau*¹²¹, il passaggio da un "livello normativo superiore" a quello inferiore consente sempre il permanere di un margine discrezionalità attuativa.

In altre parole la "norma di grado superiore non può vincolare in tutti i sensi l'atto per mezzo del quale viene eseguita. Sempre deve rimanere un margine più o meno ampio di potere discrezionale in modo che la norma di grado superiore, in rapporto all'atto di produzione o di esecuzione che la eseguisce, abbia sempre e soltanto il carattere di uno schema che deve essere riempito per mezzo di questo atto"¹²².

A questo proposito un primo banale ordine di osservazioni attiene al fatto che, nelle considerazioni appena riportate, l'utilizzo dell'imperativo "deve" va per certo letto come di valenza descrittiva e non prescrittiva.

Tanto si puntualizza al fine di sottolineare che l'indeterminatezza normativa, nell'ottica appena richiamata, dà *necessariamente* luogo ad uno spazio di "discrezionalità" nell'attuazione: se è vero che la maggiore o minore incertezza della "norma superiore" può corrispondere ad una volontà del legislatore, resta il fatto che la norma, in quanto tale, presenta ontologicamente un certo tasso di imprecisione, senza che il legislatore possa fare niente al riguardo ¹²³.

Ma, se la norma è ontologicamente imprecisa e se questa imprecisione consente sempre un certo spazio di discrezionalità attuativa, allora si deve concludere che anche l'attività amministrativa, per quanto la legge possa tentare di astringerla, resterà sempre intrinsecamente discrezionale.

¹²¹Cioè in quella che per Kelsen è la "piramide normativa" in cui ogni livello normativo superiore in qualche misura astringe l'inferiore che ne dà attuazione, ove all'apice della piramide si trova la "*Grundnorm*": la "norma fondamentale"; a tal proposito cfr. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it. di Renato Treves, 2^a ed., Torino, 1953, p. 71 ss.

¹²²Cfr. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 93.

¹²³*Ivi*, p. 86 s. e 92 ss.

Di riflesso l'attività amministrativa vincolata non sarebbe una categoria concettualmente ammissibile.

Sembra per altro utile ricordare anche gli argomenti sulla base dei quali autorevole dottrina ha ritenuto di dissociarsi dalla ricostruzione kelseniana.

In questo senso, ed abbiamo già affrontato il tema approfonditamente, è stato puntualizzato come Kelsen ritenga, errando, che "l'attività interpretativa sia un'attività di tipo discrezionale"¹²⁴.

Giungendo a tali conclusioni Kelsen "farebbe perdere qualunque significato giuridicamente rilevante al concetto di discrezionalità, non più utilizzabile per individuare una particolare categoria di atti, ma da far rientrare ed identificare con l'attività interpretativa che accompagnerebbe l'esercizio di applicazione di qualunque norma sovraordinata"¹²⁵.

Più in particolare, secondo l'opinione dell'Azzariti, la confusione tra le due, distinte categorie concettuali sarebbe ingenerata nel Kelsen dal loro apparente minimo comun denominatore: "la possibilità di scelta tra soluzioni diverse, ma tutte legittime"¹²⁶.

Ma tale "appiattimento tra funzione interpretativa e discrezionale"¹²⁷ risulta ingiustificato.

Al contrario, il punto di discriminare fondamentale inerisce proprio alla possibilità per il soggetto attuatore della normativa di effettuare una scelta effettiva, poiché "il potere di scelta fra varie linee di condotta possibili è, nel caso dell'interpretazione, escluso, mentre, nel caso della discrezionalità, ammesso, anzi rimesso al soggetto agente"¹²⁸.

Tali considerazioni, vale la pena di sottolineare sinteticamente, paiono perfettamente coerenti laddove si assuma, come fa l'Azzariti, che l'interpretazione sempre "ha come referente la norma scritta, e può avere rispetto ad essa un compito di integrazione, ma mai di innovazione"¹²⁹, essendo inamovibile "il permanere

¹²⁴Cfr. G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, cit., p. 337.

¹²⁵*Ivi*, p. 338.

¹²⁶*Ibidem*.

¹²⁷*Ivi*, p. 340.

¹²⁸*Ibidem*.

¹²⁹*Ivi*, p. 326.

dell'attività dell'interprete nell'ambito della qualificazione giuridica¹³⁰ laddove “l'integrazione è limitata alla valutazione normativa espressa e da interpretare”¹³¹. La discrezionalità, al contrario “è caratterizzata dal potere di scelta tra soluzioni diverse, tutte egualmente valide per l'ordinamento”¹³² e “può esercitarsi solo sulla base del conferimento da parte di una norma di legge di uno specifico potere”¹³³.

In sostanza, i termini di questo confronto rimandano alla diversa contesa in ordine alla definizione del rapporto sussistente tra discrezionalità ed interpretazione.

Ed è facile appunto (sebbene non necessario), laddove si opti per la riconduzione della discrezionalità all'interpretazione, concludere che il potere amministrativo vincolato sia in vero una chimera.

Tuttavia, come abbiamo visto, tale ricostruzione presenta in contraltare ben fondate contestazioni.

7.4. In ogni modo, se Cassese e Kelsen si ribellano radicalmente al concetto di vincolatezza dell'agire amministrativo, altri autori tendono piuttosto a negarne la reciproca autonomia.

Si profila così di nuovo la possibilità di ricondurre ad unità ideale quelle due *species* di attività amministrativa che vengono normalmente definite come di tipo vincolato e discrezionale.

A questo proposito è peraltro interessante ravvisare come gli autori che tentano tale “unificazione concettuale”, propendendo variamente per l'assorbimento di una categoria concettuale nell'altra o per il viceversa, mostrino in generale un procedere argomentativo non dissimile che li porta a svolgere osservazioni spesso contrastanti ma inerenti alle stesse tematiche.

Tanto si è voluto anticipare, sembrando tuttavia opportuno dare innanzitutto pieno svolgimento alle difformi costruzioni a cui si è fatto testé riferimento, ché non sarebbe altrimenti possibile comprendere compiutamente il senso di quei profili di avvicinamento che le contraddistinguono.

¹³⁰*Ivi*, p. 328.

¹³¹*Ivi*, p. 330.

¹³²*Ibidem*.

¹³³*Ivi*, p. 330 s.

7.5.1. Si può quindi procedere ricordando quell'orientamento, che trova autorevole accoglimento nel Satta, per cui sarebbe da escludersi la riconducibilità della discrezionalità amministrativa ad un'autonoma categoria concettuale.

In quest'ordine di idee va innanzitutto rilevato come il procedere argomentativo riconnesso alla tesi in esame non sembri volgere alla contestazione del significato più "classico" e "pacifico" di discrezionalità, come ormai si è affermato nella dottrina italiana del '900.

Pare infatti trovare accoglimento una nozione di discrezionalità quale "valutazione di più interessi concorrenti con quello fondamentale"¹³⁴.

È tuttavia significativo, e merita di essere sin da subito evidenziato, come il Satta ritenga di completare tale concetto risolvendolo "nell'interpretazione soggettiva di una norma"¹³⁵ i cui "criteri guida siano l'interesse pubblico (quello fondamentale, primario), meglio ancora, l'interesse pubblico specifico proprio della materia affidata alla competenza (...) oggetto della funzione"¹³⁶.

Si percepisce insomma quello che si potrebbe ritenere un avvicinamento alla dottrina già descritta per cui l'esercizio della discrezionalità amministrativa viene vigorosamente assimilato all'attività interpretativa della norma.

Se però, ad esempio, in Kelsen tale ordine di considerazioni conduce al riconoscimento di uno spazio definibile come di "libertà" nell'attività del soggetto incaricato dell'attuazione della norma, nel Satta si perviene a conclusioni in buona misura differenti.

Non si vuole, a questo proposito, negare l'esistenza di un momento "creativo" a caratterizzare l'agire amministrativo discrezionale, volendosi piuttosto sostenere che "giudizio, volizione, creazione concorrono insieme, divenendo tutt'uno"¹³⁷.

Sembra quindi che l'attività di ponderazione, giudizio, interpretazione e volizione svolta dall'amministrazione, non sia adeguatamente sintetizzabile tramite il semplice ricorso alla categoria della discrezionalità amministrativa.

La complessità intrinsecamente riconnessa all'agire amministrativo impedisce, in quest'ottica, un'analisi astratta ed autonoma del concetto di discrezionalità¹³⁸.

¹³⁴Cfr. F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione*, Padova, 1969, p. 156.

¹³⁵*Ibidem*.

¹³⁶*Ibidem*.

¹³⁷*Ivi*, p. 157.

¹³⁸*Ivi*, p. 168.

Ed un tale ordine di considerazioni viene portato agli estremi, fino a sostenere “l'impossibilità di definire il processo attraverso cui si svolgono i giudizi di opportunità”¹³⁹.

Ma quanto appena detto, va subito puntualizzato, non conduce a negare l'assenza di un momento di “giudizio” da parte dell'amministrazione: ci si limita a riconoscere l'impossibilità di definire e riassumere il processo che conduce a tale giudizio per mezzo di categorie giuridiche astratte, quale è la discrezionalità, che non sono in grado di coglierne l'essenza¹⁴⁰.

“Non vi è insomma – questa è la conclusione – un “potere discrezionale” ma vi sono provvedimenti discrezionali nei quali ogni volta occorre che l'amministrazione pensi, ragioni, valuti prima di agire”¹⁴¹.

7.5.2. Né si può ritenere che tale “giudizio” operato dall'amministrazione, in quanto sia insuscettibile di banalizzazione, sia perciò completamente libero e del tutto insindacabile.

Al contrario, proprio l'impossibilità di semplificare in termini astratti l'operare amministrativo conduce a cercare altrove dei parametri che consentano di valutarne la legittimità.

In questo senso si è fermamente sostenuto che l'attività amministrativa debba svolgersi “secondo parametri che possono qualificarsi di giudizio, improntati (...) alle regole dell'obiettività e dell'imparzialità”¹⁴².

Il Satta pare anzi voler mostrare come tali canoni operativi informino “dall'interno” il giudizio amministrativo, esprimendone la sostanza.

In questo senso per esempio si è detto, in tema di concorsi pubblici, che “la valutazione richiesta dalla legge alla commissione è “obiettiva”, con ciò intendendosi che si chiede un giudizio il quale, da un complesso di fatti (...) giunga deduttivamente ad un altro fatto, la misura delle capacità di un privato”¹⁴³.

¹³⁹*Ivi*, p. 168.

¹⁴⁰*Ivi*, p. 168 s. “il problema della discrezionalità non è dunque analizzabile astrattamente (...); può esserlo in relazione a singoli momenti del procedimento in certo qual modo tipizzabili e nei quali la necessità della valutazione discrezionale appare più evidente e nitida; ma resta nella sua sostanza sempre inscindibile in unità più semplici, dalla cui somma derivi la “formazione dell'atto amministrativo”, in cui la c.d. discrezionalità è esercitata e che quindi consentano di operare su di essa (sui modi in cui è esercitata) un controllo qualsivoglia”.

¹⁴¹*Ivi*, p. 168.

¹⁴²*Ivi*, p. 173.

¹⁴³*Ivi*, p. 200.

7.5.3. Si intravede così in che misura si possa ritenere, in quest’ottica, di assumere un concetto di discrezionalità strettamente legato a quello di interpretazione, per poi però collocarlo all’interno di un “giudizio” dalla portata assai più ampia e sfaccettata.

Si instaura cioè un “collegamento dialettico tra materia (o attività da esplicitare che dir si voglia) e disciplina per essa dettata”¹⁴⁴ laddove questo dialogo, che parte dall’interpretazione della norma e si svolge tramite la valutazione dei fatti rilevanti, “è caratterizzato (...) dall’imparzialità e dall’obiettività”¹⁴⁵.

In questo consiste, in ultima analisi, il “giudizio obiettivo” posto in essere dall’amministrazione: “giudizio significa riduzione [effettuata con imparzialità] dell’esame dei fatti ad alcuni soltanto tra tutti quelli possibili, ed esattamente a quelli che la norma da applicare rende rilevanti per il decidere”¹⁴⁶.

7.5.4. Lo spazio riservato ad un concetto autonomo di discrezionalità sembra quindi annientato: viene “sostituita al principio tradizionale di opportunità una regola diversa, che potrebbe dirsi di “obiettività” e di “imparzialità””¹⁴⁷.

In altre parole, “mediante l’imposizione alla pubblica amministrazione di una regola di obiettività”, si opera la “riduzione a giudizio delle valutazioni discrezionali”.

E questo giudizio appunto, nell’opinione del Satta, finisce per essere riconducibile ad un operare vincolato piuttosto che discrezionale: “la pubblica amministrazione nell’imposizione a sé del giudizio come criterio di azione (...) non è soltanto vincolata alla ricerca ed alla ponderazione dei fatti: al contrario, è vincolata più profondamente, nel senso che anche la valutazione dei fatti deve svolgersi come giudizio, rivolta quindi a stabilire o escludere un dato tipo di collegamento tra la norma ed il fatto, più semplicemente a trarre dal fatto certe conseguenze che si giustificano solo per l’inserirsi del fatto nella norma e della norma nel fatto (...) un giudizio per un determinato scopo”¹⁴⁸.

¹⁴⁴*Ivi*, p. 202.

¹⁴⁵*Ivi*, p. 212.

¹⁴⁶*Ivi*, p. 197, ed è a questo proposito necessario sottolineare come la “riduzione dei fatti” volga ad individuare quelli “rilevanti per il decidere”, sicché nella definizione appena riportata è implicitamente contemplato anche il momento valutativo/decisorio.

¹⁴⁷*Ivi*, p. 201.

¹⁴⁸*Ivi*, p. 199 con specifico riferimento ai concorsi pubblici, discorso poi pienamente generalizzato in 211 ss.

Sembra quindi essere proprio il nesso strettissimo che lega l'interpretazione all'individuazione dei fatti rilevanti ed alla loro valutazione che consente al Satta, quasi ribaltando il ragionamento kelseniano, di riconoscere in ogni caso una natura sostanzialmente vincolata all'agire amministrativo, per quanto questo si presenti complesso.

In altre parole il momento di ponderazione discrezionale viene assorbito all'interno del momento del "giudizio": "seguendo la regola di "obiettività"" l'amministrazione agisce "senza realmente scegliere tra interessi confliggenti"¹⁴⁹ ma semplicemente valutando in modo imparziale, obiettivo, e dunque adeguato i fatti rilevanti ai fini dell'attuazione della norma.

E tale agire allora sarebbe sempre vincolato dalla legge perché "vi è sempre una precisa volontà del legislatore che l'amministrazione deve realizzare"¹⁵⁰. Né si ritiene possa essere d'ostacolo ad una tale lettura che a tal fine l'amministrazione non agisca come "macchina, ma come essere intelligente"¹⁵¹ che "capito il valore della norma, capito il suo scopo, li collega al fatto ed a tale collegamento adegua la sua azione"¹⁵².

In conclusione, il giudizio svolto dall'amministrazione è sempre un giudizio pienamente vincolato dalla legge perché le attività di individuazione e la valutazione dei fatti rilevanti devono essere sempre ad essa pienamente conformi.

7.5.5. E, vale la pena di ribadirlo, in quest'ottica il ruolo fondamentale dell'attività interpretativa si colloca a monte, dove il soggetto incaricato

Si deve sottolineare per altro come dall'estratto appena riportato trasparisca ancora lo stretto legame tra agire amministrativo ed interpretazione: la valutazione dei fatti è profondamente confermata dall'interpretazione della norma, sia sul piano della loro individuazione come rilevanti sia sul piano, logicamente successivo, del giudizio che li interessa

¹⁴⁹*Ivi*, p. 222.

¹⁵⁰*Ivi*, p. 230.

¹⁵¹*Ivi*, p. 230.

¹⁵²*Ibidem*: "Certo si può opporre a questo che la valutazione, vincolata in senso tradizionale, dei documenti ai fini dell'ammissione a un concorso è assai diversa dalla valutazione (discrezionale in senso tradizionale, vincolata anche essa secondo la tesi qui sostenuta) occorrente ad es. per ordinare una demolizione. Ebbene, questo è solo formalmente esatto, perché in entrambi i casi il fine dell'attività è fissato dalla norma, la quale impone all'amministrazione di svolgere una certa attività in relazione a dati fatti".

Ex multis in senso contrario, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 74: "l'intera attività amministrativa può essere considerata come attuazione della legge solo nel significato ampio per cui ogni potere amministrativo, vuoi discrezionale, vuoi non discrezionale, debba trovare il suo fondamento nella legge ed essere tipizzato".

dell'attuazione della legge ricerca il senso della norma che dovrà poi guidare l'attività amministrativa.

7.5.6. È peraltro interessante ravvisare come, su queste basi, il Satta ritenga di poter assimilare l'attività amministrativa a quella giurisdizionale¹⁵³.

La valutazione sarebbe, in entrambi i casi, di conformità dei fatti alla legge e si risolverebbe in un “mero giudizio”¹⁵⁴, nel “compimento di un'opera di giustizia”¹⁵⁵. Né in questa prospettiva si rinvergono altri criteri di distinzione tra i due tipi di attività.

Certo, sostiene il Satta, non si può ritenere essere tale, in quanto caratterizzante il solo agire amministrativo, la presenza di una “scelta di opportunità” operata al termine di una ponderazione degli interessi, perché, come già ricordato, la discrezionalità, nella visione in esame, subisce una “riduzione a giudizio”¹⁵⁶, che la priva di autonoma valenza concettuale e positiva.

Né ancora si può dare peso all'opinione per cui “la differenza qualitativa tra amministrazione e giurisdizione” risiederebbe nel fatto che “il giudice non cerca “il meglio”¹⁵⁷, cioè astratto e generico, come farebbe la pubblica amministrazione (...) ma semplicemente quello che appare tale (...) muovendo dal presupposto di determinati fatti a lui offerti, e come tali (...) per lui vincolanti”.

La presunta libertà che connoterebbe l'amministrazione nell'individuazione dei fatti rilevanti sarebbe infatti solo apparente in quanto, in verità, “deve fondare il suo giudizio soltanto su quei fatti che la legge ed i regolamenti considerano rilevanti”¹⁵⁸

¹⁵³Cfr. F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere*, cit., p. 90, in senso parzialmente conforme, ove sostiene che se si ritenesse di qualificare l'attività amministrativa “in termini di assoluta “vincolatezza”” allora “dovrebbe piuttosto vigere (...) un principio di “fungibilità soggettiva”, in forza del quale qualsiasi soggetto potrebbe liberamente sostituirsi ad un altro nell'esercizio dell'attività considerata, giacché ciascuno di essi non potrebbe che fornire identica ed obbligata soluzione al problema posto”.

¹⁵⁴Cfr. F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione*, cit., p. 200.

¹⁵⁵*Ibidem*, ove si tratta in particolare dei concorsi pubblici ma, ancora una volta, le osservazioni sono successivamente generalizzate in 211 ss. In questo senso *ivi* p. 213, in relazione all'adozione di provvedimenti amministrativi disciplinari, dove, nel descrivere l'attività valutativa dell'amministrazione, si sostiene che “non vi è nulla di diverso dalla valutazione che deve compiere un giudice”.

¹⁵⁶*Ivi*, p. 211.

¹⁵⁷*Ivi*, p. 198.

¹⁵⁸*Ibidem*, sempre in relazione ai contratti pubblici, ma pare suscettibile di generalizzazione sulla scorta di quanto sopra ricostruito in ordine al pensiero dell'Autore.

e “più forte limitazione dell’amministrazione quoad facta non potrebbe davvero concepirsi”¹⁵⁹.

Con ciò si può ritenere compiutamente delineata quella ricostruzione teorica per cui l’attività amministrativa discrezionale, più che non esistere, da un lato viene consistentemente avvicinata all’attività interpretativa e, dall’altro, è ricostruita come un singolo aspetto del più complesso giudizio svolto dall’amministrazione. Quindi, essendo che in questa visione tale attività di giudizio è completamente irradiata dall’aderenza alla legge, il concetto di discrezionalità finisce per dissolversi nell’attività di “individuazione e valutazione dei fatti rilevanti” (riconosciuti come tali in base alla legge) sicché la ponderazione degli interessi risulta assente e dunque l’attività amministrativa deve ritenersi sempre vincolata.

7.6.1. Ma, come anticipato, alcuni autori propendono per una ricostruzione speculare, e perciò, non fuor di ossimoro, antipodica ed al contempo simile rispetto a quella appena esaminata.

In questo senso è stato in particolare Fabio Massimo Nicosia a sostenere che si debba negare rilevanza alla distinzione tra attività amministrativa vincolata e discrezionale¹⁶⁰, dovendosi piuttosto propendere per la riconduzione della prima, sotto certi aspetti, alla disciplina normalmente riconnessa alla seconda, in quanto le due *species* di attività amministrativa mostrerebbero in vero, dove usualmente si rinvencono delle differenze, delle similarità determinanti.

7.6.2. In ogni modo l’individuazione di tali aspetti di similarità sembra dover essere rimandato ad un secondo momento ricostruttivo, parendo opportuno innanzitutto verificare quali siano le basi concettuali che fanno da fondamenta del discorso.

In questi termini si può peraltro riconoscere un primo punto di “specularità argomentativa” rispetto a quanto sopra proposto del pensiero del Satta: il tema dell’interpretazione sembra assumere ancora una volta un ruolo centrale.

Se tuttavia nel Satta l’interpretazione è considerata un elemento fondamentale al fine di dimostrare il carattere di sostanziale vincolatezza di qualsiasi attività amministrativa, in Nicosia si rinviene un atteggiamento diametralmente opposto.

¹⁵⁹*Ivi*, p. 199.

¹⁶⁰Cfr. F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere*, cit., p. 113 ss.

Va intanto premesso che ciò non avviene per mezzo dell'argomento "classico-kelseniano", non si rinviene cioè un tentativo di riassorbire l'attività di valutazione discrezionale all'interno dell'agire interpretativo: si rifiuta "la tesi, secondo la quale dovrebbe farsi riferimento a una nozione di discrezionalità in senso ampio, comprensiva di ogni ipotesi di indeterminatezza del disposto normativo o di incertezza nella sua interpretazione"¹⁶¹.

Né si intende con ciò giungere a negare che l'interpretazione della norma "assai di rado si rivela univoca, di comprensione immediata e non critica"¹⁶²: si sostiene semplicemente che l'attribuzione del ruolo di interprete non implica l'attribuzione parallela del ruolo di "operatore di scelte discrezionali" e cioè di "immediata e *cosciente* – questo è il punto – composizione tra interessi in conflitto"¹⁶³.

Anzi, al contrario, ove l'operatore giuridico accogliesse una certa ricostruzione interpretativa sulle basi di una scelta operata in ordine alla composizione di interessi confliggenti, ci si troverebbe di fronte a una situazione patologica¹⁶⁴.

7.6.3. Ma l'intento di un tale discorso non è quello di sminuire il ruolo dell'attività interpretativa, che anzi è decisamente esaltato.

Il cardine argomentativo è proprio questo: l'attività interpretativa è un'attività complessa¹⁶⁵ che, in quanto tale, *sottende necessariamente l'attribuzione di un potere*¹⁶⁶: "il potere, conferito dalla legge a un determinato organo, di interpretare le norme (nella prospettiva della loro applicazione) è dunque un potere, così come è un potere quello, consequenziale, di applicarle"¹⁶⁷.

E proprio in quanto si tratta di un potere, dall'esito del cui esercizio dipende sia la sistemazione delle situazioni dei privati sia l'attuazione di una funzione pubblica, deve ritenersi senz'altro un potere autoritativo in senso stretto¹⁶⁸.

¹⁶¹*Ivi*, p. 94.

¹⁶²*Ivi*, p. 85.

¹⁶³*Ivi*, p. 92.

¹⁶⁴*Ibidem*: "nulla esclude che una data interpretazione venga prescelta esclusivamente in quanto funzionale alla composizione dei conflitti in una data direzione, ritenuta auspicabile sotto il profilo "politico" e di indirizzo costituzionale. Senonché è assai dubbio che tutto ciò, per quanto "inevitabile" alla luce di un giudizio realistico, debba per ciò solo essere ritenuto altresì fisiologico".

¹⁶⁵*Ivi*, p. 88: "L'attività interpretativa presuppone (...) un procedimento logico complesso."

¹⁶⁶Che non è necessariamente anche un potere di ponderazione discrezionale, quanto un potere interpretativo in senso stretto.

¹⁶⁷Cfr. F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere*, cit., p. 89.

¹⁶⁸*Ibidem*, "l'interpretazione funzionale", cioè svolta nell'esercizio di una pubblica funzione, "reca dunque sempre con sé, inscindibile, il carattere dell'autoritarità".

E, in quest'ottica, il fatto che ci si trovi in presenza di potere è reso tanto più chiaro dal fatto che l'interpretazione possa svolgersi in modo "sviato" e cioè non volto all'individuazione del significato più corretto della norma quanto di quello più "opportuno"¹⁶⁹.

7.6.4. Su queste basi è facile comprendere quali siano le ragioni dell'argomentata similarità che contraddistinguerebbe l'attività vincolata e discrezionale dell'amministrazione.

Se l'attività interpretativa è consustanziale all'esercizio dell'attività amministrativa, discrezionale o vincolata che sia¹⁷⁰, e se l'attività interpretativa è attività che presuppone l'esercizio di un potere in senso stretto, allora l'attività amministrativa deve sempre ritenersi esercitata sulla scorta dell'attribuzione di un potere ed in tali termini deve ritenersi sindacabile¹⁷¹.

In questo senso quindi si deve riconoscere l'"irrelevanza pratica della distinzione tra discrezionalità e vincolatezza"¹⁷²: l'amministrazione che eserciti un potere, che sia vincolato o discrezionale, sta sempre esercitando un potere imperativo in senso stretto¹⁷³ ed il privato si trova, a fronte dello stesso, in posizione di interesse legittimo¹⁷⁴.

Il più interessante corollario di questa ricostruzione riguarda proprio l'estensione delle possibilità di manifestazione del vizio di "sviamento" dall'esercizio del potere, ponendosi il problema, che in questa sede non merita di essere ulteriormente approfondito, dell'"individuazione del vizio dell'eccesso di potere nel contesto

¹⁶⁹*Ivi*, p. 88, "un testo normativo ha, come ogni testo, una pluralità, un numero teoricamente infinito, di significati; l'attività interpretativa consiste nell'individuazione un significato ritenuto "corretto", con l'implicito rischio che si tratti invece del significato ritenuto "opportuno" o addirittura "conveniente".

¹⁷⁰*Ivi*, p. 85, "l'attività di interpretazione della norma è dunque il presupposto logico obbligato della sua applicazione"

¹⁷¹*Ivi*, p. 154, "non può sussistere cioè, nell'attuale ordinamento, improntato ai (...) principi di cui all'art. 97 della Costituzione, un settore dell'attività dell'amministrazione sottratto al relativo regime".

¹⁷²*Ivi*, p. 113, in riferimento al titolo del capitolo.

¹⁷³*Ivi*, p. 114, "pare evidente che la distinzione tra provvedimenti imperativi e provvedimenti non imperativi non abbia a che vedere con la distinzione tra provvedimenti discrezionali e provvedimenti vincolati"; *Ivi*, 122 s, "la distinzione tra atti discrezionali ed atti vincolati non corrisponde affatto, come viceversa spesso si ritiene, a quella tra atti autoritari e non autoritari".

¹⁷⁴Per la tesi per cui a fronte dell'esercizio di un potere vincolato ci si troverebbe innanzi ad una situazione di diritto soggettivo cfr. cap. 2, § 3.

Nicosia ritiene tale tesi "palesamente assurda", cfr. p. 119, ed argomenta in tal senso in 118 ss, non parendo però questo il contesto opportuno per riportare tale ordine di osservazioni.

dell'attività vincolata ed interpretativa dell'amministrazione"¹⁷⁵ e cioè per i casi in cui "l'attività interpretativa viene piegata, "sviata", al fine di addivenire alla risoluzione del conflitto di interessi in termini diversi da quelli indicati dalla norma [correttamente interpretata]"¹⁷⁶.

Infatti proprio l'argomentata irrilevanza della distinzione tra potere amministrativo vincolato e discrezionale comporterebbe un'estensione dei rimedi classici predisposti al fine di contrastare il cattivo esercizio del potere discrezionale alle ipotesi di esercizio del potere vincolato¹⁷⁷.

A questo proposito merita per altro puntualizzazione l'osservazione del Nicosia per cui "ove si ravvisi la sussistenza di un siffatto sviamento, potrebbe addirittura ritenersi irrilevante l'ipotetica plausibilità dell'interpretazione contestata, dovendosi ritenere comunque illegittimo il comportamento dell'amministrazione per il solo fatto di aver maliziosamente accolto un criterio interpretativo piuttosto che un altro"¹⁷⁸.

Sembra infatti che, allo stato attuale della sistemazione normativa amministrativistica, un tale ordine di idee possa essere quantomeno messo in discussione. Se infatti il coinvolgimento di aspetti di "opportunità" o, a maggior ragione, di "convenienza" nell'esercizio del potere amministrativo possono ben incarnare il sintomo di eccesso di potere, va altresì evidenziato come l'attuale propensione ordinamentale sia rivolta alla conservazione dei provvedimenti amministrativi vincolati che siano validi nel loro contenuto sostanziale.

Si fa riferimento in particolare all'art. 21 *octies*, co. 2, legge 241/1990, ai sensi del quale "non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

Certo non sfugge che la norma in esame non si riferisce all'ipotesi di "sviamento interpretativo", ma non sembra in vero meno grave l'eventuale presenza di un vizio

¹⁷⁵Cfr. F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere*, cit., p. 162.

¹⁷⁶*Ivi*, p. 154.

¹⁷⁷Cfr., in senso sostanzialmente difforme, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 87 "secondo l'orientamento costante della giurisprudenza, agli atti vincolati non sono applicabili figure dell'eccesso di potere come la disparità di trattamento".

¹⁷⁸Cfr. F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere*, cit., p. 93.

istruttorio, che pure la norma riconduce nello spazio dell'irrelevanza giuridica ai fini della declaratoria di illegittimità dell'atto.

7.6.5. Con un'ultima nota, a rimarcare come l'attenzione degli Autori da ultimo esaminati tenda a concentrarsi su medesimi "step" argomentativi, si può sottolineare che anche il Nicosia ha operato un richiamo al problema del rapporto intercorrente tra giurisdizione ed amministrazione.

Pare in vero, nella prospettiva in esame, che l'esistenza stessa di un controllo giurisdizionale in ordine all'esercizio del potere amministrativo, pur vincolato, sia una riconferma della natura di potere in senso stretto dello stesso: "la previsione di sistemi di verifica e di controllo della correttezza di una data attività depone, nello schema logico dello Stato di diritto, a favore della sua qualificazione in termini autoritativi"¹⁷⁹.

Ancora una volta l'attenzione ad un medesimo tema argomentativo si risolve poi in una presa di posizione antipodica.

7.7. Si possono dunque ritenere affrontate in sufficiente dettaglio quelle correnti di pensiero che in dottrina hanno variamente ritenuto di poter negare l'esistenza o l'autonoma rilevanza dell'attività amministrativa discrezionale o vincolata.

Ciò è stato fatto in questa sede, e cioè in ambito dei "cenni preliminari", nella consapevolezza di come l'approdo a tali ordini di conclusioni si ponga su di un piano ermeneutico - argomentativo "a monte" rispetto al tema specifico di questa trattazione e cioè quello della relazione intercorrente tra situazione giuridica soggettiva e potere amministrativo vincolato.

Nello svolgere questa disamina non sono mancate occasioni per sottolineare come gli Autori richiamati abbiano adottato sovente tagli argomentativi simili, concentrando, in particolare, l'attenzione sul tema dell'interpretazione giuridica¹⁸⁰. Una tale varietà di opinioni in ordine a tematiche concettualmente vicine o sovrapponibili potrebbe sorprendere, ma risulta in vero ben spiegabile in considerazione della costante evoluzione del pensiero scientifico e della diversa sensibilità dei singoli autori.

¹⁷⁹Ivi, p. 90.

¹⁸⁰E, come in particolare si è visto da ultimo, sul rapporto intercorrente tra amministrazione e giurisdizione

Non pare peregrino infatti, né si intende con una tale osservazione sminuire in alcuna misura il valore scientifico della ricerca svolta da Insigni giuristi, riconoscere come tale diversità ricostruttiva possa ritenersi scaturente dalla diversa visione del mondo, dall'ideologia (in senso lato) di ciascuno di essi¹⁸¹.

Tali considerazioni promanano “naturalmente” dall'onesta accettazione del fatto che nella scienza in generale, nel diritto in particolare ed ancor più forse nel diritto amministrativo, è in larga misura la diversa sensibilità dello studioso ad incentivarne l'adesione a determinati presupposti argomentativi (in quanto tali raramente contestabili) da cui poi dipende la condivisione di una specifica dottrina. In buona parte è così che la comunità scientifica finisce per proporre riflessioni radicalmente alternative, ma comunque valide, in ordine ai medesimi concetti¹⁸².

Con il prossimo capitolo, ove si affronteranno analiticamente le posizioni dottrinali più rilevanti ed affermate in tema di situazione giuridica soggettiva e potere vincolato, si avrà forse una dimostrazione ancora più compiuta di quanto ciò che si è appena affermato corrisponda a realtà.

7.8. In ogni modo, conclusa l'analisi di alcune nozioni fondamentali di teoria generale del diritto e delle più significative problematiche ad esse connesse, nonché di quegli aspetti della contesa dottrinale che meritano una trattazione “preliminare”, si può adesso procedere ad un'indagine più consapevole e adeguatamente contestualizzata del centro speculativo di questa tesi: “la situazione giuridica soggettiva a fronte dell'esercizio di un potere amministrativo vincolato”.

¹⁸¹Cfr. F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere*, cit., p. 80, dove, riferendosi all'opinione per cui l'attività amministrativa sarebbe sempre di carattere vincolato si chiede “se tale impostazione teorica (...) non si riveli (...) il riflesso di determinate “ideologie” (in senso ampio), rispondente più all'intimo desiderio di chi la enuncia che non a una realtà suscettibile di percezione”.

Come è chiaro l'Autore parrebbe ritenersi immune da tale “influsso ideologico” e forse non parrebbe adeguato condividere tale pretesa.

¹⁸²*Ex multis*, P.K. FEYERABEND, *Addio alla ragione*, Roma, 2007, p. 316: “Il modo in cui i problemi scientifici vengono affrontati e risolti dipende dalle circostanze in cui tali problemi sorgono, dai mezzi (formali, sperimentali, ideologici) disponibili e dai desideri di coloro che li affrontano. Non vi sono immutabili condizioni al contorno della ricerca scientifica.”.

CAPITOLO II

RICOSTRUZIONI ALTERNATIVE

1. OPINIONI DOTTRINALI IN UN SISTEMA ORGANICAMENTE INTERCONNESSO

1.1. Chiarito il contesto concettuale all'interno del quale si svolgerà la trattazione è ora possibile muovere oltre, procedendo all'analisi di quei radicati contrasti dottrinali e giurisprudenziali che producono un altissimo tasso di incertezza intorno alla determinazione della natura della situazione giuridica soggettiva che si viene a manifestare a fronte dell'esercizio di un potere amministrativo vincolato.

1.2. Nel tentare di affrontare il tema, va anticipato, non sarà evidentemente possibile ricostruire nel dettaglio il pensiero di ogni autore, si tenterà piuttosto di riconoscere delle Scuole, delle correnti di pensiero che esprimano un medesimo comun denominatore nello sviluppo di una teoria, potremmo dire, dell'interesse legittimo e del potere vincolato.

1.3. In questo senso è per altro utile riconoscere sin da subito come il tema della relazione intercorrente tra il potere vincolato e la situazione soggettiva si manifesti come un aspetto ben specifico di approcci dottrinali ed ideologici dalla portata spesso assai più ampia.

Per questa ragione, nell'intenzione di sviscerare con adeguato tasso di attenzione l'argomento in oggetto, emergerà la necessità di contemplare teorie di più vasto respiro.

Si vedrà peraltro come un problema così particolare e puntuale possa finire per trascinare sul palco dell'argomentazione dei giganti della problematica giuridica: la nozione di potere, le modalità di esplicazione della discrezionalità, il rispetto dello Stato di diritto, il criterio di riparto della giurisdizione.

2. LA TEORIA TRADIZIONALE SULLA “DIREZIONE DELLA NORMA”

2.1. Nell'affrontare i primi passi di questa indagine pare logico volgere l'attenzione a quello che, tra i vari criteri adottati nel corso del tempo dalla dottrina al fine di determinare la natura della situazione giuridica soggettiva correlata all'esercizio di un potere vincolato, è forse il più antico e senz'altro il più ricorrente nella tradizione giuridica amministrativistica italiana del '900, sia in giurisprudenza che in dottrina¹.

Si tratta della tesi in base alla quale, per determinare la natura della situazione giuridica, bisogna avere riguardo alla “direzione della norma”²: laddove la norma attributiva del potere³ manifesti come scopo preminente la tutela del pubblico interesse, in capo al privato sorgerà una situazione di interesse legittimo, qualora invece la norma sia stata posta con preminente scopo di tutela dell'interesse del privato, allora la sua situazione giuridica sarà di diritto soggettivo.

In altre parole, ove si adotti questa prospettiva, non sembra “possibile contestare che, allorquando ci si imbatte in una potestà pubblica, il cui esercizio sia disciplinato dall'ordinamento, non tanto in funzione dell'interesse dei singoli soggetti giuridici, quanto in funzione dell'interesse generale, dovunque e comunque questa potestà possa interferire con posizioni giuridiche di altri soggetti, a queste non possa esser riconosciuta la qualifica di diritti soggettivi” mentre, al contrario, laddove l'esercizio del potere “appaia disciplinato in stretta ed esclusiva funzione dell'interesse individuale”⁴ la situazione del privato dovrebbe qualificarsi come di diritto soggettivo.

¹Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1988, p. 3 ss; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ed accertamento amministrativo, autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996, p. 17.

²Cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Vol. II, Milano, 1958, p. 150.

³Ma non solo: come è chiaro anche le norme (non attributive di potere) che riconoscono la sussistenza di un diritto soggettivo in capo al privato sono “dirette” alla tutela del di lui interesse materiale.

⁴Cfr. A. MAZZINI SANDULLI, *Sulla competenza a giudicare del mancato riconoscimento da parte dei comuni delle obbligazioni contratte sotto il regime repubblicano fascista*, in Foro Italiano, Vol. LXXII, Parte I-3, 1949, p. 33-34.

La soluzione proposta ha trovato ampio ed autorevole accoglimento in dottrina⁵ e non poche, e più o meno accentuate, varianti⁶.

2.2. A questo proposito la linea argomentativa più solida e condivisa pare essere quella, di seguito analizzata, che impernia la propria riflessione sul ruolo giocato dall'“interesse generale”, sulle forme della sua tutela, sulla sua declinazione all'interno del sistema giuridico e che giunge fino ad utilizzarlo come elemento paradigmatico al fine di definire le situazioni giuridiche soggettive stesse⁷.

Sembrano a questo proposito necessarie alcune considerazioni preliminari intorno alla nozione di “interesse generale”.

Parlando di “interesse generale”, a rigore, sembra che si dovrebbe fare riferimento all'interesse della collettività in senso lato.

In questo modo si richiama quel valore che, in fine dei conti, è posto a fondamento di ogni processo nomopietico, e ciò in quanto, in generale, “si suppone che il soggetto emanante abbia prescelto una soluzione piuttosto che un'altra, ed abbia dettato la relativa disciplina, nella convinzione che la stessa sia quella che arreca il maggior beneficio alla collettività”⁸.

Si tratta insomma di una categoria concettuale spesso utilizzata in funzione di giustificazione e legittimazione teorica del sistema giuridico stesso.

Queste considerazioni vogliono introdurre alla seguente puntualizzazione.

Sembra infatti che nei testi degli autori che hanno aderito alla teoria qui in esame la nozione di “interesse generale”, pur rappresentando un punto di riferimento concettuale, sia utilizzata spesso in modo ambiguo⁹.

⁵*Ex multis*, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, p. 514.

⁶*Ex multis*, G. MIELE, *Questioni giuridiche vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro Amm.*, 1940; E. CASSETTA, *Diritto Soggettivo e interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1952.

⁷Cfr. G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo I*, Milano, 1983, p. 109 e 112.

⁸*Ivi*, p. 109.

⁹*Ex multis*, G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 150 s.: “se la norma prende in considerazione l'interesse individuale per se stesso e, come interesse del tutto distinto da quello generale, ne assicura con mezzi idonei la realizzazione, il detto interesse è costituito nella posizione di diritto soggettivo; se, invece, la norma prende in considerazione un interesse diverso da quello individuale di cui si tratta, ossia un interesse generale, e si preoccupa solo di assicurare la soddisfazione di questo, producendo solo come conseguenza indiretta la difesa dell'interesse individuale, quest'ultimo resta nella categoria degli'interessi solo indirettamente protetti”.

In questo passaggio è evidente come l'autore parli prima di interesse generale e poi di “un” interesse generale, laddove sembra che lasci volutamente un margine di imprecisione, quasi a consentire al lettore di interpretare la nozione di interesse generale un po' come quella di bene comune, un po'

Così capita che talvolta sia utilizzata come sinonimo di interesse pubblico¹⁰, tal altra di bene collettivo¹¹, tal altra ancora in relazione all'“interesse generale di una categoria”¹².

Pare tuttavia che il modo più rigoroso di inquadrare il ragionamento giuridico di questi autori pretenda la tendenziale assunzione della nozione di interesse generale, nel modo in cui da essi stessi è adoperata, come sovrapponibile con quella di “interesse pubblico”.

In questo senso si verrebbe ad intendere per interesse pubblico quell'interesse di una categoria di privati a cui la volontà politica ha deciso di riconoscere un ruolo giuridico particolare, predisponendo una normativa ed attribuendo dei poteri amministrativi al precipuo scopo del suo perseguimento¹³.

Tanto si è voluto dire per chiarire in che senso debbano essere interpretati i riferimenti all'“interesse generale” che saranno di seguito operati. Né sembra

nella connotazione astratta di cui dicevamo prima, e un po' come interesse pubblico, individuato come tale dalla legge tra un ventaglio di interessi.

In relazione alla natura dell'interesse pubblico Cfr. D. SORACE, *Lezioni di diritto amministrativo*, Vol. I, Bologna, 2000, p. 20, dove si sottolinea come a livello “ontologico” l'interesse pubblico non sia distinguibile da un interesse privato che si riferisca, al più, alla maggioranza dei consociati, poiché la sua natura diviene “peculiare” solo in forza della decisione politica di qualificarlo come interesse pubblico.

¹⁰Cfr. E. CASSETTA, *Diritto soggettivo e Interesse legittimo*, cit., p. 614, ove, in tema di teorie dell'interesse legittimo, richiama quella per cui “l'interesse legittimo è quell'interesse individuale che viene a coincidere, od è strettamente connesso con l'interesse generale, per modo che la tutela giuridica, accordata esclusivamente a quest'ultimo, rifrange mediatamente sul primo”, va ravvisato appunto come che in questo frangente l'autore utilizzi la nozione di interesse generale nell'accezione di interesse pubblico; *ibidem*, nello stesso senso: “la norma, se emanata nell'interesse generale, non può che concernere quell'interesse generale cui è preordinata”, ove per altro in questo secondo caso si parla di “un” interesse generale, connotando ancor più chiaramente l'interesse generale come un interesse pubblico individuato come tale dalla norma; *Ibidem*, nello stesso senso: “ciò non significa affatto affermare che ad ogni norma corrisponde un dato interesse e negare la coesistenza di interessi pubblici e privati”.

Pare opportuno sottolineare che il Casetta ha aderito alla Scuola che individua la natura della situazione giuridica in oggetto in base alla “direzione” della norma solo in parte o quantomeno in modo originale, come si evince da E. CASSETTA, *Diritto soggettivo ed interesse legittimo*, cit., p. 637. Vedi anche F.G. COCA, *L'Interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, p. 436, dove risulta come il Casetta abbia finito per aderire alla tesi, che analizzeremo in seguito in questo capitolo, per cui, anche in presenza di potere vincolato, ci si trova sempre in presenza di interesse legittimo.

¹¹Cfr. G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, cit., p. 109, “tutte le norme giuridiche (...) quale che sia il loro contenuto ed il loro grado (norme costituzionali, leggi ed atti aventi forza di legge dello Stato, leggi delle Regioni, regolamenti, contratti collettivi) sono poste nell'interesse generale”.

¹²*Ivi*, p. 112, in tema di definizione dell'interesse legittimo: “l'interesse legittimo è l'interesse all'osservanza di una norma posta nell'interesse generale di una categoria che rispetto alla stessa si trovi in una posizione specifica”. In quest'ottica quindi mentre il potere è attribuito per perseguire il fine pubblico la norma di azione che ne disciplina lo svolgimento sarebbe posta nell'interesse di una categoria ulteriore di soggetti.

¹³Cfr. D. SORACE, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., p. 20 s.

possibile razionalizzare il procedere argomentativo elidendo tale locuzione dal testo, per sostituirla direttamente con quella di “interesse pubblico”: gli stessi costanti richiami che saranno operati direttamente al pensiero degli autori non consentono di violare la lettera di quanto questi hanno ritenuto di esprimere.

Quanto rileva è che si sia chiarito come, in linea generale, quando si rinverrà l’espressione “interesse generale”, si starà in pratica facendo ricorso a quella di interesse pubblico.

2.3. Si può dunque procedere all’analisi sostanziale di quanto sostenuto dalla Scuola di pensiero più tradizionale in ordine alla relazione intercorrente tra potere vincolato e situazione soggettiva.

Farà da degno preludio la formulazione della tesi offerta da M. S. Giannini: “la potestà vincolata può avere di fronte a sé sia interessi legittimi che diritti soggettivi: occorre caso per caso vedere se la norma attribuisce al privato una tutela propria in ordine ad un bene della vita, ovvero una tutela realizzabile solo attraverso l’esercizio della potestà altrui: nel primo caso vi è diritto soggettivo, nel secondo interesse legittimo”¹⁴.

Ma a ben vedere tale formulazione sembra manifestare profili di oscurità, che si possono tuttavia esaminare per chiarire al meglio il contenuto della teoria in esame.

Nella citazione di cui *supra* si parla di “tutela propria in ordine al bene della vita” e di “tutela realizzabile solo attraverso l’esercizio della potestà”.

Queste espressioni non possono non richiamare le nozioni classiche di diritto soggettivo ed interesse legittimo: diritto soggettivo inteso come situazione giuridica posta a tutela diretta ed immediata dell’interesse materiale del privato e interesse legittimo come situazione giuridica di tutela mediata ed occasionale dell’interesse materiale del privato¹⁵.

Il punto fondamentale che occorre mettere a fuoco è dunque il seguente: nella prospettiva di questa Scuola di pensiero, pur laddove si tratti dell’esercizio di un potere amministrativo vincolato, è possibile che il privato si trovi tutelato dall’ordinamento in via diretta rispetto ad un proprio interesse materiale.

¹⁴Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, cit., p. 514.

¹⁵*Ex multis*, M. NUZZO, *Introduzione alle scienze giuridiche Norme - Soggetti - Attività*, 3^a ed., Torino, 2009, p. 71.

Si deve per altro chiarire come, al contrario, la situazione in cui l'interesse del privato venga tutelato in via diretta dalla norma non possa presentarsi ove venga in esame un'ipotesi di esercizio di potere discrezionale.

Così peraltro si spiega perché si usi tal volta sostenere (e ciò, nell'ottica qui assunta, non senza far trascinare l'approssimazione in imprecisione) che l'interesse legittimo “è sempre [ma appunto, sarebbe anche da dire, “non soltanto”] correlato alla potestà discrezionale”¹⁶.

È dunque utile chiarire perché, nella prospettiva assunta da questi autori, a fronte dell'esercizio di potere discrezionale si possa manifestare soltanto una situazione di interesse legittimo.

Ciò accade in quanto l'attività discrezionale implica la ponderazione di interessi contrapposti: l'interesse del privato non può che vedersi garantita una tutela “meramente occasionale”, “indiretta”, in quanto la sua soddisfazione dipende dall'esito che la ponderazione degli interessi condotta dall'amministrazione viene in concreto ad avere¹⁷.

Per definizione dunque il privato, in tali casi, si trova in titolarità di una situazione di interesse legittimo.

2.4. Si è sopra affermato che, secondo questa Scuola di pensiero, a fronte dell'esercizio di un potere vincolato l'interesse materiale del privato può venire ad essere oggetto di tutela diretta quanto indiretta da parte dell'ordinamento e che, in

¹⁶Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 512.

L'inserzione in parentesi quadra vuole sottolineare come l'interesse legittimo si possa manifestare, in quest'ottica, anche in ipotesi di esercizio di potere vincolato.

¹⁷Va per altro sottolineato che autorevole dottrina è in passato pervenuta a conclusioni differenti, non riconoscendo sempre e comunque una situazione di interesse legittimo a fronte dell'esercizio del potere discrezionale. Ciò, se è permesso avanzare un'ipotesi, sembra si possa spiegare in considerazione della mancata penetrazione (oggi definitivamente compiuta) della teoria della discrezionalità del Giannini secondo cui la valutazione discrezionale implica la ponderazione di un interesse pubblico primario con interessi pubblici e privati secondari.

Nel senso della possibilità di manifestazione di diritto soggettivo a fronte dell'esercizio di un potere discrezionale, cfr. G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, cit., p. 59, ove qualifica la situazione giuridica in base al “modo in cui la discrezionalità investe la situazione individuale: si è asserito che se la prima abbia ad oggetto la facoltà di sacrificare questa, si verte in materia di interessi legittimi, e che, se il sacrificio rappresenta la mera conseguenza di un atto discrezionale, si ha lesione di un diritto soggettivo”.

È chiaro che, laddove si segua fedelmente il concetto di discrezionalità tracciato dal Giannini, non si può ritenere che il sacrificio di un interesse possa essere la “mera conseguenza” dell'esercizio del potere e ciò in quanto il potere non viene inteso come indirizzato a sacrificare specifici interessi ma come, in genere, la capacità di sacrificare interessi secondari per perseguire un interesse primario, definito come pubblico.

conseguenza di ciò, la sua posizione può essere qualificata come di diritto soggettivo piuttosto che di interesse legittimo.

Non si è ancora esplicitato sulla scorta di quali considerazioni si possa giungere a tale conclusione.

Si tratta, per il vero, di un ragionamento sillogistico abbastanza lineare.

Il presupposto, di carattere prettamente definitorio, è che “la caratteristica del diritto soggettivo, almeno quella che vale a distinguerlo dall’interesse occasionalmente protetto deve ricercarsi nel rapporto particolare, che esso rivela tra la norma e l’interesse che ne forma il contenuto” o, in altre parole, “nella direzione della norma del diritto oggettivo, dalla quale la protezione deriva. Se la norma prende in considerazione l’interesse individuale per se stesso e, come interesse del tutto distinto da quello generale ne assicura (...) la realizzazione, il detto interesse è costituito nella posizione di diritto soggettivo; se, invece, la norma prende in considerazione un interesse diverso da quello individuale di cui si tratta, ossia un interesse generale, e si preoccupa solo di assicurare la soddisfazione di questo, producendo solo come conseguenza indiretta la difesa dell’interesse individuale, quest’ultimo resta nella categoria degli’interessi [legittimi]”¹⁸.

Perciò è il concetto di “direzione della norma” a consentire di discriminare le situazioni giuridiche, e ciò a seconda che tale direzione volga direttamente o meno alla tutela dell’interesse materiale.

Va per altro rilevata una manifestazione plastica del problema definitorio *supra* (cfr. *infra*, § 2.2.) affrontato: nella citazione appena riportata la locuzione “interesse generale” viene utilizzata sostanzialmente in termini di “interesse pubblico”.

In base a quanto previamente osservato in ordine all’uso della nozione di “interesse generale” risulta quindi agevole superare il contrasto, solo apparente, che di primo acchito sembra separare le considerazioni testé riportate da quelle di altri autori, i quali usano la medesima locuzione, “interesse generale”, *anche* in significato di “bene comune” o comunque con una connotazione meno chiara in termini di “interesse pubblico”.

¹⁸Cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 149 ss.

Così è per G. Guarino il quale sostiene che “si ha diritto soggettivo se la norma, pur nell’intento di perseguire un interesse generale, ha preso in considerazione l’interesse di determinati soggetti o di una categoria di soggetti ed ha inteso attribuire a questi una tutela specifica e diretta”¹⁹, mentre “si ha interesse legittimo se la norma è posta nell’interesse generale, ma una categoria di soggetti indirettamente tra un vantaggio specifico dalla sua osservanza”²⁰, finendo dunque per ottenere tale vantaggio materiale solo in via occasionale.

Con quanto sin qui detto si sono delineati due punti fermi: che le norme giuridiche²¹ hanno una “direzione”, che volge o alla cura dell’interesse del privato o alla cura di un interesse pubblico, e che le situazioni giuridiche soggettive dei privati si qualificano in base alla direzione che la “norma del diritto oggettivo”²² assume rispetto ai loro interessi materiali. Proprio la loro “direzione” permette di qualificare la tutela ordinamentale come di tipo diretto o indiretto.

Non resta che da applicare questi concetti all’ipotesi di esercizio del potere vincolato.

In effetti, seguendo quest’ordine d’idee, sarebbe “un errore ritenere che (...) quando (...) l’amministrazione svolge un’attività interamente vincolata, l’interesse del privato rivesta il carattere di un diritto soggettivo”²³, parendo piuttosto opportuno, come già anticipato, sostenere che “la potestà vincolata può avere di fronte a sé sia interessi legittimi che diritti soggettivi”²⁴, infatti “se le norme che vincolano l’amministrazione sono ispirate unicamente al regolare svolgimento dei suoi atti e alla cura dell’interesse pubblico, esse costituiscono per gli interessi dei singoli una garanzia puramente indiretta, che non giunge a trasformarli in diritti soggettivi”²⁵.

Dunque, quando si è in ipotesi di esercizio di un potere amministrativo vincolato, non si può definire, *tranchante*, la situazione del privato come di diritto

¹⁹Cfr. G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, cit., p. 112.

²⁰*Ibidem*.

²¹Va ribadito: non solo le norme attributive di potere.

²²Cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 150.

²³*Ivi*, p. 154.

²⁴Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, cit., p. 514.

²⁵Cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 154.; in senso conforme G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, p. 129 ove sostiene, in tema di interesse legittimo, che “il contenuto di tale situazione consiste nella sola osservanza di una norma posta nell’interesse generale; e (...) il vantaggio pratico che il ricorrente può trarre dall’accoglimento del ricorso (oltre all’eliminazione dell’atto lesivo) è solo eventuale”.

soggettivo o di interesse legittimo. Si dovrà invece studiare come il diritto oggettivo, la norma attributiva del potere, si atteggiavano nei confronti dell'interesse del privato.

Se si manifesta una situazione in cui l'ordinamento garantisce tutela diretta all'interesse materiale del privato allora, *malgrado si sia in presenza di esercizio di un potere amministrativo*, la situazione giuridica soggettiva dovrà essere qualificata come di diritto soggettivo.

Ciò, nell'ottica qui assunta, è infatti imposto dalla rigorosa adesione alla definizione di diritto soggettivo come situazione giuridica soggettiva posta a tutela diretta ed immediata dell'interesse del privato²⁶.

Al contrario, se l'ordinamento ha attribuito e disciplinato l'esercizio del potere con riguardo *al solo* perseguimento dell'interesse pubblico, l'interesse del privato sarà tutelato in via indiretta, occasionale e cioè solo laddove il perseguimento dell'interesse pubblico lo consenta. La situazione del privato sarà quindi di interesse legittimo.

Questa linea argomentativa evidenzia come, nella ricostruzione offerta da questa Scuola, sia *irrilevante il fatto che, laddove ci si trovi in ambito di esercizio di potere vincolato, da un punto di vista "concreto" l'interesse pubblico non intervenga a connotare l'esercizio del potere*²⁷, mancando un momento di ponderazione discrezionale degli interessi²⁸, così come teorizzata dal Giannini²⁹.

2.5. Proprio quest'ultima osservazione traghetta verso la prima di alcune puntualizzazioni, in un certo senso collaterali, che, una volta chiarito il cuore concettuale della teoria, è pure necessario effettuare.

Nell'esposizione che si è fatta della tesi tradizionale si è cercato di chiarire, in modo progressivo, le nozioni strumentali alla di lei comprensione, ma un tale

²⁶Cfr. A. MAZZINI SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Vol. I, Napoli, 1984, p. 88, "Sarebbe peraltro inesatto ritenere che dove una norma tuteli in modo diretto e precipuo gli interessi individuali, in quanto ritenga che tale è il miglior modo di garantire un interesse generale (...), non sia più possibile parlare di diritti soggettivi (...); ciò che è decisivo è invece se l'ordinamento si sia precipuamente proposto di accordare al soggetto particolare una tutela o si sia limitato ad accordargli soltanto una tutela riflessa".

²⁷Il che sta *in re ipsa*, essendo che si tratta di potere vincolato.

²⁸Per altro, come vedremo nel § 3, la Scuola fiorentina contesterà la dottrina "tradizionale" qui riportata su più piani e quello appena esposto è uno dei temi su cui esprime un'opzione ricostruttiva fortemente differente.

²⁹Cfr. in particolare M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetti e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939.

procedere ha portato necessariamente a descrivere in modo parzialmente approssimativo alcune interazioni giuridiche.

L'esame della teoria sin qui condotto è sufficientemente esauriente da consentire una meglio compiuta formulazione di alcuni concetti fondamentali.

Un primo tema che, per necessità espositiva, è stato in prima battuta trattato frettolosamente, attiene al tentativo di spiegare perché la “direzione della norma” venga ad avere rilievo al fine di definire la situazione giuridica soggettiva solo con riguardo ad ipotesi di esercizio di potere vincolato.

Si è detto infatti che a fronte dell'esercizio di un potere discrezionale non si può mai manifestare il diritto soggettivo, e ciò perché l'interesse del privato in tali situazioni non può che essere “occasionalmente protetto”, risultando soddisfatto solo se ciò risulta possibile alla luce della ponderazione discrezionale degli interessi.

Quanto asserito è corretto ma, seguendo l'ottica della Scuola tradizionale, richiede un chiarimento.

Tale argomento va infatti calato nella logica della “direzione della norma” e spiegato in tali termini.

Si dovrà cioè ritenere che, in ipotesi di esercizio di potere discrezionale, in capo al privato non possa manifestarsi una situazione di diritto soggettivo, in quanto il suo interesse “trova protezione soltanto in quei principi che pongono limitazioni sostanziali e formali al potere discrezionale dell'amministrazione”³⁰.

In altre parole, l'ordinamento predispone un apparato normativo rivolto esclusivamente all'amministrazione, avente il precipuo scopo di garantire il corretto esercizio del potere nell'ottica del perseguimento dell'interesse pubblico.

La situazione del privato è tutelata in modo meramente occasionale, in quanto le norme che regolano il potere discrezionale sono in tali casi “dirette” all'amministrazione: ne deriva che la sua situazione giuridica soggettiva deve essere qualificata, per definizione, come di interesse legittimo³¹.

³⁰Cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 154.

³¹In senso conforme, *ex multis*, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 514: “la potestà discrezionale non può avere di fronte a sé diritti soggettivi”; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 154: “è diffusa l'opinione che il diritto soggettivo si debba senz'altro ritenere escluso quante volte l'amministrazione dispone, nei riguardi dell'interesse individuale, di un qualche potere discrezionale. L'affermazione è esatta (...)”.

2.6. Tra gli elementi di corollario che pare opportuno mettere in luce ve ne è sicuramente uno ulteriore.

Se infatti è vero che gli aderenti a questa Scuola di pensiero riconoscono, in linea teorica, la configurabilità di diritti soggettivi a fronte dell'esercizio di un potere amministrativo (vincolato), va pur riconosciuto come sovente abbiano manifestato una certa propensione a circoscrivere o minimizzare la rilevanza pratica di questa stessa tesi.

In questo senso si rinvengono considerazioni che sembrano assumere questo atteggiamento in modo abbastanza morbido, come per esempio laddove si è sostenuto che “fra le norme del diritto amministrativo, solo pochissime sono dettate per regolare i rapporti fra lo Stato e i singoli cittadini e quindi per stabilire diritti soggettivi a favore dell'uno o degli altri: la maggior parte hanno invece lo scopo di organizzare l'amministrazione in se stessa, di distribuire le varie funzioni tra i suoi organi, di regolare il procedimento della sua attività, il contenuto e la forma dei suoi atti (...). Norme di questa categoria sono poste nell'interesse generale”³².

Ma talvolta lo stesso atteggiamento pare essere stato assunto in modo più deciso. Così, e per altro con specifico riferimento all'ipotesi di manifestazione del diritto soggettivo a fronte dell'esercizio di un potere vincolato, si è ritenuto che siano “poste nell'esclusivo interesse generale, salvo che si dimostri in concreto caso per caso una volontà della norma di tutelare interessi particolari, anche le norme che disciplinano l'attività vincolata della pubblica amministrazione. La situazione soggettiva che si contrappone agli atti amministrativi è di conseguenza, in misura assolutamente prevalente, non il diritto soggettivo ma l'interesse legittimo”³³.

Quindi, se pure gli autori della Scuola tradizionale, seguendo un rigoroso ragionamento scientifico, traggono senza remore le proprie conclusioni teoriche in ordine alla qualificazione della situazione giuridica soggettiva a fronte dell'esercizio di un potere amministrativo, va tuttavia rilevato come, in fin dei conti,

Cfr. in senso leggermente difforme, ma sostanzialmente conforme, G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, cit., p. 121: “le norme che regolamentano i poteri discrezionali amministrativi sono ritenute dalla giurisprudenza assolutamente costante come poste, salvo rare eccezioni, nell'esclusivo interesse generale”.

³²Cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 152.

³³Cfr. G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, cit., p. 121.

spesso sembrano voler sminuire la portata pratica delle considerazioni da loro stessi avanzate.

2.7.1. Altra osservazione che sembra il caso di sviluppare, pur sinteticamente, concerne il modo in cui le tesi in oggetto “non” vengono argomentate da questa Scuola di pensiero.

Salta all’occhio infatti l’assenza di riferimenti ai concetti, altresì tradizionali, di “norma di azione” e di “norma di relazione”.

Ciò deriva dal fatto che la linea argomentativa in analisi prende le mosse da presupposti diversi, che non coinvolgono tali nozioni.

La tesi in oggetto raggiunge le proprie conclusioni sulla scorta delle definizioni di diritto soggettivo ed interesse legittimo come situazioni giuridiche di tutela occasionale o diretta dell’interesse del privato, e appunto, assunta questa prospettiva, si interroga poi sulla “direzione” di tutela che di volta in volta la norma assume nel caso concreto.

Le linee teoriche che si appoggiano ai concetti di norma di azione e di norma di relazione paiono invece seguire un procedere argomentativo differente al fine di ricostruire la natura della situazione soggettiva.

Piuttosto che guardare alla “direzione della norma”, volgono ad individuare lo “spazio di azione” concesso al potere amministrativo. In altre parole, in questa seconda prospettiva, il punto focale diviene comprendere ove le situazioni intersoggettive siano già delineate in tutto e per tutto nel loro contenuto sostanziale dall’ordinamento e dove invece sia lasciato uno spazio di determinazione di tale contenuto all’amministrazione.

Si viene così ad operare su di un diverso piano argomentativo, sulle cui basi è possibile sviluppare una diversa e parallela teoria della situazione soggettiva e del potere. Non è questa la sede per approfondire il tema, ma di seguito si avrà occasione di sviluppare una approfondita speculazione al riguardo³⁴.

Piuttosto, la ragione per cui tale ordine di concetti è stato sin d’ora richiamato attiene ad una puntualizzazione di tipo “negativo”, volta cioè a chiarire la differenza sostanziale che divide i due approcci esegetici.

³⁴Una rigorosa deduzione delle conclusioni che questi presupposti implicano è stata svolta dalla Scuola fiorentina, cfr. § 3.3.4.

2.7.2. D'altra parte vale la pena di sottolineare la presenza di un certo, sebbene non assoluto, tasso di fungibilità tra le nozioni di norma di azione e norma di relazione ed il concetto di "direzione della norma", in quanto rivolta verso l'amministrazione o verso il privato.

In questo senso si può rilevare come le norme di azione, che sarebbero quelle intese a disciplinare l'agire amministrativo, si possano considerare norme "dirette" all'amministrazione.

Al contrario le norme di relazione, creando rapporti giuridici dal contenuto sostanziale completamente definito, possono dare vita, in capo al privato, a situazioni di diritto soggettivo e cioè di tutela piena e *diretta* del suo interesse materiale³⁵.

Ciò non significa, occorre precisare, che in presenza di una norma di relazione il privato sia titolare di una situazione di diritto soggettivo "punto e basta": il potere amministrativo consiste infatti di una capacità speciale in grado di sacrificare le situazioni soggettive al fine di perseguire l'interesse pubblico.

In altre parole il diritto soggettivo è tale e pienamente godibile solo fintanto che l'amministrazione non eserciti legittimamente il potere nell'intento di sacrificarlo (al fine di perseguire l'interesse pubblico).

2.7.3. In ogni caso, e senza voler trarre frettolose conclusioni a tal proposito, sembra opportuno evidenziare alcuni aspetti che vengono messi in luce dall'affiancamento delle due tesi qui richiamate.

Un primo problema scaturisce dalla definizione di interesse legittimo.

Se si decide di definire tale situazione come di "interesse occasionalmente protetto" allora diviene rilevante interrogarsi sul "contenuto dell' occasionalità" di cui trattasi.

In altre parole, si ha tutela occasionale dell'interesse del privato quando tale interesse viene tutelato di riflesso, in ragione del perseguimento di un fine pubblico.

Ma ciò è vero anche se la soddisfazione di tale interesse non è rimessa ad una valutazione discrezionale dell'amministrazione?

³⁵Cfr. A. MAZZINI SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 87: "Quando a tutela di un interesse esista una norma di relazione, vale a dire una norma la quale (...) garantisca tale interesse in modo diretto nei confronti di (uno o più o tutti gli) altri soggetti, delimitando le rispettive sfere giuridiche, allora (e soltanto allora) ci si trova in presenza di un diritto soggettivo.

Ossia, ci può essere tutela “occasionale” anche in presenza di esercizio di un potere vincolato?

In questa sede non preme dare una risposta personale a tali interrogativi, quanto far emergere sin da subito quali siano i termini reali del dibattito tra le diverse Scuole di pensiero, anche per consentire una miglior fruibilità del prosieguo di questo lavoro³⁶.

In ogni caso, come è chiaro, nella prospettiva di questa Scuola di pensiero si deve ritenere che anche in presenza di potere vincolato si possa manifestare una situazione soggettiva di tutela occasionale dell’interesse del privato.

In questo senso è stato osservato che se “nella tutela diretta (e precipua) della posizione soggettiva (...) consiste dunque l’elemento di discriminazione del diritto soggettivo dall’interesse legittimo” allora “non ci si trova in presenza di un diritto soggettivo allorché un dovere sia imposto nell’interesse generale o per altri fini” ed “è erroneo perciò ritenere che dove non ricorra potere discrezionale, e venga in questione un’attività amministrativa vincolata, per ciò solo si sia in presenza di diritti soggettivi”³⁷.

2.8. Con queste ultime osservazioni si può ritenere conclusa l’analisi del quadro argomentativo approntato dalla Scuola di pensiero classica/tradizionale al fine di risolvere il quesito in ordine alla natura della situazione soggettiva sussistente a fronte dell’esercizio di un potere amministrativo vincolato.

Si è visto, ricapitolando, come in quest’ordine di idee l’esercizio di un potere vincolato di per sé non implichi il sorgere di una situazione di diritto soggettivo in capo al destinatario: tale sarà la sua situazione giuridica solo se la norma di attribuzione e disciplina del potere intende tutelare in via diretta il di lui interesse

³⁶Si può richiamare per altro E. CASSETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo*, cit., p. 637, dove, riguardo alla presunta corrispondenza “diritto- vincolatezza; interesse -discrezionalità” sottolinea come “il comportamento non conforme a legge dell’amministrazione nell’esercizio di un’attività vincolata non lede sempre un diritto del privato. Ciò (...) anche quando l’atto sia posto in essere precipuamente nell’interesse del privato, e sia viziato di incompetenza o di violazione di legge per vizio di forma o di procedimento”.

Si tirano in ballo cioè concetti ulteriori, che torneranno ancora in questo lavoro. Per volersi esprimere in termini di norme di azione e di relazione: nell’opinione di Casetta anche in presenza di potere vincolato può intervenire una violazione di norme di azione (pur in un contesto di tutela diretta dell’interesse del privato) per cui comunque la sua situazione risulta essere di interesse legittimo. E, va sottolineato, nell’opinione di Casetta in tal caso il potere rimane vincolato in senso stretto, anche perché come sostenuto in *Ibidem*, “riguardo alla forma ed al procedimento, non è lasciato, di regola, all’amministrazione, alcun margine di discrezionalità”.

³⁷Cfr. A. MAZZINI SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 87-88.

materiale. Se così non fosse e lo scopo della norma fosse invece, primariamente o esclusivamente, quello di perseguire l'interesse pubblico, allora la tutela della situazione del privato dovrebbe ritenersi "occasionale", e ciò anche laddove il potere amministrativo esercitato fosse di tipo vincolato. Ne segue che in tal caso la situazione soggettiva del privato rimarrebbe di interesse legittimo.

In ogni modo, come si è avuto occasione di ravvisare, tra gli autori di questa Scuola serpeggia la convinzione che normalmente il potere, anche se vincolato, sia posto nel precipuo intento di perseguire l'interesse pubblico, sicché anche in tale eventualità normalmente l'interesse del privato si trova in uno stato di tutela occasionalmente garantita e questi, di conseguenza, in titolarità di una situazione giuridica di interesse legittimo.

3. LA SCUOLA FIORENTINA

3.1. La c.d. "Scuola fiorentina" rappresenta sicuramente una delle correnti del pensiero giusamministrativistico più ricche, raffinate e rivoluzionarie.

È questa la Scuola, può essere sin da subito chiarito, che rinviene una relazione biunivoca tra l'esercizio del potere vincolato e la titolarità, in capo al destinatario del suo esercizio, di un diritto soggettivo.

Ma affrontare la ricostruzione della Scuola fiorentina con riguardo esclusivamente a questo aspetto, pur significativo, di tale teoria risulterebbe quantomai inadeguato. Sarebbe un modo semplicistico di affrontare il tema, non in grado di rendere dignità al lavoro ben più complesso svolto da questa famiglia di autori.

Piuttosto pare che la costruzione teorica "dei fiorentini" possa essere rappresentata, in metafora, da un bastione: quantomeno due cinte di mura circondano e proteggono un medesimo cuore concettuale ed ideologico.

La prima cinta è rappresentata dalla difesa dello Stato di diritto e dal fiume di considerazioni, variamente rilevanti ai nostri fini, che ne promanano. La seconda cinta riguarda l'analisi di quelle teorie che riconducono in via diretta (in diversi modi ed intrecciandosi) l'interesse legittimo al diritto soggettivo.

E, si potrebbe osservare, ciascuna cinta viene eretta nella sventurata ipotesi che la più esterna crolli: anche se il nemico avanzasse, continuerebbe ad esistere un terreno da proteggere e delle difese a presidiarlo.

Ne consegue che ciascuno dei costrutti teorici che costituiscono i vari anelli difensivi del bastione dovrà essere oggetto separato della nostra analisi, ma anche che in una certa misura la muraglia più esterna “coprirà lo stesso terreno” di quella più interna: fuor di metafora ciò implica che nell’analizzare il primo ordine di argomenti della Scuola fiorentina si dovranno svolgere dei richiami, nel limite del necessario, anche agli argomenti che abbiamo ricondotto alla “cinta muraria più interna”, che sarà oggetto di successiva, approfondita trattazione.

3.2.1. Si può dunque procedere con lo studio del primo ordine di difese della fortezza: l’attuazione piena dello Stato di diritto.

Andrea Orsi Battaglini, *magister juris* della Scuola fiorentina, è il padre della più compiuta elaborazione³⁸ di un’ipotesi ardita: l’incompatibilità della più consolidata definizione dell’interesse legittimo col sistema costituzionale³⁹.

In questo senso Orsi Battaglini e la dottrina fiorentina si oppongono senz’altro alla concezione dell’interesse legittimo come quella situazione giuridica che garantisce solo in modo occasionale l’interesse sostanziale del privato, il quale in tal senso “[riceverebbe] protezione se ed in quanto rientri nell’area di protezione dell’interesse contrapposto [l’interesse pubblico]”⁴⁰.

Ma questa critica va collocata all’interno di un discorso ben più ampio, di cui è necessario richiamare le linee essenziali. Solo in questo modo è possibile comprendere la teleologia rivoluzionaria che dà un senso complessivo alle considerazioni di questa Scuola, e che, di riflesso, permetterà di evidenziarne la rilevanza in ordine allo specifico tema oggetto di questo lavoro.

Orsi Battaglini svolge una critica spietata al sistema di giustizia amministrativa così come si è sviluppato nel nostro ordinamento.

È la “specialità” del diritto amministrativo ad essere sotto accusa, ché “se il diritto utilizzato è un diritto speciale, lo Stato è eguagliato a tutti gli altri soggetti di diritto

³⁸Cfr. V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, p. 18 “il costituente si riferisce qui [all’art. 113 Cost.] a situazioni soggettive la cui tutela è apprestata nell’interesse del titolare, pur variamente combinato con l’interesse pubblico che pure quella tutela realizza”; *Ivi*, p. 26 “la concezione per cui il giudice amministrativo reintegra l’ordine giuridico ed attua la legalità dell’azione amministrativa, tutelando occasionalmente l’interesse dei singoli, è incompatibile con il sistema di giustizia amministrativa previsto dalla Costituzione”.

³⁹Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto, per una giustizia ‘non amministrativa’ (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005.

⁴⁰*Ivi*, p. 111.

solamente per una parte, se e fin dove non emerge la specialità, e ciò può risultare incompatibile con lo Stato di diritto”⁴¹, mentre “l’uguaglianza di fronte alla legge ha un presupposto: l’uguaglianza della legge, l’unitarietà dell’ordinamento, l’esistenza di “un diritto””⁴².

3.2.3. La specialità del diritto amministrativo ha manifestazione sintomatica a livello istituzionale nella presenza di un distinto ordine giurisdizionale: il giudice amministrativo, che non appartiene allo stesso *genus* del giudice ordinario.

Ebbene Orsi Battaglini rileva, nella struttura concretamente assunta dal sistema di giustizia amministrativa, un attentato ai principi costituzionali che invece avrebbero dovuto conformarne la costruzione e, in particolare, al principio di imparzialità.

Le nomine governative di componenti del Consiglio di Stato, il ruolo consultivo cumulato al ruolo giurisdizionale, l’attribuzione di incarichi extragiudiziali ai componenti del massimo organo di giustizia amministrativa, sono i tre grandi nodi che danneggiano l’indipendenza, e dunque l’imparzialità del giudice amministrativo⁴³.

Le fondamenta su cui queste distorsioni sono potute germogliare sono duplici ed intrecciate.

Innanzitutto la Costituzione non ha predisposto direttamente la disciplina a garanzia di indipendenza ed autonomia dei giudici amministrativi, ma ha lasciato spazio, secondo i fiorentini abusato, al legislatore: ex art. 108, co. 2, Cost. infatti “la legge assicura l’indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali (...)”.

Il secondo elemento che ha costituito, secondo Orsi Battaglini, la base ideologica causativa dell’alterazione del principio di imparzialità risiede nell’idea del giudice amministrativo come “giudice amministratore”.

Orsi Battaglini invece non ha dubbi che l’art. 108, co. 2 non attribuisca “un’ampia discrezionalità al legislatore ordinario”⁴⁴ in ordine alle modalità di regolazione di autonomia e indipendenza del giudice amministrativo, e che anzi, a maggior ragione in seguito alla riforma dell’art. 111, Cost.⁴⁵, si imponga una “nuova

⁴¹Cfr. C. MARZUOLI, *Un diritto non amministrativo?*, in Dir. pub., I, 2006, p. 2.

⁴²Cfr. L. FERRARA, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in Dir. pub., III, 2016, p. 39.

⁴³Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 73 ss.

⁴⁴*Ivi*, p. 77.

⁴⁵Ci si riferisce alla Legge di revisione costituzionale del 23 novembre 1999, n. 2, con cui l’art. 111 è stato arricchito di 5 nuovi commi.

lettura (...) non solo dell'art. 108 co. 2, ma di tutto il Titolo IV"⁴⁶ che impone senz'altro un intervento di riforma del sistema di giustizia amministrativa nel senso dell'indipendenza⁴⁷.

3.2.4. Queste considerazioni sono propedeutiche alla contemplazione del tema della parzialità della giurisdizione amministrativa così come dipinto da Orsi Battaglini nel suo complesso.

Il livello di trattazione su cui questo *vulnus* si estrinseca a pieno e, ai nostri fini, nel modo più interessante, attiene proprio alle modalità della tutela giurisdizionale garantita al soggetto coinvolto nell'esercizio di un potere amministrativo.

Come abbiamo detto Orsi Battaglini ha rifiutato la concezione "consolidata" dell'interesse legittimo come situazione giuridica posta a presidio di un interesse occasionalmente protetto.

Tale nozione, sostiene, è scaturita da contingenze storiche, evolutive, che meritano, in un sistema costituzionale ormai maturo, di essere superate.

Come già aveva osservato V. Bachelet, un concetto di interesse legittimo per cui "il giudice reintegra l'ordine giuridico ed attua la legalità dell'azione amministrativa, tutelando occasionalmente l'interesse dei singoli, è incompatibile con il sistema di giustizia amministrativa previsto dalla Costituzione"⁴⁸.

Al contrario, si deve imporre "il carattere necessariamente paritario che il principio di legalità attribuisce al rapporto tra le situazioni giuridiche sostanziali"⁴⁹: non è tollerabile il riconoscimento di una situazione giuridica speciale che sia giustificato sulle basi del coinvolgimento di un potere pubblico, perché "la specialità, in quanto tale, è in bilico fra necessità e privilegio"⁵⁰ e proprio per questo "gli stessi profili soggettivi dell'imparzialità"⁵¹, strenuamente difesi da Orsi Battaglini anche in ambito di giurisdizione amministrativa, "non avrebbero gran senso se riferiti a un

⁴⁶Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., pag. 78.

⁴⁷*Ivi*, p. 86, A. ORSI BATTAGLINI suggerisce il senso in cui muoversi, per esempio in relazione al cumulo di funzioni consultive e giurisdizionali "de iure condendo l'unica soluzione pienamente appagante sarebbe la separazione tra gli organi".

⁴⁸Cfr. V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, cit., p. 26; citato anche da A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 107.

⁴⁹Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 108.

⁵⁰Cfr. C. MARZUOLI, *Un diritto "non amministrativo"?*, cit., p. 133 s.

⁵¹Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 108.

rapporto giuridico di sostanziale di disuguaglianza”⁵², e cioè, che può venire a presentare profili di vantaggio strutturale per la parte pubblica.

In altre parole l’interesse legittimo non può essere letto come una situazione giuridica soggettiva strutturalmente diversa dal diritto soggettivo, in cui l’interesse materiale del privato non è protetto direttamente ma in via subordinata al soddisfacimento dell’interesse pubblico.

Ma, nella ricerca di una soluzione a tale problema, va tenuto in debita considerazione un ulteriore punto critico: non si può infatti sostenere che l’interesse legittimo consenta la soddisfazione immediata del medesimo bene della vita tutelabile da un diritto soggettivo.

Si pensi all’espropriazione di una casa: l’interesse alla disponibilità del bene, garantito in via diretta dal diritto soggettivo, non può invece essere garantito direttamente dall’ordinamento laddove sia relazionata all’esercizio di un potere di esproprio, in quanto il mantenimento della disponibilità del bene dipende dal modo in cui l’amministrazione deciderà di esercitare il potere.

Tirando le fila del discorso si può sintetizzare la problematica in questi termini, ragionando hegelianamente: la tesi è che la situazione giuridica soggettiva, anche in presenza di esercizio del potere, deve garantire direttamente l’interesse del privato, l’antitesi sta nella considerazione per cui l’oggetto di tale garanzia non può essere lo stesso tutelabile da un diritto soggettivo, dove la sintesi?

Nella tutela diretta dell’interesse strumentale⁵³.

Più oltre si svolgerà un’analisi accurata di questa prospettiva teorica, ma è necessario chiarire subito, rispetto a questa nuova visione dell’interesse legittimo, quale sia l’interesse strumentale ad esso sotteso e da esso direttamente protetto: il “bene garantito, non è costituito (...) dalla soddisfazione dell’interesse materiale (...) ma dallo scioglimento dell’incertezza in cui il legislatore ha al riguardo lasciato il titolare dell’interesse legittimo”⁵⁴, o per meglio dire, dallo scioglimento di quell’incertezza in modo conforme alla legge, laddove “il risultato o l’adempimento si realizza, pertanto, attraverso l’applicazione conforme a legge delle regole e dei

⁵²*Ibidem*.

⁵³La tesi nasce dall’elaborazione di Enzo Capaccioli, si veda in particolare E. CAPACCIOLI, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni*, Milano, 1963; in questo senso Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 127.

⁵⁴Cfr. L. FERRARA, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, cit., p. 60.

principi che disciplinano l'obbligazione della pubblica amministrazione"⁵⁵, risultando invece irrilevante che si pervenga o meno alla soddisfazione dell'interesse finale del privato.

Seguendo questa linea esegetica l'interesse legittimo si trasforma in una "*species* del diritto soggettivo"⁵⁶, venendo garantita al privato la soddisfazione diretta di un interesse, per quanto strumentale.

Sembra opportuno richiamare ancora l'attenzione su come, nell'argomentare di Orsi Battaglini, la teoria dell'interesse legittimo come diritto soggettivo sia utile e, tutto sommato, prenda senso, in forza della connessione col tema della difesa dello Stato di diritto: "L'interesse legittimo non è e non può essere (...) una situazione giuridica soggettiva non paritaria, dominata dal riferimento all'interesse pubblico e come tale idonea a sostenere e giustificare l'intera costruzione in termini di specialità derogatoria del diritto amministrativo e del suo giudice domestico"⁵⁷.

3.2.5. Appare quindi chiaro come la tutela dello Stato di diritto, la prima cinta muraria del bastione fiorentino, si riconnetta al tema oggetto di questo lavoro. L'ordine di argomenti sin qui esposto risolve, seppur in via implicita (e parzialmente), il problema della situazione giuridica soggettiva presente a fronte dell'esercizio di un potere amministrativo vincolato.

È chiaro che se l'interesse legittimo deve essere ritenuto una *species* del diritto soggettivo allora, a fronte dell'esercizio di un qualsiasi potere amministrativo, anche vincolato, il privato si troverebbe in titolarità di un diritto soggettivo.

Ma il vero nodo problematico della questione è ancora tutt'altro che sciolto. Se è vero che, sulla base delle considerazioni ora svolte, il privato dovrebbe essere titolare di un diritto soggettivo indipendentemente dal tipo di potere amministrativo esercitato, è pur vero che il tipo di diritto soggettivo da questi vantato potrebbe cambiare a seconda del tipo di potere esercitato dall'amministrazione.

In altre parole, rimanendo nell'ottica della Scuola fiorentina, si dovrebbe sostenere che: a fronte dell'esercizio di un potere discrezionale il privato è titolare di un diritto soggettivo posto a tutela di un interesse strumentale, mentre, a fronte

⁵⁵*Ibidem.*

⁵⁶Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 130.

⁵⁷*Ivi*, p. 127.

dell'esercizio di un potere vincolato, è titolare di un diritto soggettivo posto a tutela del suo interesse materiale finale.

Ciò in quanto, in questo secondo caso, l'aggiudicazione (o meno) del bene della vita da parte del privato risulta già determinata dalla legge. Di conseguenza in capo all'amministrazione, secondo gli aderenti alla Scuola di pensiero in esame, sorgerebbe un obbligo con ad oggetto la soddisfazione diretta dell'interesse finale del privato. Ne deriva che, di riflesso, il privato sarà titolare di un diritto soggettivo di identico oggetto.

3.2.6. Prima di abbandonare la prima "cinta muraria" del bastione fiorentino è necessario sottolineare il rilievo sistemico che le considerazioni suesposte vengono ad avere.

Tali considerazioni, ove venissero pienamente condivise, ci paiono in grado di annientare la rilevanza del quesito in ordine alla natura della situazione giuridica soggettiva presente in capo al privato a fronte dell'esercizio di un potere amministrativo vincolato.

Ma procediamo per ordine, individuando innanzitutto quelle che, secondo Orsi Battaglini, sarebbero le conseguenze derivanti da una tutela "forte" dello Stato di diritto nel nostro ordinamento.

Partendo dall'assunto che "interesse legittimo e diritto soggettivo siano in realtà fattispecie con identica struttura", a cui nondimeno "verrebbe da attribuire identica denominazione"⁵⁸ è chiaro che "ogni ragionevole giustificazione al dualismo di giurisdizione"⁵⁹ finirebbe per svanire.

Quest'osservazione, senz'altro logicamente coerente, deve tuttavia fare i conti col diritto positivo, in quanto "il dualismo, (...) in termini organizzativi, è espressamente conservato dalla Costituzione"⁶⁰.

Ecco quindi che Orsi Battaglini propone di conciliare diritto positivo e necessità dogmatiche superando la "rigida alternatività tra le due giurisdizioni". Ciò sarebbe possibile proprio in quanto tale alternatività ha avuto occasione di radicarsi solo ed esclusivamente sulle basi del "carattere ontologico della distinzione tra le

⁵⁸Cfr. C. MARZUOLI, *Un diritto "non amministrativo"?*, cit., p. 138.

⁵⁹Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 137.

⁶⁰*Ibidem*.

situazioni giuridiche soggettive”⁶¹, invero, come è stato chiarito, negato nella ricostruzione della Scuola fiorentina⁶².

Ed infatti quanto Orsi Battaglini propone non è altro che il superamento del criterio della *causa petendi*, fondante sulla dicotomia ontologica diritto soggettivo-interesse legittimo, per tornare invece al criterio di riparto del *petitum* (nel nostro ordinamento stabilmente superato in giurisprudenza sia ordinaria che amministrativa da quasi un secolo).

Tornare al criterio di riparto fondato sul *petitum* porterebbe a conseguenze sistemiche potenti: “a) il diritto soggettivo leso [potrebbe] essere fatto valere come interesse legittimo attraverso la richiesta di annullamento del provvedimento illegittimo; b) il sistema di giustizia amministrativa [sarebbe] in grado di offrire una doppia tutela, in quanto [sarebbe] possibile alternativamente (ma in teoria anche cumulativamente) rivolgersi al giudice amministrativo”⁶³.

Appunto, una volta accettata l’adozione del criterio del *petitum*, cioè letteralmente “del tipo di richiesta avanzata dal privato” non si può che riconoscere come la scelta in ordine allo strumento di tutela attivabile “non [possa] che spettare all’interessato, in relazione a un suo insindacabile giudizio circa la maggiore utilità, nel caso concreto, dell’uno rispetto all’altro”⁶⁴.

⁶¹*Ivi*, p. 150.

⁶²Rispetto a questo tipo di approccio ricostruttivo si pone in contrasto A. Police per il quale si deve rilevare come le tesi che volgono al superamento della figura dell’interesse legittimo per tramite della sua assimilazione al diritto soggettivo manifestino tale propensione più che altro nell’intento di “rimediare” alle deficienze della tutela giurisdizionale garantita alla situazione di interesse legittimo, cfr. A. POLICE, *A cosa serve l’interesse legittimo? A margine delle riflessioni di Franco Gaetano Scoca*, in *L’interesse legittimo Colloqui con Franco Gaetano Scoca*, in S. LICCIARDELLO e S. PERONGINI (a cura di), Torino, 2019, p. 375: “Il fatto è, come si è cercato di illustrare, che quel problema non consisteva affatto nella sussistenza (o meno) di situazioni giuridiche soggettive diverse dal diritto soggettivo, quanto piuttosto nella utilizzazione di modelli di tutela giurisdizionale differenziati ed inefficienti”; *Ivi*, p. 367 “non si tiene conto del fatto che gli angusti limiti o le lamentate inadeguatezze del sistema delle tutele del privato nei confronti della pubblica Amministrazione non sono affatto imputabili alla situazione giuridica soggettiva dell’interesse legittimo, quanto piuttosto alla insufficienza del sistema di tutela giurisdizionale apprestato in sua difesa dall’ordinamento”. Chiaramente tale profilo problematico sembra svanire a seguito dei più recenti sviluppi ordinamentali nella direzione della “pienezza della tutela giurisdizionale” anche rispetto alla situazione di interesse legittimo.

⁶³Cfr. A. ZITO, M.R. SPAZIANO, *L’ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Giustizia amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di), 5ª ed., Torino, 2013, p. 68.

⁶⁴Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 180.

3.2.7. Significative le conseguenze che con un ritorno a tale criterio si verrebbero ad avere in relazione al dibattito sulla natura della situazione giuridica soggettiva a fronte dell'esercizio di un potere vincolato.

Il criterio di riparto attuale, fondato sulla *causa petendi*, innesca problematiche in relazione all'attività amministrativa vincolata in quanto è dubbio se in tali casi il privato si trovi in una situazione di interesse legittimo (per i fiorentini "diritto soggettivo posto a tutela di un interesse strumentale) o di diritto soggettivo (in senso tradizionale). Da ciò l'incertezza in ordine al giudice che vada di volta in volta adito.

Ma, sulla scorta dell'adozione del criterio del *petitum*, verrebbe da dire che, indipendentemente dalla soluzione per cui si propenda a tal proposito, la conseguenza sul piano del riparto giurisdizionale resterebbe immutata: la possibilità di ricorrere al giudice ordinario, per far valere l'illiceità del comportamento dell'amministrazione, e la contestuale possibilità di ricorrere al giudice amministrativo, per far valere l'illegittimità dell'atto amministrativo.

In altre parole, laddove il privato sia leso da un atto amministrativo (vincolato), indipendentemente dal fatto che si ricostruisca la sua situazione giuridica soggettiva come di diritto soggettivo o di interesse legittimo, questi potrà sempre adire sia il giudice amministrativo che il giudice ordinario.

Ragionando in questo modo, in sostanza, la questione in ordine alla natura della situazione giuridica soggettiva perderebbe ogni rilevanza pratica.

In ordine alla coerenza interna del procedere argomentativo da ultimo richiamato potrebbero essere sollevate talune obiezioni, che paiono tuttavia superabili.

Se si ritenesse, come fa la Scuola fiorentina, che l'esercizio di un potere vincolato in verità non incarni l'esercizio di un vero e proprio potere, si dovrebbe concludere che l'atto amministrativo emanato tramite il suo esercizio sia in vero di natura non provvedimentale, ma meramente dichiarativa. Ma, sostengono sempre i fiorentini, in vigenza del criterio della *causa petendi*, l'impugnabilità di un atto meramente dichiarativo innanzi al giudice amministrativo è impraticabile.

A questo punto un improprio traslato logico porterebbe a riconoscere nell'argomentare dei fiorentini se non un'incoerenza, un paradosso.

Si potrebbe infatti concludere che, in presenza di esercizio di potere vincolato, laddove secondo i fiorentini viene in rilievo una situazione soggettiva di “diritto soggettivo vero e proprio”, il privato finirebbe per avere minori strumenti di tutela rispetto al caso in cui il privato sia colpito dall’esercizio di un potere discrezionale e quindi sia titolare di un interesse legittimo.

Infatti, si potrebbe sostenere, qualora il privato fosse titolare di una situazione di interesse legittimo, potrebbe adire il giudice amministrativo per ottenere l’annullamento dell’atto ed il giudice ordinario per la tutela rispetto all’agire illecito dell’amministrazione. Al contrario, qualora fosse titolare di un diritto soggettivo, potrebbe agire soltanto per la tutela innanzi al giudice ordinario, non essendo il giudice amministrativo adibibile per ottenere tutela avverso un atto non autoritativo. Un tale risultato apparirebbe quantomeno disarmonico rispetto allo sforzo dimostrato da questa Scuola di pensiero nel senso dell’estensione degli strumenti di tutela da rendere disponibili al privato.

Ma, come anticipato, sembra che certi rilievi siano facilmente superabili.

L’impossibilità di ricorrere al giudice amministrativo al fine di impugnare atti meramente dichiarativi/ricognitivi sembra infatti sostenibile *soltanto* sulla scorta dell’adozione del criterio di riparto della *causa petendi*. In tal caso infatti, una volta verificata la presenza di un atto dichiarativo/ricognitivo e qualificata di conseguenza la situazione del privato come di diritto soggettivo, si deve concludere che il privato possa adire *soltanto* il giudice ordinario.

Ma una volta abbracciato il criterio del *petitum* questa cascata logico-argomentativa perde il suo presupposto.

Su tali diverse basi non sembra affatto incoerente raffigurarsi che il privato possa alternativamente (o cumulativamente) agire innanzi al giudice ordinario per far valere l’illiceità del comportamento dell’amministrazione e innanzi al giudice amministrativo per far valere l’illegittimità dell’atto amministrativo lesivo, per quanto tale atto sia di natura meramente dichiarativa.

Pare dunque che, sul piano dogmatico, la tenuta di questa ricostruzione non presti il fianco a facili contestazioni.

3.2.8. Come si è visto la trattazione concernente la tutela dello Stato di diritto nell’argomentare della Scuola fiorentina produce effetti profondi sul tema

della relazione intercorrente tra le situazioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo, scatenando considerazioni importanti anche in relazione alla specifica *querelle* concernente l'esercizio del potere vincolato.

3.3.1. Nell'operare la ricostruzione di cui alle pagine precedenti si è accennato al tema dell'interesse legittimo "letto come diritto soggettivo".

Si è cioè detto che l'interesse legittimo può essere letto come diritto soggettivo avente ad oggetto un interesse strumentale del privato.

Tale ricostruzione è stata sino ad ora utilizzata più che altro in via strumentale, come tassello di una teoria complessa volta alla reintegrazione dello Stato di diritto.

Ma il portato concettuale che può portare a considerare l'interesse legittimo come diritto soggettivo merita un approfondimento autonomo: tali fondamenta teoriche mantengono valore anche se slegate dalla connotazione teleologica che fino ad ora è stata loro associata.

Si analizzerà dunque quella "cinta muraria del bastione fiorentino" che viene ad essere composta dalle diverse teorie in base alle quali l'interesse legittimo è stato ricondotto al diritto soggettivo, nonché dalle loro interazioni.

In questo modo si potrà delineare un quadro completo e coerente del punto prospettico adottato dalla Scuola fiorentina.

3.3.2.1. Il ragionamento che consentirebbe una generale riconduzione dell'interesse legittimo al diritto soggettivo trova il suo padre fondatore in Capaccioli⁶⁵ e nel suo approccio innovativo ad alcune nozioni del diritto amministrativo, propedeutiche alla ricostruzione della figura dell'interesse legittimo.

In questo senso l'ipotesi ricostruttiva su cui fonda il ragionamento successivo, e che ha trovato pieno accoglimento nella Scuola fiorentina, riguarda la natura delle c.d. norme di azione.

Come si è già avuto occasione di ricordare tali norme sono tradizionalmente (e sovente tutt'ora) qualificate come norme volte a guidare "dall'interno" l'attività amministrativa e, dunque, si ritiene che siano poste nel solo interesse

⁶⁵Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 127: "l'antica intuizione di Capaccioli, rivolta a raffigurare l'interesse legittimo come tutela diretta di interessi strumentali".

dell'amministrazione, senza che sia rilevabile un loro diretto riferimento all'interesse del privato.

Con Capaccioli "le norme sull'azione dell'amministrazione non [sono] più ritenute come poste a presidio del solo interesse pubblico ma [riguardano e tutelano] anche gli interessi dei soggetti che si pongono in rapporto con l'amministrazione"⁶⁶.

Si può per altro notare come l'influsso della ricostruzione di Capaccioli sia andato ben oltre i confini della Scuola fiorentina, laddove anche autori che si pongono su posizioni di teoria generale generalmente contrastanti, sembrano oggi propensi ad accogliere versioni più moderne delle antiche nozioni Guicciardiane, nella scoperta delle quali Capaccioli è stato avanguardia.

In questo senso in particolare non è difficile imbattersi in chi ritenga che anche alle norme di azione "non si può negare (...) un "risvolto soggettivo"⁶⁷. Peraltro gli argomenti addotti da Capaccioli a sostegno di quest'ultima tesi non sono pochi e spaziano da considerazioni di ordine più pratico all'individuazione di incongruenze teoriche nella ricostruzione opposta.

In ordine al primo profilo si è dato risalto, in vero in via secondaria, alla funzione *concreta* di "protezione" degli interessi del privato che le norme di azione svolgono, laddove i detentori del pubblico potere "sono stati e sono talora portati a considerare le norme di azione, o talune di queste, come bastoni fra le ruote, come ostacoli proprio in ordine al suddetto soddisfacimento dell'interesse pubblico; così come è palese che talora i singoli tendono effettivamente a servirsi di queste norme per mettere emulativamente in difficoltà la pubblica amministrazione"⁶⁸.

Al di là di considerazioni "sociologiche"⁶⁹ quali quelle appena svolte sono stati addotti anche più raffinati argomenti teorici.

Se è vero infatti che le norme di azione sono poste a tutela dell'interesse pubblico, non sarebbe forse altresì vero che "il vero modo di perseguire l'interesse pubblico non è quello di trascurare ed eventualmente sacrificare oltre il necessario gli

⁶⁶Cfr. F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., p. 202.

⁶⁷Cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. FRACCHIA, ed. 22^a, Milano, 2020, p. 358, ove si puntualizza, alla ricerca di un elemento di discrezione, che "in esse difetta la valutazione di assoluta meritevolezza dell'interesse finale, propria delle sole norme di azione".

⁶⁸Cfr. E. CAPACCIOLI, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni*, cit., p. 47.

⁶⁹*Ibidem*.

interessi che con quello vengono in collisione, ma l'altro, di tenere conto anche di tali collidenti interessi, sacrificandoli solo nella misura indispensabile"⁷⁰?

A questo proposito, vale la pena di ricordare come alcuni autori della Scuola fiorentina abbiano ritenuto di poter portare a compimento il ragionamento, ritenendo che "pubblico in concreto sarà da definire, a posteriori, l'interesse [dalle norme] individuato dopo aver confrontato e valutato diversi interessi, pubblici e privati, rilevanti nel caso di specie"⁷¹.

Interessante infine notare come Capaccioli deduca, dall'eventuale accettazione della teoria dell'interesse legittimo come interesse occasionalmente protetto, conseguenze teoriche gravi, che ne rendono implausibile la tenuta.

Se infatti l'interesse legittimo fosse ricostruito in tali termini, il privato "dovrebbe solo potersi giovare di riflesso della tutela che il giudice amministrativo assicura all'interesse pubblico. Quanto dire: processo avente per oggetto la tutela dell'interesse pubblico; processo di diritto oggettivo"⁷².

3.3.2.2. Avendo delineato, pur per cenni, come e perché, nell'ottica dei fiorentini, le norme di azione non si possano ritenere poste a tutela del solo interesse pubblico, è possibile avvicinarsi ulteriormente al cuore della tesi.

È su queste basi infatti che Capaccioli ed alcuni autori successivi hanno poi iniziato a negare la qualificabilità dell'interesse legittimo come situazione di interesse occasionalmente protetto⁷³.

⁷⁰Cfr. E. CAPACCIOLI, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni*, cit., p. 47.

⁷¹Cfr. D. SORACE, *Lezioni di diritto amministrativo*, Vol. I, cit., p. 21.

In senso conforme A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., p. 21, in critica alla tesi Sandulliana del legame indissolubile tra potere pubblico ed finalizzazione al pubblico interesse "persino" in riferimento ad ipotesi di esercizio di potere vincolato.

⁷²Cfr. E. CAPACCIOLI, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni*, cit., p. 29.

Peraltro questo problema è affrontato in dottrina da lungo tempo, si veda O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, p. 392 ove, pur accogliendosi la teoria dell'interesse occasionalmente protetto, si precisa che "l'interesse legittimo (...) ha nel giudizio amministrativo la stessa posizione che il diritto soggettivo ha nel giudizio ordinario" respingendo la tesi del giudizio amministrativo come "di puro diritto obiettivo" laddove sarebbe stato incentrato sul mero accertamento della legalità degli atti amministrativi.

⁷³Cfr. L. FERRARA, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, cit., p. 53 ss.

È interessante a questo proposito rilevare come larga parte della Scuola fiorentina si sia in questo modo distaccata dalle posizioni del "primo" dei suoi maestri, G. Miele, per cui l'interesse legittimo è sempre rimasto qualificabile solo come interesse occasionalmente protetto.

In questo senso cfr. G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Vol. I, Padova, 1953, p. 55 "se nel privato si determinano situazioni di vantaggio, questo avviene solo di riflesso, per il collegamento dei suoi interessi con quelli dell'amministrazione, ma non, ordinariamente, perché tali posizioni siano prese in diretta ed autonoma considerazione dall'ordinamento giuridico"; F.G. COCA, *L'Interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., p. 200: "anche per Miele, che è stato tra i primi a

In ogni modo dal riconoscimento all'interesse legittimo della natura di situazione giuridica volta alla tutela diretta di un interesse del privato non si può dedurre una sovrapposibilità, *tranchante*, dello stesso con la figura del diritto soggettivo (almeno inteso in senso "tradizionale").

Se infatti, in questa visione, diritto soggettivo ed interesse legittimo non solo sono entrambe situazioni giuridiche sostanziali ma sono anche entrambe situazioni giuridiche di tutela diretta dell'interesse del privato, ciò non significa che il tipo di interesse del privato che da esse viene tutelato sia il medesimo.

Mentre il diritto soggettivo tutela direttamente il c.d. interesse finale del privato, per esempio a conservare un bene, l'interesse legittimo tutelerebbe direttamente il c.d. interesse strumentale del privato, e dunque, continuando il parallelismo con l'esempio appena proposto, non l'interesse "a conservare il bene, ma [piuttosto] a perderlo in forma legittima"⁷⁴.

In altri e più chiari termini si tratta di assicurare al privato "quei diversi vantaggi che possono conseguire alla legittimità dell'azione amministrativa"⁷⁵ ma che in sé non garantiscono l'aggiudicazione o la conservazione del bene della vita.

Ma in questo modo, e con ciò si intravede la chiusura del cerchio argomentativo, quella che è "la ragione più solida per differenziare l'interesse legittimo dal diritto soggettivo" e cioè la "assenza di garanzia di risultato"⁷⁶ (che connota l'interesse legittimo), perde di rilevanza.

Infatti anche se il risultato, la tutela dell'interesse finale, non è garantito, ciò non accade perché l'interesse finale del privato è tutelato solo occasionalmente, quanto perché ne è tutelato direttamente l'interesse strumentale ad ottenere i vantaggi derivanti dall'agire legittimo dell'amministrazione.

sottolineare il carattere sostanziale dell'interesse legittimo, la tutela che, sul piano sostanziale, l'ordinamento riserva all'interesse privato è solo tutela di riflesso: l'interesse rimane un interesse protetto non in quanto tale, ma solo di riflesso dalle norme dettate per l'interesse pubblico".

⁷⁴Cfr. E. CAPACCIOLI, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni*, cit., p. 43; *Ivi*, p. 26: "l'interesse tutelato dalla norme di azione non può caratteristicamente identificarsi con quello che, pur rispetto a quella situazione materiale che, complessivamente considerata, può apparire sempre la stessa, è tutelato come diritto soggettivo: perché il primo deve, per definizione, essere soddisfatto dalla legittimità dell'azione amministrativa, ed il secondo ne resta invece, almeno il più delle volte, sacrificato".

⁷⁵*Ivi*, p. 43.

⁷⁶Cfr. C. MARZUOLI, *Un diritto "non amministrativo"?*, cit., p. 138.

Da qui l'identità di struttura tra diritto soggettivo ed interesse legittimo così come riconosciuta dalla Scuola fiorentina e da qui la propensione a ricondurre le due figure allo stesso *genus*, laddove l'interesse legittimo si tramuterebbe in una species del diritto soggettivo⁷⁷.

Completezza richiede di affrontare quantomeno la maggiore opposizione alla teoria suesposta e cioè la lettura per cui l'interesse del privato che venisse ad essere fatto valere in via diretta sarebbe un mero interesse alla legalità dell'agire amministrativo, come tale non adeguatamente differenziato⁷⁸ (e, si potrebbe aggiungere, incompatibile con un giudizio amministrativo ormai non più strutturato come di giurisdizione oggettiva).

Gli autori della Scuola fiorentina ritengono peraltro evidentemente infondata quest'obiezione, ritenuta "invero un poco stantia"⁷⁹.

L'argomento in questo senso è semplice: viene confuso l'interesse alla legittimità con l'interesse che sta "dietro alla legittimità"⁸⁰ e cioè "l'interesse di un determinato soggetto a sapere se può o meno svolgere una certa attività"⁸¹ e a ottenere dall'amministrazione una risposta legittima a riguardo.

Leggendo la questione in questi termini si starebbe evidentemente trattando di un interesse del privato autonomo, personale e differenziato: "non è difficile cogliere nella chance di legge e nella sua concretizzazione amministrativa un bene della vita, anche monetizzabile"⁸².

La teoria dell'interesse legittimo come specie del diritto soggettivo avente ad oggetto un interesse strumentale presenta dunque un alto livello di coerenza, rispondendo efficacemente, quantomeno nella lettura dei suoi sostenitori, alle contestazioni più fondate.

⁷⁷*Ex multis*, tra gli autori della Scuola fiorentina, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 160 che riconosce l'interesse legittimo come situazione non di "tutela minore di uno stesso bene ma [di] tutela uguale di un bene diverso"; cfr. anche C. MARZUOLI, *Un diritto, "non amministrativo"?*, cit. p. 138, ove si parla letteralmente di "identica struttura" di diritto soggettivo e interesse legittimo.

⁷⁸Cfr. L. FERRARA, *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in *Dir. pub.*, Fascicolo 3, 201, p. 734 s.

⁷⁹Cfr. L. FERRARA, *Le ragioni teoriche*, cit., p. 734; anche in L. FERRARA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo, una distinzione sfumata del tutto?*, in A. CARBONE (coordinato da), in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Tomo I, Torino, 2020, p. 93.

⁸⁰Cfr. L. FERRARA, *Le ragioni teoriche*, cit., p. 735.

⁸¹*Ibidem*.

⁸²*Ivi*, p. 735 s.

3.3.3.1. Seguendo l'impostazione teorica appena esposta si giunge dunque ad affermare la riconducibilità dell'interesse legittimo al diritto soggettivo, come *species* dello stesso.

Assumendo questa prospettiva, la questione, l'oggetto della *recherche* che si sta conducendo, sembra sgravato di una parte della sua rilevanza, almeno sotto il profilo più fortemente astratto.

Quando ci si trovi in presenza di esercizio di un potere amministrativo infatti, che sia questo vincolato o meno, in capo al privato sorgerebbe sempre una situazione giuridica di diritto soggettivo.

Come è chiaro la significatività di questa ricostruzione dell'interesse legittimo raggiunge il parossismo anche sul piano pratico qualora si vogliano accettare le ardite tesi di Orsi Battaglini, che puntano, come si è visto, al ribaltamento del meccanismo ordinamentale di riparto della giurisdizione.

3.3.3.2. Ma in vero la Scuola fiorentina ha fornito ulteriori e ben più puntuali contributi sul tema del rapporto tra situazione giuridica soggettiva e potere vincolato.

Come è stato anticipato, l'affermazione della generale riconducibilità dell'interesse legittimo alla figura del diritto soggettivo (quantomeno sotto il profilo strutturale) non esaurisce la problematicità insita nell'individuazione della natura della situazione giuridica soggettiva che si palesa a fronte dell'esercizio di un potere vincolato.

Se anche si volesse ritenere, come suggerisce la Scuola fiorentina, che l'interesse legittimo sia una *subspecie* del diritto soggettivo, resterebbe ferma la problematica in ordine al tipo di diritto soggettivo che l'interesse legittimo viene ad incarnare.

Cioè il tema diventerebbe stabilire quando si tratti di un "diritto soggettivo tradizionale", posto a tutela diretta di un interesse finale del privato, e quando di un "interesse legittimo qualificato come diritto soggettivo", posto a tutela diretta di un interesse strumentale del privato.

Come è chiaro solo le specifiche peculiarità del potere amministrativo vincolato possono ingenerare questo dubbio e dunque giustificano fermamente un'indagine approfondita al riguardo.

Come si vedrà la Scuola fiorentina ha dimostrato grande raffinatezza ricostruttiva anche in questo frangente.

Prima di procedere in tal senso va per altro sottolineato l'alto tasso di interconnessione e di coerenza sistemica delle teorie della Scuola fiorentina: solo sfruttando le chiavi di lettura sin qui raccolte sarà possibile accedere ad una comprensione piena dell'orientamento assunto in tema di potere vincolato e situazione giuridica corrispondente al suo esercizio, nonché delle ragioni che hanno condotto all'approccio ricostruttivo scelto da questa Scuola.

3.3.4.1. Nell'analisi che segue, pur rimanendo in ottica "fiorentina", sembra opportuno, per chiarezza espositiva, proseguire la trattazione riferendosi al "diritto soggettivo posto a tutela di un interesse strumentale" nei termini comuni e più sintetici di "interesse legittimo".

Effettuato questo chiarimento terminologico, si può volgere quindi a rintracciare le fondamenta dottrinali della tesi forse più nota della Scuola fiorentina e cioè quella per cui, laddove venga esercitato un potere amministrativo vincolato, la situazione giuridica soggettiva del privato sarebbe da qualificarsi come di diritto soggettivo e non di interesse legittimo.

Per altro è giusto chiarire che, anche per quanto riguarda l'elaborazione della tesi in oggetto, la figura di A. Orsi Battaglini risulta spiccare⁸³, come riconosciuto da successiva autorevole dottrina⁸⁴, laddove a lui si deve la compiuta formulazione della teoria, poi ripresa e variamente argomentata da altri "aderenti" alla Scuola fiorentina.

3.3.4.2. Ancora una volta⁸⁵ gli argomenti di questa Scuola dottrinale prendono le mosse dalla presa d'atto del dominio, nel mondo accademico e

⁸³Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit.

⁸⁴Cfr. L. FERRARA, *Diritti soggettivi ed accertamento amministrativo*, cit., p. 18, in riferimento ad "Attività vincolata e situazioni soggettive" di A. Orsi Battaglini: "deve avvertirsi che non possiamo ripercorrere l'argomentazione che, a confutazione della formula ha dedicato la dottrina cui innanzi si è fatto cenno, la quale, postasi sulle orme del pensiero capaccioliano, ne ha esplicitato e sviluppato alcune conclusioni (...)"; F. G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., p. 435 "la tesi, articolata nelle due proposizioni: attività discrezionale: interessi legittimi – attività vincolata : diritti soggettivi, è stata portata a maturità dalla Scuola fiorentina, sulla scorta della impostazione di Enzo Capaccioli, in particolare, ma non solo, da Andrea Orsi Battaglini."

⁸⁵Abbiamo visto che anche Capaccioli ha preso le mosse dalla teoria dominante dell'interesse legittimo inteso come interesse occasionalmente protetto, per poi criticarne la solidità e dunque sviluppare la propria teoria dell'interesse legittimo come situazione giuridica di tutela diretta di un interesse strumentale.

dottrinale, di una diversa teoria, che viene poi sfidata e sostituita da una ricostruzione ritenuta più coerente e solida.

Ne deriva che non è possibile comprendere la tesi fiorentina senza prima far riferimento alla sua antagonista. Si tratta della “formuletta”, così canzonatoriamente definita dallo stesso Orsi Battaglini, in base alla quale “mentre è indubbio che di fronte al potere discrezionale possono sussistere soltanto interessi legittimi, non risponde a verità la simmetrica affermazione secondo cui all’attività vincolata corrispondono necessariamente diritti soggettivi, perché di fronte a questa si avranno diritto o interessi secondo che la norma sia rivolta a tutelare in via primaria e diretta l’interesse privato o l’interesse pubblico”⁸⁶(cfr. *infra*, § 2).

Laddove si adottasse quest’ultimo punto prospettico il riparto di giurisdizione, in presenza di esercizio di potere vincolato, verrebbe attuato sulla scorta di considerazioni in ordine alla “direzione” che la norma viene ad assumere nel caso concreto (come volta primariamente alla tutela dell’interesse pubblico piuttosto che alla tutela dell’interesse privato)⁸⁷.

Ma già questa pretesa, e cioè di poter discriminare con un certo tasso di oggettività la direzione di tutela assunta dalla norma, sembra ai fiorentini assurda⁸⁸.

La rassegna giurisprudenziale sul tema sembrerebbe confermare un tale ordine di idee.

Emergerebbe infatti un atteggiamento della giurisprudenza alquanto caotico, che evidenzia un argomentare privo di solide basi teoriche.

⁸⁶Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., p. 3.

⁸⁷La posizione dei fiorentini al proposito va per altro inquadrata sulla scorta di quanto già sostenuto da Capaccioli, per cui, anche in presenza di norme di azione, gli interessi coinvolti e tutelati dalla norma sono *sempre* interessi sia pubblici che privati.

⁸⁸Cfr. D. SORACE, *Lezioni di diritto amministrativo*, Bologna, 2000, Vol. II, p. 165 “è per lo meno molto difficile accertare se lo scopo di una norma che impone un agire vincolato che avvantaggia specificamente certi soggetti sia l’interesse di questi ultimi o invece l’interesse pubblico”; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., p. 4 “la prevalenza dell’interesse pubblico o privato nelle norme viene affermata per lo più apoditticamente e comunque conducendo ad opposte soluzioni rispetto a casi di cui si stentano a cogliere le differenze sostanziali”.

Ma in questo senso, completamente al di fuori della Scuola fiorentina, cfr. A. MAZZINI SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 88, ove, proprio in argomento di potere amministrativo vincolato, riconosce che è “rimesso sostanzialmente alle scelte dell’operatore giuridico, in base alla sua percezione del contesto storico, di stabilire se la singola norma accordi una protezione diretta o solo indiretta e mediata alla posizione giuridica soggettiva. Sicché, fin quando su una nuova legge non siano intervenute pronunce giurisprudenziali, risulta spesso estremamente delicato stabilire se, nella materia, le posizioni dei singoli siano di diritto o di interesse legittimo”.

Parrebbe piuttosto che i giudici finiscano per individuare nella norma una certa direzione sulla scorta di “considerazioni di opportunità sostanziale che, indipendentemente dalla loro maggiore o minore ragionevolezza, non sono di per sé riconducibili a un quadro unitario sul piano dei principi”⁸⁹. Ma se così è allora ci si trova ancora una volta innanzi a quello che viene riconosciuto dai fiorentini (ed in particolare da Orsi Battaglini) come il più grave vizio del sistema di giustizia amministrativa: la parzialità.

È in pericolo il giusto processo e si stagliano sullo sfondo della diatriba dottrinale problematiche di compatibilità costituzionale⁹⁰.

Queste le basi, teoriche ed ideologiche, che spingono la Scuola fiorentina a cercare un modo di soluzione del riparto giurisdizionale alternativo, scientificamente rigoroso, coerente e non arbitrario.

Va peraltro sottolineato come lo sviluppo di una teoria che fosse alternativa alla “formuletta” sia stato incentivato dalla ricostruzione di Capaccioli precedentemente esposta, laddove “distinguendo, nel senso proposto da Capaccioli, tra interesse primario e secondario, l’indagine non riguarderà più l’intenzione o la direzione della norma, bensì il suo contenuto; si tratterà cioè di vedere se la norma garantisce al privato la conservazione (o l’acquisto) del bene di cui si tratta ovvero soltanto quei vantaggi secondari che di per sé non escludono affatto la perdita (o il non acquisto) del bene stesso”⁹¹. Si attua il cambio prospettico per cui al centro dell’attenzione, al fine della determinazione della natura della situazione giuridica a fronte dell’esercizio di un potere vincolato, viene portata la rilevanza, non della tutela primaria di un interesse pubblico piuttosto che privato, quanto della tutela diretta di un interesse del privato strumentale piuttosto che finale.

È quindi chiaro quali fondamenti abbiano legittimato l’elaborazione da parte della Scuola fiorentina di una teoria alternativa del potere vincolato e della situazione giuridica correlata al suo esercizio.

⁸⁹Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., p. 14 s.

⁹⁰*Ivi*, p. 15 ove si sostiene che il fatto che il giudice proceda a dirimere le questioni di riparto in base a valutazioni di buon senso “significa proprio questo: che le situazioni soggettive, il giudice competente, e soprattutto il tipo e l’entità della tutela accordata al privato, devono determinarsi in relazione alla loro compatibilità con l’interesse di cui la pubblica amministrazione è portatrice in ciascun tipo di controversia”.

⁹¹*Ivi*, p. 26.

Questo premesso si può passare ad indagare il nocciolo della questione.

3.3.4.3. La teoria proposta dalla Scuola fiorentina fonda su una solida riflessione teorica che prende le mosse dalla definizione e da una attenta speculazione intorno alle nozioni di norma di azione e norma di relazione.

La qualificazione di tali concetti, nello sviluppo datone dai fiorentini, prende le mosse dallo studio delle nozioni originarie Guicciardiane⁹² che, come anticipato, conduce poi alla lettura evolutiva partorita sulla scorta delle elaborazioni di Capaccioli.

In questo senso viene precisato come le norme, già nella lettura di Guicciardi, non possano qualificarsi come di azione piuttosto che di relazione sulla base del riconoscimento nella norma in oggetto di una “direzione” di tutela, rivolta all’interesse pubblico piuttosto che all’interesse privato (il che condurrebbe come è chiaro ad una implicita sussunzione del ragionamento nei medesimi termini proposti dalla “malefica formuletta”, oggetto di contestazione).

Piuttosto, le norme di relazione debbono essere qualificate come quelle norme che “tracciano la linea di demarcazione [rispetto] agli interessi riconosciuti e garantiti”⁹³ in quanto svolgono funzione di “risoluzione di conflitti di interesse tra i soggetti ai quali si rivolgono”⁹⁴.

Le norme di azione invece “presupponendo già attuata la disciplina delle relazioni tra amministrazione e cittadini”⁹⁵, volgono dunque a disciplinare il dispiegamento del potere amministrativo.

Da quanto appena esposto i fiorentini, e segnatamente Orsi Battaglini⁹⁶, traggono due ordini di conclusioni, che si possono ricostruire come segue.

Innanzitutto si rileva come la presenza di una norma di relazione non escluda che possano “venire in considerazione” anche delle norme di azione.

In altri termini, non si deve pensare alle norme di relazione come norme che, definendo un assetto di interessi, escludono la possibilità di coinvolgimento dell’azione amministrativa.

⁹²Cfr., *ex multis* dell’autore, E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942, p. 30 ss.

⁹³*Ivi*, p. 10.

⁹⁴*Ivi*, p. 34.

⁹⁵*Ibidem*.

⁹⁶Anche sulla scorta del pensiero di Capaccioli.

Una volta che sia infatti delineata in modo definitivo la sistemazione degli interessi da parte della norma di relazione nulla impedisce un coinvolgimento dell'azione amministrativa nell'attuazione di tale sistemazione, e dunque la (necessaria) presenza di norme di azione a regolarne lo svolgimento⁹⁷.

In secondo luogo le norme di azione non possono essere intese come un monolite.

Da un lato va riconosciuta l'esistenza di quelle norme di azione che si relazionano all'esercizio di un potere discrezionale, e che dunque possono avere una funzione "sostanziale", influenzando su modalità e criteri di ponderazione degli interessi.

Dall'altro lato abbiamo quelle norme di azione che, riferendosi all'attuazione di una situazione giuridica già pienamente disciplinata da una norma di relazione, possono avere solo un valore procedimentale⁹⁸, "formale"⁹⁹, essendo l'assetto degli interessi già completamente regolato dalla norma di relazione.

A questo punto va aggiunto un ulteriore tassello, che si può ricavare in virtù di un'operazione comparativa col diritto privato.

Orsi Battaglini, in particolare, sostiene che anche in ambito privatistico non si possa sostenere che sussistano soltanto norme di relazione.

Sarebbero qualificabili in tal senso solo le norme imperative, che, in quanto tali, eliminano ogni spazio di scelta dei privati al di là dei limiti da queste prefissati.

⁹⁷Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., p. 33, interpretando la teoria formulata dal Guicciardi: "tra le norme di azione e le norme di relazione viene posto non un rapporto di mera alternatività (...) bensì un rapporto di priorità logica tale da ricondurre l'identificazione delle seconde alla previa verifica di insussistenza delle prime o comunque in un ambito che è interno ad una delle possibili configurazioni di queste".

⁹⁸In questo senso, pur approdando a conclusioni completamente diverse da quelle dei fiorentini, sembra esporsi anche E. CASSETTA, *Diritto Soggettivo e interesse legittimo*, cit., p. 637 s., laddove, pure in presenza di "attività vincolata" e pure ove "l'atto sia posto in essere precipuamente nell'interesse del privato", possono invalere vizi "di incompetenza o di violazione di legge per vizio di forma o di procedimento". Ma appunto Casetta ricostruisce tali ipotesi come violative di interesse legittimo, non di diritto soggettivo.

⁹⁹Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., p. 27, ove riconosce la categoria di norme di azione "che riguardano la competenza, la forma, la procedura" dalle quali dunque "discende sì il soddisfacimento di interessi secondari (materiali) del privato ma non certo, necessariamente almeno, di quello primario".

La soddisfazione di tale interesse dipenderà quindi da quanto stabilito da una norma di relazione (la quale elimina in questo modo gli spazi di discrezionalità sfruttabili dall'amministrazione) o da come l'amministrazione eserciterà la propria discrezionalità.

Ma una volta che la norma imperativa ha delimitato le rispettive sfere giuridiche permangono quelle norme che regolano le modalità di esercizio delle rispettive posizioni giuridiche¹⁰⁰.

A questo punto il discrimine tra la situazione privatistica ed amministrativistica è rinvenibile solo nella presenza, nel secondo caso, dell'interesse pubblico, che influisce sia sulla delimitazione delle sfere giuridiche operata dalla norma di relazione, sia sulla regolazione dell'esercizio del potere (su un piano formale o sostanziale), operata invece dalle norme di azione¹⁰¹.

Torna cioè in ballo il concetto di interesse pubblico.

Ma, e qua giungiamo al vero nodo concettuale dell'elaborazione fiorentina, "l'interesse pubblico qualifica soltanto il potere discrezionale"¹⁰².

Solo in relazione all'esercizio di un potere discrezionale l'interesse pubblico estrinseca quei caratteri connessi alla sua natura che lo differenziano dall'interesse privato¹⁰³, producendo quella "subordinazione dell'interesse privato"¹⁰⁴ che legittima la stessa attività di ponderazione degli interessi da parte dell'amministrazione e dunque la qualificazione della situazione giuridica in capo al privato come di interesse legittimo.

Al contrario, sottolineano i fiorentini, l'interesse pubblico "è privo di rilevanza nei confronti dell'attività vincolata"¹⁰⁵ in quanto la ponderazione degli interessi è già stata svolta dalla norma di relazione.

Ricapitolando, il discrimine tra le situazioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo attiene al coinvolgimento o meno dell'interesse pubblico a fondamento della sistemazione normativa degli interessi, ma l'interesse pubblico manifesta la

¹⁰⁰Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., p. 42.

¹⁰¹*Ibidem*, "in ogni norma (di azione o di relazione che sia) vi sono aspetti di tutela tanto dell'interesse pubblico quanto di quello privato".

¹⁰²*Ivi*, p. 44.

¹⁰³Laddove il tasso di analogia tra i due è in vero alto, in senso conforme, D. SORACE, *Lezioni di diritto amministrativo*, Vol. I, cit.: "in definitiva, possono essere qualificati come interessi pubblici nient'altro che interessi di privati (...) che contrastano con gli interessi di altri privati", laddove, semplicemente "sono da considerare interessi pubblici quelli che vengono qualificati come tali dagli apparati politici", laddove è "escluso che si possa presupporre una necessaria coincidenza tra l'interesse pubblico ed il bene comune".

In altre parole quella di interesse pubblico pare delinarsi come una qualifica non "sostanziale" ma "funzionale", che incide su come questo interesse si attegga nelle relazioni con gli altri interessi, e ciò viene senz'altro in rilievo nella trattazione della Scuola fiorentina.

¹⁰⁴Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., p. 43.

¹⁰⁵*Ivi*, p. 44.

sua rilevanza funzionale soltanto in presenza di attività discrezionale, cioè quando diviene un elemento da ponderare.

Al contrario, laddove venga in considerazione un potere vincolato, la norma di relazione ha già sistemato gli interessi, precludendo ogni spazio di ponderazione amministrativa e dunque privando l'interesse pubblico di qualsiasi funzione.

Ne deriva che la situazione del privato non può essere qualificata come di interesse legittimo.

3.3.4.4. Si è così delineata compiutamente l'intera concatenazione logico-deduttiva che conduce alla costruzione della tesi fiorentina per cui, laddove ci si trovi in presenza di esercizio di un potere amministrativo vincolato, la situazione giuridica che fa capo al privato deve ritenersi di diritto soggettivo.

A questo punto è tuttavia assolutamente necessario esplicitare un sotteso che in verità fa da silente presupposto delle considerazioni a cui si è dato da ultimo svolgimento.

A ben vedere infatti la problematica proposta dalla Scuola fiorentina è di teoria generale e riguarda la nozione di potere.

Il potere "in senso stretto" per i fiorentini è solo quello dotato dei caratteri "della innovatività e della esclusività"¹⁰⁶.

È esclusivo, perché, in quanto capacità speciale, è attribuito da una norma di legge ad uno specifico ente (che non ne ha nemmeno la disponibilità). È innovativo perché deve necessariamente partecipare alla determinazione dell'assetto degli interessi.

Laddove le norme di relazione già definiscano compiutamente i termini delle relazioni giuridiche intersoggettive il "potere" (in senso lato) che viene attribuito all'amministrazione non è in vero tale.

Si ripropone cioè il ragionamento condotto anteriormente in ordine alla rilevanza dell'interesse pubblico, ma da un diverso punto prospettico.

Si potrebbe dire, raccogliendo le nozioni testé richiamate, che l'esercizio di un potere vincolato non causa ponderazione di interessi, perciò l'interesse pubblico non svolge alcuna funzione qualificante e l'amministrazione non esercita, di

¹⁰⁶Ivi, p. 51.

conseguenza, un potere amministrativo in senso stretto, quindi il privato è titolare di una situazione di diritto soggettivo e non di interesse legittimo.

In quest'ottica la situazione dell'amministrazione che agisce secondo le modalità fissate dalle norme di azione non è diversa da quella del privato che esercita il suo diritto secondo le modalità accordate dalla legge e dai negozi (già conclusi sulla scorta della capacità negoziale) ed infatti in entrambi i casi si deve ritenere che sussista tra le parti un rapporto giuridico di "diritto-obbligo"¹⁰⁷.

3.3.4.5. Tutto ciò considerato sembra quasi pleonastico precisare che se in presenza di potere vincolato la situazione giuridica è qualificabile in termini analoghi a quelli utilizzabili in ambito privatistico, e cioè se effettivamente in capo al privato sussiste una situazione di diritto soggettivo, allora si deve concludere che non sia giustificabile la riconduzione alle due ipotesi di una diversa sistemazione in riferimento al riparto giurisdizionale.

Perciò, in armonia col criterio di riparto di cui al 113, Cost., le controversie concernenti l'esercizio del potere vincolato non potranno che incardinarsi innanzi al giudice ordinario.

Si noti peraltro come dalla Scuola fiorentina non venga negato che anche in ipotesi di esercizio del potere vincolato l'amministrazione possa porre in essere una violazione di norme poste anche a tutela dell'interesse pubblico. Ciò in quanto, come più volte ribadito, le norme di azione e di relazione che coinvolgono la posizione dell'amministrazione, secondo questa Scuola, sono sempre dirette sia a tutelare l'interesse privato che l'interesse pubblico.

Semplicemente, in tale contesto, l'interesse pubblico non svolge il ruolo necessario a qualificare la situazione giuridica come di interesse legittimo, in quanto non viene effettuata alcuna ponderazione di interessi.

Ma se nulla osta a che si qualifichi la situazione del privato come di diritto soggettivo si deve dunque concludere per la necessità di assicurare la giurisdizione del giudice ordinario.

Come è stato già chiarito peraltro, ma giova ricordarlo, il tema della giurisdizione si presenta ai fiorentini come ben più complesso e problematico

¹⁰⁷Ivi, p. 41.

laddove, in base alla riflessione proposta da questa Scuola, si dovrebbe giungere persino a modificare il criterio di riparto.

4. IL POTERE AUTORITATIVO È PUR SEMPRE POTERE AUTORITATIVO

4.1.1. Sin qui si è proceduto analizzando ricostruzioni teoriche riconducibili, in diversi modi, ad una stessa “famiglia” di autori.

Così è stato in relazione a coloro che, al fine di qualificare la situazione soggettiva a fronte dell’esercizio di un potere vincolato, hanno ritenuto di fare riferimento al concetto di “direzione della norma”: malgrado le diverse sfumature di opinione e la non completa sovrapponibilità dei rispettivi pensieri si è facilmente individuato un certo tasso di unità argomentativa, derivante dall’assunzione a presupposto di un medesimo quadro di teoria generale.

Infatti gli autori della “Scuola tradizionale”, fondando su una definizione della situazione soggettiva scaturente dal legame che intercorre tra norma e tutela dell’interesse materiale, giungono alla conclusione che, laddove la norma tuteli l’interesse materiale in via diretta, si manifesta una situazione di diritto soggettivo e, laddove la norma tuteli tale interesse in via indiretta, si manifesta una situazione di interesse legittimo. Di conseguenza non a tutte le ipotesi di potere vincolato può, in tale ottica, essere ricondotta come contraltare una situazione di diritto soggettivo, essendo ciò possibile, eventualmente, a seconda della “direzione” della tutela prevista dall’ordinamento nel caso concreto¹⁰⁸.

Ancora più forte è parso essere il legame che avvince gli autori aderenti alla “Scuola fiorentina”.

In questo caso i comuni approdi nella ricostruzione teorica partono dalla condivisione di fondamenta teoriche ancora più profonde, che non nascondono persino un sapore ideologico¹⁰⁹.

¹⁰⁸Sembra per altro opportuno richiamare le considerazioni di L. MARUOTTI, *La giustizia amministrativa e le riforme costituzionali*, in Foro amministrativo, 1992, p. 2878: “tale criterio, in buona sostanza, attribuisce (...) (non ad un dato normativo preconstituito, bensì) alla soggettiva indagine del giudice la determinazione se il legislatore abbia ritenuto “primario” il perseguimento dell’interesse pubblico ovvero il perseguimento dell’interesse privato”.

¹⁰⁹Cfr. V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, in www.astrid.eu, p. 4: “Dagli Amici fiorentini, viene icasticamente affermato che il “punto logico di partenza” (da intendere: il fondamento della nostra disciplina), che Ranelletti identificava nello Stato (e non nella

L'adesione di tali autori alla dottrina per cui, a fronte dell'esercizio di un potere vincolato, ci si trova sempre in presenza di diritto soggettivo è risultata compatta e giustificata su più livelli argomentativi.

4.1.2. Non sembra appunto che si possa riconoscere un tale grado di unità ad accompagnare il pensiero di coloro i quali hanno invece sostenuto, per quanto concerne lo specifico frangente cui la presente indagine si rivolge, la tesi che viene ora in attenzione.

Non si vede un comune "sentimento" ideologico¹¹⁰ a sostenere il procedere argomentativo seguito, né la condivisione di importanti concetti di teoria generale che possano essere, in linea diretta o indiretta, connessi alla soluzione del problema in oggetto¹¹¹.

Si faccia il caso di Franco Gaetano Scoca e Guido Greco i quali, nelle loro opere, se condividono diversi aspetti del procedere argomentativo in relazione alla ricostruzione del concetto di potere vincolato e di provvedimento autoritativo, affiancano però tali considerazioni ad un opinare antipodico in ordine alla definizione dell'interesse legittimo come situazione giuridica di carattere "strumentale" o "sostanziale/finale".

Così, da un lato, Greco sostiene che l'interesse al bene della vita del privato vada posto "all'interno" della situazione giuridica di interesse legittimo, sicché l'interesse legittimo diviene situazione non di "pretesa ad un provvedimento legittimo" ma di "pretesa ad un provvedimento specifico, in quanto soddisfacente"¹¹². E cioè "secondo la concezione c.d. sostanziale" da questi adottata, si deve concludere che "l'interesse legittimo, in caso di provvedimento legittimo e sfavorevole, non sussisteva affatto"¹¹³.

libertà!) si ribalta nel primato della libertà sullo Stato"; B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in S. CASSESE (a cura di), in *Trattato di diritto amministrativo*, Vol. I, 2000, p. 673: "la distinzione tra attività discrezionale e attività vincolata rileva anche per altri aspetti, anche ideologici: l'attenzione al problema della discrezionalità deriva in buona parte dall'idea dell'amministrazione come mera attuazione di legge".

¹¹⁰Come avviene per i fiorentini.

¹¹¹Come invece accade per la "Scuola tradizionale", in relazione alla definizione delle situazioni soggettive, che si palesa come un comune punto di partenza argomentativo.

¹¹²Cfr. G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo - interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale - interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 483 ss.

¹¹³Cfr. F.G. SCOCA, *Interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., p. 414.

Nell'opinione di Scoca al contrario “l'interesse legittimo ha ad oggetto il provvedimento favorevole, ma non garantisce che esso sia effettivamente adottato”¹¹⁴, seguendone che “se il provvedimento favorevole legittimamente non viene adottato, l'interesse legittimo, secondo la concezione c.d. strumentale, comunque sussiste”¹¹⁵.

Due opinioni diverse, che conducono a dicotomie forse di scarso rilievo pratico¹¹⁶, ma comunque significative nell'ottica di mostrare “l'occasionalità” dell'avvicinamento dottrinale degli autori che optano per la ricostruzione di cui si prospetta l'analisi.

4.2.1. Avendo dato il giusto risalto alla varietà di *background* dottrinale che connota gli autori facenti parte di questo ulteriore “gruppo” si può dunque procedere ad analizzare quale sia la comune “Scuola di pensiero” di cui pure sono compartecipi in ordine (e, per lo più, soltanto in ordine) al tema della qualificazione del potere vincolato e della situazione giuridica soggettiva che fa fronte al suo esercizio.

La posizione a cui ci si riferisce è quella per cui il potere amministrativo, in quanto tale autoritativo¹¹⁷, non si snatura quando è di tipo “vincolato”, laddove dunque, a fronte del suo esercizio, la situazione giuridica del privato rimane qualificabile come di interesse legittimo¹¹⁸.

¹¹⁴*Ivi*, p. 413

¹¹⁵*Ivi*, p. 413 s.

¹¹⁶*Ivi*, p. 413: “la rilevata differenza non comporta di certo che, secondo la concezione, c.d. sostanziale, l'interesse legittimo abbia maggiore consistenza e consenta una tutela più intensa”.

¹¹⁷Si veda G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, 2^a ed., Milano, 2000, p. 109, in relazione alla “potestà amministrativa”: “Si tratta, anzitutto, di potere giuridico e, cioè di attitudine ad incidere unilateralmente nella altrui sfera, provocando vicende costitutive, modificative o estintive di componenti varie della stessa. È questa la connotazione che viene solitamente definita in termini di “autoritarità” dei provvedimenti, che, a loro volta, costituiscono la manifestazione tipica della potestà amministrativa”.

¹¹⁸Cfr. F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa non discrezionale*, Napoli, 1991, p. 112: “Si intende dimostrare (...) la sussistenza di un regime di diritto comune dell'esercizio del potere amministrativo, i connotati del quale prescindono totalmente dalla distinzione tra atti vincolati e atti discrezionali”.

4.2.2. Non può per altro non rilevarsi come in questi termini e solo in questi termini possa “correttamente parlarsi di “potere vincolato””¹¹⁹, laddove, nell’ottica fiorentina, tale locuzione si presenta come una contraddizione in termini¹²⁰.

In altre parole, “partendo dall’idea che la norma giuridica opera in due modi distinti, ossia regolando direttamente il fatto (modo detto: norma - fatto), ovvero regolandolo solo indirettamente per il tramite di atti giuridici precettivi (modo detto: norma - potere - fatto)”¹²¹, nell’ottica della Scuola di pensiero qui in esame, anche in presenza di un potere vincolato, esiste un provvedimento precettivo che fa da intermezzo tra la regolazione del fatto e la norma di legge, mentre, in base alle ricostruzioni alternative suesposte, non vi è “spazio, non solo per un provvedimento, ma perfino per un (qualsiasi) potere, tantomeno per un potere autoritativo”¹²².

4.3.1. Gli ordini di argomenti che hanno condotto alla soluzione in esame sono diversi, ed affrontano diversi profili problematici¹²³.

In questo senso innanzitutto si può ricondurre il discorso a quell’insieme di considerazioni che attengono, sostanzialmente, ad aspetti di teoria generale.

4.3.2. Particolarmente interessante appare intanto l’opinione per cui “è irrilevante (ai fini della giurisdizione) il quantum di discrezionalità di cui sia titolare

¹¹⁹Cfr. F. G. COCA, *Interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., p. 435 s.

¹²⁰Cfr. E. CASSETTA, *Scritti scelti*, Napoli, 2015: “agli albori della moderna scienza del diritto amministrativo il potere della pubblica amministrazione era considerato “potere” in senso proprio soltanto in quanto fosse discrezionale”.

¹²¹Cfr. F. G. COCA, *Interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., p. 434.

¹²²Cfr. A. ZITO, M.R. SPAZIANO, *L’ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, cit. p. 73 “secondo questo orientamento, allorché vi è attività interamente vincolata della pubblica amministrazione, quest’ultima altro non deve fare se non accertare la corrispondenza tra la fattispecie concreta e la fattispecie astratta prevista dalla norma: una volta accertata tale corrispondenza, l’assetto di interessi che si deve avere nel caso concreto è già interamente predeterminato dalla norma, sicché l’atto della pubblica amministrazione appare come mero momento ricognitivo di una volontà già cristallizzata nella norma che disciplina il caso concreto”; F.G. COCA, *Interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., p. 434.

¹²³Sembra opportuno per altro accennare quantomeno in nota alle opposizioni di carattere “storico”, per cui si rimanda per ulteriore approfondimento ed inquadramento a L. MARUOTTI, *La giustizia amministrativa e le riforme costituzionali*, cit., p. 2876 ove, con particolare riferimento alla materia del pubblico impiego, si sostiene che “la distinzione tra provvedimenti discrezionali e vincolati si è sviluppata ed ha avuto un suo specifico rilievo per affermare che i provvedimenti discrezionali sono impugnabili innanzi al giudice amministrativo, anche quando incidono su preve posizioni di diritto (perché per la teoria della relatività il privato è titolare di un interesse rispetto al provvedimento espressione del potere discrezionale), sicché è sorta la categoria dell’interesse legittimo di difesa”, proprio per questo per altro Maruotti conclude che “quando vi è un interesse legittimo di pretesa o pretensivo (...) non ha alcun senso il richiamo a tale distinzione, poiché non vi è alcun diritto che in ipotesi potrebbe “degradarsi””.

l'amministrazione, in sede di emanazione del provvedimento di diniego (perché sempre è quantomeno configurabile la discrezionalità tecnica)"¹²⁴.

In altre parole, si può in prima battuta ritenere, la presenza di elementi di complessità, quali quelli derivanti dalla necessità di porre in essere valutazioni tecniche, sarebbero già in sé per sé in grado di dare una consistenza tale all'attività amministrativa da imporre che, pur in presenza di vincolatezza (per quanto attiene agli aspetti di bilanciamento degli interessi in gioco), si parli di esercizio di un potere vero e proprio¹²⁵.

Se per altro tale teoria avesse seguito la fortuna del di lei fautore testé citato se ne dovrebbe concludere per la piena vitalità, essendo che, come è noto, Luigi Maruotti, nel momento in cui si scrive (Marzo 2023), è Presidente del massimo organo di giurisdizione amministrativa italiano.

Al di là del faceto, è necessario sin d'ora sottolineare come recentissima giurisprudenza sembri riconoscere la giurisdizione amministrativa e la presenza di una situazione di interesse legittimo in conseguenza della presenza di elementi di valutazione tecnica cui l'amministrazione deve dar seguito al fine di esercitare il potere¹²⁶ (cfr. Consiglio di Stato, sez. VII, n° 664/2023¹²⁷), ragion per cui quest'ordine di considerazioni sembra essere assolutamente attuale e degno di un'ulteriore riflessione, che più in là sarà senz'altro condotta (cfr. cap. 3, § 4.2.2.).

¹²⁴Cfr. L. MARUOTTI, *la giustizia amministrativa e le riforme costituzionali*, cit., p. 2877.

¹²⁵Un tale ordine di conclusioni si può ritenere confortato anche dall'adozione di una definizione "ristretta" di attività vincolata. In favore di una tale definizione sembra porsi L. FERRARA, *diritti soggettivi ed accertamento amministrativo*, cit., p. 4: "per attività vincolata deve intendersi "un agire dell'amministrazione integralmente regolato dalla legge" o da altra norma giuridica. In altre parole, deve intendersi l'attività dell'amministrazione che non si espliciti attraverso apprezzamenti o valutazioni, tanto di carattere discrezionale che di carattere tecnico".

¹²⁶Si ravvisi per altro quanto osservato in S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995, p. 457, in ordine, negli anni '90, alla: "tendenza espansiva degli stessi giudici amministrativi, che ampliavano la giurisdizione esclusiva o, più semplicemente, ammettevano a tutela, situazioni che erano – secondo l'impostazione classica – di diritto soggettivo perché avevano, ad esempio, di fronte attività amministrative di mero accertamento tecnico (così in materia di determinazione autoritativa di prezzi, di alcune agevolazioni, di applicazione dell'equo canone, di iscrizione ad albi professionali, di revisione dei prezzi per appalti di opere pubbliche)".

¹²⁷Si veda in particolare Il punto 1.6. ove si sostiene che: "non può revocarsi in discussione che la verifica circa la sussistenza dei presupposti per la spettanza dell'indennizzo mediante la procedura ordinaria (...) postula accertamenti e valutazioni che costituiscono esercizio di discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione. Per quanto esposto, correttamente il giudice di primo grado è acceduto ad un esame nel merito della controversia, non ravvisando preclusioni in ordine alla spettanza della giurisdizione amministrativa".

A questo proposito è utile sottolineare come l'attrazione alla giurisdizione amministrativa di controversie che coinvolgono aspetti di valutazione tecnica trovi oggi solida rispondenza negli strumenti messi a disposizione del giudice amministrativo, infatti “dopo che nel processo amministrativo è stato consentito il ricorso alla consulenza tecnica” si è imposto “al giudice di individuare quale tra [più valutazioni o apprezzamenti non discrezionali] sia oggettivamente preferibile (...), senza limitarsi a stabilire se quella sostenuta dall'amministrazione sia, in sé considerata, e senza comparazione, ragionevole”¹²⁸. In effetti, se si partisse dalla prospettiva per cui la giurisdizione amministrativa debba essere riconosciuta laddove siano presenti elementi di valutazione tecnica discrezionale, parrebbe del tutto consequenziale, e forse perfino una conferma della correttezza di tale ipotesi, rilevare come il giudice che si ritiene dovrebbe essere adito abbia a sua disposizione gli strumenti processuali necessari a svolgere un sindacato “forte” della decisione amministrativa contestata.

Per altro si può ritenere che l'argomento appena richiamato, attinente alla questione della presenza di elementi di valutazione tecnica, sia riconducibile ad un più grande “tema”, sovente richiamato in favore della teoria per cui il potere autoritativo, anche se vincolato, resta tale.

Si intende fare riferimento, in particolare, a tutte quelle considerazioni, sempre sostanzialmente di teoria generale, che riconoscono un elemento distintivo del potere (sintomatico della sua esistenza) nella complessità del suo stesso esercizio.

Si è in questo senso talvolta sostenuto che non vada svalutata “la complessa problematica dell'attività amministrativa costituente esercizio del potere vincolato (che comporta l'individuazione e l'interpretazione della norma da applicare, l'accertamento – tal volta la valutazione – dei fatti presupposti e il rispetto delle regole del procedimento)”¹²⁹.

E, vale la pena di accennare con riguardo a quell'aspetto della “complessità amministrativa” che attiene all'interpretazione della norma applicativa, che temi ulteriori tendono ad accavallarsi con questa linea argomentativa.

¹²⁸Cfr. F.G. SCOCA, *Interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., p. 438, in particolare nota 86.

¹²⁹Cfr. F.G. SCOCA, *Interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., p. 437.

Pur non essendo questo il contesto adeguato per un'analisi approfondita della problematica, va comunque rilevato come il quesito in ordine alla distinzione tra “valutazione discrezionale” e “interpretazione della norma attributiva del potere” abbia dei riflessi importanti in ordine alla distinzione ed alla distinguibilità dell'attività amministrativa vincolata dall'attività discrezionale, se non altro perché “la difficoltà che caratterizza il tentativo di tracciare una sicura linea di distinzione tra interpretazione e discrezionalità, (...) rende (...) arduo il mantenimento della separazione tra attività vincolata e attività discrezionale, giacché oggetto di interpretazione sono anche le norme che vincolano l'agire amministrativo”¹³⁰.

Anche seguendo certi percorsi ricostruttivi in un certo senso “laterali” il punto non cambia: gli elementi di complessità che coinvolgono l'esercizio del potere amministrativo sembrano stonare con la riconduzione del suo esercizio, pur vincolato, ad un'attività meramente riconoscitiva di un assetto predeterminato dalla legge, avvalorando piuttosto la tesi per cui “il provvedimento amministrativo, sia pur vincolato, consiste comunque (...) in una manifestazione di volontà, diretta alla produzione di effetti giuridici”¹³¹.

4.3.3. Sempre, e forse ancor più propriamente, tra gli argomenti ascrivibili ad un ragionamento di teoria generale si collocano tutte quelle osservazioni che possono essere connesse all'assunto per cui “*sollen impliziert können*”: il dovere/obbligo giuridico di agire implica il potere di farlo¹³².

Da tale assunto sembrano dipartirsi due scalini interpretativi, in vero parzialmente sovrapponibili, che permetteranno di comprenderne a pieno il rilievo ai fini della trattazione in oggetto.

In primis, in termini generali, l'assunto richiamato rievoca una delle caratteristiche intrinseche del potere amministrativo: la doverosità.

Riprendendo il *fil rouge* del discorso, si può infatti osservare che se “vero è che con riferimento all'attività provvedimentale della pubblica amministrazione è possibile individuare un rapporto di tipo obbligatorio (...) esso esprime solo una parte del più complesso rapporto, che comprende anche – dalla parte dell'amministrazione – il potere: ridurre la posizione giuridica dell'amministrazione significa, dunque,

¹³⁰Cfr. E. CASSETTA, *Scritti scelti*, cit., p. 436.

¹³¹Cfr. G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Vol II, 4ª ed., Milano, 2016, p. 76.

¹³²Cfr. F.G. SCOCA, *Interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., p. 436.

obliterare tale fondamentale componente, che viceversa è alla base dell'intero fenomeno"¹³³.

In altre parole l'obbligo di agire dell'amministrazione trova il suo fondamento nell'attribuzione del potere e viceversa, in un avvicimento biunivoco delle due situazioni giuridiche, talché l'una non può prescindere dalla sussistenza dell'altra. Il dovere di agire in capo all'amministrazione "si presenta non solo come dovere (o obbligo), ma come dovere (o obbligo) collegato all'esercizio del potere"¹³⁴.

In questo senso, e qua si manifesta il secondo scalino interpretativo, il fatto che l'amministrazione sia tenuta, anche in caso di esercizio di potere vincolato, ad esercitare il proprio potere per garantire il perseguimento del fine pubblico, si presenta come un valido argomento nel senso che anche in tal caso il potere amministrativo sia tale in senso stretto.

Così, coerentemente con quanto appena detto, F.G. Scoca: "per chi, come me, ritiene che il dovere (e l'obbligo) di agire (giuridicamente) presuppone (necessariamente) il potere (giuridico) di farlo (...), ritenere che l'attività vincolata dell'amministrazione sia espressione di potere (ovviamente vincolato) non costituisce altro che l'applicazione puntuale di uno schema teorico generale"¹³⁵.

Va per altro rilevato come il fatto che alcuni autori, ed in particolare Guido Greco, insistano con particolare convinzione sulla riconduzione del potere amministrativo alla categoria delle potestà¹³⁶, e cioè dei poteri da esercitarsi per la cura di interessi altrui, sembri ben riconnettersi al tema in oggetto.

E infatti il potere amministrativo si relaziona al "dovere" anche nella misura in cui questo venga "inteso come complesso di limiti e vincoli che devono essere rispettati"¹³⁷.

Ma se questi limiti e vincoli sono intrinseci alla natura stessa del potere amministrativo, sembra facile pervenire alla conclusione per cui non è la "quantità

¹³³Cfr. G. GRECO, *Dal dilemma*, cit., p. 510.

¹³⁴*Ivi*, p. 511.

¹³⁵Cfr. F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo, Storia e teoria*, cit., p. 436.

¹³⁶Cfr. G. GRECO, *Dal dilemma*, cit., p. 511 laddove in riferimento al "potere amministrativo": "si tratta, dunque, di situazione complessa, che è appropriato definire "potestà", nel significato classico che si attribuisce a tale espressione".

¹³⁷*Ibidem*.

di vincolatezza” a determinare la possibilità di qualificare il potere come tale o meno.

Pare utile per altro correlare tali considerazioni alla convinzione espressa da Greco per cui “diritti soggettivi e potestà sono termini non conciliabili tra loro all’interno di una relazione giuridica”¹³⁸, laddove, quando interviene l’esercizio del potere amministrativo “il cittadino si troverà a sua volta in una situazione complessa, costituita da soggezione (rispetto al potere) e da pretesa (rispetto all’obbligo). Una struttura dunque ben diversa da quella del diritto soggettivo (...). Né è possibile incorporare tale relazione dalla prima trattandosi di un fenomeno unitario”¹³⁹. Un tale opinare ben si comprende in ragione dello stretto legame, sopra evidenziato, che collega il potere amministrativo all’obbligo/dovere.

4.3.4. Peraltro, per tramite di queste osservazioni, ci si è avvicinati ad una delle riflessioni fondamentali offerte dagli autori aderenti a questa Scuola di pensiero.

Trattasi di un convincimento per il vero rimasto implicitamente sotteso alla disamina sopra svolta, ma che deve essere senz’altro esplicitato e chiarito.

Va cioè puntualizzato perché, in quest’ottica, “la distinzione tra atti vincolati e discrezionali non corrisponde affatto (...) a quella tra atti autoritari e non autoritari”¹⁴⁰.

Dagli autori di questa Scuola di pensiero è stato infatti rilevato come “opinare in senso diverso significa confondere il piano dell’autoritatività del potere, che dipende da una scelta dell’ordinamento generale”¹⁴¹ con invece “quello delle modalità di esercizio di tale potere, che può risultare discrezionale e vincolato in ragione della predefinizione in via generale ed astratta delle regole di comportamento”¹⁴².

¹³⁸Cfr. G. GRECO, *Potere e situazioni giuridiche soggettive*, in Dir. pub., Fascicolo 3, supplemento, 2016, p. 110; in senso analogo G. Greco, *Argomenti di diritto amministrativo*, cit., p. 117.

¹³⁹Cfr. G. GRECO, *Dal dilemma*, cit., p. 512.

¹⁴⁰Cfr. F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere*, cit., p. 123; in senso analogo E. CASSETTA, *Scritti scelti*, cit., p. 451 “La circostanza (...) che si confermi indirettamente la contrapposizione tra vincolatezza e discrezionalità; non significa che quest’ultima debba essere enfatizzata o radicalizzata. Almeno sotto un profilo: la linea di confine tra i due ambiti non coincide con quella che segna il limite tra potere dell’amministrazione e assenza di potere”.

¹⁴¹Cfr. E. CASSETTA, *Scritti scelti*, cit., p. 452.

¹⁴²Ibidem.

Cioè, quando si tratta di autoritatività e di discrezionalità (e, specularmente, della loro mancanza) si tratta di due momenti diversi della scelta normativa, non riconducibili in alcun modo ad unità.

Ne deriva che al fine di accertare la presenza di un potere amministrativo è necessario limitarsi a verificare la presenza di una “scelta dell’ordinamento generale che attribuisce poteri all’amministrazione caratterizzati dalla possibilità di produrre effetti giuridici in modo appunto autoritativo”¹⁴³, ove è invece “indifferente la “via” seguendo la quale l’atto produttivo di effetti viene emanato”¹⁴⁴ e cioè se per tramite di valutazioni discrezionali o meno.

Quella di attribuire carattere autoritativo alle scelte dell’amministrazione (e cioè di attribuire un potere in senso stretto) è una scelta ordinamentale che va speculata in via autonoma.

Tanto chiarito pare il caso di spendere qualche parola per il coordinamento di queste considerazioni con la contemporanea adesione, da parte degli autori di questo ordine di idee, alla formula del *sollen impliziert können*.

Pare all’uopo sufficiente evidenziare il nesso logico che connette le due opinioni.

Il dovere di agire dell’amministrazione, ed il relativo potere di farlo, sorgono infatti nel momento in cui viene ad esistenza una norma attributiva del potere e, cioè, quando il legislatore ritiene di consegnare il connotato di autoritatività ad alcune decisioni dell’amministrazione.

Ove peraltro sussiste in tutta evidenza una sorta di relazione di “successione logica” tra le considerazioni attinenti al legame tra potere e dovere e quelle attinenti all’attribuzione del potere o meno.

In altre parole, sarà ragionevole discutere prima del riconoscimento o meno da parte dell’ordinamento del carattere di autoritatività ad un certo atto amministrativo, e poi del legame che sussiste tra tale potere ed un fine pubblico specifico individuato dalla legge.

4.3.5. Sin qui è stato adottato un punto prospettico che ha guardato al potere vincolato in quanto tale, se non addirittura, all’occorrenza, al momento causale della sua esistenza, e cioè alla sua “nascita” per tramite dell’attribuzione normativa.

¹⁴³Ivi, p. 445.

¹⁴⁴Ivi, p. 446.

Occorre tuttavia riservare uno spazio di trattazione alla dimensione finale del potere o, per meglio dire, a quello che è il risultato del suo esercizio.

Si tratta ovviamente del provvedimento amministrativo.

Le considerazioni che abbiamo svolto sopra, in riferimento al “potere in sé” sono chiaramente in buona parte doppiabili, in relazione al “prodotto” dell’esercizio del potere.

Non sorprenderà dunque come, nell’ottica in questa sede assunta, si sostenga che “l’atto, ancorché vincolato, è pur sempre un atto precettivo. Sicché non scompare all’interno della sequenza norma - fatto, ma presupponendo l’intermediazione di un potere autoritativo (...), implica altresì l’esistenza della sequenza norma - potere - fatto”¹⁴⁵.

In altri termini: la previsione di un potere autoritativo, per quanto vincolato, causa la produzione di un provvedimento amministrativo autoritativo.

Tale ordine di puntualizzazioni potrebbe sembrare pleonastico, non fosse che, seguendo la tesi in esame, si producono effetti in relazione al tema dell’atto amministrativo ed alla classificazione degli atti amministrativi, che non sono direttamente sussumibili negli argomenti sopra esposti in tema di potere amministrativo.

Occorrono a questo proposito alcune considerazioni preliminari.

Qualora si aderisca alla tesi (opposta a quella in esame) per cui a fronte dell’esercizio di un potere amministrativo vincolato la situazione giuridica del privato è sempre di diritto soggettivo, si deve concludere per l’assenza di natura “autoritativa” nel potere amministrativo.

Allora il potere amministrativo non è più tale in senso stretto ed il suo “esercizio” non può condurre alla produzione di un provvedimento amministrativo autoritativo. Ma se, come sostiene in particolare la Scuola fiorentina, in presenza di un potere vincolato l’assetto giuridico degli interessi è già predeterminato dalla norma, ciò implica che l’amministrazione non possa/debba far altro che darne atto.

¹⁴⁵Cfr. G. GRECO, *Dal dilemma*, cit., p. 516, in particolare nota 122.

Perciò, seguendo ancora quest'ordine di idee, l'amministrazione, nel caso in cui eserciti un potere vincolato, emanerebbe un atto amministrativo dichiarativo o meramente ricognitivo di un assetto giuridico già esistente¹⁴⁶.

In poche parole: seguendo l'ottica della Scuola fiorentina si dovrebbe concludere che laddove venga esercitato un "potere" vincolato, l'amministrazione adotti un atto amministrativo di natura meramente ricognitiva.

Ma appunto le cose cambiano radicalmente laddove si faccia propria la tesi in esame per cui il potere amministrativo, anche se vincolato, resta autoritativo.

Dove per i fiorentini v'è un atto dichiarativo secondo la Scuola in esame vi è un provvedimento autoritativo vincolato.

Su queste basi può essere facile trarre troppo affrettate conclusioni.

Sarebbe infatti discutibile la deduzione per cui, una volta riconosciuta possibilità di esistenza al potere (e provvedimento) autoritativo vincolato, la categoria degli atti amministrativi dichiarativi debba venir meno.

Va ricordato piuttosto che, in base all'ottica qui assunta, il potere amministrativo vincolato in senso proprio sussiste in quanto viene attuata una "scelta ordinamentale"¹⁴⁷ per quanto attiene al riconoscimento del carattere dell'autoritatività, opzione legislativa questa che è ritenuta completamente scissa rispetto alla scelta relativa alla determinazione delle modalità di esercizio del potere (e cioè al riconoscimento di una natura vincolata o discrezionale allo stesso).

Ma appunto, occorre sottolineare, un ragionamento del genere non implica affatto che la legge attribuisca ad ogni atto amministrativo una forza autoritativa.

Perciò, se è vero che il provvedimento amministrativo autoritativo, sia pur vincolato, resta tale in senso stretto, ciò non esclude che, laddove l'ordinamento, al contrario, non abbia riconosciuto all'atto amministrativo il carattere dell'autoritatività, si manifesti un "mero atto amministrativo" il quale invece "come

¹⁴⁶Cfr. A. ZITO, M.R. SPAZIANO, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., p. 74, laddove, in tema di riparto di giurisdizione, si osserva come "assume rilevanza anche la qualificazione di alcuni atti amministrativi come atti dichiarativi o meramente ricognitivi (di un assetto di interessi già predeterminato dalla norma)" laddove tuttavia "tale qualifica è sovente doppiata dalla caratterizzazione degli atti in questione in termini di atti vincolati onde rimarcare lo stretto nesso esistente tra il carattere "meramente dichiarativo" di un atto e l'assenza di discrezionalità amministrativa".

¹⁴⁷Già in precedenza richiamati, *ex multis*, E. CASSETTA, *Scritti scelti*, cit., p. 445, 452; G. GRECO, *Dal dilemma*, cit., p. 516.

tale non è manifestazione di potestà in senso tecnico, ma di altri compiti amministrativi”¹⁴⁸.

In altre parole, adottando l’ottica in esame, non è escluso che si possano manifestare tanto provvedimenti amministrativi vincolati quanto atti meramente dichiarativi.

Semplicemente il *discrimen* tra le due situazioni non coinvolgerà il concetto di vincolatezza, ma riguarderà il compito attribuito di volta in volta dalla legge all’amministrazione.

In presenza di una norma attributiva di potere autoritativo l’amministrazione emetterà un provvedimento in senso proprio, qualora invece sia tenuta a perseguire diversi fini ordinamentali, avvalendosi di diversi mezzi giuridici, potrebbe dover adottare un mero atto amministrativo.

Da quanto sin qui esposto si ricava che qualora il privato si relazioni con un provvedimento amministrativo, pur vincolato, la sua situazione giuridica dovrà qualificarsi come di interesse legittimo, mentre qualora si interfacci con un mero atto amministrativo, come è chiaro, “non può farsi questione di sussistenza di interessi legittimi”¹⁴⁹.

4.3.6. Sembra per altro il caso di richiamare l’attenzione su di un ulteriore elemento che renderà possibile riconnettersi alle considerazioni già svolte in ordine al “*sollen impliziert können*”, permettendo di chiudere il cerchio argomentativo anche sul fronte del “momento provvedimentale” in senso stretto.

Quanto occorre rilevare è che nell’ottica qui assunta “il provvedimento amministrativo, sia pur vincolato, consiste comunque (...) in una manifestazione di volontà diretta alla produzione di effetti giuridici”¹⁵⁰.

Sembra quindi possibile individuare quale sia il *quid* che collega e, contemporaneamente, disgiunge, il “dovere” dal di lui adempimento: la volontà.

A questo proposito si è già visto come la Scuola fiorentina svaluti il momento volitivo in sede di esercizio di potere vincolato: tale fase è ritenuta non significativa,

¹⁴⁸Cfr. G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Vol. II, cit., p. 76 s.

¹⁴⁹*Ivi*, p. 77.

Da quanto qui considerato deriva che nel caso in oggetto se il privato venisse a vantare delle pretese nei confronti dell’amministrazione la sua posizione sarebbe da qualificarsi come di diritto soggettivo. Quanto rileva però, va ribadito, è che ciò dipende dal fatto che all’amministrazione non è stato attribuito un potere autoritativo, giammai dal fatto che le è stato attribuito un potere vincolato.

¹⁵⁰Cfr. G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Vol. II, cit., p. 76.

in quanto non connessa ad una ponderazione discrezionale degli interessi, e dunque, si sostiene, è incapace di condurre alla modificazione autoritativa della sfera giuridica altrui.

Al contrario, e ciò conta sottolineare, la Scuola di pensiero in esame pare esaltare la persistenza e la significatività della volizione amministrativa, laddove è proprio quest'ultima che conduce al momento costitutivo degli effetti giuridici, pur dettagliatamente predeterminati dalla legge nel contenuto e nei presupposti di produzione¹⁵¹.

In sintesi, sulla scorta della teoria qui in esame, si può ritenere che, laddove l'ordinamento attribuisca un potere amministrativo vincolato, la produzione degli effetti giuridici risponda alla seguente concatenazione logica: dovere di perseguimento del fine pubblico imposto dalla legge, volontà di adozione del provvedimento a tal fine, costituzione degli effetti giuridici.

4.4.1. Come è evidente sino ad ora ci si è mossi su un piano argomentativo massimamente astratto, ma le considerazioni che contribuiscono a sostenere la tesi in esame non sono solo di carattere squisitamente teorico.

In effetti diversi elementi interessanti sembrano emergere anche dal diritto positivo.

Una prima osservazione di carattere ermeneutico, che conduce a risvolti che paiono determinanti, riguarda l'art. 1, co. 1 *bis*, legge 241/1990, ove prevede che “la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge non disponga diversamente”. La norma in oggetto è stata autorevolmente riconosciuta in dottrina come “conferma (...) sia pure *a contrariis*”¹⁵² della natura di “provvedimenti amministrativi”¹⁵³, in senso stretto, pure degli “atti vincolati”¹⁵⁴.

La disposizione pare atteggiarsi come norma di apertura del sistema, in quanto volta a stabilire, sostanzialmente, l'ambito applicativo della disciplina approntata nelle disposizioni successive.

¹⁵¹*Ibidem*, in relazione all'emanazione del provvedimento come momento di manifestazione della volontà dell'amministrazione: “ma proprio perché manifestazione di volontà con il contenuto testé indicato, sia pur vincolata all'accertamento (tecnico o meno) di una determinata situazione di fatto (...), è precetto del caso concreto e, dunque, fonte degli effetti che essa produce”.

¹⁵²Cfr. G. GRECO, *Dal dilemma*, cit., p. 516.

¹⁵³*Ibidem*.

¹⁵⁴*Ibidem*.

In questo senso tale regolamentazione (artt. 2 ss., legge 241/1990) dovrebbe trovare applicazione solo laddove la pubblica amministrazione stia volgendo all'adozione di atti di natura autoritativa, così come imposto ai sensi dell'art. 1, co. 1 *bis*.

Né, secondo la stessa dottrina, pare revocabile in dubbio che gli atti vincolati rientrino tra i provvedimenti cui l'art. 1, co. 1 *bis* si rivolge¹⁵⁵. Il che sembrerebbe per altro confortato dall'oggettivo ricorrere, da parte dell'amministrazione, a moduli procedurali anche in relazione all'adozione di atti di tale natura.

Tale ordine di considerazioni pare peraltro trovare sostegno nella disciplina della legge sul procedimento amministrativo.

In questo senso è rilevante richiamare quanto è stato osservato in ordine al contenuto dell'art. 21 *octies*, legge 241/1990, nella misura in cui prevede, al co. 2, che “non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”¹⁵⁶.

È stato da alcuni ravvisato come la disposizione implichi che “l'attività vincolata deve svolgersi nel procedimento”, perché “altrimenti non avrebbe senso escludere l'annullabilità, in un caso determinato, (...) per violazione di alcune norme sul procedimento”¹⁵⁷.

Sembra quindi possibile sviluppare ulteriormente il discorso e, riconnettendosi all'art. 1, co. 1 *bis*, ritenere dunque che: stante l'applicazione delle norme del procedimento agli atti vincolati (come richiamato ex 21 *octies*, co. 2) e stante che tali norme sono predisposte per essere applicate in ipotesi di adozione di atti autoritativi (in base all'ambito applicativo ex art. 1 co., co. 1 *bis*) allora si dovrebbe dedurre che gli atti vincolati debbono essere fatti rientrare nel *genus* degli atti autoritativi.

¹⁵⁵*Ibidem*.

¹⁵⁶È stato per altro ravvisato in F.G. COCA, *L'interesse Legittimo, Storia e teoria*, cit. p. 442, in particolare nota 98, come “dalla disposizione si ricava che il provvedimento vincolato potrebbe in ipotesi avere contenuti diversi. In teoria questa evenienza dovrebbe essere esclusa: il provvedimento può dirsi vincolato se il suo contenuto, oltre ad altri elementi, risulta stabilito dalla legge; quindi, non può che essere che quello stabilito dalla legge. In pratica si può pensare che la disposizione faccia riferimento al contenuto positivo o negativo del provvedimento vincolato, ad esempio in base alla accertata sussistenza o insussistenza dei presupposti di fatto ovvero in base a difformi interpretazioni della norma di legge”.

¹⁵⁷Cfr. F.G. COCA, *L'interesse Legittimo, Storia e teoria*, cit. p. 441 s., in particolare nota 96.

In altre parole, l'art. 21 *octies* sembra riconoscere l'applicabilità agli atti vincolati della disciplina riservata dall'art. 1 co. 1 *bis* agli atti autoritativi, quindi gli atti vincolati dovrebbero essere ricondotti alla categoria degli atti autoritativi¹⁵⁸.

Ulteriormente, non pare del tutto irrilevante ravvisare come l'art. 21 *octies* parli di “natura vincolata del provvedimento” laddove, in quest'ordine di idee, “usa (...) in modo teoricamente corretto (e, forse, consapevolmente) la locuzione”¹⁵⁹: la norma infatti non parla di “atto vincolato”, come tale potenzialmente riconducibile alla categoria dei meri atti, bensì di “provvedimento”, che, inteso in senso stretto, è per definizione autoritativo.

Come è ovvio un argomento testuale del genere non mostra particolar pregio alla luce della nota imprecisione legislativa, tuttavia certamente merita di essere tenuto in considerazione.

4.4.2. Argomenti di diritto positivo a sostegno della tesi in esame si rinvencono anche nella normativa processuale.

Ci si riferisce in particolare al disposto degli artt. 31 c.p.a. e 34 c.p.a., concernenti i poteri del giudice amministrativo in relazione al ricorso avverso silenzio ed alla domanda di annullamento di un provvedimento di diniego.

Ex art. 31, co. 3, c.p.a., in ambito di processo sul silenzio dell'amministrazione, è stabilito che “il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione”.

L'ipotesi contemplata dalla norma rimanda alle note nozioni di vincolatezza in astratto (nella norma, “quando si tratta di attività vincolata”) ed in concreto (nella norma, “quando risulta che non residuano ulteriori margini di discrezionalità”)¹⁶⁰.

¹⁵⁸In senso conforme G. GRECO, *dal dilemma*, cit. p. 516, in particolare nota 122, ove, in tema di provvedimento vincolato, si ricorda che in quanto provvedimento autoritativo è “assoggettato come tale al regime del provvedimento amministrativo: cfr., ad esempio, art. 19 e art. 21 *octies*, c. 2, legge 241/90”; B.G. MATTARELLA, *L'attività*, cit., p. 673, dove, in relazione alla tesi per cui gli atti vincolati non siano espressione di potere amministrativo, si sostiene che “la tesi non sembra condivisibile, in quanto molti atti vincolati sono soggetti al regime tipico del provvedimento amministrativo (...): sono atti unilaterali, emanati a seguito di un procedimento e motivati, che possono essere annullati dal giudice amministrativo e disapplicati da quello ordinario, e così via”.

¹⁵⁹Cfr. F.G. COCA, *L'interesse Legittimo*, *Storia e teoria*, cit. p. 442, in particolare nota. 97.

¹⁶⁰*Ex multis*, M. CLARICH, in *diritto amministrativo e clausole generali, un dialogo*, di M. CLARICH, M. RAMAJOLI, Pisa, 2021, p. 31.

È chiaro che ai nostri fini la categoria concettualmente rilevante è quella che fa riferimento al potere vincolato “in astratto”: solo in tale ipotesi si manifesta il problema relativo alla qualificazione della situazione giuridica soggettiva, ché, se il potere è discrezionale, è ad oggi pacifico che il privato viene a trovarsi in situazione di interesse legittimo¹⁶¹.

La seconda disposizione da tenere in considerazione è l’art. 34, co. 1, lett. c), c.p.a., ai sensi del quale “(...) l’azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all’articolo 31, comma 3, contestualmente all’azione di annullamento del provvedimento di diniego o all’azione avverso il silenzio”.

In base a tali previsioni dunque, per il caso di azione avverso il silenzio dell’amministrazione o di annullamento del diniego, si rende possibile al giudice amministrativo, sulla scorta di apposita domanda, “pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio” pur vertendosi in ipotesi di esercizio di potere vincolato.

Perciò da queste norme “si ricava che la giurisdizione a conoscere dell’attività vincolata spetta (o dovrebbe spettare) al giudice amministrativo; dal che si dovrebbe dedurre che, sempre secondo il diritto positivo, la situazione soggettiva del privato a fronte di tale attività resta in ogni caso, di interesse legittimo, o quanto meno, viene (dovrebbe venire) trattata positivamente come di interesse legittimo”¹⁶².

Una tale ricostruzione pare offrire un solido argomento a favore della tesi per cui il provvedimento amministrativo, anche qualora sia vincolato, resta sostanzialmente tale.

Tuttavia, ad inficiare la portata apparentemente dirompente di queste osservazioni, sta la considerazione per cui “sovente il legislatore, in ordine alla tutela processuale, tratta come interessi legittimi quelli che, in teoria, sono diritti soggettivi, e viceversa”¹⁶³.

In ogni caso il quadro normativo positivo, sostanziale e processuale, sembra offrire argomenti eloquenti a sostegno della teoria ricostruttiva in questa sede proposta.

¹⁶¹Come già si è visto in nota 17 non sempre è stato così; cfr. G. MIELE, *Questioni giuridiche vecchie e nuove*, cit., p. 59.

¹⁶²Cfr. F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., p. 142.

¹⁶³*Ibidem*.

4.4.3. Merita infine formulare quale ulteriore osservazione, parendo tuttavia opportuno sottolineare sin da subito come il loro pregio si rinvenga più che altro laddove siano inquadrare nell'ambito, per così dire, dello studio degli effetti dell'adesione alla teoria in esame, parendo invece scarsa la loro utilità nell'ottica di portare argomenti in favore della stessa.

Il punto di partenza di tali considerazioni è quello per cui “l'esercizio del potere consente all'Amministrazione di incidere unilateralmente nella sfera del cittadino non solo nel caso di atto legittimo, ma anche nel caso di atto illegittimo (salva impugnazione): e questa è una connotazione che non si rinviene nei normali rapporti interprivatistici, neppure nel caso in cui venga in gioco un diritto potestativo”¹⁶⁴, dal che deriverebbe che, in merito all'esercizio di un potere vincolato “se si volesse ragionare in termini di diritto soggettivo, si tratterebbe sempre di un diritto soggettivo speciale, in quanto comprimibile”¹⁶⁵.

Le citazioni qui riportate sono tratte da un lavoro di Guido Greco il quale, non a caso, le ha inserite subito dopo aver sostenuto che, sia in caso di esercizio potere vincolato che di potere discrezionale, “il processo di produzione giuridica degli effetti si realizza secondo lo schema della norma - potere - fatto e non della norma - fatto”¹⁶⁶.

Sembra appunto che le parole dell'Autore vadano interpretate nel senso per cui egli ritenga che, assumendo che il potere vincolato sia potere autoritativo, il provvedimento amministrativo vincolato risultante dal suo esercizio, che sia legittimo o illegittimo, produce sempre degli effetti giuridici¹⁶⁷.

In altre parole la valenza del discorso sarebbe meramente descrittiva della sistemazione giuridica ritenuta più corretta, non dimostrativa della stessa.

Ciò appare abbastanza chiaro laddove si tenga di conto della completa coerenza interna di quanto si potrebbe affermare, in senso completamente contrario, sulla scorta delle ricostruzioni della Scuola fiorentina: si potrebbe cioè senza problemi

¹⁶⁴Cfr. G. GRECO, *Potere e situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 110.

¹⁶⁵*Ibidem*.

¹⁶⁶*Ibidem*.

¹⁶⁷Ove come già visto, secondo G. Greco, la situazione del privato sarebbe da qualificare come di interesse legittimo o ,al limite, come in alternativa proposto dall'autore, come di “diritto soggettivo speciale”.

sostenere che il potere vincolato non è reale potere, che il suo esercizio conduce all'adozione di un atto dichiarativo e che non produce effetto giuridico alcuno.

4.5.1. Il dibattito sulla natura della situazione soggettiva a fronte dell'esercizio del potere vincolato è sicuramente di carattere essenzialmente teorico. Pare naturale dunque che le considerazioni di ordine pratico che potrebbero suggerire l'opportunità di aderire ad una teoria piuttosto che ad un'altra siano normalmente ostracizzate¹⁶⁸.

Per altro, se si intende discutere sul piano astratto della correttezza delle diverse tesi, risulta chiaramente irrilevante la contemplazione degli effetti pratici più o meno favorevoli che l'applicazione dell'una piuttosto che dell'altra tesi potrebbe causare.

Tuttavia, in considerazione anche del fatto che, come è stato autorevolmente sostenuto, le diverse tesi proposte mantengono tutte una forte dignità teorica, non pare peregrino effettuare un sintetico richiamo ad alcuni elementi più pratici che possono apparire rilevanti¹⁶⁹.

4.5.2. Un primo elemento di carattere concreto, ma dalle radici teoriche, che potrebbe far propendere per l'adesione alla tesi in esame riguarda proprio l'attuazione pratica del criterio di riparto giurisdizionale¹⁷⁰.

Non possono certo sfuggire le conseguenze semplificatorie che si produrrebbero qualora si accettasse che qualsiasi forma di esercizio del potere, vincolato o discrezionale che sia, venga a causare la presenza di una situazione di interesse legittimo in capo al privato.

La questione del riparto sarebbe sempre risolta in modo immediato: ove vi è potere amministrativo, anche se vincolato, vi sarebbe interesse legittimo e dunque giurisdizione amministrativa.

¹⁶⁸Emblematico in questo senso L. FERRARA, *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, cit., che sin dal titolo rimarca su quale piano argomentativo si intenda procedere; si veda in particolare, *Ivi*, p. 724 "Non interessano qui le spiegazioni storiche o le motivazioni pragmatiche alla base del vigente sistema".

¹⁶⁹Cfr. F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo, Storia e teoria*, cit., p. 439, ove si sostiene che il quesito in ordine al fatto che "di fronte a provvedimenti (o atti) vincolati, siano predicabili diritti soggettivi o interessi legittimi" viene risolto "in larghissima parte dal diritto positivo, essendo in astratto concepibili, e sostenibili, entrambe le tesi".

¹⁷⁰Cfr. G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, Vol. I, Padova, 2013, p. 81.

Il vantaggio in termini di certezza processuale sarebbe tanto più grande in considerazione dell'aleatorietà riconnessa alla determinazione della natura del potere ove "la distinzione tra potere vincolato e discrezionale è difficoltosa, e per di più complicata dalla presenza (...) di poteri che comportano valutazioni soggettive dei presupposti: ed ogni incertezza in proposito diventerebbe incertezza sulla giurisdizione"¹⁷¹.

D'altro canto non è possibile, sulla sola base di quando adesso sostenuto, eliminare ogni spazio di "incertezza" in ordine all'attuazione del riparto giurisdizionale se, come suggerito da taluni autori aderenti a questa corrente di pensiero, si scinde la valutazione attorno alla presenza di discrezionalità da quella attorno alla presenza di autoritatività.

In altre parole, facendo propria la prospettiva di coloro i quali riconoscono l'autoritatività (o meno) del provvedimento solo ed esclusivamente sulla base della scelta legislativa operata in tal senso, rimarrebbe sempre necessario verificare, caso per caso, se tale autoritatività sia stata attribuita, e dunque ci si trovi in presenza di un provvedimento in senso stretto, o se tale autoritatività non sia stata attribuita, e dunque ci si trovi in presenza di un mero atto amministrativo.

Sembra quindi che alcuni spazi di certezza permarrebbero, pur spostati su di un diverso piano esegetico¹⁷².

4.5.3. Un'altra "problematica concreta" che potrebbe sorgere a causa della mancata adesione alla teoria in oggetto, si è sostenuto, è riconnessa ai poteri riconosciuti al giudice ordinario¹⁷³.

Ciò sarebbe in quanto il giudice ordinario non ha il potere di annullare i provvedimenti amministrativi, sicché, se ne dovrebbe trarre, non si avrebbe la possibilità di eliminare l'atto antiggiuridico dall'ordinamento¹⁷⁴, venendo questo soltanto disapplicato.

¹⁷¹*Ibidem.*

¹⁷²Laddove per altro, viene da considerare, la natura vincolata dell'atto potrebbe ben essere ritenuta quantomeno un elemento sintomatico della sua non-autoritatività.

¹⁷³Cfr. G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., p. 81.

¹⁷⁴Di contro, si potrebbe osservare sulle basi della visione opposta a quella in esame, il mero atto amministrativo che segua all'esercizio del potere vincolato non avrebbe, in tale ottica, effetto costitutivo, sicché la gravità della sua mancata espunzione dall'ordinamento appare minima: una volta accertata la scorrettezza del contenuto dell'atto, ed effettuato il corretto accertamento da parte del giudice ordinario, questo verrebbe disapplicato e le valutazioni erronee in esso contenute sostituite, per il momento e per il futuro, da quelle contenute nella pronunzia giurisdizionale.

4.6. Con queste ultime osservazioni si può dire concluso il percorso ricostruttivo della presente teoria, talché, grazie agli strumenti argomentativi riportati, dovrebbe essere possibile contemplare con sufficiente chiarezza su quali basi si possa ritenere che il potere autoritativo, ancorché vincolato, resti sempre tale e che dunque, a fronte del suo esercizio, si manifesti sempre una situazione giuridica di interesse legittimo.

Le fondamenta della teoria sono state scrutinate seguendo lo schema di un tridente: si sono affrontati prima gli argomenti di teoria generale, poi gli argomenti di diritto positivo ed infine quelli di ordine maggiormente pratico.

Dalla loro complessiva lettura si evince un'univoca e sinergica convergenza in ordine al tentativo di dimostrazione della tesi in esame.

La speranza è di essere riusciti, in questa sede e nei paragrafi precedenti, non solo ad esprimere in modo compiuto la struttura e gli argomenti che sostengono le diverse ricostruzioni teoriche, ma anche a definire con sufficiente chiarezza quella che è la reale portata del dibattito che si è sviluppato intorno al potere vincolato, talché si evinca nitidamente come tale tema assurga ad elemento maggiormente significativo ma non esclusivo di una contesa dalla portata ben più ampia¹⁷⁵.

Gli elementi di portata sistemica, teorica e pratica coinvolti dall'adesione ad una determinata Scuola di pensiero si sono manifestati numerosi e rilevanti e confermano l'importanza di questo esame ampio e approfondito.

¹⁷⁵Cfr. A. ZITO, M.R. SPAZIANO, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., pag. 73, dove in tema di attività vincolata, attività discrezionale e riparto di giurisdizione si osserva che "i diversi orientamenti (...) sono stati assunti come paradigmatici di un panorama dottrinale molto più articolato ed espressivo di un dibattito teorico assai complesso".

CAPITOLO III

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

RIFLESSIONE CRITICA

1. PRIME CONSIDERAZIONI: TENDENZE, DIVERGENZE E CONTRASTI

1.1. Come si è avuto occasione di vedere le correnti di pensiero che si sono sviluppate in dottrina intorno al tema della qualificazione della situazione giuridica soggettiva a fronte dell'esercizio di un potere vincolato sono numerose ed internamente articolate.

A sostegno di ciascuna di queste teorie è infatti riconnessa una pletora di argomenti, proposti da uno o più autori facenti parte della medesima scuola di pensiero.

1.2. Una tale frammentarietà e varietà sul fronte dottrinale non sembra in vero essere superata da una giurisprudenza univoca.

Va intanto premesso che la giurisprudenza nostrana, specialmente ordinaria, si è dimostrata tradizionalmente propensa ad accettare che, a fronte dell'esercizio di un potere vincolato, in capo al privato possa configurarsi situazione giuridica di diritto soggettivo.

Ma merita di essere subito puntualizzato che tale orientamento giurisprudenziale, già segnalato come prevalente da autorevole dottrina del secolo scorso¹, non mostra e non ha mai mostrato un'assoluta coerenza interna.

In passato giurisprudenza maggioritaria, soprattutto amministrativa, ha optato in generale per l'adesione al criterio tralaticio già ricordato in cap. 2, § 2, in base al quale si dovrebbe riconoscere la sussistenza in capo al privato di una situazione di diritto soggettivo solo se l'attività amministrativa che l'ha interessato è di tipo vincolato e, come condizione cumulativa, se la norma di cui si lamenta la violazione è stata posta a prevalente tutela dell'interesse del privato medesimo².

¹*Ex pluribus* A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1988, p. 3 ss

²*Ex multis*, per un'autorevole formulazione della teoria, G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Vol. II, Milano, 1958, p. 150.

Ma va altresì rilevato come in alcune materie la giurisprudenza abbia da sempre dimostrato una propensione ben più netta alla riconduzione della situazione del privato alla categoria del diritto soggettivo³.

Ciò è accaduto in particolare con riferimento alle controversie sorte in relazione all'erogazione sotto varia forma di contributi pubblici.

In tali casi l'indirizzo assolutamente dominante del giudice ordinario così come del giudice amministrativo, verteva (e verte) per la qualificazione della situazione del privato, a fronte dell'esercizio di un potere vincolato, come di diritto soggettivo *sic et simpliciter*⁴, senza coinvolgere, quantomeno in modo espresso⁵, valutazioni in ordine alla "direzione della norma".

Per altro questo orientamento si è sviluppato già prima che la teoria fiorentina del potere vincolato (cfr. cap. 2, § 3) raggiungesse la sua più compiuta formulazione⁶, sicché non parrebbe adeguato sostenere che questa giurisprudenza abbia "aderito" a tale formulazione teorica.

Se quindi deve riconoscersi come storicamente dominante quella giurisprudenza che ha riconosciuto alla situazione soggettiva, a fronte dell'esercizio di un potere vincolato, la qualifica di diritto soggettivo, se ne deve però rilevare la

Nel senso della prevalenza in passato di questo orientamento giurisprudenziale cfr. A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., p. 3 ss.; ma ancora la consistente diffusione della tesi è stata testimoniata, tra gli altri, da L. FERRARA e S. CASSESE nella seconda metà degli anni '90, cfr. L.FERRARA, *Diritti soggettivi ed accertamento amministrativo*, Padova, 1996, p. 15 ss., S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995, p. 435; e, nuovamente, da L. CARBONE e I. PEILA sul finir del secolo, cfr. L. CARBONE, *Segnalazioni - Consiglio di Stato - Interessi legittimi e professione di psicologo*, nota a sentenza (ad Ad. Plen., 5 Luglio 1999, n. 18), *Il Corriere Giuridico*, n. 9 del 1999, p. 1091 s.; I. PEILA, *Attività vincolata nel fine e giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., p. 609 ss.

Né pare che ad oggi la giurisprudenza che aderisce a tale criterio di discrezione delle situazioni soggettive si possa dire superata.

³Cfr. I. PEILA, *Attività vincolata nel fine e giurisdizione del giudice amministrativo*, nota a sentenza (Ad. Plen., 5 Luglio 1999, n. 18), in *Giur. It.* n. 12 del 1999, p. 609 ss "Anche il fatto che la giurisprudenza, a seconda della materia, utilizzi criteri difformi, contribuisce ad accrescere lo stato di incertezza in cui viene a trovarsi l'interprete allorché deve scegliere a quale giudice rivolgersi per tutelare il proprio interesse".

⁴Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., p. 10.

⁵Sarebbe facile sostenere che in tali casi, poiché si tratta di erogazioni patrimoniali in favore del privato, la "direzione della norma" è in tutta evidenza volta alla tutela dell'interesse privato: se ne potrebbe ricavare che in tale materia la mancata espressa presa in considerazione della "direzione della norma" nell'argomentare giurisprudenziale derivi dalla consapevolezza del pleonasma intrinseco ad una statuizione al riguardo.

⁶Ciò si può dire essere avvenuto ad opera di Orsi Battaglini, al proposito cfr. F.G. SCOCA, *L'Interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, p. 435; L.FERRARA, *Diritti soggettivi ed accertamento amministrativo*, Padova, 1996, p. 18.

non completa univocità, stante la compresenza di due “varianti” che si presentano, anche ad oggi, come di pari importanza e diffusione.

Ed infatti la prima variante, per cui la situazione del privato in tali casi va sempre qualificata come di diritto soggettivo, risulta prevalente in senso alla giurisdizione ordinaria e l'altra, per cui si deve avere riguardo alla “direzione della norma”, in seno alla giurisdizione amministrativa.

D'altronde sembra che, a questo proposito, si abbia a che fare con una prima manifestazione di un connotato più generale della giurisprudenza italiana sul potere vincolato: se il “mosaico” giurisprudenziale sul tema può apparire, visto da lontano, come facilmente intelligibile e tendenzialmente coerente, già alla luce di una speculazione un poco più attenta, rivela un tasso di caoticità e complessità non trascurabile.

1.3. A questo proposito sembra necessario operare ancora un paio di note preliminari.

Intanto, e ne sono già sintomo le considerazioni svolte nel paragrafo precedente, l'adesione di parte della giurisprudenza ad orientamenti sovrapponibili o adiacenti non implica la piena condivisione degli argomenti e dei corollari che a tali tesi sono riconducibili.

A maggior ragione, come è chiaro, giurisprudenza che perviene a conclusioni diametralmente opposte tende ad assumere posizioni antipodiche in ordine a specifici “elementi argomentativi”⁷.

In secondo luogo, la storica preminenza della tesi per cui a fronte dell'esercizio di un potere vincolato la situazione soggettiva correlata è di diritto soggettivo, non si presenta come assoluta.

La giurisprudenza non appare granitica: anche nelle pronunzie più recenti trova spazio un opinare in buona misura assimilabile alla diversa prospettiva teorica per cui, al fine di determinare se il potere amministrativo abbia carattere autoritativo o meno, debbono svolgersi riflessioni ulteriori e autonome⁸.

⁷Come si vedrà, il terreno su cui questi contrasti si sviluppano in modo più chiaro riguarda la c.d. “discrezionalità tecnica”: parte della dottrina ritiene che la presenza di valutazioni “discrezionali tecniche” sia elemento idoneo a consentire di qualificare il potere amministrativo, pur vincolato, come autoritativo, altra parte della dottrina e giurisprudenza prevalente non riconoscono tale rilevanza alla discrezionalità tecnica.

⁸Né sulle basi della “direzione” di tutela assunta dalla norma.

A questo proposito non può non rilevarsi come le divergenze maggiori rispetto alla tesi dominante di norma trovino accoglimento in seno alla giurisprudenza amministrativa⁹.

Il giudice amministrativo, in tema di esercizio del potere vincolato, si rifiuta in modo pressoché assoluto di qualificare la situazione del privato come di diritto *soggettivo sic et simpliciter*, al più (e prevalentemente) coinvolgendo anche considerazioni in ordine alla “direzione della norma”, ma appunto talvolta la giurisprudenza amministrativa sembra portare il procedere argomentativo ben più lontano dall’alveo originale incentrato sui concetti di “vincolatezza del potere” e “interesse preminentemente tutelato dalla norma primaria”.

Né può sorprendere che in seno ai due rami giurisdizionali si manifestino indirizzi giurisprudenziali differenti.

Difficile revocare in dubbio che tale dissenso “localizzato” possa essere spiegato, almeno in parte, facendo riferimento alle conseguenze derivanti dall’adesione ad una certa opzione ricostruttiva piuttosto che all’altra.

In altre parole non stupisce che la giurisprudenza della Corte di cassazione sia legata a quella tesi che, a fronte dell’esercizio di un potere vincolato, conduce a riconoscere sempre la giurisdizione ordinaria e che, di converso, la giurisprudenza amministrativa mostri consistenti deviazioni verso quelle ricostruzioni teoriche che le consentono, in buona misura, di preservare la propria giurisdizione¹⁰.

Ma sembra anche possibile spiegare altrimenti questa “divergenza giurisdizionalmente localizzata” di opinioni.

Pare del tutto ragionevole ritenere che la sensibilità del giudice ordinario e del giudice amministrativo si atteggiino diversamente in relazione alla tematica del potere amministrativo, anche in conseguenza della prospettiva giuridica e teorica sulla scorta della quale i giudici sono usi operare nella risoluzione dei conflitti portati alla loro attenzione.

In ogni modo, questo “disordine giurisprudenziale” sembra perdurare, senza che sia possibile riconoscere alcuna “svolta giurisprudenziale definitiva” a favore di una determinata opzione ricostruttiva.

⁹Cfr. F.G. SCOCA, *L’Interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., p. 440.

¹⁰*Ibidem*.

1.4. Un'analisi più accurata della giurisprudenza sembra dunque fondamentale.

Sarà così possibile venire in contatto con numerosi aspetti interessanti che arricchiranno la collezione di strumenti concettuali utili ad una più raffinata comprensione del tema in oggetto e delle problematiche ad esso connesse.

2. VARIANTI E SVILUPPO DELLA POSIZIONE STORICAMENTE DOMINANTE

2.1.1. Come si è avuta occasione di anticipare l'orientamento giurisprudenziale storicamente prevalente è quello per cui, a fronte dell'esercizio di un potere vincolato, la situazione giuridica del privato deve, o deve a certe condizioni, essere qualificata come di diritto soggettivo¹¹.

Questo indirizzo giurisprudenziale ha trovato due declinazioni, che sono sostanzialmente riconducibili agli orientamenti espressi dalle correnti dottrinali rispettivamente “tradizionale” e “fiorentina”:

Così, una parte della giurisprudenza, prevalentemente amministrativa, ha aderito alla posizione tradizionale per cui, a fronte dell'esercizio del potere vincolato, si manifesta una situazione di diritto soggettivo solo se la norma di disciplina del potere è stata posta a tutela preminente dell'interesse privato.

Altra parte della giurisprudenza, che specialmente nell'ultimo decennio sembra dominare in via pressoché assoluta in seno alla giurisdizione ordinaria, riconosce senz'altro la presenza di una situazione di diritto soggettivo a fronte dell'esercizio di un potere amministrativo vincolato.

2.1.2. Tuttavia, va ribadito, malgrado il generale accoglimento della “tesi tradizionale” da parte della giurisprudenza amministrativa, ne va riconosciuta la stabile, e pressoché assoluta, adesione ai principi “filo – fiorentini”¹² in alcune

¹¹Cfr. A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1988, p. 3 ss.

¹²Anche *ante litteram*, ove, come si è già detto, questa giurisprudenza si è affermata già prima del raggiungimento di una compiuta formulazione della propria teoria del potere vincolato da parte della Scuola fiorentina.

specifiche materie, e cioè, in particolare, in riferimento alle ipotesi concernenti prestazioni patrimoniali dovute a vario titolo dall'amministrazione ai privati¹³.

Al di là di una doverosa disamina, che sarà di seguito svolta, intorno all'attuale assetto assunto dalla giurisprudenza in questa specifica materia, sembra opportuno premettere alcune considerazioni di carattere più generale intorno all'odierna diffusione delle due ipotesi ricostruttive, "varianti della maggioritaria", in giurisprudenza.

Ove, in via preliminare, si può rilevare come la tesi più "oltranzista", in base alla quale a fronte dell'esercizio di un potere vincolato si dovrebbe manifestare sempre e comunque una posizione di diritto soggettivo, certo non trovi radicamento esclusivamente in materia di "prestazioni patrimoniali pubbliche",

Così la tesi, di recente, e non esclusivamente (seppur prevalentemente) innanzi al giudice ordinario, ha trovato variamente accoglimento in materia di sanzioni amministrative¹⁴, di funzionari onorari¹⁵, di modifiche soggettive in materia appalti¹⁶.

¹³Cfr. N. PAOLANTONIO, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte di cassazione, in L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, in A. CONTIERI, F. FRANCIOSI, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), Vol. 2, Napoli, 2010, p. 512; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., p. 10.

¹⁴Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 21 Settembre 2020, n. 19664 (ord.): "La sanzione amministrativa della chiusura temporanea dell'esercizio commerciale o del locale destinato al videogioco e alle video lotterie, prevista (...) dall'art. 24, comma 21, del d.l. n. 98 del 2011 (...) ha natura esclusivamente afflittiva e si riconduce, non già ad un potere discrezionale di vigilanza e controllo, esercitato dall'autorità amministrativa irrogante, sul settore dei giochi vietati ai minori, bensì ad un potere interamente vincolato dalla norma (...) pertanto, la giurisdizione sull'opposizione avverso la predetta sanzione amministrativa spetta al giudice ordinario".

Sembra questa un'ipotesi di particolare interesse in quanto le sanzioni sono per definizione poste a tutela dell'interesse generale e non dell'interesse del privato sanzionato, per cui risulta del tutto evidente come le SS.UU. abbiano ritenuto di non tenere affatto in considerazione il profilo della "direzione della norma" nella loro valutazione in ordine alla giurisdizione.

¹⁵Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 28 Gennaio 2020, n. 1869.

¹⁶Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 18 Novembre 2016, n. 23468 (ord.) sulla scorta dell'osservazione preliminare per cui la controversia concernente una modifica soggettiva intervenuta in corso dell'esecuzione dell'appalto "fuoriesce dalla giurisdizione esclusiva riconosciuta al giudice amministrativo in materia di procedure di affidamento di appalti pubblici" si osserva che la verifica in ordine alla sussumibilità dell'ipotesi concreta nelle fattispecie contemplate dall'art. 116 del d.lgs n. 163 del 2016 "non costituisce esplicitazione di autorità o di comparazione e ponderazione di interessi (...). Si tratta di una verifica avente carattere vincolato (...) sicchè (...) l'Amministrazione partecipa in posizione paritaria con la parte privata" per cui "le Sezioni Unite ritengono che la giurisdizione spetta al giudice ordinario"; peraltro cfr., con un orientamento non dissimile in materia di revisione del prezzo, Cons. Stato, Sez. III, 7 Luglio 2022, n. 5651 "Nelle controversie relative alla clausola di revisione del prezzo (...) la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (...) 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

Quanto ne emerge sembra essere la necessità di ricalibrare, o quantomeno puntualizzare, gli assunti offerti dalla dottrina già richiamata per quanto concerne i “rapporti di forza” che in giurisprudenza manifestano le due “varianti”¹⁷ della tesi di cui in questa sede si discorre.

2.2. La giurisprudenza ordinaria del nuovo millennio sembra in effetti sempre più propensa, soprattutto nelle pronunce più recenti, a qualificare la situazione del privato che dialoga col “potere vincolato” come senz’altro di diritto soggettivo, omettendo considerazioni in ordine alla direzione della norma¹⁸.

Emblematica di questo orientamento sembra essere Cass. civ., Sez. Un., n. 28429 del 2022 (ord.), di cui sembra opportuno richiamare alcune considerazioni, se non altro per la chiarezza con cui la Corte in questa occasione dà svolgimento al ragionamento in tema di potere vincolato.

Invero la pronunzia dovrebbe essere ritenuta di importanza primaria atteso che recentissima giurisprudenza costituzionale, proprio operando quello che sembra un *overruling* sui principi in materia di potere vincolato, l’ha espressamente richiamata in integrazione delle proprie fondamenta argomentative¹⁹.

puntualmente e compiutamente un obbligo della parte pubblica del contratto, deve riconoscersi la corrispondenza di tale obbligo ad un diritto soggettivo dell'appaltatore (...) come tale ricadente nell'ambito della giurisdizione ordinaria”; cfr., per l’affermazione di analogo principio, Cons. Stato, Sez. III, 7 Luglio 2022, n. 5651.

¹⁷Sembra in effetti che le due prospettive teoriche si possano qualificare come varianti di una medesima sensibilità giurisprudenziale, presentandosi come “assieme contrapposte” rispetto a quell’argomentare che nega completamente l’assenza di un legame tra i connotati della vincolatività e dell’autoritatività del potere amministrativo.

Le due tesi sono definite come “varianti” di un unico approccio ricostruttivo anche da I. PEILA, *Attività vincolata nel fine e giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., p. 609 ss.

¹⁸Cfr., per altro con riferimento alle materie più varie: Cass. civ., Sez. Un., 21 Settembre 2020, n. 19664 (ord.), cit.; Cass. civ., Sez. Un., 28 Gennaio 2020, n. 1869, cit.; Cass. civ., Sez. Un., 18 Novembre 2016, n. 23468 (ord.), cit.; Cass. civ., Sez. Un., 22 Luglio 2003, n. 11404; Cass. civ., Sez. lavoro, 15 Gennaio 2001, n. 480, cit.; ancora, *ex multis* in materia di concessione e revoca di contributi pubblici: Cass. civ., Sez. Un., 6 Settembre 2013, n. 20566; Cass. civ., Sez. Un., 4 Gennaio 2023, n. 146; *ex multis* in materia di revisione del prezzo in ambito di contrattualistica pubblica, Cass. civ., Sez. Un., 22 Novembre 2021, n. 35952 (ord.); Cass. civ., Sez. Un., 8 Febbraio 2022, n. 3935 (ord.); in materia di rilascio del permesso di soggiorno: Cass. civ., Sez. Un., Ordinanza, 18 Gennaio 2022, n. 1390 (ord.); e ancora: Cass. civ., Sez. Un., 25 Settembre 2017, n. 22254 (ord.); Cass. civ., Sez. Un., 11 Maggio 2018, n. 11576 (ord.); Cass., civ. Sez. Un., 28 Maggio 2020, n. 10089; Cass. civ., Sez. Un., 14 Marzo 2022, n. 8188 (ord).

¹⁹Cfr. Corte cost., 9 Febbraio 2023, n. 15 e 16.

La vicenda di fatto riguardava la doglianza rispetto ai provvedimenti di sospensione da un ordine di tecnici sanitari²⁰ in conseguenza della mancata ottemperanza di un iscritto all'obbligo di vaccinazione obbligatoria contro il SARS-CoV-2.

Il processo veniva inizialmente incardinato innanzi al giudice ordinario, che declinava la giurisdizione in favore del giudice amministrativo. Il giudice amministrativo a sua volta si riteneva privo di giurisdizione e sollevava dunque conflitto di giurisdizione innanzi alla Corte di cassazione, che ha infine riconosciuto la giurisdizione del giudice ordinario.

Il percorso argomentativo per mezzo del quale le SSUU sono giunte a tale conclusione sembra in vero chiarissimo e dimostra il pieno accoglimento della posizione teorica sviluppata in dottrina dalla c.d. Scuola fiorentina per cui, a fronte dell'esercizio di un potere vincolato, la situazione del privato deve essere senz'altro considerata di diritto soggettivo.

La Corte, in questo senso, riconosce sin da subito che “non vi è (...) alcun “provvedimento” dell’Ordine contro il quale l’interessato possa proporre ricorso” e ciò in quanto “immediatamente e direttamente contro le stesse disposizioni della fonte di rango primario, impositiva di detto obbligo, l’istante rivolge le proprie doglianze di “inefficacia” e di “illegittimità””.

Le SSUU ritengono di pervenire ad un tale ordine di conclusioni sulla scorta di “consolidata giurisprudenza di questa Corte regolatrice secondo cui appartiene alla cognizione del giudice ordinario la controversia in cui venga in rilievo un diritto soggettivo nei cui confronti la pubblica amministrazione eserciti un’attività vincolata, dovendo verificare soltanto se sussistano i presupposti predeterminati dalla legge per l’adozione di una determinata misura, e non esercitando, pertanto, alcun potere autoritativo correlato all’esercizio di poteri di natura discrezionale”.

Da quanto riportato si evince chiaramente che la Corte esclude la possibilità di riconoscere il carattere dell’autoritatività al potere amministrativo vincolato, il quale ai suoi occhi si presenta piuttosto come un “non potere”: la posizione del privato è direttamente regolata dalla legge, sicché non vi è alcun apporto della pubblica amministrazione alla modificazione della sua sfera giuridica.

²⁰Si tratta, in particolare, dell’ordine dei tecnici sanitari di radiologia medica e delle professioni sanitarie tecniche.

Ed infatti, afferma la Corte stessa, “la norma è attributiva del potere quando conferisce all'autorità amministrativa la potestà di scelta discrezionale in ordine alla disposizione degli interessi e alla fissazione del precetto giuridico. Se invece il diritto sostanziale è stato fissato dalla legge con la preventiva definizione della gerarchia degli interessi, il rapporto giuridico che viene così instaurato attiene a diritti soggettivi”.

La Corte non avrebbe potuto descrivere più nitidamente quello che, nelle sue stesse parole, è il più recente orientamento giurisprudenziale della Cassazione. In effetti pare agevole rinvenire qualche pronuncia in senso difforme solo volgendo lo sguardo ad arresti più risalenti²¹.

Il *trend* evolutivo, in fin dei conti, pare delinearsi in modo alquanto evidente.

2.3.1. Discorso considerevolmente diverso sembra dover essere svolto con riguardo alla giurisprudenza amministrativa.

Di ciò si avrà una testimonianza plastica in sede di analisi della giurisprudenza sviluppatasi in materia di albi professionali ma, anche in questo caso, come per la materia dei “contributi pubblici”, ad un’indagine più specifica al riguardo sembra opportuno premettere una disamina di carattere generale.

Così, tramite una ricostruzione *step by step* della giurisprudenza del Consiglio di Stato, dalla meno recente alla più recente, si cercherà di evidenziare la presenza di un *fil rouge* che collega alcune pronunzie del Collegio particolarmente rilevanti, quantomeno, da qualche decennio a questa parte.

In questo senso, pur non mancando oscillamenti giurisprudenziali, risulterà abbastanza chiaro come l’adesione alla “tesi tradizionale” agisca a mo’ di centro gravitazionale, sicché anche laddove occasionalmente il Consiglio di Stato si distacchi da tale posizione, finisce poi immancabilmente, nelle sue pronunzie più rilevanti, per ritornarvi.

Per questo sembra opportuno, ai fini della seguente trattazione, assumere come principale punto di riferimento le pronunzie del Collegio in Adunanza plenaria.

²¹Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 10 Agosto 1999, n. 582; Cass. civ., Sez. Un., 8 Luglio 1993, n. 7476.

In ultimo pare doveroso premettere che non sembra necessario iniziare il discorso facendo riferimento a pronunce eccessivamente risalenti²², e ciò in quanto il centro speculativo della presente trattazione riguarda proprio l'evoluzione della giurisprudenza nei tempi più recenti, in un ambito “non esaustivamente coperto” dagli studi dell'Autorevole dottrina che si ha già avuto occasione di citare.

2.3.2. Dunque sembra opportuno iniziare l'analisi a partire da Consiglio di Stato, Ad. plen., 5 Luglio 1999, n. 18.

La vicenda in esame ha riguardato, sinteticamente, l'impugnazione del provvedimento con cui era stata respinta la domanda di ammissione proposta dalla ricorrente al fine di partecipare all'esame di Stato per l'abilitazione alla professione di psicologo.

L'apposita commissione, preposta alla verifica della sussistenza dei requisiti di ammissione, ne aveva rigettato l'istanza di partecipazione, in quanto carente del requisito del “biennio di attività professionale”, previsto ai sensi dell'art. 33, comma 1, lett. b), l. n. 56 del 1989.

Il ricorso avverso il citato provvedimento di rigetto veniva accolto con la pronuncia in primo grado, quindi appellata. Il processo, inizialmente proseguito presso la Sez. IV del CDS, a seguito di apposito deferimento, si è incardinato innanzi all'Adunanza plenaria. L'Ad. plen., con Sent. 18 del 1999, ha confermato la sentenza del TAR, con conseguente rigetto del ricorso d'appello.

La pronuncia offre una serie di profili di interesse che è opportuno ripercorrere puntualmente.

Intanto, *sub specie* di breve “*excursus* preliminare”, sembra il caso di sottolineare come questa sentenza si possa collegare alla più recente giurisprudenza, cfr. in particolare CDS, Sez. VII, 25.1.2022, n. 1863, ove il giudice amministrativo ha ritenuto pacifica la propria giurisdizione a conoscere della fase di ammissione a procedure pubbliche di concorso o d'esame²³.

²²Basti a tal proposito ricordare Cons. Stato, Ad. plen., 26 Ottobre 1979, n. 25 ove già il Collegio sosteneva la necessità di qualificare la situazione del privato in base alla finalità perseguita dalla norma di disciplina/attribuzione del potere.

²³Diverso sarebbe stato il discorso se si fosse venuti a controvertere intorno al diritto dell'iscrizione all'albo professionale. A questo proposito anzi CDS Sez. VII, 25.1.2022, n. 1863, cit., ha dovuto effettuare un'opportuna riqualificazione della fattispecie portata alla sua attenzione.

Quanto più interessa sotto questo profilo e fa da Caronte la considerazione appena svolta, è che in questi casi, al fine del riconoscimento della giurisdizione amministrativa, è risultata fondamentale l'individuazione della tutela del pubblico interesse come obiettivo perseguito in via preminente dalle norme che stabiliscono i requisiti per la partecipazione ad esami e concorsi pubblici²⁴.

Chiaramente il fatto che ad un'osservazione del genere possa essere dato rilievo implica, sul piano logico giuridico, che il giudice non aderisca alla tesi per cui, a fronte dell'esercizio di un potere vincolato (quale è quello di cui in questi casi si ritiene di controvertere), la situazione del privato sia sempre e comunque da qualificarsi come di diritto soggettivo.

Al contrario, con questa sentenza, l'Adunanza plenaria si allinea, in materia di qualificazione della situazione soggettiva a fronte dell'esercizio di un potere vincolato, ad un diverso orientamento, già espresso in un suo precedente abbastanza risalente²⁵ e riaffermato in pronunzie più recenti delle Sezioni semplici²⁶.

In particolare il Collegio "afferma che la distinzione fra interessi legittimi e diritti soggettivi va fatta con riferimento alla finalità perseguita dalla norma alla quale l'atto si ricollega"²⁷.

Ma vi è di più, l'Ad. plen. dimostra di condividere a pieno il sostrato logico argomentativo che, nella ricostruzione della "Scuola dottrinale tradizionale"²⁸, dovrebbe consentire di pervenire a tale ordine di conclusioni: "la posizione di interesse legittimo si collega all'esercizio di una potestà amministrativa rivolta, secondo il suo modello legale, alla cura diretta ed immediata di un interesse della

²⁴Cfr. Consiglio di Stato, Ad. plen., 5 Luglio 1999, n. 18: la "libertà di scelta" attinente alla facoltà di iscriversi all'albo "è subordinata (...) al conseguimento dell'abilitazione, e cioè ad una condizione posta a tutela di interessi della collettività, onde, in tale fase, la tutela offerta dall'ordinamento alla pretesa del privato ad esercitare la professione risulta mediata e riflessa".

²⁵Cfr. Ad. Plen., 26 Ottobre 1979, n. 25.

²⁶Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 20 Marzo 1999, n. 284; Cons. giust. reg. sic., 18 Novembre 1998, n. 670; Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 Marzo 1998, n. 312; Consiglio di Stato Sez. IV, 10 Marzo 1998, n. 394.

²⁷Cfr. L. CARBONE, *Segnalazioni - Consiglio di Stato - Interessi legittimi e professione di psicologo*, cit. 1091 s.

²⁸*Ex multis*, G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo I*, Milano, 1983, p. 112: "si ha diritto soggettivo se la norma, pur nell'intento di perseguire un interesse generale, ha preso in considerazione l'interesse di determinati soggetti o di una categoria di soggetti ed ha inteso attribuire a questi una tutela specifica e diretta", mentre "si ha interesse legittimo se la norma è posta nell'interesse generale, ma una categoria di soggetti indirettamente tra un vantaggio specifico dalla sua osservanza"; per maggior approfondimento cfr. cap. 2, § 2.

collettività”²⁹ mentre “il diritto soggettivo nei confronti della pubblica amministrazione trova (...) fondamento in norme che, (...) pongono a carico dall'amministrazione obblighi a garanzia diretta ed immediata di un interesse individuale”³⁰.

La soluzione offerta dal Collegio, in altre parole, è legata a doppio filo alla definizione generalmente accettata di “diritto soggettivo” ed “interesse legittimo” quali situazioni di tutela, rispettivamente, immediata e mediata, dell’interesse del privato destinatario.

Ma la sentenza offre ancora alcuni spunti di riflessione che è il caso di portare in attenzione.

Intanto, sempre in ambito di ricostruzione del “criterio generale” di discrezione dell’interesse legittimo dal diritto soggettivo, il Collegio sottolinea come le norme di disciplina dell’attività amministrativa che prendono in considerazione in via diretta ed immediata l’interesse del privato siano quelle norme di “regolazione di interessi sostanziali contrapposti”³¹ riguardanti interessi “normalmente di natura patrimoniale”³².

Ed infatti, come si è già avuto occasione di ricordare, in tale materia la situazione del privato viene storicamente e stabilmente ricondotta, sia dalla giurisprudenza ordinaria che dalla giurisprudenza amministrativa, al diritto soggettivo.

In questo caso tuttavia è interessante ravvisare come, pur in *obiter dictum*, si riconosca che la qualificazione della situazione del privato come di diritto soggettivo, persino in tali ipotesi, viene attuata sulla scorta di una valutazione in ordine alla “direzione della norma”, che in materia di contributi pubblici è normalmente diretta all’esclusiva o preminente tutela dell’interesse del privato.

²⁹Cfr. Consiglio di Stato, Ad. plen., 5 Luglio 1999, n. 18, cit.

³⁰*Ivi*; come *ibidem* specificato la conseguenza è che “quanto risulti, attraverso i consueti processi interpretativi, che l’ordinamento abbia inteso tutelare l’interesse pubblico, alle contrapposte posizioni sostanziali dei privati non può che essere riconosciuta una protezione indiretta, che, da un lato, passa necessariamente attraverso la potestà provvedimentale dell’amministrazione e, dall’altro, si traduce nella possibilità di promuovere, davanti al giudice amministrativo, il controllo sulla legittimità dell’atto”; cfr., per un riferimento recente alla sentenza citata al fine di ricostruire la figura dell’interesse legittimo, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, 7^a ed., Torino, 2021, p. 282.

³¹Cfr. Consiglio di Stato, Ad. plen., 5 Luglio 1999, n. 18, cit.

³²*Ivi*; cfr. pure V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit. p. 282.

Un iter argomentativo questo che normalmente non è espresso dalla giurisprudenza ordinaria ed amministrativa su tale specifica materia.

Merita peraltro un breve cenno anche la statuizione del Collegio per cui, in presenza di esercizio di un potere vincolato, “i provvedimenti adottati sono suscettibili di censura soltanto per incompetenza e violazione di legge, e non anche per eccesso di potere, ma la differenza, che attiene alla diversa articolazione precettiva dei parametri normativi, non incide sul valore formale dell'atto e sulle conseguenti sue connotazioni”.

Se ne ricava che nell'opinione dell'Ad. plen., il provvedimento amministrativo, anche quando abbia natura vincolata, mantiene il carattere dell'autoritatività.

Vale per altro la pena di segnalare che in dottrina non è mancato chi abbia sostenuto che anche in relazione ai provvedimenti amministrativi vincolati sia configurabile il vizio di eccesso di potere³³, ma un approfondimento in tal senso in questa sede parrebbe fuori luogo.

In ogni modo ed in conclusione sul punto, sembra opportuno sottolineare ancora una volta che l'Ad. plen., 5.7.1999, n. 18 ha ritenuto di condividere il principio di diritto per cui, a fronte dell'esercizio di un potere amministrativo vincolato, la situazione giuridica del privato deve essere qualificata come di diritto soggettivo se la norma primaria ha come scopo principale o esclusivo quello di tutela dell'interesse privato, mentre deve essere qualificata come di interesse legittimo se ha come scopo preminente quello di tutela dell'interesse pubblico. In questo secondo caso, di conseguenza, il provvedimento amministrativo mantiene il carattere dell'autoritatività e la giurisdizione spetta al giudice amministrativo.

2.3.3. Tale principio di diritto, accolto anche dalla giurisprudenza degli anni seguenti³⁴, è stato ribadito dall'Adunanza plenaria dopo meno di un decennio, con la sentenza del Consiglio di Stato, Ad. plen., 24 Maggio 2007, n. 8.

³³Cfr. F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa "non discrezionale"*, Napoli, 1991, p. 92 s. “Val la pena (...) di anticipare sin d'ora, per maggiore chiarezza espositiva, le conclusioni alle quali riteniamo di pervenire: e cioè la configurabilità del vizio dell'eccesso di potere anche con riferimento all'attività amministrativa vincolata”.

³⁴Sempre in materia di concorsi pubblici, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 21 Marzo 2006, n. 1509 “quand'anche ci si trovasse di fronte ad attività vincolata, non muterebbe la sua consistenza di interesse legittimo, in quanto la qualificazione dell'interesse del privato e la sua "giuridicizzazione" avvengono, ad opera dell'ordinamento, in stretta connessione con l'interesse pubblico”; per quello che concerne l'accoglimento della “nozione ampia” di concorso pubblico proposta dall'Ad. plen. 18 del 1999, cfr., tra le plurime, Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 Giugno 2004, n. 4447.

Nella vicenda in esame la ricorrente impugnava la graduatoria definitiva in base alla quale risultava terza in conseguenza della contestata assegnazione ai primi due classificati di un punteggio doppio per il servizio da questi svolto in scuole di montagna nell'anno scolastico 2003/2004.

Le doglianze venivano accolte con la sentenza di primo grado e, in seguito al deferimento all'Ad. plen., l'appello di controparte veniva rigettato.

La questione di diritto sottoposta all'Ad. plen. merita di essere esaminata puntualmente, anche perché solo su queste basi è possibile comprendere adeguatamente la portata degli sviluppi giurisprudenziali successivi (ed in parte senz'altro contrastanti rispetto a quanto statuito nella pronuncia ora esame).

In effetti il tema del riparto giurisdizionale nella fattispecie in esame si presentava sotto un profilo del tutto peculiare.

Infatti in materia di concorsi ed esami pubblici la principale norma di regolazione della competenza risulta essere l'art. 63, d.lgs 165 del 2001³⁵, c.d. Testo Unico sul pubblico impiego, ai sensi del quale sono attribuite alla cognizione del giudice ordinario "tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni incluse le assunzioni ancorché vengano in considerazione atti presupposti", mentre sono mantenute nella cognizione del giudice amministrativo "tutte le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti della pubblica amministrazione".

Sicché la norma prevede una vera propria "riserva alla competenza"³⁶ della giurisdizione ordinaria, rispetto alla quale la devoluzione della cognizione amministrativa in materia di procedure concorsuali si presenta come "eccezione alla regola generale"³⁷ per cui le controversie inerenti rapporti di "pubblico impiego privatizzato" sono rimesse alla cognizione ordinaria.

Orbene, nel caso in esame la contesa giudiziaria concerneva l'approvazione di una graduatoria in assenza di elementi di ponderazione discrezionale e sulle basi di un

³⁵La norma in esame era originariamente contenuta all'art. 68 del d.lgs 29 del 1993, nel testo sostituito dall'art. 29, d.lgs 80 del 1998 ed è stata poi trasfusa nel d.lgs 165 del 2001 "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche".

Si tratta della normativa che disciplina il c.d. "pubblico impiego privatizzato".

³⁶Cfr. L. CARBONE, M. D'ADAMO, D. DELL'ORO, *Osservatorio - Consiglio di Stato* -, nota a sentenza (ad Ad. plen., 24 Maggio 2007, n. 8), in *Il Corriere Giuridico*, n. 8 del 2007, p. 1071.

³⁷*Ibidem*.

procedimento amministrativo alquanto essenziale. Di qui il dubbio in ordine alla possibilità di ricomprendere nella nozione di “concorso” anche quei procedimenti che conducano all’approvazione di graduatorie in assenza di valutazioni di carattere tecnico o discrezionale, ma che richiedano il semplice accertamento della presenza degli elementi di fatto al ricorrere dei quali la legge medesima prevede l’attribuzione di un determinato punteggio.

In questo senso sembra che la soluzione della questione di diritto connessa al caso concreto non richieda propriamente una statuizione di ordine generale sulla più corretta teoria ricostruttiva in tema di potere vincolato e situazione giuridica soggettiva corrispondente al suo esercizio, riguardando piuttosto la delimitazione della nozione di “concorso pubblico”, sulle cui basi è determinata, ai sensi del T.U. sul pubblico impiego, la spettanza della giurisdizione al G.O. piuttosto che al G.A. In altre parole, in questo caso, è direttamente il T.U. a disciplinare il riparto sicché la questione di giurisdizione si risolve nella corretta interpretazione del suo disposto, più che nell’individuazione, in termini generali, del criterio di riparto più adeguato.

È tuttavia evidente che i due temi sono legati a doppio filo poiché ai fini della corretta interpretazione della norma è utile, se non fondamentale, specularne la *ratio*.

In questo senso si giustifica una statuizione del Collegio di più ampio respiro, sui principi, che quindi non sembra opportuno ritenere di mero *obiter dictum*.

Ma appunto in quanto la statuizione sui principi è in questo caso strumentale all’interpretazione di una norma di legge, sembra il caso di chiarire in via preliminare quale posizione abbia assunto a tal riguardo l’Ad. plen.

In effetti l’interpretazione che il Collegio dà dell’art. 63, T.U. si presenta di carattere “estensivo” e, per l’effetto, di marcato favor per la giurisdizione amministrativa.

In particolare viene data una lettura ampia della nozione di “concorso pubblico” su cui, ai sensi del 63, T.U., si fonda l’eccezionale riconduzione delle controversie in materia di c.d. “pubblico impiego privatizzato” alla cognizione amministrativa.

Il Collegio ritiene infatti che “il discrimine tra AGO e GA [autorità giudiziaria ordinaria e giudice amministrativo] stabilito dall’art. 63, del TU 165/2001, in tema di giurisdizione nella materia del pubblico impiego privatizzato” vada inteso “nel

senso che le procedure concorsuali, che radicano la giurisdizione del G.A. [giudice amministrativo], sono quelle volte al reclutamento del dipendente, senza che abbia rilevanza a questo fine la natura della procedura concorsuale (per esami, per titoli ed esami, per soli titoli)”³⁸.

Quindi vengono fatte rientrare nella nozione di concorso pubblico anche quelle ipotesi di “esame” in cui l’attività di valutazione discrezionale (tecnica e/o in senso stretto) richiesta all’amministrazione è minima o sostanzialmente assente.

Proprio partendo da questo assunto l’Ad. plen. svolge una ricostruzione più ampia, nell’intento di individuare il fondamento razionale della norma e, dunque, di legittimarne la lettura proposta³⁹.

Il supremo giudice amministrativo inizia il suo ragionamento “riconoscendo che, secondo un certo punto di vista”⁴⁰, che risulterà non essere condiviso dall’Ad. plen., quando l’attività amministrativa preveda lo svolgimento di un “riscontro di tipo vincolato in merito alla sussistenza dei presupposti richiesti dalla norma per la produzione di taluni effetti, assume natura meramente dichiarativa”⁴¹ in quanto il potere “sarebbe per ciò solo sfornito di quell’attitudine degradatoria che sola determina l’afferenza a posizione di interessi legittimi della conseguente controversia”⁴².

Ma appunto l’Adunanza plenaria si limita a contemplare l’esistenza di questa prospettiva, per poi prenderne subito e chiaramente le distanze.

Nell’opinione del supremo Collegio infatti “sembra piuttosto che debba distinguersi, anche in seno alle attività di tipo vincolato, tra quelle ascritte all’amministrazione per la tutela in via primaria dell’interesse del privato e quelle, viceversa, che la stessa amministrazione è tenuta ad esercitare per la salvaguardia dell’interesse pubblico”⁴³.

³⁸Cfr. Consiglio di Stato, Ad. plen., 24 Maggio 2007, n. 8.

³⁹Così, dopo aver svolto il ragionamento che sarà di seguito richiamato, l’Ad. plen. riterrà che: “applicando le esposte coordinate ricostruttive, ritiene questa Adunanza Plenaria che la controversia è stata correttamente ritenuta dal giudice di primo grado di competenza del giudice amministrativo”.

⁴⁰Cfr. L. CARBONE, M. D’ADAMO, D. DELL’ORO, *Osservatorio - Consiglio di Stato* -, nota a sentenza, 2007, cit.

⁴¹Cfr. Consiglio di Stato, Ad. plen., 24 Maggio 2007, n. 8, cit.

⁴²*Ivi*.

⁴³*Ivi*.

Dunque, in questa sede l'Ad. plen. ribadisce una convinta adesione alla teoria tradizionale. E ciò emerge chiaramente dal tenore letterale della pronunzia, ove si sostiene che “anche a fronte di attività connotate dall'assenza in capo all'amministrazione di margini di discrezionalità valutativa o tecnica (...) occorre avere riguardo, in sede di verifica della natura della corrispondente posizione soggettiva del privato, alla finalità perseguita dalla norma primaria, per cui quando l'attività amministrativa, ancorché a carattere vincolato, tuteli in via diretta l'interesse pubblico, la situazione vantata dal privato non può che essere protetta in via mediata, così assumendo consistenza di interesse legittimo”⁴⁴.

In conseguenza della lettura estensiva della nozione di concorso pubblico e del suffragamento della stessa sul piano dei principi, l'Ad. plen. ha dunque ritenuto corretto l'incardinamento del processo innanzi al giudice amministrativo.

Infatti, come è chiaro, l'adesione ad un certo criterio ai fini della qualificazione della situazione soggettiva porta con sé “il conseguente precipitato processuale in punto di giurisdizione”⁴⁵ sicché il Collegio, avendo riconosciuto che nel caso portato alla sua attenzione la “norma primaria” aveva funzione preminente di tutela dell'interesse pubblico, ha dovuto senz'altro qualificare la posizione del privato come di interesse legittimo e quindi ribadire la giurisdizione amministrativa sulla controversia.

Ebbene, al di là delle specifiche peculiarità del caso concreto testé evidenziate, il principio di diritto enunciato dall'Ad. plen. n. 8 del 2007 in tema di potere vincolato e situazione soggettiva correlata al suo esercizio sembra chiarissimo. Un tale orientamento ha trovato forte accoglimento in seno alla giurisprudenza amministrativa successiva, anche nelle pronunzie più recenti⁴⁶.

⁴⁴*Ivi.*

⁴⁵*Ivi.*

⁴⁶*Ex multis* tra le sentenze che richiamano espressamente non solo il principio di diritto enunciato dall'Ad. plen. n. 8 del 2007, ma la pronunzia stessa: Consiglio di Stato, Sez. III, 5 Dicembre 2022, n. 10648; Cons. Stato, Sez. VII, 25 Gennaio 2022, n. 1863, cit.; Cons. Stato, Sez. V, 28 Febbraio 2022, n. 1418; Cons. Stato, Sez. III, Sent., 3 Ottobre 2022, n. 8434; Cons. Stato, Sez. III, 10 Novembre 2022, n. 9822, cit. ove si sostiene essere “pacifica giurisprudenza di questo Consiglio” quella per cui “in assenza di specifiche disposizioni di legge che attribuiscono la giurisdizione ad altri giudici, sussiste la giurisdizione amministrativa quando la legge abbia attribuito all'Amministrazione un potere vincolato, volto a tutelare gli interessi pubblici”, peraltro in tale pronunzia il Collegio, dopo aver effettuato il richiamo ad Ad. plen. n. 8 del 2007 ed alla “pacifica giurisprudenza” che ne è conseguita, sembra invero propenso ad assumere posizioni ancora più nette nel senso della qualificazione della posizione del privato in termini di interesse legittimo: “le posizioni correlative ad un provvedimento espressione di un pubblico potere - ancorché vincolato e

2.3.4. A questo proposito sembra però imprescindibile operare un ulteriore chiarimento.

Sembra infatti che l'Ad. plen., con sentenza n. 11 del 12 Luglio 2011, sia in qualche misura “tornata sui suoi passi”, rispetto a quanto sostenuto nell'arresto n. 8 del 2007.

È dunque necessario chiarire in che termini ciò sia vero ed in che misura si possa ritenere rilevante ai fini della nostra trattazione.

Innanzitutto è opportuno richiamare ancora una volta, sinteticamente, la vicenda di fatto.

Il caso riguardava l'impugnazione di una graduatoria provinciale da parte di una professoressa la quale contestava la miglior posizione di un collega ottenuta sulla scorta di un accordo transattivo intervenuto con l'amministrazione scolastica.

Il TAR adito al fine di ottenere l'annullamento della graduatoria ha declinato la propria giurisdizione. La ricorrente ha quindi riassunto nei termini innanzi al giudice civile, nel contempo appellando la sentenza del TAR.

Il giudice competente, Consiglio di Stato, Sez. IV, ha ritenuto di dover rinviare la questione all'Ad. plen., avendo verificato la sussistenza di un contrasto giurisprudenziale tra quanto statuito dall'Ad. plen., n. 8 del 2007 (e seguenti pronunce del Consiglio di Stato⁴⁷) e l'orientamento delle Sez. Un. della Cassazione⁴⁸.

L'Ad. plen. ha rigettato l'appello, confermando il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Il supremo Collegio ha ritenuto in tal senso sulla base di due ordini distinti di considerazioni.

Un primo piano argomentativo attiene alla riconduzione dell'operato dell'amministrazione scolastica nell'alveo dell'attività propria del datore di lavoro, per cui, con riferimento alla predisposizione della graduatoria, “si tratta di atti

pur quando l'accertamento del suo presupposto sia rimesso alla competenza di un'altra autorità amministrativa - sono di interesse legittimo”; cfr., per un piuttosto recente accoglimento del principio di diritto in assenza di un espresso richiamo all'Ad. plen. n. 8 del 2007, Cons. giust. amm. Sicilia, 13 settembre 2021, n. 802.

⁴⁷In particolare: Cons. Stato, sez. VI, 14 Ottobre 2010, n. 7510; Cons. Stato sez. VI, 2 Aprile 2010, n. 1898.

⁴⁸In particolare, la più prossima rispetto alla pronuncia in esame, Cass. Sez. Un., 13 Febbraio 2008, n. 3399 (ord.).

gestori del datore di lavoro pubblico a seguito della già avvenuta instaurazione del rapporto di pubblico impiego”⁴⁹, ove i soggetti inseriti in graduatoria sono già in possesso del titolo abilitante all’esercizio della professione, essendo stato dunque già superato il momento selettivo⁵⁰.

Quindi non ci si troverebbe in una fase “concorsuale”, che in quanto tale avrebbe consentito il riconoscimento della giurisdizione amministrativa nei termini di cui all’art. 63 T.U., ma in una fase successiva, in cui l’amministrazione opera come datore di lavoro.

Ma l’Ad. plen. dà sviluppo anche ad un ulteriore argomento e ciò nell’intento di negare che l’attività di predisposizione delle graduatorie provinciali possa essere considerata sotto alcun profilo come manifestazione di una procedura concorsuale⁵¹.

A questo proposito il Collegio afferma che “sotto l’aspetto sostanziale l’istituto delle graduatorie degli insegnanti - dal che consegue la questione dell’accertamento del diritto alla giusta collocazione in graduatoria - consiste nella formazione di un elenco periodicamente aggiornato, in assenza di ogni margine di discrezionalità in ordine alla valutazione dei titoli”⁵².

L’assenza di margini di discrezionalità valutativa sembra essere letto dall’Ad. plen. come un elemento determinante ai fini della qualificazione del procedimento amministrativo come “concorso pubblico”, talché “l’affermazione della residuale giurisdizione amministrativa sulle controversie inerenti a procedure concorsuali per l’assunzione (...), deve essere limitata quindi a quelle procedure che iniziano con l’emanazione di un bando e sono caratterizzate dalla valutazione comparativa dei candidati”⁵³.

⁴⁹Cfr. Cons. Stato, Ad. plen. 12 Luglio 2011, n. 11.

⁵⁰Quindi la normativa che disciplina l’attività di formazione della graduatoria si rivolge ad una fase in cui il momento di tutela dell’interesse pubblico è già stato superato, perciò si potrebbe dire che tale normativa è posta a tutela del solo interesse privato.

Nelle parole dell’Ad. plen. 11 del 2011, la gestione della graduatoria avviene “a seguito della formazione di un elenco nel quale sono utilmente collocati soggetti già in regolare possesso del c.d. “titolo abilitante” per l’insegnamento ed in attesa soltanto dell’immissione in ruolo (...) consegue da ciò che la situazione giuridica soggettiva, vantata dagli iscritti nelle graduatorie in discorso, è definita di “diritto soggettivo””.

⁵¹Cfr. Cons. Stato, Ad. plen. 12 Luglio 2011, n. 11. Ivi, ancora in questo senso: si tratta di atti afferenti ad un “rapporto già instaurato e quindi di [mera] gestione della graduatoria utile per l’eventuale assunzione”.

⁵²Ivi.

⁵³Ivi.

Una volta chiarito il percorso argomentativo seguito dall'Ad. plen. è quindi possibile puntualizzarne la portata e dunque determinarne la rilevanza rispetto al tema del potere vincolato e della situazione soggettiva che fa fronte al suo esercizio.

Si può iniziare con un paio di osservazioni sul “primo piano argomentativo” su cui il Collegio ha operato, e cioè quello che volge alla riconduzione dell'operato dell'amministrazione nel caso in esame ad una “fase” in cui opera come datore di lavoro in senso proprio.

Già solo per questo l'Ad. plen. ritiene di dover assicurare la giurisdizione del giudice ordinario, dovendosi qualificare la situazione del privato come di diritto soggettivo.

Ma a questo proposito si deve ravvisare come la posizione dell'Ad. plen. non possa in alcun modo essere letta nel senso di un disallineamento rispetto alla “teoria tradizionale” per cui all'esercizio di un potere vincolato corrisponde una situazione di interesse legittimo solo se la “norma primaria” è posta a prevalente tutela dell'interesse pubblico.

Intanto, sulla scorta delle osservazioni svolte in merito alla natura della “fase” in cui l'amministrazione opera nel caso, la giurisdizione ordinaria deve essere assicurata sulle basi di una specifica previsione di legge, non in conseguenza della corretta applicazione di “principi generali”.

Infatti, come già ricordato, il T.U. sul pubblico impiego riserva alla cognizione ordinaria le controversie in materia di pubblico impiego privatizzato, fatta eccezione per quelle concernenti “concorsi pubblici”. È dunque chiaro che laddove ci si trovi in materia di pubblico impiego privatizzato e l'amministrazione non operi in una fase concorsuale deve essere garantita la giurisdizione ordinaria.

E questo, come è già stato puntualizzato, è il caso.

In secondo luogo va evidenziato come addirittura, nelle considerazioni svolte dall'Ad. plen., si possa riconoscere l'influsso del ragionamento tradizionale sulla “direzione della norma”.

Infatti, a ben vedere, il Collegio sembrerebbe interpretare il T.U. sul pubblico impiego proprio nel senso di assicurare l'incardinamento innanzi al giudice amministrativo delle controversie che involgono elementi di pubblico interesse, ed

innanzi al giudice ordinario di quelle che involgono soltanto questioni di interesse privato.

In questo senso in effetti: la giurisdizione amministrativa viene assicurata in presenza di procedimenti concorsuali, e cioè di procedure selettive poste a presidio dell'interesse pubblico, mentre la giurisdizione ordinaria viene assicurata una volta che il titolo abilitante sia stato già ottenuto, potendosi sostenere che l'interesse pubblico primario sia già stato garantito in una fase preliminare.

La lettura della pronunzia testé proposta sembra essere suffragata dalla reiterata affermazione del Collegio per cui, con riferimento al corretto inserimento in graduatoria, il privato si trova in situazione di "diritto soggettivo" in quanto si trova già in possesso del titolo abilitante⁵⁴.

Quindi, da questo ordine di considerazioni dell'Ad. plen., non si possono ricavare elementi utili nel senso di un "allontanamento" dalla "teoria tradizionale sulla direzione della norma", al contrario.

Il secondo ordine di argomenti avanzato dal supremo Collegio attiene poi alla delimitazione della nozione di concorso pubblico, ai fini della determinazione dell'ambito applicativo dell'art. 63, co. 4, T.U. sul pubblico impiego, norma regolatrice della giurisdizione.

Come già ricordato, nella ricostruzione offerta dall'Ad. plen., sarebbero qualificabili come concorso pubblico "quelle procedure che iniziano con l'emanazione di un bando e sono caratterizzate dalla valutazione comparativa dei candidati"⁵⁵, mentre non vi rientrerebbe la formazione delle "graduatorie degli

⁵⁴In questo senso, per citare alcuni estratti dalla sentenza richiamati anche in L. CARBONE, M. D'ADAMO, D. DELL'ORO, *Osservatorio - Consiglio di Stato - Pubblico impiego, nota a sentenza* (ad Ad. plen. n. 11 del 2011), *Il Corriere Giuridico*, n. 9 del 2011, p. 1213: "nella fattispecie della giusta posizione o collocazione nella graduatoria permanente o ad esaurimento degli insegnanti, vengono in considerazione atti che non possono che restare ricompresi tra le determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato ai sensi dell'art. 5, comma 2 d.lgs. n. 165 del 2001, di fronte ai quali sussistono soltanto diritti soggettivi, poiché la pretesa consiste (solo) nella conformità o difformità a legge degli atti inerenti al rapporto già instaurato e quindi di gestione della graduatoria utile per l'eventuale assunzione"; e ancora "si verte in tema di accertamento di diritti di docenti già iscritti"; ed ancora quando l'Ad. plen. afferma che la graduatoria viene formulata sulla base di un "elenco nel quale sono utilmente collocati soggetti già in regolare possesso del c.d. "titolo abilitante" per l'insegnamento ed in attesa soltanto dell'immissione in ruolo" ove dunque "la situazione giuridica soggettiva, vantata dagli iscritti nelle graduatorie in discorso, è definita di "diritto soggettivo".

⁵⁵Cfr. Cons. Stato, Ad. plen. 12 Luglio 2011, n. 11.

insegnanti”⁵⁶ che invece viene operata “in assenza di ogni margine di discrezionalità in ordine alla valutazione dei titoli”⁵⁷.

E, sembra opportuno sottolinearlo subito, l’Ad. plen. con la pronunzia n. 11 del 2011, a differenza di quanto fatto con la pronunzia n. 8 del 2007, non ritiene di dover espressamente giustificare la propria opzione interpretativa sviluppando un ragionamento sul piano dei principi.

In altre parole, mentre Ad. plen. del 2007 aveva fatto propria una lettura “ampia” della nozione di concorso pubblico sulla scorta di valutazioni in ordine alla “direzione della norma”, l’Ad. plen. del 2011, che accoglie una nozione “ristretta” di concorso pubblico, non ritiene di farlo operando una preventiva negazione dell’assunto teorico su cui l’Ad. plen. del 2007 aveva sviluppato il proprio ragionamento.

In altre parole l’interpretazione alternativa della nozione di concorso pubblico che viene fornita dall’Ad. plen. del 2011 non deriva da un (quantomeno esplicito) diverso opinare sul piano dei principi.

Si potrebbe anzi osservare, ricollegandosi a quanto richiamato poco prima in ordine al “primo piano argomentativo” su cui ha operato il Collegio, che la nozione ristretta di concorso pubblico accolta dall’Ad. plen. del 2011 potrebbe giustificarsi in termini di “teoria tradizionale sulla direzione della norma”.

Infatti, come l’Ad. plen. stessa ha argomentato, i soggetti che devono essere inseriti in graduatoria sono già in possesso del titolo abilitante, sicché la normativa strettamente vincolistica che disciplina la formazione delle graduatorie non si potrebbe ritenere posta a tutela dell’interesse pubblico in quanto già garantito in una fase precedente.

Ricostruendo le fila del discorso, intanto è fuor di dubbio che l’Ad. plen. n. 11 del 2011 giunga a conclusioni antipodiche rispetto a quelle accolte nell’Ad. plen. n. 8 del 2007 con specifico riferimento al tema del riconoscimento alla giurisdizione

⁵⁶Ivi.

⁵⁷Ivi; cfr. anche G. FERRARI, L. TARANTINO, *Osservatorio amministrativo - la plenaria sul riparto di giurisdizione in tema di procedure concorsuali per l’assunzione nel pubblico impiego*, nota a sentenza (ad Ad. Plen., 12 Luglio 2011, n. 11), in *Urbanistica e appalti*, n. 9 del 2011, p. 1116: “in un sistema che assegna alla giurisdizione del G.A. le controversie aventi ad oggetto procedure concorsuali *strictu sensu* intese non possono rientrarvi quelle che non siano caratterizzate dalla presenza di un bando, di una fase valutativa e dell’approvazione della graduatoria”.

ordinaria piuttosto che amministrativa in relazione alle controversie sulle graduatorie provinciali, che sono stilate sulla base di parametri “strettamente vincolati” dalla legge.

Tuttavia, come si è sin qui diffusamente argomentato, si ha buon gioco nell’affermare che il Collegio, con la pronunzia del 2011, non abbia inteso far propria una posizione contraria a quella assunta nel 2008 in ordine ai principi in tema di qualificazione della situazione soggettiva a fronte dell’esercizio di un potere vincolato.

A favore di una conclusione di questo tipo sembrano operare due ulteriori considerazioni.

Una prima riguarda l’ambiguità che l’Ad. plen. n. 11 del 2011 mantiene sul punto. Essendo che l’Ad. plen. n. 8 del 2007 ha a suo tempo fondato il proprio procedere argomentativo sul tema della relazione intercorrente tra diritto soggettivo e potere vincolato, ci si sarebbe aspettati che, con una pronunzia di “*overruling*” nell’interpretazione della normativa del T.U., proprio tali considerazioni sarebbero state oggetto di ripensamento.

Invece il Collegio non ha voluto affrontare il tema in modo espreso, e ciò sembra persuadere del fatto che abbia ritenuto di pervenire a conclusioni differenti operando su piani argomentativi diversi, non interferenti con la “teoria del potere vincolato”.

Il secondo elemento attiene all’atteggiamento della giurisprudenza successiva: in effetti si è già ricordato come la giurisprudenza sul potere vincolato, anche la più recente, operi richiami costanti ad Ad. plen., n. 8 del 2007 ed al principio di diritto in essa contenuto.

Anche ciò sembra persuadere del fatto che con l’Ad. plen., n. 11 del 2011 il Collegio non abbia inteso operare un rifiuto della “teoria tradizionale sulla direzione della norma”.

Sul piano esegetico, ove sia svolta un’analisi attenta della pronunzia, non sembra agevole giungere a diverse conclusioni.

Si può dunque ritenere che Ad. plen. n. 11 del 2011 sia senz’altro una pronunzia di *overruling* di Ad. plen. n. 8 del 2007, ma che non lo sia sul piano dei principi

operanti in materia di potere vincolato e situazione soggettiva corrispondente al suo esercizio⁵⁸.

2.3.5. Quindi, in sintesi, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha da ultimo dimostrato la propria adesione alla “tesi tradizionale sulla direzione della norma” con l'arresto n. 8 del 2007, senza che si possa riconoscere nella sua giurisprudenza successiva un cambiamento di prospettiva.

Peraltro, come già ricordato in *infra* § 2.3.3., la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato sembra allinearsi alla ricostruzione operata in tale arresto, spesso non mancando di richiamarlo espressamente.

Ma se l'orientamento prevalente del Consiglio di Stato accoglie la “tesi tradizionale sulla direzione della norma”, si deve riconoscere che con ciò si pone in sostanziale contrasto rispetto alla giurisprudenza della Corte di cassazione che, come già ricordato, ad oggi sembra granitica nell'adesione alla tesi per cui, a fronte dell'esercizio di un potere vincolato, la situazione soggettiva correlata debba essere qualificata come di diritto soggettivo *sic et simpliciter*.

Né, come anticipato in *infra* § 1.3., questa difformità di opinioni può sorprendere.

La Corte di cassazione fa propria quella prospettiva teorica che estende maggiormente i confini della propria giurisdizione.

Il massimo giudice amministrativo tende invece ad aderire a quella teoria “mediana” che, al contempo, consente di difendere ampi spazi giurisdizionali e di trovare un buon tasso di armonia rispetto alla posizione espressa dal giudice regolatore della giurisdizione. Un'operazione senz'altro legittimata dall'autorevolezza della tesi, storicamente forte sia in giurisprudenza che in dottrina.

Sembra insomma che si abbia a che fare con un “primo e più morigerato” tentativo di difesa delle proprie attribuzioni da parte del giudice amministrativo.

Ma, come si avrà occasione di vedere, talvolta sembra che il giudice amministrativo si è spinga oltre, adoperando percorsi argomentativi che paiono in buona misura

⁵⁸Così, come si osserva in G. FERRARI, L. TARANTINO, *Osservatorio amministrativo - la plenaria sul riparto di giurisdizione in tema di procedure concorsuali per l'assunzione nel pubblico impiego*, nota a sentenza, cit., se “in definitiva a giudizio della Plenaria appare condivisibile l'orientamento delle Sezioni Unite che supera l'impostazione estensiva sulla nozione di procedura concorsuale offerta dalla Plenaria n. 8/2007”, nessuna conseguenza pare che se ne possa trarre sul piano dei principi in tema di rapporto tra situazione soggettiva e potere vincolato.

autonomi rispetto alle usuali considerazioni in ordine alla vincolatezza del potere ed alla direzione della norma.

Per altro, come si è già avuta occasione di vedere, non mancano propensioni di senso diametralmente opposto, specie in materia di “prestazioni patrimoniali pubbliche”, ove anche la giurisprudenza amministrativa si avvicina maggiormente alle posizioni del giudice ordinario, qualificando la situazione del privato, a fronte dell’esercizio di un potere vincolato, come senz’altro di diritto soggettivo.

2.4.1. A questo punto il quadro sulla più recente evoluzione della posizione dominante in giurisprudenza sembra pressoché completo.

Pare opportuno tuttavia portare a compimento il discorso richiamando anche alcune pronunzie della Corte costituzionale.

In effetti la Consulta sembra aver di recente cambiato il proprio orientamento in ordine ai principi operanti in materia di potere vincolato, per cui un’indagine a riguardo potrebbe fornire una buona prospettiva sulla futura evoluzione del dibattito intorno a potere vincolato e situazione soggettiva correlata al suo esercizio.

2.4.2. Sembra infatti che la Corte a lungo abbia aderito al principio espresso con Corte cost., 16 Aprile 1998, n. 127: una pronunzia risalente ma la cui perdurante importanza è testimoniata dai recenti richiami ad essa operati dal Consiglio di Stato⁵⁹.

Con la sentenza in esame la Corte affrontava la questione di legittimità costituzionale di una legge della Regione Lazio con cui veniva istituito un Parco naturale - archeologico.

Il giudice *a quo*, giudice ordinario, aveva sollevato questione di legittimità costituzionale in ambito di un giudizio possessorio ex 703 c.p.c., attivato dal proprietario di un terreno avverso i provvedimenti comunali attuativi della legge regionale istitutiva del Parco.

La Corte ha ritenuto la questione di legittimità costituzionale inammissibile per “palese difetto di giurisdizione del giudice remittente”.

Ciò ha fatto sulla base di più argomenti, ma solo uno di essi sembra in questa sede interessante.

⁵⁹Cons. Stato, Sez. III, 10 Novembre 2022, n. 9822.

A questo proposito la Corte prende le proprie mosse argomentative ricordando che “il giudice *“a quo”*, per dimostrare l'esistenza della sua *“potestas iudicandi”*, richiama (...) in primo luogo che mancherebbe nella specie qualsiasi potere discrezionale in capo al Comune resistente (in ordine al consentire, o meno, il compimento di determinate attività agricole)”.

In altre parole il giudice *a quo* avrebbe sostenuto la sussistenza della propria giurisdizione sulla scorta della tesi “fiorentina”, per cui, a fronte dell'esercizio di un potere vincolato, la situazione giuridica soggettiva deve essere qualificata come di diritto soggettivo, dovendo dunque essere assicurata la cognizione del giudice ordinario.

Ma la Corte costituzionale rigetta con forza tale ricostruzione ritenendo che sia “un postulato privo di qualsiasi fondamento” quello in base al quale “di regola, al carattere vincolato del provvedimento corrispondano situazioni giuridiche qualificabili quali diritti soggettivi e, per converso, all'area della discrezionalità amministrativa quelle definibili come interessi legittimi”.

La statuizione della Corte merita invero qualche riflessione addizionale.

Se infatti si può agevolmente sostenere che “al carattere vincolato del provvedimento” non corrispondano necessariamente “diritti soggettivi”, risulta invece difficilmente intelligibile l'affermazione per cui “all'area della discrezionalità amministrativa” non corrispondano necessariamente situazioni “definibili come interessi legittimi”.

Non sembra in vero che si possa interpretare la statuizione della Corte alla luce dell'autorevole ma assai risalente e completamente superata dottrina la quale ammetteva che a fronte dell'esercizio di un potere discrezionale la situazione del privato potesse effettivamente qualificarsi come di diritto soggettivo⁶⁰.

Tale ricostruzione, come si è già avuto occasione di osservare (cap. 2, § 2.3., in particolare nota 17), non è sostenibile alla luce della dottrina gianniniana della discrezionalità, pacifica già da decenni alla data della pronunzia in esame.

Piuttosto due sembrano essere le chiavi di lettura adoperabili in questo frangente.

⁶⁰Cfr., *ex plurimis*, G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in Foro Amm., 1940, p. 59.

Una prima, forse meno persuasiva, consentirebbe di leggere la statuizione della Corte nell'ottica di una "dissociazione" tra le riflessioni operate sul piano della discrezionalità/vincolatezza e quelle operate sul piano dell'autoritatività/non autoritatività del potere amministrativo.

La Corte potrebbe aver voluto sottolineare l'autonomia della categorie concettuali, per dunque negare che una valutazione in ordine alla vincolatezza del potere possa consentire di effettuare un giudizio in ordine ai suoi connotati di autoritatività.

Una seconda chiave di lettura, che pare forse più solida, trova un riscontro letterale nella statuizione della Corte, laddove non si parla di potere discrezionale bensì di "area della discrezionalità amministrativa".

In questo senso sarebbe agevole riconoscere come all'esercizio di un potere discrezionale possono essere "mediatamente" riconducibili situazioni giuridiche di diritto soggettivo⁶¹, indirettamente influenzate dall'esercizio di tale potere.

Una tale prospettiva sarebbe stata riaffermata con chiarezza dalla giurisprudenza costituzionale successiva, come si è sviluppata a partire da C. cost. 204 del 2004 in poi, ove la Corte ha ritenuto che proprio (e soltanto) tali situazioni di diritto possano rientrare nell'area di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In ogni modo, quanto in questa sede maggiormente interessa, è il chiarissimo rifiuto della ricostruzione per cui in presenza di un potere vincolato la situazione soggettiva correlata debba necessariamente essere qualificata come di diritto soggettivo.

2.4.3. L'orientamento accolto dalla Corte con la pronuncia testé esaminata sembra che a lungo non sia stato smentito dalla giurisprudenza costituzionale successiva.

In questo senso si può richiamare Corte cost., 26 Gennaio 2007, n. 11⁶², in particolare nella parte in cui, similmente a quanto è accaduto nel caso sovra esaminato, la Corte ha dovuto valutare dell'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale sotto il profilo della sussistenza di giurisdizione del giudice *a quo*.

⁶¹In quanto tali non riferibili direttamente al potere discrezionale ma rientranti nell'"area" giuridica influenzata dall'esercizio del potere discrezionale.

⁶²Richiamata anche in Ad. plen. n. 8 del 2007.

La Corte in tale occasione ha riconosciuto che il TAR remittente “ha motivato in modo plausibile in ordine alla sussistenza della propria giurisdizione in materia di controversie relative alle procedure concorsuali per le assunzioni di personale delle amministrazioni pubbliche a norma dell'art. 63, comma 4 [T.U. sul pubblico impiego]”.

Il giudizio innanzi alla Corte si inseriva infatti in una vicenda concernente la predisposizione delle graduatorie provinciali dei docenti: una materia in relazione alla quale, come si è già avuto occasione di osservare analiticamente, si è sviluppato un acceso dibattito giurisprudenziale.

In quest’ottica la pronuncia in esame può essere letta come di sostegno all’assunto espresso in Ad. plen. n. 8 del 2007⁶³ in base al quale, in relazione alla predisposizione delle suddette graduatorie, malgrado si verta in ipotesi di esercizio di potere vincolato, sussisterebbe la giurisdizione amministrativa e ciò perché, a fronte dell’esercizio di un potere vincolato, la situazione del privato deve essere qualificata come di interesse legittimo se la norma primaria è posta a preminente presidio dell’interesse pubblico.

Per queste ragioni, in sostanza, sembra che C. cost. n. 11 del 2007 possa essere interpretata come “in linea” rispetto al principio di diritto affermato in C. cost. n. 127 del 1998, per cui a fronte dell’esercizio di un potere vincolato la situazione soggettiva non può essere qualificata *tranchante* come di diritto soggettivo.

2.4.4. Ma, come è stato anticipato, sembra che la Corte abbia da ultimo cambiato posizione, così, in particolare, in due sentenze “gemelle” del Febbraio 2023: Corte cost., 9 Febbraio 2023, n. 15 e Corte cost., 9 Febbraio 2023, n. 16.

Entrambi i giudiziolgevano alla dichiarazione di incostituzionalità di una serie di “misure urgenti” adottate tramite vari d.l. negli anni 2021-2022 al fine di contenere la diffusione dell’epidemia di SARS-CoV-2.

Tali disposizioni predisponavano sostanzialmente un meccanismo normativo per cui, stante l’inadempimento dell’obbligo vaccinale da parte di un soggetto, si producevano necessariamente degli effetti giuridici negativi nei suoi confronti.

⁶³La pronuncia della C. cost in esame è stata infatti espressamente richiamata in Ad. plen. n. 8 del 2007.

Le questioni di costituzionalità venivano quindi a riguardare un'ipotesi classica di esercizio di "potere vincolato": all'accertamento della sussistenza di presupposti di fatto puntualmente definiti dalla legge doveva seguire l'adozione di un atto da parte dell'amministrazione a cui corrispondeva la produzione (o, se così si vuole sostenere, il riconoscimento dell'avvenuta insorgenza) di effetti giuridici completamente predeterminati nel loro contenuto dalla legge.

In entrambe le pronunzie la statuizione della Corte che risulta interessante ai fini della nostra trattazione attiene alla dichiarazione di inammissibilità (per quello che concerne Corte cost., n. 15 del 2023, solo parziale⁶⁴) del quesito di legittimità costituzionale, dovuto alla carenza di giurisdizione del giudice *a quo*, il quale era, in entrambi i casi, il giudice amministrativo.

Ciò implica, è forse il caso di puntualizzarlo, che la sussistenza di giurisdizione amministrativa non è stata ritenuta plausibile: sarebbe stata sufficiente la non implausibilità in ordine alla sussistenza di giurisdizione amministrativa per permettere di riconoscere la legittimazione del giudice a sollevare quesito di legittimità costituzionale.

In questo senso, in C. cost. 15 del 2023, la Corte ha ritenuto di disattendere la ricostruzione del giudice remittente, TAR Lombardia, per cui "pur a fronte di un'attività amministrativa priva di margini di valutazione discrezionale, quale quella delineata dalla disciplina in oggetto a tutela dell'interesse pubblico, si configurerebbe una situazione soggettiva di interesse legittimo del privato".

La Corte in questo primo caso arriva a negare la giurisdizione amministrativa sulla scorta di due linee argomentative.

La prima di queste sembra meno interessante ai fini della trattazione in esame, fondando sulla "riserva di giurisdizione ordinaria" operata direttamente dalla legge in materia di c.d. pubblico impiego privatizzato: come si è già avuto occasione di puntualizzare, essendo che la giurisdizione è in tal caso ripartita sulla scorta di

⁶⁴In tale sede infatti la Corte aveva riunito l'analisi di numerose questioni di legittimità costituzionale, sollevate da diverse giudici: dal Tribunale ordinario di Brescia, dal Tribunale ordinario di Catania, dal Tribunale ordinario di Padova e, per quanto interessa in particolare in questa sede, dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia. Sicché la carenza di giurisdizione del TAR Lombardia non ha impedito l'ottenimento di una pronunzia nel merito della questione rispetto ai quesiti sollevati dagli altri giudici remittenti.

un'espressa previsione di legge, non necessita lo sviluppo di un ragionamento in tema di potere vincolato, ed infatti la Corte a tale ragionamento non dà corso.

Il secondo piano argomentativo fatto proprio dalla Corte si presenta invece come di estremo rilievo.

Il Giudice delle leggi richiama infatti espressamente le SSUU 28429 del 2022 (ord.), che, come si è avuta occasione di verificare analiticamente in *infra* §2.3., “in un caso analogo”⁶⁵ hanno argomentato in modo compiuto in ordine alla necessaria sussistenza di giurisdizione ordinaria qualora si verta in contesa concernente l'esercizio di un potere amministrativo vincolato.

La Corte costituzionale in questa sede ha chiarito come, nella ricostruzione della Suprema Corte di cassazione, il potere vincolato sia in realtà un “non potere”, essendo assente il momento di mediazione dell'amministrazione rispetto alla produzione degli effetti giuridici previsti dalla legge, sicché, indipendentemente dalla “direzione di tutela” assunta dalla norma primaria, la situazione del privato deve essere sempre qualificata come di diritto soggettivo e la giurisdizione deve dunque spettare al giudice ordinario.

Va tuttavia rilevato come, nella pronuncia in esame, la Consulta non riproduca puntualmente gli argomenti contenuti in SSUU 28429 del 2022, limitandosi: a richiamare la sentenza, a rilevare come in tal caso sia stata riconosciuto come avente primario rilievo “il diritto soggettivo a continuare ad esercitare la professione sanitaria” ed a trarne dunque che “in conformità a tale orientamento, l'evidente carenza di giurisdizione del giudice rimettente comporta l'inammissibilità delle questioni sollevate dal TAR Lombardia”.

Il mancato richiamo “punto per punto” agli argomenti contenuti nell'arresto della Suprema Corte non sembra tuttavia in grado di mettere in dubbio l'adesione della Consulta alla tesi ivi sostenuta: sia perché la Corte stessa afferma di agire “in conformità a tale orientamento”, sia perché tale omissione argomentativa si spiega facilmente alla luce della necessità di sintetizzare una sentenza di più di trentacinque pagine, sia perché, nella pronuncia “gemella” che sarà più puntualmente analizzata qui di seguito, l'adesione al principio di diritto espresso dalla Cassazione si manifesta in modo del tutto evidente.

⁶⁵Cfr. Corte cost., 9 Febbraio 2023, n. 15.

In questo senso Corte cost., 9 Febbraio 2023, n. 16, dopo aver richiamato SSUU 24829 del 2023, dà corpo ad un riferimento ben più chiaro agli argomenti ivi contenuti, sostenendo che, in ipotesi di esercizio di un potere vincolato⁶⁶, “viene in rilievo un diritto soggettivo - nella specie, quello ad esercitare la professione sanitaria - non intermediato dall'esercizio del potere amministrativo” e ciò in quanto la “sospensione dall'esercizio della professione sanitaria (...) “discende, in modo automatico” dall'accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale”.

È quindi evidente come, nell'ottica assunta dalla Corte, l'amministrazione venga ad avere una funzione “meramente ricognitiva” della produzione di effetti giuridici scaturenti in via diretta dalla legge, ove dunque l'esercizio di potere amministrativo è, in verità, assente.

Sembra peraltro rilevante puntualizzare, a scanso di equivoci per quanto attiene alla presenza di un'eventuale “valutazione implicita” in ordine alla “direzione della norma”, come la Consulta abbia ben presente che in quest'ambito la normativa di riferimento è posta per uno scopo preminente di tutela dell'interesse pubblico, ove infatti ritiene che l'adempimento dell'obbligo vaccinale venga “configurato come “requisito essenziale” imposto dalla legge a tutela della salute pubblica e della sicurezza delle cure”. A tale dato non viene riconosciuto alcun rilievo ai fini della qualificazione della situazione soggettiva.

Da questo ordine di considerazioni la Corte deduce, come è chiaro, la carenza di giurisdizione del giudice amministrativo e dunque l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale.

2.5. Con l'analisi giurisprudenziale sin qui condotta si è cercato di tracciare un percorso argomentativo in grado di mettere in luce quali siano i prevalenti orientamenti giurisprudenziali in tema di potere vincolato e situazione giuridica soggettiva corrispondente al suo esercizio.

Come si è avuto occasione di vedere è chiaro come la più recente giurisprudenza ordinaria propenda nettamente per l'accoglimento della tesi per cui a fronte dell'esercizio di un potere amministrativo vincolato la situazione del privato deve essere in ogni caso qualificata come di diritto soggettivo.

⁶⁶E ciò pur in una fattispecie come quella in esame, dove il “fine di tutela di interesse pubblico” della normativa è chiarissimo.

Al contrario, giurisprudenza amministrativa prevalente accoglie in modo pressoché pacifico la tesi per cui al fine di determinare il contenuto della situazione giuridica del privato si deve tenere in debito conto la “direzione della norma primaria”, talché solo laddove questa volga alla tutela preminente dell’interesse privato la situazione soggettiva è qualificabile come di diritto soggettivo.

Infine si è avuto occasione di rilevare come, con pronunzie recentissime, la Corte cost. sembri aver ribaltato la propria posizione, finendo per appoggiare la tesi ad oggi prevalente in giurisdizione ordinaria.

Sulla scorta del mutato orientamento della Consulta, ai posteri l’arduo accertamento in merito ad un’eventuale evoluzione adeguatrice anche in seno alla giurisprudenza amministrativa.

3. LA GIURISPRUDENZA IN ALCUNE SPECIFICHE MATERIE, CONTRASTI E TENTATIVI DI AVVICINAMENTO

3.1. Come si è anticipato in alcune materie la giurisprudenza ordinaria ed amministrativa hanno dimostrato un certo tasso di convergenza.

Un atteggiamento giurisprudenziale di questo tipo appartiene tipicamente alle controversie in materia di “contributi pubblici”. Tuttavia sembra interessante segnalare un’analogia propensione di parte della recente della giurisprudenza amministrativa di primo grado che, sempre in materia di esercizio di potere vincolato, ha talvolta riconosciuto la giurisdizione ordinaria in relazione alle controversie relative ad iscrizione, cancellazione, sospensione dagli albi professionali⁶⁷.

Ma in vero un’analisi della giurisprudenza in tema di albi professionali sembra interessare proprio nel senso opposto, e cioè come esempio paradigmatico del contrasto giurisprudenziale sussistente tra i due ordini giurisdizionali in ordine di qualificazione della situazione soggettiva a fronte dell’esercizio di un potere vincolato.

Ma a questo proposito sembra intanto necessaria qualche precisazione.

⁶⁷T.A.R. Veneto Venezia, Sez. III, 14 Febbraio 2022, n. 290; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 24 Aprile 2020, n. 654; TAR Lombardia Milano, Sez. III, 23 Novembre 18, n. 2642.

Innanzitutto che la giurisprudenza ordinaria in materia di “albi professionali” sia propensa a qualificare la situazione del privato che dialoga con l’amministrazione come di diritto soggettivo, sembra dato tutt’altro che nuovo⁶⁸.

Tuttavia, malgrado l’appena richiamata propensione di una parte della giurisprudenza amministrativa al riconoscimento della giurisdizione ordinaria in materia, si deve rilevare come, in questo specifico ambito, il contrasto giurisprudenziale che divide il giudice ordinario ed il giudice amministrativo in ordine al criterio di qualificazione della situazione soggettiva, sembri manifestarsi in modo plastico.

Si ripropone cioè il più generale contrasto per cui da un lato la giurisdizione ordinaria, suffragata invero dalla giurisprudenza costituzionale, propende senz’altro per la qualificazione della situazione del privato come di diritto soggettivo a fronte dell’esercizio di un potere vincolato, mentre il giudice amministrativo qualifica la situazione del privato come di interesse legittimo ogni qual volta, vertendosi in ipotesi di esercizio di potere vincolato, si possa ritenere che la norma primaria sia posta a preminente tutela dell’interesse pubblico.

Con riferimento alla materia degli “albi professionali” il contrasto di cui sopra si è manifestato di recente in tema sanitario, come conseguenza dei provvedimenti adottati in ordine al contenimento dell’epidemia di SARS-CoV-2. In questo senso il Consiglio di Stato ha riconosciuto la propria competenza a conoscere dei provvedimenti di sospensione dall’esercizio della professione sanitaria per inadempimento dell’obbligo vaccinale⁶⁹, provvedimenti attuati per tramite di relativa annotazione nell’albo professionale da parte del Consiglio dell’Ordine di riferimento⁷⁰.

⁶⁸*Ex multis*, Cass. civ., Sez. lavoro, 15 Gennaio 2001, n. 480; Cass. civ. Sez. Un., 20 Marzo 1991, n. 2994; Cass. civ. Sez. II, 8 Agosto 1989, n. 3644.

Interessanti le Cass. civ., Sez. Un., 21 Novembre 1997, n. 11622 dove la situazione del privato viene qualificata come di diritto soggettivo in quanto avrebbe natura di “diritto soggettivo perfetto, costituzionalmente protetto ai sensi dell’art. 4 della Carta fondamentale”; che la “protezione costituzionale” del diritto possa essere valido discriminare ai fini del riparto giurisdizionale è invero opinione quantomai discutibile.

⁶⁹Tali provvedimenti vengono adottati sulla scorta di quanto previsto ex art. 4, d.l. 44 del 2021, “Misure urgenti per il contenimento dell’epidemia da SARS-CoV-2, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici”.

⁷⁰*Ex multis* Cons. St., Sez. III, 10 Novembre 2022, n. 9822, in riforma della sentenza di primo grado; in senso contrario rispetto a quanto statuito dal CDS, cfr. TAR Veneto Venezia, Sez. III, 19 Ottobre 2022, n. 1601, che riconosce all’Ordine ed all’Azienda sanitaria un ruolo meramente riconoscitivo – informativo di effetti già prodotti dalla legge.

Il Collegio è giunto a tali conclusioni muovendo dall'idea per cui i provvedimenti in oggetto scaturirebbero dall'esercizio di un potere, sì vincolato, ma riconosciuto dalla legge in funzione della tutela di un preminente interesse pubblico, quello alla salute⁷¹.

Di conseguenza, in adesione alla “teoria tradizionale”, la situazione del privato in tali casi viene ad essere qualificata come di interesse legittimo, risultando dunque assicurata la giurisdizione amministrativa.

Né pare che si possa dare poco conto al manifestarsi di un tale orientamento, il quale anzi potrebbe favorire una chiave di lettura alternativa anche della giurisprudenza amministrativa che, talvolta, appare “filoflorentina”.

Sembrerebbe infatti che, in presenza di un incentivo in tal senso, e cioè laddove sia palese il coinvolgimento di un pubblico interesse nella situazione in esame, il giudice amministrativo espliciti una parte del proprio ragionamento, in certe materie usualmente eliso: si potrebbe cioè ritenere che in tali casi venga dato espresso svolgimento a quelle considerazioni in tema di “direzione della norma” che talvolta sarebbero mantenute implicite, ma che non per questo sarebbero ritenute meno condivisibili.

In altre parole, non solo l'indirizzo giurisprudenziale in esame si mostra in contrasto con la riconduzione alla giurisdizione ordinaria delle controversie in materia di “albi professionali”, ma può essere letto come sintomo di una specifica propensione giurisprudenziale a mantenere implicita una parte del ragionamento in base al quale viene determinata la giurisdizione in relazione a controversie riguardanti l'esercizio di un potere vincolato.

E, come è chiaro, può risultare interessante applicare questo ragionamento alla materia dei “contributi pubblici”, ove pacificamente anche il giudice

Interessante ravvisare che il relatore della sentenza del Consiglio di Stato appena richiamata è il Pres. Luigi Maruotti: sembra del tutto coerente l'atteggiamento del Maruotti che, così nell'esercizio dell'attività giurisdizionale come nella propria libera elaborazione dottrinale, opta per ricostruzioni dagli effetti per quanto possibile estensivi della giurisdizione amministrativa. Si è già ricordato in cap. 2, § 4 che il Maruotti fa parte di quegli autori i quali tendono a ritenere che il potere amministrativo, pur vincolato, mantenga il carattere dell'autoritatività (dovendosi quindi qualificare la situazione del privato come di interesse legittimo, con conseguente radicamento della giurisdizione amministrativa).

⁷¹In questo senso *ex multis* Cons. Stato, Sez. III, 5 Dicembre 2022, n. 10648; Cons. Stato, Sez. III, 20 Giugno 2022, n. 5014; Cons. Stato, sez. III, 3 Ottobre 2022, n. 8434; T.A.R. Piemonte Torino, Sez. I, 17 Gennaio 2023, n. 60.

amministrativo riconosce *sic et simpliciter* la sussistenza di una situazione di diritto soggettivo a fronte dell'esercizio di un potere vincolato.

Diversi elementi peraltro paiono confermare l'idea per cui la giurisprudenza amministrativa sia propensa a far propria la teoria tradizionale sulla "direzione della norma" più di quanto non risulti già dalla lettera di alcune pronunce.

In questo senso sembra opportuno richiamare la pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. VII, 25 Gennaio 2022, n. 1863.

È necessario peraltro premettere che in questa occasione il Consiglio di Stato ha trattato della materia "albi professionali" solo in *obiter dictum*, in quanto ha ritenuto (in difformità rispetto a quanto espresso nella pronuncia di primo grado) che la controversia non concernesse il momento dell'"iscrizione all'albo professionale", bensì il momento "anteriore" di valutazione dei requisiti per l'ammissione alla prova d'esame volta all'acquisizione dell'abilitazione professionale⁷², sulla scorta dell'ottenimento della quale sarebbe stato possibile avanzare istanza di iscrizione all'albo.

In ogni modo l'analisi di seguito condotta concernerà solo le statuizioni del Collegio in materia di albi professionali, in quanto solo a tal riguardo il Collegio ha formulato considerazioni rilevanti ai nostri fini.

A questo proposito il Collegio ha preso le mosse della propria argomentazione manifestando di aderire, in linea di principio, alla "tesi tradizionale": la situazione giuridica del privato sarebbe qualificabile come di interesse legittimo piuttosto che di diritto soggettivo a seconda di quale sia lo scopo della norma di attribuzione/disciplina del potere (di tutela preminente dell'interesse pubblico o dell'interesse privato).

Tuttavia, una volta affermato il principio generale, ha statuito, *tranchante*, che "la giurisdizione in materia di iscrizioni ad Albi professionali spetta al Giudice

⁷²Tale orientamento è stato ribadito, di lì a breve, in un caso analogo, cfr. Cons. St., Sez. VII, 16 Marzo 2022, n.1865, nello stesso senso cfr. Cons. Stato, Sez. VII, 16 Marzo 2022, n. 1844; Cons. Stato, Sez. VII, 2 Marzo 2022, n. 1492

L'opinione per cui le due fasi, di ammissione all'ottenimento dell'abilitazione e di pretesa di iscrizione all'albo, vadano tenute distinte (con conseguente distinzione dei due piani sotto il profilo dell'individuazione del giudice dotato di giurisdizione), si manifesta da tempo nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, cfr. Consiglio di Stato, Ad. plen., 5 Luglio 1999, n. 18, ove con riferimento alla fase di "conseguimento dell'abilitazione" si ritiene che essa consista in una "condizione posta a tutela di interessi della collettività, onde, in tale fase, la tutela offerta dall'ordinamento alla pretesa del privato ad esercitare la professione risulta mediata e riflessa".

Ordinario poiché, nella specie, la posizione fatta valere si configura come diritto soggettivo”.

Dunque, quanto si deve rilevare è che un'affermazione così perentoria, priva di qualsiasi apprezzamento in ordine allo “scopo” delle norme che disciplinano l'iscrizione agli albi professionali, è stata preceduta da un'attenta statuizione in ordine all'opportunità, in linea generale, di valutare quale sia la “direzione della norma” al fine di determinare se a fronte dell'esercizio di un potere vincolato il privato si trovi in una situazione di diritto soggettivo piuttosto che di interesse legittimo.

L'impressione che se ne ricava pare essere proprio quella per cui il Collegio, che pur aderisce alla teoria “tradizionale” che dà valore allo scopo della norma attributiva, poi lasci implicito l'apprezzamento al riguardo con riferimento al caso concreto portato alla sua attenzione.

È assai probabile che tale atteggiamento, in questo caso, sia stato favorito dalla natura di *obiter dictum* della statuizione relativa agli albi professionali, tuttavia non pare peregrino ritenere che la vicenda sia sintomatica di una più generale propensione giurisprudenziale a mantenere implicite le considerazioni attinenti alla direzione della norma quando si affrontino questioni concernenti l'esercizio di potere vincolato.

È per altro necessario sottolineare come la propensione del giudice amministrativo ad aderire, anche in ambito di albi professionali, alla “tesi tradizionale”, non trovi riscontro nella giurisprudenza della Corte di cassazione.

Anzi, proprio in tema di provvedimenti di sospensione dall'albo in conseguenza dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale, è intervenuta di recente la già approfonditamente analizzata (cfr. *infra*, § 2.2) Cass. civ., Sez. Un., 29 Settembre 2022, n. 28429 (ord.)⁷³, ove la Corte non lascia alcun margine di dubbio in ordine all'accoglimento della tesi per cui a fronte dell'esercizio di un potere

⁷³Si è già ricordato che tale pronuncia è stata di recente richiamata in due pronunzie della Corte costituzionale. Cfr. Corte cost., 9 Febbraio 2023, n. 15, dove però, prima di richiamare il citato arresto della Cassazione, puntualizza anche come “i provvedimenti in questione sono stati emessi nell'ambito di un rapporto di impiego pubblico contrattualizzato, in relazione al quale la giurisdizione spetta, in via generale, al giudice ordinario”, coinvolgendo dunque, pur brevemente, considerazioni ulteriori a sostegno della giurisdizione ordinaria; Corte cost., 9 Febbraio 2023, n. 16.

amministrativo vincolato⁷⁴ la situazione giuridica soggettiva deve essere qualificata sempre e comunque come di diritto soggettivo anche laddove la normativa di riferimento sia evidentemente posta allo scopo preminente di tutela dell'interesse pubblico.

È sembrato opportuno offrire un'analisi particolarmente dettagliata della giurisprudenza sviluppatasi in questo specifico ambito, pur in senso confermativo del generale contrasto che contraddistingue le reciproche posizioni del giudice amministrativo e del giudice ordinario. In relazione alla materia degli albi professionali si è infatti sviluppato un contenzioso recente, che ha toccato questioni di interesse ancora attuale (si pensi alle misure di contrasto all'epidemia di Covid – 19).

Peraltro, come si è avuto occasione di vedere, proprio in relazione a controversie di questo tipo, sono state di recente adottate pronunzie di primissimo rilievo delle Sezioni Unite e della Corte costituzionale, che, molto probabilmente, segneranno le linee del dibattito venturo in tema di potere vincolato e situazione soggettiva.

3.2. Sembra altresì opportuno riservare una trattazione specifica anche ad un'altra materia, quella delle “prestazioni patrimoniali pubbliche”.

In relazione al contenzioso in questo ambito, e salve le dovute puntualizzazioni che saranno di seguito svolte, sembra essersi sviluppata una giurisprudenza stabile, dal contenuto sostanzialmente univoco in seno ad entrambi gli ordini giurisdizionali⁷⁵. A questo proposito sembra adeguato procedere alla ricognizione dei principi in materia sulla scorta della puntuale ricostruzione offerta da Cons. Stato, Ad. plen., 29 Gennaio 2014, n. 6, pronunzia non superata dalla giurisprudenza successiva, ma anzi richiamata, nelle testuali parole, anche dalla giurisprudenza amministrativa più recente⁷⁶.

In questo senso non si può prescindere dal verificare il più volte ribadito assunto per cui, in questo ambito, anche il giudice amministrativo ha dimostrato di aderire

⁷⁴E si badi, al proposito viene effettuato un ragionamento dal sapore del tutto generale, non limitato alla specifica materia degli albi professionali

⁷⁵Sulla prevalenza in questa materia della tesi per cui a fronte dell'esercizio del potere vincolato la situazione del privato deve essere qualificata senz'altro come diritto soggettivo, *ex multis* A. CARBONE, C. BELLESINI, *Riparto di giurisdizione e controversie di diritto pubblico*, in *La giustizia amministrativa in Italia e Germania Contributi per un confronto*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), 2017, p. 59 ss

⁷⁶*Ex multis* Cons. Stato, Sez. VI, 21 Marzo 2023, n. 2849.

alla ricostruzione, usualmente offerta dalla giurisprudenza ordinaria, per cui, a fronte dell'esercizio di un potere vincolato, la situazione soggettiva sarebbe da qualificarsi senz'altro come di diritto soggettivo.

In questo senso in effetti l'Ad. plen. in esame ha sostenuto che “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”⁷⁷.

Per quanto concerne l'eventuale fase di “ripetizione” dell'erogazione, sempre in adesione al principio di diritto testé richiamato, nell'opinione del Collegio è necessario effettuare una serie di distinzioni, al fine individuare correttamente le situazioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo, in ossequio ad una puntuale attuazione del sistema di riparto.

In questo senso, sottolinea preliminarmente l'Ad. plen., ai fini della qualificazione della situazione soggettiva risulta irrilevante quale *nomen juris* sia attribuito nel caso concreto all'atto di ripetizione (es. “revoca, decadenza o risoluzione”⁷⁸),

⁷⁷Con ciò l'Ad. plen. si allinea alla giurisprudenza anteriore delle SSUU, ed in particolare, da ultimo rispetto alla sentenza in esame, ai principi ribaditi da Cass. Civ., Sez. Un., 7 gennaio 2013, n. 150, ma v. anche, *ex plurimis*, Cass. civ., Sez. Un., Sentenza, 6 Settembre 2013, n. 20566; Cass. civ., Sez. Unite, 25 Luglio 2006, n. 16896; Cass. civ., Sez. Unite, 28 Luglio 2004, n. 14169; In senso conforme nella giurisdizione amministrativa più recente Cons. Stato, Sez. III, 4 Agosto 2021, n. 5737; Cons. Stato, Sez. III, 5 Agosto 2021, n. 5762; Cons. Stato, Sez. VII, 10 Ottobre 2022, n. 8638; in senso contrario parte della giurisprudenza più risalente del Consiglio di Stato, *ex multis* Cons. Stato, Sez. IV, 19 Luglio 1993, n. 727: “Le c.d. obbligazioni pubbliche (intese come pretese di soggetti ad ottenere contributi o sovvenzioni dalla p.a.) non hanno la natura di obbligazioni civilistiche, atteso che l'amministrazione, fino a quando non emana il provvedimento che la costituisce debitrice, non è titolare di un debito, correlativo ad un credito azionabile in sede giudiziaria, ma è titolare di un potere, in quanto tale incidente su un interesse legittimo”.

Sempre la giurisprudenza meno recente offre talvolta letture del fenomeno in chiave di “direzione della tutela” offerta dalla norma primaria, cfr. in particolare T.A.R. Lazio Roma, Sez. III, 19 Maggio 2003, n. 4362: “Rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie (...) vertenti in tema di sussistenza del diritto al predetto indennizzo, poiché in questi casi il potere amministrativo è vincolato e diretto in via primaria ed immediata alla tutela dell'interesse privato”; nello stesso senso sembra si possa interpretare anche certa giurisprudenza più risalente della Cassazione, cfr. Cass. civ., Sez. Un., 5 Novembre 1984 n. 5585 “i contributi sul prezzo della carta dei quotidiani configurano diritti soggettivi degli editori, per un credito derivante da obbligazione pubblica direttamente assunta dalla legge a tutela degli interessi economici degli editori medesimi”; Cass. civ., Sez. Un., 24 Gennaio 1991, n. 711, ove, per quello che riguarda le “obbligazioni che traggono origine direttamente dalla legge” si ritiene che in tali casi “la norma di legge, istituendo il contributo, intende attribuirlo (...) a tutela e soddisfacimento dell'interesse personale del beneficiario, avente particolare rilevanza per l'interesse pubblico, con conseguente realizzazione anche di questo ultimo”.

⁷⁸Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., Sent., 29 Gennaio 2014, n. 6.

dovendosi avere esclusivo riguardo per la sistemazione sostanziale delle sfere giuridiche.

Ciò premesso, la giurisdizione del giudice ordinario deve essere assicurata ogniqualvolta si discorra di un “inadempimento del beneficiario alle condizioni statuite in sede di erogazione”, in tali casi infatti la controversia attiene “alla fase esecutiva del rapporto di sovvenzione”, in un rapporto ormai paritario in cui “il privato è titolare di un diritto soggettivo perfetto”.

Si ha invece giurisdizione amministrativa in due ipotesi.

In primis per il caso in cui “la controversia riguardi una fase procedimentale precedente al provvedimento discrezionale attributivo del beneficio”. Perciò, se ne dovrebbe evincere, i vizi procedurali sono in grado di condurre all’incardinamento della controversia innanzi al giudice amministrativo solo laddove si verta in contesa attinente all’esercizio di poteri di tipo discrezionale.

La giurisdizione amministrativa è inoltre assicurata nel caso in cui “il provvedimento sia stato annullato o revocato per vizi di legittimità o per contrasto iniziale con il pubblico interesse” e cioè nei casi in cui l’amministrazione agisca in autotutela⁷⁹.

Rispetto al quadro dei principi così delineato si deve però rilevare come residui un’area “scoperta”.

Nello specifico: è stata affrontata l’ipotesi di erogazione di contributi pubblici sulla base dell’esercizio di un potere vincolato, si è altresì puntualizzato come si atteggi la giurisdizione in relazione alla ripetizione delle erogazioni rese sulla scorta dell’esercizio di un potere discrezionale e già si è affrontata la disciplina riconnessa all’ipotesi generale (cioè applicabile ipotesi di esercizio di potere sia discrezionale che vincolato) in cui la ripetizione avvenga sulla scorta di un inadempimento del beneficiario rispetto alle obbligazioni imposte in sede di erogazione.

⁷⁹Per una distinzione tra revoca in senso proprio e “ripetizione vincolata” cfr., tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. VI, 24 Febbraio 2023, n. 1936, in particolare punto 9; Cons. Stato, Sez. V, 9 Giugno 2022, n. 4716.

Per un’ipotesi di esercizio di autotutela in ambito di contributi pubblici cfr. Cons. Stato, Sez. V, 7 Novembre 2006, n. 6527: “La P.A., anche dopo l’esaurimento della fase di ammissione ad un contributo, con conseguente nascita di un diritto soggettivo in capo al beneficiario, conserva comunque un potere di autotutela finalizzato a garantire il perseguimento dei pubblici interessi cui era preordinata l’attribuzione del beneficio”.

Nulla però si è detto in ordine alla qualificazione della situazione soggettiva qualora la ripetizione sia causata da un erroneo esercizio “in prima battuta” del potere vincolato.

In altre parole resta da comprendere a quale giudice spetti la giurisdizione rispetto alle ipotesi in cui l'amministrazione proceda alla ripetizione dell'erogazione effettuata sulla scorta di uno scorretto accertamento in ordine alla sussistenza dei presupposti di fatto stabiliti dalla legge per l'esercizio di un potere vincolato⁸⁰.

A questo riguardo intanto conviene puntualizzare che, dal tenore letterale dell'Ad. plen. n. 6 del 2014, si può ricavare in via esegetica anche una statuizione a questo riguardo.

Il Collegio sostiene infatti che “sussiste sempre la giurisdizione del giudice ordinario quando il finanziamento è riconosciuto direttamente dalla legge”: si può quindi ritenere che il supremo giudice amministrativo, con tale statuizione di ordine generale, abbia inteso riferirsi sia alle ipotesi di erogazione del contributo sia alle ipotesi di ripetizione dell'erogazione.

Se così fosse qualsiasi controversia concernente erogazione e ripetizione di un contributo pubblico attribuito sulla scorta dell'esercizio di un potere vincolato andrebbe attribuita alla cognizione del giudice ordinario.

Una lettura di questo tipo sembrerebbe avvalorata dalla giurisprudenza delle SSUU di poco precedenti all'Ad. plen. n. 6 del 2014.

In questo senso, per esempio, Cass. civ., Sez. Un., 18 Luglio 2008, n. 19806⁸¹ ove la Corte sostiene che “in materia di contributi e sovvenzioni pubbliche, appartiene al giudice ordinario la controversia nella quale si chiede il riconoscimento del contributo pubblico, prima concesso e poi revocato dall'amministrazione, qualora, sulla base della legge che disciplina il contributo (...) l'intervento

⁸⁰Ove per altro si rileva come anche giurisprudenza più recente, in relazione a statuizioni di ordine generale in materia, talvolta non prenda una posizione chiara, quasi evitando di “toccare il tema”, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 09/06/2022, n. 4711 “La controversia promossa per ottenere l'annullamento del provvedimento di revoca di un finanziamento pubblico concerne una posizione di diritto soggettivo (...) tutte le volte in cui l'amministrazione abbia inteso far valere la decadenza del beneficiario dal contributo in ragione della mancata osservanza, da parte sua, di obblighi al cui adempimento la legge o il provvedimento condizionano l'erogazione, mentre riguarda una posizione di interesse legittimo (...) allorché la mancata erogazione del finanziamento, pur oggetto di specifico provvedimento di attribuzione, sia dipesa dall'esercizio di potere di autotutela dell'amministrazione”.

⁸¹Per un'analisi ponderata della sentenza cfr. N. PAOLANTONIO, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, cit., p. 513 ss.

dell'amministrazione in sede di revoca ha avuto per oggetto solo la verifica di condizioni predeterminate dalla normativa, senza valutazioni discrezionali in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico, con conseguente posizione di diritto soggettivo in capo al privato”.

Non sorprende per altro che anche la più recente giurisprudenza della Cassazione propenda per analoga soluzione (cfr., tra le più recenti, Cass. civ., Sez. Un., 4 Gennaio 2023, n. 146 (ord.)⁸²).

Ma se tale deve essere la conclusione a cui si ritiene di pervenire potrebbe risultare arduo spiegare come non manchino pronunzie, anche molto recenti, del Consiglio di Stato, aventi ad oggetto controversie in tema di “ripetizione vincolata” di erogazioni ed agevolazioni pubbliche⁸³.

⁸²In particolare *ivi* si sostiene che “la giurisdizione spetta all'autorità giudiziaria ordinaria, in ordine alle controversie originate dalla revoca di un contributo pubblico (...) in generale, quando il finanziamento è riconosciuto direttamente dalla legge ed alla pubblica amministrazione è demandato solo il compito di verificare l'effettiva esistenza dei presupposti per la sua concessione, senza alcuno spazio discrezionale in ordine all'an”; *ex multis* in senso analogo cfr., tra le più recenti, Cass. civ., Sez. Un., 14 Aprile 2021, n. 9840 (ord.); Cass. civ., Sez. Un., 30 Luglio 2020, n. 16457; tra le meno recenti, Cass. civ., Sez. Un., 28 Luglio 2004, n. 14169; Cass. civ., Sez. Un., 19 Maggio 2008, n. 12641; Cass. civ., Sez. Un., 7 Gennaio 2013, n. 150; Cass. civ., Sez. Un., 11 Luglio 2014, n. 15941 (ord.); Cass. civ., Sez. Un., 15 Dicembre 2015, n. 25211 (ord.); Cass. civ., Sez. Un., 19 Dicembre 2016, n. 26126; Cass. civ., Sez. Un., 5 Agosto 2016, n. 16602 (ord.).

Per un caso in cui il giudice amministrativo sembra aver preso posizione “speculare ed analoga” a quella espressa dalle SSUU, e ciò nell’intento abbastanza chiaro di affermare la propria giurisdizione nel caso concreto, cfr. T.A.R. Marche Ancona, Sez. I, 6 Febbraio 2014, n. 185: “La controversia concernente la revoca di un'agevolazione i cui presupposti di concessione non siano interamente predeterminati dalla legge è devoluta alla giurisdizione del Giudice Amministrativo”: se ne ricava che laddove la revoca riguardi presupposti “predeterminati dalla legge” la giurisdizione sarebbe del giudice ordinario.

⁸³*Ex pluribus*, Cons. Stato, Sez. IV, 13 Marzo 2023, n. 2586: “Nel caso in esame, dunque, così come esattamente rilevato dal T.a.r. l'adozione di provvedimenti volti all'annullamento degli atti che avevano concesso l'erogazione di un contributo ad una azienda editoriale per la pubblicazione di un giornale che non aveva dimostrato di aver raggiunto la diffusione minima prevista costitutiva, al pari dei conseguenti atti volti al recupero delle somme anche a conguaglio sul contributo legittimamente spettante per altri periodi, un'attività dovuta ed a contenuto vincolato, che non lasciava alcun margine di apprezzamento tecnico o discrezionale all'Amministrazione”; Cons. Stato, 29 Dicembre 2022, n. 11545: “I provvedimenti di decadenza del Gestore dei Servizi Energetici dalle tariffe incentivanti non sono riconducibili al paradigma dell'autotutela, in quanto espressione di un potere di verifica, accertamento e controllo, di natura doverosa ed esito vincolato. La richiesta di restituzione dei benefici già erogati non è espressione di una distinta e autonoma volontà provvedimentale rispetto a quella oggetto dei provvedimenti di decadenza dai benefici concessi”; Cons. Stato, Sez. IV, 30 Marzo 2023, n. 3295: “È infondato anche il secondo motivo, centrato su una presunta violazione delle norme in tema di autotutela. L'istituto infatti è richiamato non a proposito, dal momento che (...) non è applicabile alla fattispecie. Non vi è infatti alcun esercizio di autotutela, dato che (...) l'erogazione del contributo avviene, fra l'altro, a patto che “siano stati conseguiti e certificati gli obiettivi previsti nel progetto ammesso a contributo”(…). Nel momento in cui ciò non si è verificato, l'amministrazione doverosamente non ha pagato il contributo, senza necessità di revocare la graduatoria già formata.”.

Orbene il fatto che sovente il Consiglio di Stato si esponga in materia di “ripetizione vincolata” di contributi pubblici potrebbe essere spiegato sulla scorta di quanto previsto dall’art. 9 del c.p.a., per cui il difetto di giurisdizione “nei giudizi di impugnazione è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione”, sicché, ove tale motivo non sia sollevato, la giurisdizione amministrativa non sarebbe revocabile in discussione.

Ma non sembra in vero che un tale argomento sia del tutto dirimente ove si tenga di conto che, ai sensi del medesimo art. 9, c.p.a. “il difetto di giurisdizione è rilevato in primo grado anche d’ufficio”. Talché, quantomeno, ci si dovrebbe trovare in presenza di un consistente orientamento giurisprudenziale di primo grado che volge al generale riconoscimento della propria giurisdizione in relazione a controversie di questo tipo⁸⁴.

Tutto ciò considerato, pare ragionevole concludere che anche in materia di contributi pubblici, per quello che concerne lo specifico profilo della “ripetizione vincolata”, permanga un contrasto giurisprudenziale latente a contraddistinguere la differente posizione assunta a tal riguardo in seno ai due ordini giurisdizionali.

3.3. Sembra per altro opportuno ricordare come parte della dottrina abbia usato riferirsi proprio ad ipotesi di questo tipo, e cioè di esercizio di potere vincolato in senso “restrittivo” della sfera giuridica del destinatario, al fine di sostenere l’assurdità della tesi per cui la situazione del privato, a fronte dell’esercizio di un potere vincolato, sarebbe da qualificarsi come di diritto soggettivo.

Tali osservazioni sembrano offrire una prospettiva quantomai interessante sulla questione in esame.

La dottrina di cui si discorre ha in effetti rilevato come apparirebbe “certamente singolare che il destinatario” di un “atto vincolato – restrittivo (...) possa ritenersi titolare di un diritto soggettivo alla sua adozione. Essendo tale conclusione palesemente assurda, per coerenza dovrebbe giungersi, specularmente, a conclusioni uguali e contrarie: e cioè che l’esercizio di potestà restrittive

⁸⁴Pare peraltro opportuno puntualizzare che qualora si volesse riconoscere la giurisdizione amministrativa, e dunque si ritenesse di avere a che fare con un “provvedimento di ripetizione” in senso proprio, tale atto, che andrebbe inquadrato nell’alveo dell’esercizio dell’autotutela amministrativa sub specie di annullamento d’ufficio, dovrebbe essere adottato nel rispetto dei limiti temporali e degli oneri valutativi di cui all’art. 21 *nonies*, Legge 241 del 1990.

“vincolate” coincida con l’esercizio di un “diritto” da parte dell’amministrazione, al quale farebbe riscontro (non l’interesse legittimo, ma) l’“obbligo” del destinatario di patire l’iniziativa dell’autorità. Il che, in presenza dei presupposti sostanziali dell’adozione del provvedimento, lascerebbe il privato del tutto sfornito di tutela nei confronti dell’azione amministrativa, sia sotto il profilo del rispetto delle regole formali, sia sotto quello del corretto esercizio della funzione, riconoscendogli un potere reattivo esclusivamente sotto il profilo cosiddetto “sostanziale”: il che all’evidenza non ne arricchisce, sibbene ne impoverisce gli strumenti di difesa”⁸⁵.

Sicché, e questo è un ribaltamento logico senz’altro interessante, nei casi di “ripetizione vincolata” dell’erogazione pubblica, se si accogliesse la posizione prevalentemente espressa dalla giurisprudenza ordinaria, ci si dovrebbe trovare in una situazione in cui ad essere oggetto di contesa non è soltanto il diritto soggettivo del privato, ma, di riflesso, il diritto soggettivo dell’amministrazione ad effettuare la ripetizione.

Un’osservazione del genere pare tanto più peculiare laddove si riconosca che l’amministrazione in tali casi ha il *dovere* di ripetere le somme erogate.

Se si riconoscesse un certo pregio all’argomento ora in esame, potrebbe risultare arduo conciliare la contemporanea titolarità da parte del soggetto pubblico di due situazioni giuridiche l’una attiva, l’altra passiva, ma di identico contenuto sostanziale.

In effetti, a rigore, essendo che alla situazione di diritto soggettivo corrisponde la “facoltà” di agire a tutela dei propri interessi, sembra del tutto impossibile sostenerne la compatibilità con una situazione giuridica di dovere avente il medesimo contenuto sostanziale.

È invece piuttosto immediato osservare come il potere sia la situazione soggettiva attiva, che non solo può essere, ma sovente è, conformata dal “dovere”.

In questa sede un’ulteriore astrazione sul tema parrebbe un fuor d’opera, si è voluto però dare ancora una volta la dimensione di quanto possa risultare complesso operare una scelta ricostruttiva laddove venga in esame il concetto di potere

⁸⁵Cfr. F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere nell’attività amministrativa “non discrezionale”*, Napoli, 1991, p. 118 ss.

vincolato: le conseguenze logico giuridiche di una certa opzione interpretativa non sempre sono immediatamente evidenti, ma non per questo non sono dirimenti.

4. ALCUNI ARGOMENTI GIURISPRUDENZIALI IN ORDINE ALLA DIALETTICA VINCOLATEZZA - AUTORITATIVITÀ

4.1. Sin qui si è tentato di ricostruire la posizione assunta dagli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in ordine alla qualificazione della situazione soggettiva a fronte dell'esercizio di un potere vincolato.

Sembra adesso opportuno cambiare prospettiva per dare svolgimento ad un'indagine più puntuale in ordine ad alcuni "argomenti" offerti dalla giurisprudenza a sostegno delle proprie ricostruzioni.

Un'analisi del genere permetterà di effettuare alcune osservazioni finali che in qualche misura consentiranno di chiudere il vastissimo cerchio argomentativo e ricostruttivo sin qui delineato.

4.2.1. Sembra particolarmente interessante rilevare come alcune recenti pronunzie del giudice amministrativo dimostrino uno sforzo argomentativo non indifferente volto a dimostrare come il potere amministrativo, ancorché vincolato, possa senz'altro mantenere il carattere dell'autoritatività.

4.2.2. In questo senso intanto sembrano emblematiche Cons. giust. amm. Sicilia, 13 Settembre 2021, n. 802 e (la ivi richiamata e puntualmente ripresa) Cons. Stato, Sez. III, 9 Dicembre 2020, n. 7820.

In entrambe le pronunzie il giudice amministrativo argomenta abbondantemente al precipuo scopo di dimostrare come "si debba escludere che il carattere vincolato dell'attività svolta denoti *ipso facto* l'assenza, in capo alla P.A., di una posizione di supremazia".

L'"evidenza" in questo senso viene ricavata da diversi dati di diritto positivo.

Intanto viene espressamente richiamata la materia edilizia, che è sì "connotata per larga parte dall'esercizio di attività vincolata"⁸⁶ ma "non per questo, cessa di essere attività autoritativa, espressione di potestà pubblicistiche"⁸⁷.

⁸⁶Cons. giust. amm. Sicilia, 13 Settembre 2021, n. 802.

⁸⁷*Ivi*.

E di ciò sarebbe plateale dimostrazione il fatto che tale materia sia ricondotta, in modo costituzionalmente legittimo⁸⁸, al novero della materie di giurisdizione esclusiva⁸⁹.

Per cui il fatto che già il giudice amministrativo già conosca di atti amministrativi a contenuto vincolato viene considerato un elemento di indiscusso peso.

In secondo luogo appare interessante rilevare come in entrambe le pronunzie si ricordi il “dato positivo” di cui all’art. 21 *octies*, co. 1, l. 241 del 1990, ove, per il caso di violazione di norme formali o procedurali, si inibisce al giudice amministrativo la possibilità di annullare l’atto amministrativo se “per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”⁹⁰.

Ed a questo riguardo non si può omettere di segnalare come già autorevole dottrina abbia riconosciuto in tale disposizione un segnale normativo interpretabile nel senso della “positivizzazione” dell’interesse legittimo come situazione giuridica correlata anche all’esercizio del potere amministrativo vincolato⁹¹.

Il terzo punto argomentativo seguito dal Collegio sembra che possa essere trattato unitamente ad una parte delle conclusioni a cui il giudice amministrativo perviene nelle richiamate pronunzie.

Si sostiene in particolare che il potere vincolato resti “comunque espressione di “supremazia” o di “funzione”, con il corollario che dalla sua natura vincolata derivano conseguenze non sul piano della giurisdizione, ma su quello delle tecniche di tutela”⁹².

Infatti, si sottolinea, l’ordinamento non solo contempla l’eventualità che il giudice amministrativo venga a conoscere di ipotesi di esercizio del potere vincolato, ma prevede nello specifico il “potere del giudice in sede di giudizio sul silenzio di

⁸⁸Sulla scorta della giurisprudenza costituzionale sviluppatasi a partire da C. cost. 204/2004 in poi, per cui comunque al fine della legittima riconduzione di una materia a quelle di giurisdizione amministrativa esclusiva è necessaria una connessione con l’esercizio del potere amministrativo.

⁸⁹Cfr. Art. 133, comma 1, lett. f), c.p.a.

⁹⁰Nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. III, Sent., 10 Novembre 2022, n. 9822.

⁹¹Cfr. F.G. SCOCA, *L’interesse Legittimo, Storia e teoria*, cit. p. 441 s., ove per altro si puntualizza come l’argomento non sia dirimente, stante l’atteggiamento legislativo per cui sul fronte della tutela processuale sovente interesse legittimo “viene trattato” come diritto soggettivo e viceversa; cfr. G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo - interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale - interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014 cit. p. 516, in particolare nota 122; tale argomento è stato già più analiticamente affrontato in cap. 2, § 4.4.1.

⁹²Cons. Stato, Sez. III, 9 Dicembre 2020, n. 7820.

pronunciarsi, ai sensi dell'art. 31, comma 3, c.p.a.”⁹³, e cioè “sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio”⁹⁴.

Tale argomento, si deve riconoscere, corrisponde a quanto da tempo era stato rilevato dalla dottrina più attenta⁹⁵ (cfr. cap. 2, § 4.2.2.) ed ha trovato più volte accoglimento in giurisprudenza⁹⁶.

Infine sembra il caso di sottolineare un ulteriore argomento di carattere generale fatto proprio dal Collegio che in qualche modo si pone in senso “distonico” rispetto ai normali termini intorno ai quali si sviluppa il dibattito in tema di potere e qualificazione della situazione soggettiva.

In particolare, con Cons. Stato n. 7820 del 2020, il giudice amministrativo, al fine di determinare se il potere amministrativo nel caso concreto fosse da ritenersi autoritativo o meno, piuttosto che dare rilievo al carattere della vincolatezza o della discrezionalità (in senso stretto) del potere, finisce per dare rilievo alla presenza di elementi di “discrezionalità tecnica” riconnessi al suo esercizio⁹⁷.

⁹³*Ivi.*

⁹⁴*Ivi.*

⁹⁵Cfr. A. POLICE, *A cosa serve l'interesse legittimo? A margine delle riflessioni di Franco Gaetano Scoca*, in *L'interesse legittimo Colloqui con Franco Gaetano Scoca*, in S. LICCIARDELLO E S. PERONGINI (a cura di), Torino, 2019, p. 373 ss per rilevare come Autorevole dottrina abbia riconosciuto proprio nel potere del giudice amministrativo di “ordinare all'Amministrazione medesima un *facere*, ovvero (...) un *non facere*, un dare, un *praestare*”, un segno della rinnovata vitalità della figura dell'interesse legittimo, infatti con l'adozione del c.p.a. “non si è adottato un modello risarcitorio analogo a quello in precedenza assicurato ai diritti soggettivi. Si è fatto ricorso ad una tutela risarcitoria che non si limitasse alla mera riparazione per equivalente ma che lasciasse al giudice (...) la possibilità di assicurare una ben più efficace tutela reintegratoria in forma specifica” e in questo modo, tramite l'esaltazione delle peculiarità della situazione soggettiva che è in capo al privato, si è raggiunto al meglio l'obiettivo di assicurare una tutela giurisdizionale piena, poiché “la caratteristica di una giurisdizione piena è proprio quella di assicurare una tutela differenziata che, caso per caso, corrisponda in modo adeguato alla effettiva consistenza delle diverse situazioni giuridiche soggettive vantate in giudizio”.

⁹⁶*Ex pluribus*, oltre che entrambe le pronunzie in questa sede analizzate, Cons. Stato, Sez. III, 10 Novembre 2022, n. 9822; Cons. Stato, Sez. VII, 16 Marzo 2022, n. 1863, cit.; T.A.R. Sicilia Catania, Sez. I, 2 Ottobre 2006, n. 1542.

⁹⁷Come già si è ravvisato, cfr. cap. 2, § 4.3.2., si hanno tracce anche alquanto risalenti di tale argomento cfr. L. MARUOTTI, *la giustizia amministrativa e le riforme costituzionali*, cit., p. 2877; cfr. inoltre, in senso conforme, Cons. Stato, Sez. VII, 19 Gennaio 2023, n. 664; in questo senso sembra poter essere interpretata anche Cons. Stato, Sez. VII, 16 Marzo 2022, n. 1863 nella misura in cui si sostiene che ove “l'attività della P.A., priva di margini di discrezionalità valutativa o tecnica, sia volta alla tutela in via primaria e diretta del pubblico interesse, la situazione vantata dal privato non può che essere protetta in via mediata, così assumendo consistenza di interesse legittimo”, potendosene ricavare che se l'attività amministrativa richiede l'espletamento di valutazioni discrezionali o tecniche allora la situazione del privato è senz'altro qualificabile come di diritto soggettivo; T.A.R. Emilia-Romagna Bologna, Sez. II, 26 Aprile 2022, n. 371, per altro in materia di contributi, “la concessione del contributo da parte dell'Inail è correlata alla redazione di una graduatoria stilata mediante l'assegnazione di punteggi ai progetti presentati, mediante l'esercizio di un potere autoritativo tipicamente discrezionale tecnico, sì che la situazione giuridica sottesa è

Infatti, avendone accertata la sussistenza, il Collegio deduce che “anche da questo punto di vista emerge la riconducibilità della controversia alla giurisdizione amministrativa”.

Avendo sinteticamente delineato il procedere argomentativo fondamentale seguito dal Consiglio di Stato in queste pronunzie sembra altresì necessario chiarire come, malgrado tale linea speculativa si presenti come completamente autonoma rispetto alle riflessioni intorno alla “direzione della norma”, non manchino riferimenti a tale profilo di indagine, che resta sullo sfondo, facendo quasi da contesto alle ulteriori considerazioni svolte.

In questo senso in Cons. St. 7820 del 2020 si afferma che i poteri di controllo di cui si tratta nel caso concreto sono volti al perseguimento di “finalità pubblicistiche”⁹⁸. Così pure, per quanto concerne le “risultanze del potere di vigilanza”, si afferma che “l'atto che le attesta e le certifica (...) risulta direttamente funzionale (...) alla tutela dell'interesse pubblico”.

Considerazioni di analogo tenore, sempre in tema di “atti amministrativi di natura certificativa” si rinvencono in Cons. giust. amm. Sicilia n. 802 del 2021: “la finalizzazione al soddisfacimento di un interesse pubblico e la procedimentalizzazione dell'attività certificatoria per come delineata da una disciplina di carattere pubblicistico posta a suo fondamento caratterizza in chiave autoritativo-provvedimentale l'attività amministrativa in questione, con ogni conseguenza sul criterio del riparto di giurisdizione”.

qualificabile come "interesse legittimo pretensivo", e non come "diritto soggettivo" alla corretta applicazione della normativa in materia, una volta accertata l'esistenza dei presupposti richiesti, non essendo configurabile l'esercizio da parte dell'Amministrazione di un potere vincolato”.

Ex multis in senso contrario cfr. in ambito di giurisdizione amministrativa, ma per lo più nella particolare materia delle “prestazioni patrimoniali” di fonte pubblica, Cons. Stato, Sez. III, 28 Luglio 2021, n. 5596 “la pubblica amministrazione, determinando o meno la spettanza dell'indennizzo stesso, non è in grado di incidere mediante l'esercizio di alcun potere autoritativo, ma si limita a svolgere accertamenti a carattere vincolato e valutazioni di tipo tecnico, con esclusione, dunque, di qualsivoglia apprezzamento discrezionale quale tipica manifestazione di potestà pubblicistica”; Cons. giust. amm. Sicilia, 24 Giugno 2015, n. 464; Cons. Stato, Sez. V, 19 Luglio 2022, n. 6238; in ambito di giurisdizione ordinaria cfr. Cass. civ., Sez. Un., 22 Luglio 2003, n. 11404 “ed è appena il caso di ricordare che il diritto del privato non cessa di configurarsi come diritto soggettivo se la Pubblica Amministrazione deve ricorrere, per accertarne l'esistenza, a criteri di mera discrezionalità tecnica”; Cass. civ., Sez. Un., 18 Gennaio 2022, n. 1390 (ord.); Cass. civ., Sez. Un., 13 Maggio 2022, n. 15370 (ord.).

⁹⁸Ed ancora in tal senso: “la funzione pubblica assolta dai controlli analitici esterni di cui si discute appare indiscutibile, perseguendo essi, come si è ampiamente illustrato, l'interesse pubblico a che le risorse destinate alla Sanità Pubblica siano allocate nel rispetto dei principi di efficienza, efficacia, economicità dell'azione pubblica”.

Il procedere argomentativo del Collegio si presenta come del tutto peculiare, laddove coinvolge considerazioni in ordine alla finalità pubblicistica della norma attributiva, per poi però svolgere un ragionamento parallelo al fine di dimostrare la possibilità di riconoscere il carattere autoritativo del potere vincolato.

Non solo, ma non sembra revocabile in dubbio che, per tramite del riferimento alla “discrezionalità tecnica”, il giudice abbia fornito un criterio alternativo per determinare la sussistenza o meno del carattere dell’autoritatività nel potere amministrativo, che niente ha a che vedere con la finalità della norma primaria.

4.2.3. Peraltro, come si è appena ricordato, in entrambe le controversie è stata portata all’attenzione del giudice un’ipotesi di esercizio di potere amministrativo riguardante un’attività di accertamento.

Come si è visto, in entrambi i casi, il giudice ha inteso riconoscere a tale potere il carattere dell’autoritatività.

Ma non sempre il giudice amministrativo, in ipotesi di esercizio di poteri di accertamento, è pervenuto ad analoghe conclusioni.

Così, per esempio, in tema di accertamento dell’estensione del demanio dello Stato, si è ritenuto che tale attività fosse “inidone[a] a degradare il diritto di proprietà privata in interesse legittimo, trattandosi, appunto, di un atto di accertamento e non di un atto ablatorio, da qualificare come autotutela privatistica speciale e non come attività provvedimentoale discrezionale” (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 26 Settembre 2011, n. 5357)⁹⁹.

Ma quanto sembra più interessante ravvisare è che sul fronte della qualificazione del “tipo di potere” in esame le differenze sostanziali tra quest’ipotesi di attività amministrativa e quelle precedentemente analizzate (*infra*, § 4.2.2.) hanno scarso rilievo sul piano dei principi.

⁹⁹Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 26 Settembre 2011, n. 5357; nello stesso senso Cons. Stato, Sez. VI, 13 Giugno 2012, n. 3496: “In materia di delimitazione del demanio rispetto alla proprietà privata, la P.A. non esercita un potere autoritativo costitutivo, ma si limita ad accertare l’esatto confine demaniale. Siffatto accertamento, pur svolgendosi con le forme del procedimento amministrativo, ha carattere vincolato, non comporta la spendita di potere amministrativo discrezionale ed è inidoneo a degradare il diritto di proprietà privata in interesse legittimo, trattandosi di un atto di accertamento e non di un atto ablatorio, da qualificare come autotutela privatistica speciale e non come attività provvedimentoale discrezionale”, perciò le controversie in materia “rientrano nella giurisdizione del Giudice Ordinario”, il Collegio conferma l’orientamento assunto dal giudice di primo grado con T.a.r. Lazio, Sez. III ter, 3 Gennaio 2012, n. 52; la giurisprudenza più recente sembra aderire a questo orientamento, cfr. T.A.R. Liguria Genova, Sez. I, 18 Novembre 2022, n. 988; T.A.R. Campania Napoli, Sez. VII, 24 Luglio 2020, n. 3325.

Più nello specifico: l'amministrazione, sia quando emette un atto di natura certificativa nell'esercizio di poteri di vigilanza, sia quando accerta l'estensione dell'area demaniale, pone in essere un'attività di accertamento di una situazione di fatto, di carattere senz'altro vincolato e con indiscutibile coinvolgimento di profili di interesse pubblico.

Ma in effetti, a ben vedere, il giudice amministrativo, nelle pronunzie da ultimo riportate, è potuto approdare a conclusioni difformi solo sulla scorta dell'adesione ad un diverso criterio di discrezione della situazione soggettiva: in tali ultimi casi, al fine di determinare i connotati del potere e la situazione soggettiva correlata al suo esercizio, non viene coinvolta una valutazione in ordine alla "direzione della norma", il giudice si limita a verificare che sussista l'esercizio di un "potere vincolato di accertamento" e ne trae, senza ulteriori indugi, che la situazione del privato deve essere qualificata come di diritto soggettivo¹⁰⁰.

L'orientamento da ultimo richiamato consente peraltro di riconnettere il discorso ad alcune osservazioni di carattere teorico generale di estremo rilievo.

Parte della dottrina infatti, partendo dal presupposto che la valutazione intorno alla vincolatezza del potere non abbia niente a che vedere con quella intorno alla sua autoritatività, ha sottolineato come sia però ben possibile che l'amministrazione venga incaricata di svolgere di attività amministrativa non autoritativa, ma che è tale non in quanto vincolata, ma in quanto svolta in adempimento di diversi "compiti amministrativi"¹⁰¹.

In effetti sembra che la categoria dei "meri atti amministrativi", non autoritativi, possa riguardare proprio ipotesi del tipo ora in esame, in cui l'amministrazione svolge un'attività di accertamento della situazione di fatto che conduce all'emanazione di un atto di tipo dichiarativo/certificativo.

Ragionando in questi termini sarebbe forse più agevole individuare la ragione sottesa alla difformità tra i due orientamenti giurisprudenziali testé citati, spostando l'attenzione sul "compito" demandato all'amministrazione nei due casi.

¹⁰⁰Con ciò dunque aderendo ad un orientamento difforme rispetto a quello prevalente nella giurisprudenza amministrativa.

¹⁰¹Cfr. G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Vol II, 4^a ed., Milano, 2016 p. 76 s.; per una riflessione sul tema cfr. cap. 2, § 4.3.5.

Da un lato, per quanto concerne l'accertamento del confine dell'area demaniale, si ha a che fare con un accertamento di fatto avente un rilievo pubblicistico indiretto, scaturente dalla determinazione del regime giuridico applicabile all'area interessata dall'accertamento e che di per sé non risulta essere immediatamente collegabile all'esercizio di un potere amministrativo in senso stretto, ad effetto costitutivo.

Dall'altro lato, con riferimento all'esercizio di poteri di vigilanza, si potrebbe argomentare che il "potere di accertamento" è in vero strettamente connesso all'esercizio di ulteriori poteri amministrativi, specie di tipo sanzionatorio.

Chiaramente il discrimine tra le due ipotesi resta sfuggente anche ponendo la questione in questi termini. Quantomeno tuttavia, procedendo in questo senso, si profila un possibile profilo di indagine da cui potrebbe essere possibile ricavare una ragione per la sottoposizione delle due situazioni, molto simili, a diverso regime giurisdizionale.

Come si è avuto occasione di vedere la giurisprudenza è invece giunta a conclusioni divergenti cambiando punto prospettico e cioè aderendo a diversi criteri di discrezione della situazione soggettiva.

4.3. Sembra dunque il caso di riprendere le fila del discorso e di verificare quali conclusioni se ne possano trarre.

Si è già rilevato (*infra* § 4.2.2.) come il giudice amministrativo, in alcune pronunzie, pur alludendo all'impostazione seguita dalla "tesi tradizionale", abbia offerto argomenti a sostegno della possibilità di riconoscere carattere autoritativo al potere amministrativo vincolato che prescindono dall'adesione a tale impostazione teorica.

In questo senso, innanzitutto, sono state individuate delle fondamentali argomentative di diritto positivo per poi addirittura, quanto risulta ancora più interessante, fornire un criterio di discrezione, quello incentrato sull'eventuale sussistenza di "discrezionalità tecnica", che niente ha a che fare col ragionamento intorno allo "scopo di tutela" assunto dalla norma primaria.

Se ne potrebbe ricavare che la valutazione operata dal giudice in ordine alla presenza di connotati di autoritatività nel potere possa, e forse debba, essere "di più ampio respiro", rispetto agli angusti confini argomentativi imposti dall'adesione alla "tesi tradizionale".

In altre parole si potrebbe sostenere che il riconoscimento del carattere dell'autoritatività al potere¹⁰² amministrativo derivi da una “scelta ordinamentale” che intanto non sembra assimilabile a quella operata in merito al carattere della vincolatezza¹⁰³ o meno del potere amministrativo, ma che sembra forzato limitare anche alla sola valutazione intorno allo scopo di tutela assunto dalla normativa applicabile al caso concreto.

Al fine di determinare la natura del potere e della situazione soggettiva correlata al suo esercizio, sembra necessario operare un'attività interpretativa complessa, che tenga in considerazione una pluralità di variabili.

Concetti quali “vincolatezza”, “fine pubblico”, “discrezionalità tecnica”, “compito amministrativo”, “natura della pretesa”¹⁰⁴, sembrano presentarsi come utili strumenti esegetici, indici, se si vuole, ma non come canoni interpretativi assoluti, in grado di determinare l'automatica qualificazione del potere amministrativo e della situazione soggettiva correlata al suo esercizio in un senso o nell'altro, come automatica conseguenza del loro atteggiarsi nel caso concreto.

4.4.1. In altre parole, i parametri che parte della dottrina e della giurisprudenza hanno storicamente riconosciuto come “determinanti” al fine di qualificare la situazione soggettiva, e cioè, a seconda delle diverse tesi, la vincolatezza e la finalità di tutela della norma primaria, sembra che debbano essere piuttosto ritenuti validi indici interpretativi, di ausilio al giudice quando si trovi a dover comprendere se la normativa implichi l'attribuzione all'amministrazione di un potere autoritativo o meno.

In effetti, in quest'ottica, sembra intanto doveroso puntualizzare come la tesi per cui la situazione soggettiva debba essere sempre qualificata come di diritto soggettivo a fronte dell'esercizio di un potere vincolato presti il fianco a non poche contestazioni sul piano teorico.

¹⁰²E, si badi bene, parlare di attribuzione di “potere autoritativo”, vuol dire parlare di attribuzione di “potere vero e proprio”, ché se il potere non è autoritativo in verità non è tale. Dunque la questione si può tradurre in diversi termini mantenendone invariato il significato: si può cioè rilevare come il discorso impinga, sostanzialmente, nel (necessario) fondamento legale di ogni attribuzione di potere in senso stretto.

¹⁰³Cfr. E. CASSETTA, *Scritti scelti*, Napoli, 2015, p. 445, 452; G. Greco, *Dal dilemma*, cit., p. 516.

¹⁰⁴Si è visto infatti che, nei fatti, la natura patrimoniale della pretesa dedotta in giudizio spinge la giurisprudenza, anche amministrativa, ad assimilare la situazione del privato che dialoga con l'amministrazione a quella che avrebbe in normali rapporti paritari regolati dal diritto comune.

Particolarmente interessante quella svolta dal Nicosia¹⁰⁵ già richiamata in *infra* §3.3. Sulla scorta delle riflessioni dell'Autore¹⁰⁶ è facile rilevare come, a rigore, se si dovesse ritenere che l'assenza di discrezionalità comporti l'assenza di un'"effettiva intermediazione" da parte dell'amministrazione e che quindi in tali casi la situazione soggettiva sia invero regolata direttamente dalla norma, allora si dovrebbe dedurre che anche l'amministrazione, quando agisce per tramite di poteri vincolati di carattere "restrittivo" (rispetto alla sfera giuridica del destinatario), agisca sulle basi non di un potere ma di una situazione di diritto soggettivo.

Non solo, laddove si volesse dare ulteriore svolgimento al ragionamento iniziato dal Nicosia, sarebbe facile riconoscere come tale ricostruzione, già *icto oculi* grottesca, sia invero insostenibile.

Se l'amministrazione, nelle ipotesi di esercizio di "poteri vincolati restrittivi", fosse in vero titolare di un diritto e non di un potere, avrebbe la "*facoltà*" di agire per il riconoscimento delle proprie pretese nei confronti del privato e ciò pare, in tutta evidenza, assurdo.

Infatti, anche in tali casi, la situazione giuridica di "vantaggio" dell'amministrazione è per certo volta al perseguimento *doveroso* del fine pubblico, sicché è senz'altro incompatibile con una situazione di diritto soggettivo.

In altre parole appare del tutto evidente come l'assenza di discrezionalità sia elemento necessario¹⁰⁷ ma di per sé insufficiente a determinare se l'agire amministrativo sia nel caso concreto privo di connotati di autoritatività e cioè se in capo all'amministrazione insista un potere amministrativo in senso stretto o meno. Altri fattori concorrono a determinare il contenuto della situazione soggettiva di vantaggio, così per il privato (che potrebbe essere titolare di un interesse legittimo) come per l'amministrazione (che potrebbe essere investita di un potere autoritativo).

¹⁰⁵Cfr. F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa "non discrezionale"*, Napoli, 1991, p. 118 ss, per altro l'argomento è richiamato anche in F.G. SCOCA, *L'Interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., p. 440, in particolare nota 93.

¹⁰⁶Che volgono a dimostrare "per assurdo" che la vincolatezza del potere non è elemento utile al fine di valutarne l'autoritatività

¹⁰⁷Sulla scorta della teoria gianniniana della discrezionalità.

Né sembra più difficoltoso sostenere che il discorso intorno al “fine” perseguito dalla norma primaria e quello intorno all’autoritatività del potere, pur restando connessi, non siano da ritenere completamente interdipendenti.

Anche il “fine della norma” cioè andrebbe considerato come indice interpretativo, non come un criterio assoluto, in sé sufficiente a determinare la natura del potere amministrativo.

Intanto, in disparte la considerazione per cui qualsiasi norma è in una certa misura volta alla tutela dell’“interesse generale”¹⁰⁸, bisogna constatare come, piuttosto, qualsiasi dettame normativo volto a regolare l’agire dell’amministrazione esprima, dal punto di vista assiologico, una ponderazione tra i vari *specifici* interessi pubblici e privati coinvolti. In alcuni casi tale ponderazione è esaustivamente operata dal legislatore (il caso delle c.d. norme di relazione), in altri casi è in parte demandata ad un’ulteriore attività valutativa svolta dall’amministrazione (ove, a regolarla, intervengono le c.d. norme di azione).

Ma soprattutto sembra alquanto arduo sostenere che l’amministrazione, quando agisca in attuazione di “compiti amministrativi” che non implicano l’adozione di atti ad effetti costitutivi, non agisca nel perseguimento di finalità pubbliche.

Il carattere autoritativo o meno dell’atto atterrà piuttosto al “*quomodo*” del perseguimento delle finalità pubbliche o, per meglio dire, al “compito amministrativo” che l’amministrazione è tenuta in quello specifico frangente a svolgere.

Anche in questo caso sembra insomma che, ove l’attività dell’amministrazione sia a carattere vincolato, l’individuazione del “tipo” di finalità pubblica da essa perseguita possa rappresentare al più un valido ausilio interpretativo nell’ottica di determinare se il legislatore abbia inteso attribuirle un potere di tipo costitutivo o abbia ritenuto sufficiente demandarle lo svolgimento di un’attività di tipo dichiarativo/certificativo/di accertamento.

Si deve per altro osservare come in termini generali la valutazione intorno alla “direzione” assunta dalla norma nel caso concreto possa risultare alquanto dubbia sul piano dei principi e dell’attuabilità oggettiva.

¹⁰⁸Per una riflessione sul tema cfr. cap. 2, § 2.2.

Autorevole dottrina, da lungo tempo, sostiene che le norme poste a disciplina dell'attività amministrativa sono sempre volte tutelare e garantire sia l'interesse pubblico che l'interesse privato¹⁰⁹, talché svolgere una valutazione in ordine alla preponderanza di un profilo di tutela sull'altro nel caso concreto pare operazione quantomeno difficile¹¹⁰, se non scarsamente significativa e comunque estremamente incerta¹¹¹.

In termini più generali si può inoltre osservare come proprio i perduranti contrasti dottrinali e giurisprudenziali di cui si è diffusamente trattato si presentino come chiaro sintomo della non esaustività dei, pur raffinatissimi, tentativi di dirimere sul piano astratto la questione concernente il rapporto che intercorre tra potere vincolato e situazione soggettiva del privato destinatario.

4.4.2. Per portare a compimento il discorso sembra a questo punto utile riaffermare il presupposto argomentativo a partire dal quale si diramano tutte le tesi sul potere vincolato e sulla situazione soggettiva correlata al suo esercizio: l'interesse legittimo è la situazione di vantaggio del privato connotata dalla presenza di un'intermediazione da parte dell'amministrazione.

È pure pacifico che tale intermediazione si manifesta quando in capo all'amministrazione insiste un potere autoritativo, e cioè quando l'amministrazione ha la capacità di modificare unilateralmente la sfera giuridica del destinatario.

Partendo da questi assunti, quanto in questa sede si è ipotizzato è che la determinazione in ordine alla sussistenza o meno di un potere di tale tipo in capo all'amministrazione non può che essere rimessa al giudice, quale interprete della legge. Il giudice a tal fine potrà avvalersi di una serie di indici ermeneutici, nessuno dei quali tuttavia può dirsi avere un ruolo "tiranno", tale che il suo atteggiamento nel caso concreto permetta di individuare, senza ulteriore indugio, la natura del potere amministrativo di cui trattasi.

¹⁰⁹*Ex multis* e tra i primi in questo senso, E. CAPACCIOLI, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni*, Milano, 1963, p. 47.

¹¹⁰*Ex multis*, D. SORACE, *Lezioni di diritto amministrativo*, Bologna, 2000, Vol. II, p. 165 "è per lo meno molto difficile accertare se lo scopo di una norma che impone un agire vincolato che avvantaggia specificamente certi soggetti sia l'interesse di questi ultimi o invece l'interesse pubblico", l'argomento è stato già affrontato in cap. 2, § 3.3.4.2.

¹¹¹*Ex multis*, A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., p. 14 s.

Così sembra debba dirsi per quanto concerne la vincolatezza del potere, così per quanto concerne la “direzione prevalente di tutela” della norma primaria.

4.5. Se queste sono le conclusioni a cui si ritiene di dover pervenire sembra necessario quantomeno accennare ad un problema macroscopico che viene inesorabilmente coinvolto.

Si è detto che l’amministrazione agisce sempre nel perseguimento di “compiti” di interesse pubblico e che talvolta, nel perseguimento di questi compiti, è incaricata di adottare provvedimenti di carattere autoritativo, al cui esercizio corrisponde l’instaurazione di una situazione di interesse legittimo in capo al privato destinatario.

Ma allora, se è vero che “il giudice amministrativo è il “giudice naturale dell’esercizio della funzione pubblica””¹¹², è forse il caso di interrogarsi in ordine all’adeguatezza dell’attuale assetto costituzionale per cui il giudice del riparto è il giudice ordinario nella sua massima espressione¹¹³.

Forse, e questo non è di certo un tema nuovo al dibattito politico e dottrinale, sarebbe opportuno coinvolgere anche il giudice amministrativo nelle decisioni concernenti l’an dell’esistenza del potere amministrativo, oltre che in quelle riguardanti il *quomodo* del suo esercizio¹¹⁴.

L’evoluzione dell’ordinamento in questo senso potrebbe peraltro facilitare il reciproco avvicinamento delle posizioni giurisprudenziali prevalenti in seno ai due ordini giurisdizionali, con benefici, quantomeno, in termini di certezza del diritto.

¹¹²Cfr. Corte cost., 11 Maggio 2006, n. 191, in particolare punto 4.3; richiamata per altro dalla recente Cons. Stato, Sez. III, 10 Novembre 2022, n. 9822.

¹¹³Ciò ai sensi dell’art. 111, co. 8, Cost.: “contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”.

¹¹⁴Come è noto non mancano all’esperienza comparatistica modelli di “giudici del riparto” a composizione mista, si pensi al *Tribunal des conflits* francese o al *Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes* tedesco (che tuttavia non è una Corte autonoma ma una particolare forma di composizione).

CONCLUSIONE

1. Il centro speculativo intorno a cui si è mossa l'indagine sin qui svolta riguarda la natura della situazione giuridica soggettiva correlata all'esercizio di un potere amministrativo vincolato.

Un tema complesso, che prima di essere analizzato nel dettaglio ha richiesto un'attenta puntualizzazione di quei concetti giuridici che fanno da contesto e da presupposto ad un'astrazione in materia.

Assoluta contezza di quanto fosse imprescindibile tale propedesi si è avuta per certo nel prosieguo di questo lavoro.

2. Diverse sono le Scuole di pensiero che hanno tentato di risolvere l'enigma del rapporto intercorrente tra potere vincolato e situazione soggettiva e ciascuna di queste correnti di pensiero, come si è visto, propone una varietà di ponderosi argomenti a sostegno della propria tesi.

In questo senso i sostenitori della "tesi tradizionale" prendono le loro mosse argomentative da una raffinata ponderazione intorno alla definizione di "interesse legittimo", traendone poi le dovute conseguenze argomentative con assoluto rigore scientifico.

Ma tanto vale anche per la Scuola fiorentina, che coinvolge nel suo ragionamento la problematica del riparto di giurisdizione, le nozioni di "norma di azione" e "norma di relazione", il tema della corretta qualificazione dell'interesse legittimo ed una peculiare definizione del concetto di "potere amministrativo".

Né si è presentata come meno complessa l'analisi degli argomenti, teorici e di diritto positivo, offerti dall'Autorevole dottrina secondo cui, per operare una valutazione intorno alla natura della situazione soggettiva, si deve svolgere un ragionamento che non fa assurgere a paradigma del discorso né il concetto di "vincolatezza" del potere né speculazioni intorno alla "direzione di tutela" offerta dalla "norma primaria".

Tre tesi di rimarchevole coerenza interna, ma anche tre tesi articolate e difficili, il cui studio presuppone una piena comprensione dei concetti giuridici coinvolti nel ragionamento.

E la complessità del quadro risulta senz'altro incrementata ove, come si è fatto, si verifichi che tali ricostruzioni conducono a risultati argomentativi alternativi ed inconciliabili.

Da un lato i sostenitori della “tesi tradizionale” ritengono imprescindibile, al fine di determinare la natura della situazione soggettiva, un'analisi intorno alla direzione preminente di tutela garantita dalla “norma primaria”

Dall'altro, gli aderenti alla “Scuola fiorentina”, a fronte dell'esercizio di un potere vincolato, riconoscono sempre e comunque la sussistenza di una situazione di diritto soggettivo in capo al destinatario dell'esercizio del potere.

Dall'altro lato ancora i sostenitori della “terza tesi” ritengono che il potere autoritativo sia da ritenersi sempre tale, a prescindere dalla sua natura vincolata o meno.

3. Si è pure avuto modo di osservare come questi filoni ricostruttivi abbiano ricevuto non univoco riscontro in giurisprudenza.

La giurisprudenza ordinaria si è mostrata propensa all'accoglimento della tesi per cui la situazione soggettiva correlata all'esercizio del potere vincolato deve essere sempre qualificata come di diritto soggettivo.

Non così è accaduto in seno alla giurisdizione amministrativa, ove, salve le dovute eccezioni, resta prevalente l'orientamento per cui, al fine di qualificare la situazione soggettiva, è necessario svolgere un'indagine intorno alla “direzione della norma”.

Ed appunto, si è potuto osservare come, soprattutto nelle controversie in tema di “contributi pubblici”, anche il giudice amministrativo tenda a riconoscere “*tranchante*” che la situazione del privato destinatario dell'esercizio di un potere vincolato sia da qualificarsi senz'altro come di diritto soggettivo.

Ma, ancora, si è rilevato che una parte della giurisprudenza amministrativa sembra tal volta alludere ad un orientamento del tutto opposto che, addirittura, si allontana dall'alveo delle valutazioni intorno alla “direzione della norma” per far proprio un ragionamento che coinvolge argomenti di diritto positivo, se non persino considerazioni intorno a concetti ulteriori, come quello di “discrezionalità tecnica”.

4. Questa giurisprudenza invero è sembrata estremamente interessante.

Il taglio argomentativo scelto dal giudice amministrativo in tali occasioni ha permesso di sviluppare alcune riflessioni ulteriori.

Ne è nata un'ipotesi ricostruttiva che esalta il momento esegetico.

Se il potere amministrativo autoritativo (cioè tale in senso stretto), deve necessariamente essere attribuito da una previsione di legge, è allora parso opportuno esaltare, al fine di determinarne l'effettiva sussistenza, il momento interpretativo della legge stessa.

Non è sembrato cioè possibile risolvere la questione "a monte", ricostruendo la natura del potere e della situazione soggettiva correlata al suo esercizio, in base a ragionamenti "di principio" in ordine alla vincolatezza del potere o alla direzione della norma.

A chiudere il cerchio argomentativo: se l'interesse legittimo è la situazione soggettiva "mediata" dall'esercizio di un potere amministrativo (che è tale in senso stretto solo se autoritativo), allora, per riconoscerne la sussistenza è necessario verificare se l'amministrazione sia titolare di tale potere, e ciò si può fare solo per mezzo di un'attenta attività esegetica.

Peraltro quella appena esposta pare essere una posizione in buona parte assimilabile a quella di coloro i quali ritengono che "il potere autoritativo sia sempre potere autoritativo" e che forse, a ben vedere, si limita a riproporla, ma da un diverso punto prospettivo.

In altre parole, se è sembrata del tutto condivisibile l'opinione per cui "il potere autoritativo è sempre tale", indipendentemente da considerazioni intorno alla vincolatezza del potere o alla direzione della norma, è però poi parso opportuno spostare il discorso ad una fase "prodromica".

Cioè, fermo restando che "il potere autoritativo è sempre tale", ci si è chiesti *quando* il potere autoritativo sia tale o, per meglio dire, come si possa giungere a ritenere che lo svolgimento di una certa attività amministrativa sia espressione dell'esercizio di un potere autoritativo.

Ecco dunque che, in ossequio al principio di legalità, si è riconosciuta primaria importanza al ruolo dell'interprete.

In conclusione, è sembrato corretto ritenere che solo l'interpretazione della legge possa consentire di stabilire se nel caso concreto sussista o meno un potere autoritativo in titolarità dell'amministrazione.

Ciò peraltro senza voler negare del tutto rilevanza alle nozioni di "vincolatezza del potere" e "direzione della norma", le quali, anzi, paiono indici esegetici di fondamentale ausilio nello svolgimento di un'attività ermeneutica che senz'altro sovente si rivela particolarmente complessa.

BIBLIOGRAFIA

- G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989.
- V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966.
- L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002.
- E. CAPACCIOLI, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni*, Milano, 1963.
- E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Vol. I, 2^a ed., Padova, 1983.
- A. CARBONE, C. BELLESINI, *Riparto di giurisdizione e controversie di diritto pubblico*, in *La giustizia amministrativa in Italia e Germania Contributi per un confronto*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), 2017.
- L. CARBONE, *Segnalazioni - Consiglio di Stato - Interessi legittimi e professione di psicologo*, nota a sentenza (ad Ad. Plen., 5 Luglio 1999, n. 18), *Il Corriere Giuridico*, n. 9 del 1999, p. 1091.
- L. CARBONE, M. D'ADAMO, D. DELL'ORO, *Osservatorio - Consiglio di Stato -*, nota a sentenza (ad Ad. plen., 24 Maggio 2007, n. 8), in *Il Corriere Giuridico*, n. 8 del 2007, p. 1071.
- L. CARBONE, M. D'ADAMO, D. DELL'ORO, *Osservatorio - Consiglio di Stato - Pubblico impiego*, nota a sentenza (ad Ad. plen. n. 11 del 2011), *Il Corriere Giuridico*, n. 9 del 2011, p. 1213.
- E. CASSETTA, *Scritti scelti*, Napoli, 2015.
- E. CASSETTA, *Diritto Soggettivo e interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1952, p. 611 ss.

- E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. FRACCHIA, ed. 22^a, Milano, 2020.
- S. CASSESE, *Alla ricerca del Sacro Graal. A proposito della rivista diritto pubblico*, in Riv. trim. dir. pub., Fascicolo 3, 1995, p. 789 ss.
- S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995.
- V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2021.
- V. CERULLI IRELLI, *Costituzione e amministrazione*, Torino, 2022.
- V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, in www.astrid.eu.
- M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013.
- M. CLARICH, in *diritto amministrativo e clausole generali, un dialogo*, di M. CLARICH, M. RAMAJOLI, Pisa, 2021.
- C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, 2008.
- G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992.
- G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, Vol. I, Padova, 2013.
- A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1970.
- L. FERRARA, *Diritti soggettivi ed accertamento amministrativo, autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996.
- L. FERRARA, *situazioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in Diz. dir. pub., in S. CASSESE (diretto da), Vol. VI, Milano, 2006.
- L. FERRARA, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in Dir. pub., III, 2016, p. 11 ss.

- L. FERRARA, *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in *Dir. pub.*, Fascicolo 3, 2019, p. 723 ss.
- L. FERRARA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo, una distinzione sfumata del tutto?*, in A. CARBONE (coordinato da), in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Tomo I, Torino, 2020.
- G. FERRARI, L. TARANTINO, *Osservatorio amministrativo - la plenaria sul riparto di giurisdizione in tema di procedure concorsuali per l'assunzione nel pubblico impiego*, nota a sentenza (ad Ad. Plen., 12 Luglio 2011, n. 11), in *urbanistica e appalti*, n. 9 del 2011, p. 1116.
- P.K. FEYERABEND, *Addio alla ragione*, Roma, 2007.
- M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetti e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939.
- M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970.
- G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Vol. II, 4^a ed., Milano, 2016.
- G. GRECO, *Potere e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. pub.*, Fascicolo 3, supplemento, 2016, p. 97 ss.
- G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, 2^a ed., Milano, 2000.
- G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo - interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale - interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014.
- G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo I*, Milano, 1983.
- E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942.

H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it. di Renato Treves, 2^a ed., Torino, 1953.

L. MARUOTTI, *La giustizia amministrativa e le riforme costituzionali*, in *Foro amm.*, 1992, p. 2845 ss.

C. MARZUOLI, *Un diritto non amministrativo?*, in *Dir. pub.*, I, 2006.

B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in S. CASSESE (a cura di), in *Trattato di diritto amministrativo*, Vol. I, 2000.

A. MAZZINI SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Vol. I, Napoli, 1984.

A. MAZZINI SANDULLI, *Sulla competenza a giudicare del mancato riconoscimento da parte dei comuni delle obbligazioni contratte sotto il regime repubblicano fascista*, in *Foro Italiano*, Vol. LXXII, Parte I-3, 1949, p. 32 ss.

G. MIELE, *Questioni giuridiche vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro Amm.*, 1940, p. 40 ss.

G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo, interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, p. 123 ss.

G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Vol. I, Padova, 1953.

F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa non discrezionale*, Napoli, 1991.

M. NUZZO, *Introduzione alle scienze giuridiche Norme - Soggetti - Attività*, 3^a ed., Torino, 2009.

A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 3 ss.

A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto, per una giustizia 'non amministrativa' (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005.

- N. PAOLANTONIO, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, in A. CONTIERI, F. FRANCIARIO, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), Vol. 2, Napoli, 2010.
- I. PEILA, *Attività vincolata nel fine e giurisdizione del giudice amministrativo*, nota a sentenza (Ad. Plen., 5 Luglio 1999, n. 18), in *Giur. It.* n. 12 del 1999.
- F. PETROCCHI, *discrezionalità dell'atto e riparto di giurisdizione*, in *Gazzetta Amministrativa*, n° 1 – 2021.
- A. PIRAS, *discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIII, Varese, 1964.
- A. POLICE, *A cosa serve l'interesse legittimo? A margine delle riflessioni di Franco Gaetano Scoca*, in *L'interesse legittimo Colloqui con Franco Gaetano Scoca*, in S. LICCIARDELLO E S. PERONGINI (a cura di), Torino, 2019, p. 356 ss.
- A. POLICE, *Lezioni sul processo amministrativo*, Napoli, 2021.
- M. RAMAJOLI, in *diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, di M. CLARICH e M. RAMAJOLI, Pisa, 2021.
- O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934.
- F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione*, Padova, 1969.
- F.G. SCOCA, *L'Interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.
- D. SORACE, *Lezioni di diritto amministrativo*, Vol. I, Bologna, 2000.
- A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2017.
- R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017.
- G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Vol. II, Milano, 1958.
- A. ZITO, M.R. SPAZIANO, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Giustizia amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di), 5^a ed., Torino, 2013.

GIURISPRUDENZA

CORTE COSTITUZIONALE

Corte cost., 16 Aprile 1998, n. 127

Corte cost., 6 Luglio 2004, n. 204

Corte cost., 11 Maggio 2006, n. 191

Corte cost., 26 Gennaio 2007, n. 11

Corte cost., 25 Luglio 2016, n. 179

Corte cost., 9 Febbraio 2023, n. 15

Corte cost., 9 Febbraio 2023, n. 16

SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE

Cass. civ., Sez. Un., 15 Luglio 1930, n. 2680

Cass. civ., Sez. Un., 24 Ottobre 1958, n. 3457

Cass. civ., Sez. I, 9 Marzo 1979, n. 1463

Cass. civ., Sez. Un., 5 Novembre 1984 n. 5585

Cass. civ., Sez. II, 8 Agosto 1989, n. 3644

Cass. civ., Sez. Un., 24 Gennaio 1991, n. 711

Cass. civ., Sez. Un., 20 Marzo 1991, n. 2994

Cass. civ., Sez. Un., 8 Luglio 1993, n. 7476

Cass. civ., Sez. Un., 21 Novembre 1997, n. 11622

Cass. civ., Sez. Un., 10 Agosto 1999, n. 582

Cass. civ., Sez. Lavoro, 15 Gennaio 2001, n. 480

Cass. civ., Sez. Un., 22 Luglio 2003, n. 11404

Cass. civ., Sez. Un., 28 Luglio 2004, n. 14169

Cass. civ., Sez. Un., 25 Luglio 2006, n. 16896

Cass. civ., Sez. Un., 13 Febbraio 2008, n. 3399 (ord.)

Cass. civ., Sez. Un., 19 Maggio 2008, n. 12641

Cass. civ., Sez. Un., 18 Luglio 2008, n. 19806

Cass. civ., Sez. Un., 7 gennaio 2013, n. 150

Cass. civ., Sez. Un., 6 Settembre 2013, n. 20566

Cass. civ., Sez. Un., 11 Luglio 2014, n. 15941 (ord.)

Cass. civ., Sez. Un., 15 Dicembre 2015, n. 25211 (ord.)

Cass. civ., Sez. Un., 5 Agosto 2016, n. 16602 (ord.).

Cass. civ., Sez. Un., 18 Novembre 2016, n. 23468 (ord.)

Cass. civ., Sez. Un., 19 Dicembre 2016, n. 26126

Cass. civ., Sez. Un., 25 Settembre 2017, n. 22254 (ord.)

Cass. civ., Sez. Un., 11 Maggio 2018, n. 11576 (ord.)

Cass. civ., Sez. Un., 28 Gennaio 2020, n. 1869

Cass. civ. Sez. Un., 28 Maggio 2020, n. 10089

Cass. civ., Sez. Un., 30 Luglio 2020, n. 16457

Cass. civ., Sez. Un., 21 Settembre 2020, n. 19664 (ord.)

Cass. civ., Sez. Un., 14 Aprile 2021, n. 9840 (ord.)

Cass. civ., Sez. Un., 22 Novembre 2021, n. 35952 (ord.)

Cass. civ., Sez. Un., 18 Gennaio 2022, n. 1390 (ord.)
Cass. civ., Sez. Un., 8 Febbraio 2022, n. 3935 (ord.)
Cass. civ., Sez. Un., 14 Marzo 2022, n. 8188 (ord.)
Cass. civ., Sez. Un., 13 Maggio 2022, n. 15370 (ord.)
Cass. civ., Sez. Un., 29 Settembre 2022, n. 28429 (ord.)
Cass. civ., Sez. Un., 4 Gennaio 2023, n. 146 (ord.)

CONSIGLIO DI STATO

Cons. Stato. Ad. plen., 14 Giugno 1930, n. 1
Cons. Stato, Ad. plen., 4 Dicembre 1964, n. 24
Cons. Stato, Ad. plen., 26 Ottobre 1979, n. 25
Cons. Stato, Sez. IV, 19 Luglio 1993, n. 727
Cons. Stato, Sez. VI, 18 Marzo 1998, n. 312
Cons. Stato Sez. IV, 10 Marzo 1998, n. 394
Cons. Stato, Sez. V, 20 Marzo 1999, n. 284
Cons. Stato, Ad. plen. 5 Luglio 1999 n. 18
Cons. Stato, Sez. VI, 22 Giugno 2004, n. 4447
Cons. Stato, Sez. V, 7 Novembre 2006, n. 6527
Cons. Stato, Sez. IV, 21 Marzo 2006, n. 1509
Cons. Stato, Ad. plen., 24 Maggio 2007, n. 8
Cons. Stato, Sez. VI, 2 Aprile 2010, n. 1898
Cons. Stato, Sez. VI, 14 Ottobre 2010, n. 7510

Cons. Stato, Ad. plen 12 Luglio 2011, n. 11

Cons. Stato, Sez. VI, 26 Settembre 2011, n. 5357

Cons. Stato, Sez. VI, 13 Giugno 2012, n. 3496

Cons. Stato, Ad. plen., Sent., 29 Gennaio 2014, n. 6

Cons. Stato, Sez. III, 9 Dicembre 2020, n. 7820

Cons. Stato, Sez. III, 28 Luglio 2021, n. 5596

Cons. Stato, Sez. III, 4 Agosto 2021, n. 5737

Cons. Stato, Sez. III, 5 Agosto 2021, n. 5762

Cons. Stato, Sez. VII, 25 Gennaio 2022, n. 1863

Cons. Stato, Sez. V, 28 Febbraio 2022, n. 1418

Cons. Stato, Sez. VII, 2 Marzo 2022, n. 1492

Cons. Stato, Sez. VII, 16 Marzo 2022, n. 1844

Cons. Stato, Sez. VII, 16 Marzo 2022, n. 1863

Cons. Stato, Sez. VII, 16 Marzo 2022, n.1865

Cons. Stato, Sez. V, 9 Giugno 2022, n. 4711

Cons. Stato, Sez. V, 9 Giugno 2022, n. 4716

Cons. Stato, Sez. III, 20 Giugno 2022, n. 5014

Cons. Stato, Sez. III, 7 Luglio 2022, n. 5651

Cons. Stato, Sez. V, 19 Luglio 2022, n. 6238

Cons. Stato, Sez. III, 3 Ottobre 2022, n. 8434

Cons. Stato, Sez. VII, 10 Ottobre 2022, n. 8638

Cons. Stato, Sez. III, 10 Novembre 2022, n. 9822

Cons. Stato, Sez. III, 5 Dicembre 2022, n. 10648

Cons. Stato, Sez. II, 29 Dicembre 2022, n. 11545

Cons. Stato, Sez. VII, 19 Gennaio 2023, n. 664

Cons. Stato, Sez. VI, 24 Febbraio 2023, n. 1936

Cons. Stato, Sez. IV, 13 Marzo 2023, n. 2586

Cons. Stato, Sez. VI, 21 Marzo 2023, n. 2849

Cons. Stato, Sez. IV, 30 Marzo 2023, n. 3295

CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIA

Cons. giust. amm. Sicilia, 18 Novembre 1998, n. 670

Cons. giust. amm. Sicilia, 24 Giugno 2015, n. 464

Cons. giust. amm. Sicilia, 13 Settembre 2021, n. 802

T.A.R.

T.A.R. Lazio Roma, Sez. III, 19 Maggio 2003, n. 4362

T.A.R. Sicilia Catania, Sez. I, 2 Ottobre 2006, n. 1542

T.A.R. Lazio Roma, Sez. III ter, 3 Gennaio 2012, n. 52

T.A.R. Marche Ancona, Sez. I, 6 Febbraio 2014, n. 185

T.A.R. Lombardia Milano, Sez. III, 23 Novembre 2018, n. 2642

T.A.R. Calabria Catanzaro, Sez. II, 24 Aprile 2020, n. 654

T.A.R. Campania Napoli, Sez. VII, 24 Luglio 2020, n. 3325

T.A.R. Veneto Venezia, Sez. III, 14 Febbraio 2022, n. 290

T.A.R. Emilia-Romagna Bologna, Sez. II, 26 Aprile 2022, n. 371

T.A.R. Veneto Venezia, Sez. III, 19 Ottobre 2022, n. 1601

T.A.R. Liguria Genova, Sez. I, 18 Novembre 2022, n. 988

T.A.R. Piemonte Torino, Sez. I, 17 Gennaio 2023, n. 60