



Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN COMPARAZIONE GIURIDICA E STORICO GIURIDICA Curriculum in Diritto Amministrativo

CICLO XXVII

COORDINATORE: Prof. Negri Daniele

IL DINIEGO DI PROVVEDIMENTO E
TEORIA GENERALE DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA

Settore Scientifico Disciplinare IUS/10

Dottorando

Dott. Florian Stefania

Tutore

Prof. Magri Marco

Anni 2012/2015

Introduzione

La questione che ci si propone di indagare è la natura giuridica del diniego esplicito di provvedimento amministrativo richiesto dal privato. In particolare, si intende approfondire quali eventuali effetti giuridici il diniego produca e, alla luce di ciò, se esso possa considerarsi un vero e proprio atto giuridico, secondo un profilo di teoria generale. A tal fine, si è cercato di impostare l'indagine sullo studio del fenomeno di produzione giuridica, al fine di procedere, poi, ad un inquadramento sistematico di tale complessa figura.

Sul piano delle conseguenze applicative di una tale ricostruzione e con riferimento alla tutela giurisdizionale, al problema della natura giuridica del diniego di provvedimento, è collegato lo stabilire la reale natura, costitutiva o di mero accertamento dell'*impugnazione* del diniego e, quindi, della pronuncia sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, che l'art. 34, comma 1, lett. c, estende alle medesime ipotesi, prevedendo che *l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto sia 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*. A questo punto, si è affrontato il problema di chiarire se, l'azione in esame, possa configurarsi come un'azione di condanna atipica o come un risarcimento in forma specifica, anche in considerazione della peculiarità della prestazione dovuta, che, secondo il principio di divisione dei Poteri, dovrebbe rimanere riservata all'Amministrazione.

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO I

Il diniego di provvedimento tra adempimento di un dovere giuridico e adempimento di un dovere materiale

1. Tesi che individua nel *dovere d'ufficio* e nell' *obbligo di pronuncia* le situazioni giuridiche soggettive rilevanti per l'Amministrazione a fronte di un' istanza di provvedimento favorevole. L' estinzione del *dovere d'ufficio* come effetto diretto del diniego di provvedimento. Riconduzione della causa di estinzione del *dovere d'ufficio* all' *obbligo di pronuncia* 1
2. La bipartizione normativa sottesa alla ricostruzione provvedimentale dell' atto negativo: *norme strumentali (sein)*; *norme materiali (sollen)*. Il rapporto di reciproca indipendenza 7
3. Necessità di ricondurre la tutela dell'interesse pubblico ad una situazione giuridica soggettiva di doverosità: il rilievo autonomo del dovere di esercizio della *funzione amministrativa*. Dovere materiale e dovere giuridico. L' azione di “annullamento” del diniego di provvedimento come azione dichiarativa 11
4. Critiche alla tesi che riconduce l'effetto del diniego all'estinzione del *dovere d'ufficio*. Il diniego di provvedimento come fatto estintivo del dovere di pronuncia. Difficoltà di scindere l' effetto di estinzione dall' effetto di adempimento 15

CAPITOLO II

Indagine sull'incidenza del diniego sulle situazioni giuridiche soggettive del privato

1. Tesi che ravvisano la preesistenza, nella sfera giuridica del privato, di un diritto soggettivo al *bene della vita*, nelle ipotesi di attività vincolata 17
2. Il fenomeno di produzione giuridica nella teoria della *rilevanza* giuridica: il fatto come fonte dell' effetto. Critiche. La norma come fonte dell'effetto 24
3. Segue: Il fenomeno di produzione giuridica nella c.d. teoria della *struttura ipotetica* della norma. Il *diritto soggettivo* come *effetto conseguente* del precetto. Brevi cenni sulla distinzione tra atti ampliativi la sfera giuridica soggettiva del destinatario dell'istante 29
4. Tesi che ravvisano, a fronte dell'inerzia provvedimentoale, un diritto soggettivo del privato alla risposta. Dubbi sulla ravvisabilità, in capo al privato, di un diritto soggettivo alla risposta e riconducibilità della situazione giuridica soggettiva in esame a un *diritto di credito* alla risposta 38
5. La risarcibilità del danno arrecato dal mancato godimento del *bene della vita*. Riconducibilità della situazione giuridica soggettiva suscettibile di essere risarcita a un *diritto di credito* al provvedimento favorevole. La configurabilità di *obbligazioni provvedimentoali* anche nelle ipotesi di attività discrezionale 45
6. L'atto viziato nella forma o nel procedimento di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241: tesi dell'irregolarità; tesi della sanatoria *ex lege*. Critiche. Illegittimità dell'atto assunto in violazione di norme formali o procedurali: astratta ammissibilità di una tutela risarcitoria. Critiche. Astratta ammissibilità di una tutela indennitaria: i *diritti di credito procedurali*. Adesione alla tesi dell'illegittimità costituzionale della norma in esame 53
7. L'interesse a ricorrere nel giudizio di “annullamento” del diniego di provvedimento. Riconducibilità dell'utilità derivante dall'accoglimento del ricorso alla dichiarazione di *esistenza* della soggezione. La *soggezione* come situazione giuridica soggettiva tutelata per mezzo del diritto di credito provvedimentoale 61
8. Segue: l' *aspettativa* come situazione giuridica soggettiva “*preliminare*” e la *soggezione* come situazione giuridica soggettiva “*definitiva*”. Il diniego di

provvedimento come “fatto estintivo”: impossibilità della soggezione come *effetto riflesso* dell’ adempimento del dovere di pronuncia 67

CAPITOLO III

Inquadramento sistematico dell’art. 34, comma 1, lett. c, ultimo periodo, legge 2 luglio 2010, n. 104

1. Necessità di individuare l’oggetto del sindacato giurisdizionale di legittimità: brevi cenni alle tesi che riconducono l’oggetto del sindacato giurisdizionale di legittimità all’ *accertamento del rapporto*. Critiche: difficoltà di individuare i *termini* del rapporto 77
2. Riconduzione dell’ oggetto del sindacato giurisdizionale di legittimità all’ accertamento della violazione di una situazione giuridica soggettiva di *doverosità*. Il rilievo degli effetti *conformativi*. Il giudizio sul silenzio come sindacato di legittimità. La *strumentalità* del sindacato esteso al merito al giudizio di legittimità 85
3. Tesi che riconducono al giudizio sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio natura costitutiva: sentenza di condanna atipica; risarcimento in forma specifica. Dubbi sull’ ammissibilità di una pronuncia di condanna all’esercizio del potere provvedimentale: il limite dell’infungibilità della prestazione; impossibilità di configurare un risarcimento in forma specifica dell’interesse legittimo. La tesi minoritaria della “sentenza cognitiva con effetti esecutivi” 91
4. La pronuncia sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio e il limite del potere non ancora esercitato. Indagine sul rapporto tra “annullamento” del diniego o azione avverso il silenzio e l’ azione di “condanna” al rilascio del provvedimento richiesto, di cui all’art. 34, comma 1, lett. c, ultimo periodo, d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104: dipendenza sostanziale e dipendenza processuale tra

domande. Riconduzione dell' azione di cui all' art. 34 in esame a un cumulo
condizionale di domande 105

IL DINIEGO DI PROVVEDIMENTO TRA ADEMPIMENTO DI UN DOVERE GIURIDICO E ADEMPIMENTO DI UN DOVERE MATERIALE.

1. Tesi che individua nel *dovere d'ufficio* e nell' *obbligo di pronuncia* le situazioni giuridiche soggettive rilevanti per l'Amministrazione a fronte di un' istanza di provvedimento favorevole. L' estinzione del *dovere d'ufficio* come effetto diretto del diniego di provvedimento. Riconduzione della causa di estinzione del *dovere d'ufficio* all' *obbligo di pronuncia*. – 2. La bipartizione normativa sottesa alla ricostruzione provvedimentale dell'atto negativo: *norme strumentali (sein)*; *norme materiali (sollen)*. Il rapporto di reciproca indipendenza. - 3. Necessità di ricondurre la tutela dell'interesse pubblico ad una situazione giuridica soggettiva di doverosità: il rilievo autonomo del dovere di esercizio della *funzione* amministrativa. Doveri materiale e dovere giuridico. L'azione di “annullamento” del diniego di provvedimento come azione dichiarativa. – 4. Critiche alla tesi che riconduce l'effetto del diniego all'estinzione del *dovere d'ufficio*. Il diniego di provvedimento come fatto estintivo del dovere di pronuncia. Difficoltà di scindere l' effetto di estinzione dall' effetto di adempimento.

1. Tesi che individua nel *dovere d'ufficio* e nell' *obbligo di pronuncia* le situazioni giuridiche soggettive rilevanti per l'Amministrazione a fronte di un' istanza di provvedimento favorevole. L' estinzione del *dovere d'ufficio* come effetto diretto del diniego di provvedimento. Riconduzione della causa di estinzione del *dovere d'ufficio* all' *obbligo di pronuncia*.

I rilievi critici mossi alle ricostruzioni che hanno ravvisato l' effetto giuridico dell'atto negativo in una lesione dell'interesse individuale o in una modificazione delle situazioni giuridiche soggettive del destinatario dell'atto¹, hanno condotto, parte di dottrina², a individuare l' effetto diretto del diniego di provvedimento nell' estinzione del dovere di

¹ Per situazione giuridica soggettiva si intende “uno strumento di valutazione concreta e prognostica di fatti e comportamenti rispetto all'ordinamento giuridico” (F. VOLPE, *Norme di relazione, norme di azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, 95) Cfr. SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Roma, 1944, 4, il quale afferma che la situazione soggettiva è il riflesso soggettivo dell'effetto giuridico.

² Il riferimento è all'unica monografia dedicata al tema di LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964

provvedere, definito dall'Autore che, in passato, si è occupato della figura in esame, come *dovere d'ufficio*³.

Per dovere d'ufficiosi intende una situazione giuridica soggettiva riferibile direttamente all'Amministrazione e rilevante per l'ordinamento giuridico generale per la sua idoneità a garantire lo svolgimento, da parte dell'Amministrazione, di tutte quelle "operazioni (acquisizione, disposizione e valutazione dei fatti, ecc.) rivolte ad accertare la esistenza del potere e delle condizioni cui è subordinata la sua realizzazione: realizzazione che potrà dirsi, a propria volta, necessaria, secondo l'ultima specificazione del dovere, solo quando tale accertamento abbia avuto esito positivo"⁴.

In altri termini, l'Autore sembra identificare il dovere di provvedere con il dovere di esercizio della funzione amministrativa e, cioè, con un'attività materiale preordinata all'esercizio del potere amministrativo, da identificarsi, quest'ultimo, con l'emanazione del provvedimento favorevole aspirato⁵.

³ LEDDA, *ult. op. cit.*, 80, : "La scelta terminologica riflette una ben precisa posizione concettuale, poiché si ritiene che all'ufficio di diritto pubblico, comunque definito, inerisca una immanente necessità giuridica di agire.. che diviene attuale, profilandosi appunto come una concreta ed individua situazione di dovere, ogniqualvolta si proponga all'autorità, come concreto oggetto dell'ufficio, una realtà determinata secondo i modi stabiliti dalla legge" (90). Dal dovere d'ufficio, che costituisce una situazione giuridica soggettiva rilevante per l'ordinamento generale, si distingue il *dovere di servizio*, che "è posto invece dall'ordinamento interno e costituisce un mezzo di distribuzione della attività", considerate dall'ordinamento generale "come contenuto di doveri o di diritti dell'ente, tra le persone fisiche che in concreto sono chiamate ad operare per quest'ultimo. Il dovere di servizio, inteso in questo modo, si configura come un obbligo della persona fisica verso l'ente pubblico; esso può avere a contenuto anche comportamenti che nei confronti dell'ente l'ordinamento generale qualifica nel senso della libertà giuridica (diritti soggettivi), e non assume rilevanza nei confronti degli amministrati".

⁴ LEDDA, *ult. op. cit.*, 86. La ricostruzione riferita identifica il contenuto di questa situazione con "tutta l'attività che precede l'atto stesso, e che giuridicamente è preordinata alla determinazione autoritativa di ciò che deve essere, secondo legge, nella situazione concreta cui il dovere si riferisce". Tale dovere, perciò, ha per contenuto un comportamento diverso dalla emanazione di un provvedimento determinato nel suo tenore e nel suo contenuto (LEDDA, *ult. op. cit.*, 78-79). "Ove si ritenesse che la norma di dovere sia estranea all'ordinamento generale, si dovrebbe inevitabilmente ammettere che nell'ambito di questo, sul piano della normazione materiale, l'attività preordinata all'esercizio dei poteri è irrilevante o giuridicamente libera. Conclusione evidentemente inaccettabile per chi ritenga che nei moderni ordinamenti la portata del principio di legalità ... importi ... la garanzia della effettiva emanazione dei provvedimenti favorevoli al cittadino, in presenza delle condizioni all'uopo stabilite dalla legge ..." (LEDDA, *ult. op. cit.*, 88 nota 18).

⁵ Si è affermato, infatti, che il dovere d'ufficio costituisce il "titolo del potere (inteso come forza, o fattispecie normativa dinamica), ovvero la figura di qualificazione del comportamento che su un altro piano rileva come atto" (LEDDA, *ult. op. cit.*, 899). L'Autore afferma, infatti, che "l'agire dell'autorità amministrativa per l'esercizio del potere si articola sempre in più momenti, in cui spesso corrispondono diversi atti giuridici direttamente o indirettamente rilevanti nell'ambito dell'ordinamento generale; col progredire dell'azione, il dovere d'ufficio viene ad assumere un nuovo e diverso contenuto specifico (determinato, di regola, dai risultati dell'azione precedente) e assai spesso si distribuisce tra più figure soggettive. E' impossibile stabilire, in linea di principio, quali siano le singole specificazioni del dovere, nella fase che precede la valutazione e la determinazione finale : il contenuto della situazione varia infatti col variare dei procedimenti, i quali sono ancora in larga parte atipici. A ciò si aggiunga che, se ciascuno degli atti di una serie procedimentale ha un effetto di specificazione, o determinazione, del dovere d'ufficio, altre specificazioni di

Nel caso, invece, in cui l'Amministrazione rilevi l'esigenza del dovere di non provvedere, la ricostruzione in esame osserva come, astrattamente, il dovere d'ufficio possa considerarsi adempiuto dal mero comportamento omissivo⁶. Nel contempo, però, L'Autore evidenzia che, se così fosse, il comportamento dell'Amministrazione sfuggirebbe al controllo giurisdizionale, poiché, se l'organo giurisdizionale fosse chiamato a sindacare il dovere di provvedere dell'autorità amministrativa si verificherebbe un'inevitabile violazione del principio di divisione dei Poteri, poiché il giudice sarebbe chiamato a valutare, sostanzialmente, l'opportunità di un certo provvedimento. Per evitare un vuoto di tutela, la ricostruzione in esame rileva, dunque, la necessità di ravvisare l'esistenza, all'interno dell'ordinamento, di una diversa situazione giuridica di doverosità, idonea ad imporre all'Amministrazione di rendere noto il percorso logico seguito per giungere alla determinazione negativa⁷.

questo possono dipendere da operazioni non puntualizzate in atti ma tuttavia distinte, almeno sotto il profilo che si considera, anche se compiute da una sola persona fisica" (LEDDA, *ult. op. cit.*, 80-81); GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrativa*, Padova, 1965. L'Autore evidenzia come la titolarità del potere non comporta necessariamente esercizio del medesimo: "l'esercizio a differenza della titolarità del potere attiene al momento dinamico di questo. Che si tratti comunque di due nozioni diverse e quindi non solo concettualmente separabili, appare evidente sol che si consideri l'ipotesi di chi provvisto della titolarità di un potere non l'abbia ancora esercitato" (130 nota 126). Con ciò non si intende negare che esercitabilità vale esistenza del potere e quindi titolarità del medesimo. Infatti, "l'esistenza di un potere relativamente ad un determinato soggetto (titolarità), in quanto potenzialità di determinati effetti, implica per essenza la possibilità che il titolare lo espliciti (esercitabilità), come unico mezzo per il raggiungimento del risultato (gli effetti giuridici consequenziali) cui è preordinato" (131).

⁶ LEDDA, *ult. op. cit.*, 106. L'Autore afferma, infatti, che, in questi casi, "non può non riconoscersi che ad esaurire gli scopi voluti dalla legge è necessario e sufficiente un comportamento meramente omissivo, cioè la pura e semplice non emanazione di un provvedimento modificativo dell'assetto giuridico anteriore".

⁷ LEDDA, *ult. op. cit.*, 63-65 : "Ci si può domandare quale estensione verrebbe ad assumere il sindacato giudiziario, se il processo amministrativo si dovesse concludere con una mera dichiarazione della esistenza o inesistenza del dovere affermato dal ricorrente. Quasi tutti i provvedimenti, il cui diniego può dar luogo a controversia tra il privato e l'amministrazione, esprimono normalmente un apprezzamento discrezionale: ed anzi, secondo il logico svilupparsi dell'ipotesi, quella discrezionalità che comunemente viene riferita al c.d. contenuto dell'atto, od al *quid* e al *quomodo agatur*, dovrebbe estendersi inevitabilmente al momento dell'an, poiché una volta esclusa la rilevanza dinamica del rifiuto il problema dell'an andrebbe riferito non più ad un atto di qualsiasi tenore, ma al solo atto rilevante, cioè al provvedimento positivo, la cui emanazione, per opinione pressoché concorde, è ben di rado totalmente vincolata. Ora, il carattere discrezionale dell'atto (e meglio si direbbe, forse, di certi momenti dell'agire) non esclude la configurabilità di un correlato dovere; ma poiché il contenuto di questa situazione soggettiva non può essere individuato che attraverso l'apprezzamento discrezionale dei fatti, per poter giungere all'accertamento positivo o negativo della stessa situazione il giudice dovrebbe compiere codesto apprezzamento. L'autorità è tenuta ad emettere un provvedimento solo quando questo risulti, oltre che legittimo, opportuno in relazione agli interessi pubblici che secondo la previsione della norma debbono formare oggetto di valutazione discrezionale: l'affermazione del dovere di provvedere postula quindi necessariamente un giudizio sulla opportunità del provvedimento atteso da privato. Un sindacato così ampio e penetrante sembra però sproporzionato a quella esigenza di tutela che in linea di principio è riconosciuta dal vigente ordinamento: per rendersene conto basterà pensare che, rispetto ad un medesimo interesse materiale, la portata della tutela giudiziaria risulterebbe più estesa o più ristretta, a seconda che la lesione dipenda da un provvedimento positivo o da una omissione di provvedimento (puntualizzato, o meno, in un esplicito rifiuto). Così mentre nel caso di revoca di un'autorizzazione il

Per soddisfare questa esigenza di tutela del privato, pertanto, la ricostruzione in esame ha evidenziato l'esistenza di un *obbligo di pronuncia*⁸ e, cioè, di una situazione giuridica soggettiva distinta dal dovere d'ufficio⁹, perché connessa a un interesse diverso e strumentale rispetto a quello attinente al bene della vita¹⁰. Essa, infatti, sarebbe volta a soddisfare quelle esigenze di tutela avvertite dal privato, nell'ipotesi in cui, a seguito dell'esercizio di valutazioni discrezionali, l'Amministrazione rilevi l'esistenza del dovere di

sindacato giudiziario sarebbe limitato all'esame di legittimità, nel caso di omissione o di rifiuto della stessa autorizzazione dovrebbe invece ammettersi un sindacato di liceità, necessariamente esteso, per le ragioni anzidette, a quella valutazione discrezionale da cui dipende la stessa individuazione del contenuto del dovere. Di questa non lieve differenza, nessuno riuscirebbe a rendere ragione: palesemente, il diniego e la revoca di un certo atto incidono su un medesimo interesse materiale, e rispetto alle esigenze di tutela debbono porsi su uno stesso piano. Ma vi è di più. Mentre normalmente il giudizio di legittimità, e quello di opportunità nei casi previsti dalla legge, investono il risultato di un esercizio della funzione, nel caso di inerzia – il quale secondo le premesse della ipotesi andrebbe equiparato a quella del rifiuto – il giudice amministrativo, per poter accertare la esistenza ed il concreto contenuto del dovere, potrebbe trovarsi costretto a compiere per la prima volta la valutazione discrezionale omessa dall'autorità amministrativa, sostituendosi completamente a quest'ultima proprio nella ponderazione delle esigenze attinenti all'interesse pubblico. E una simile evenienza non è stata certo voluta, né accettata, dal prudentissimo legislatore patrio. Se invece si esclude – siccome chiaramente incompatibile con il sistema – la possibilità di un così ampio sindacato, si deve pure escludere, coerentemente, la stessa possibilità di un giudizio dichiarativo del dovere: così, contro la opinione di gran lunga prevalente, si dovrebbe ammettere che di fronte alla omissione od al rifiuto di provvedimenti c.d. discrezionali il cittadino è sfornito di tutela”.

⁸ LEDDA, *ult. op. cit.*, 111: “Contenuto della situazione di obbligo, stabilita dalla legge per assicurare la effettiva tutela degli interessi individuali che verrebbero avvantaggiati da un determinato provvedimento, non è questo provvedimento e neppure il rifiuto inteso come atto, ma la emanazione di un atto considerata come comportamento: precisamente, le emissioni di una pronuncia idonea a rendere possibile quel giudizio di legittimità, che costituisce il fulcro del sistema di tutela. Questa determinazione sembra sostanzialmente conforme alla dottrina e alla giurisprudenza prevalenti. L'autorità, si dice spesso, può pronunciarsi positivamente o negativamente, ma deve pronunciarsi in un senso o nell'altro: l'obbligo ad essa incombente nei confronti del cittadino può essere adempiuto tanto con la emanazione del provvedimento atteso quanto con la manifestazione della volontà di non emanarlo. A tal riguardo è bene peraltro precisare che l'obbligo in questione ha un contenuto semplice, e non alternativo, come a tutta prima potrebbe far pensare questa frequente enunciazione”.

⁹ LEDDA, *ult. op. cit.*, 110: “Dovendosi individuare la rilevanza della pronuncia sul piano della normazione materiale possono quindi prospettarsi due diverse ipotesi: a) che la qualificazione della stessa pronuncia, in termini di necessità giuridica, costituisca quasi un prolungamento del dovere d'ufficio oltre i limiti segnati dalla sua funzione specifica; b) che la manifestazione di volontà costituisca invece il contenuto di una situazione giuridica distinta, anche se coordinata a quel dovere.

La seconda ipotesi appare più conforme alla logica del sistema. L'esternazione della volontà negativa serve principalmente, se non esclusivamente, a rendere conoscibile il risultato dell'azione svolta svolta dall'autorità, e quindi ad assicurare la possibilità del sindacato amministrativo e giurisdizionale”.

¹⁰ LEDDA, *ult. op. cit.*, 25 nota 22: “In altri termini, deve pensarsi che accanto all'interesse materiale – attinente al bene che avrebbe dovuto conseguirsi nel caso di emanazione del provvedimento – sia individuabile un interesse connesso ma distinto, perché attinente in modo immediato alle situazioni giuridiche (del privato, dell'autorità o di entrambi) dal cui esercizio dipende il conseguimento di quel bene; mentre infatti il primo interesse viene leso tanto dal rifiuto quanto dalla mera inerzia, può supporre che la lesione del secondo venga determinata solo dall'atto di rifiuto, considerato, in ipotesi, come causa di un mutamento delle anzidette situazioni”.

non provvedere e, cioè, del dovere di non emanare il provvedimento richiesto dall'istante¹¹.

L' *obbligo di pronuncia*, dunque, sarebbe una situazione giuridica consistente nella "traduzione" di un comportamento meramente omissivo dell'autorità in un atto giuridico formale, sindacabile in termini di legittimità¹². Si è affermato, perciò, che l' "adempimento dell'"obbligo di pronuncia costituisce la "causa di estinzione del dovere d'ufficio", poiché, ciò che rileva, dopo l'emanazione dell'atto, è solo la sua conformità ai parametri di legittimità e, cioè, al c.d. *modello legale*.

Sotto questo profilo, dunque, la ricostruzione in esame ha ravvisato la necessità di scindere l'estinzione del dovere dal suo adempimento, per collegarla, attraverso un rapporto di causalità giuridica, ad un atto giuridico formale che, produrrebbe l'effetto giuridico (diretto) di estinguere il dovere d'ufficio¹³.

Tale effetto estintivo, tuttavia, si produrrebbe non solo nell'ipotesi in cui sia emanato un atto di diniego, ma anche nel caso di emanazione di un provvedimento positivo favorevole, essendo anche il provvedimento positivo, in sé, una pronuncia e, cioè, un comportamento fenomenologicamente materiale. In quest'ultimo caso, però, l'effetto estintivo non

¹¹ LEDDA, *ult. op. cit.*, 131 : "Appunto per questo valore rappresentativo del diniego, il giudizio attraverso il quale viene assicurata la tutela del cittadino si traduce in un sindacato sulla attività compiuta dall'amministrazione, non già in un accertamento di ciò che questa avrebbe dovuto fare nella situazione concreta cui si riferiva l'ufficio: il giudice è chiamato a valutare il risultato dell'agire, alla stregua del modello legale di un atto, e non a dichiarare il contenuto del dovere incombente nel caso concreto all'autorità amministrativa (secondo lo schema .. del giudizio di liceità). In questa struttura del meccanismo di tutela (di cui però è elemento essenziale l'obbligo di pronuncia) sta la migliore garanzia dell'amministrazione di fronte al pericolo di interferenze dell'organo giurisdizionale: perché l'autorità amministrativa può evitare queste interferenze prospettando il diniego come risultato di determinazioni discrezionali, ad essa spettanti per legge, ed esponendo correttamente (per evitare la censura di eccesso di potere) gli aspetti salienti di questa determinazione".

¹² LEDDA, *ult. op. cit.*, 109: ".. perché la tutela sia completa ed effettiva occorre che i due momenti fondamentali della protezione siano saldati tra loro, senza alcuna soluzione di continuità: in altre parole, è necessario che la situazione di dovere, lo stimolo ad agire, non cessi di operare se non quando venga ad esistenza un atto assoggettabile a sindacato di legittimità. Nella esigenza di questa saldatura, sta appunto la ragione fondamentale della figura che si studia: la cessazione del dovere d'ufficio dev'essere ricollegata necessariamente ed esclusivamente, nel senso proprio della causalità giuridica, ad un atto giuridico formale. Il tenore dell'atto può essere positivo o negativo: in entrambi i casi, come causa di estinzione del dovere la pronuncia si sovrappone al fatto dell'adempimento, puramente eventuale ed irrilevante per il cittadino".

¹³ LEDDA, *ult. op. cit.*, 107 : "Per rendere possibile un sindacato di legittimità, è quindi necessario dissociare l'effetto di estinzione dall'adempimento, e collegarlo invece a un atto idoneo ad esprimere negli aspetti giuridicamente rilevanti la valutazione compiuta dall'autorità. E quest'atto non può essere, evidentemente, che la dichiarazione negativa, cioè la motivata manifestazione della volontà di non emettere il provvedimento di cui nel caso concreto si tratta. La rilevanza di questa dichiarazione negativa, concordemente affermata o presupposta da dottrina e giurisprudenza, si manifesta appunto nell'effetto di cui si va parlando. Non diversamente dal provvedimento positivo, il formale rifiuto importa necessariamente il definitivo superamento del dovere, considerato in tutte le specificazioni che logicamente e cronologicamente lo precedono: e ciò anche se, in concreto, alcuno dei comportamenti che ne costituivano il contenuto sia stato omesso, o risulti non conforme alla descrizione della norma".

assumerebbe alcun rilievo autonomo per l'ordinamento generale, poiché verrebbe, in un certo senso, "assorbito", dall'efficacia precettiva propria del provvedimento amministrativo favorevole¹⁴.

Si è affermato, pertanto, che il diniego di provvedimento costituirebbe esercizio di un "potere diverso" rispetto a quello esercitato dal provvedimento positivo¹⁵, essendo, la sua giuridicità, ravvisata, sostanzialmente, nel carattere autoritativo della pronuncia- che "fissa indirettamente" la situazione di interesse del destinatario, "rendendo, in certo senso definitiva l'omissione sottostante"¹⁶ -.

La pronuncia negativa è considerata, perciò, da un lato, come fatto di adempimento dell'obbligo¹⁷ e dall'altro, come atto e, cioè, come manifestazione di volontà volta ad estinguere il dovere di provvedere¹⁸. Sembra, dunque, che tale collegamento dell'obbligo

¹⁴ LEDDA, *ult. op. cit.*, 105: "Può pertanto affermarsi che, nel momento in cui il potere viene realizzato (con la emanazione di un provvedimento positivo), il dovere d'ufficio viene a cessare, come situazione propria dell'ordinamento generale, per esaurimento dello scopo; una volta chiuso il ciclo della produzione giuridica, al cui svolgimento la situazione era preordinata, la norma di dovere resta del tutto estranea a quel giudizio, che secondo lo stesso ordinamento costituisce la premessa delle misure di tutela invocabili dal cittadino. Così stando le cose, non v'è alcuna ragione logica che impedisca di configurare l'emanazione del provvedimento positivo – sia questo legittimo o illegittimo, opportuno o inopportuno – come una causa di estinzione del dovere d'ufficio: ed anzi questa configurazione sembra pienamente conforme alla logica del sistema, in particolare al principio di autoritatività o imperatività del provvedimento (o, se si preferisce, alla c.d. presunzione di legittimità), appunto perché l'effetto di estinzione si realizza indipendentemente dall'effettivo adempimento, e anche quando sia ravvisabile, nell'operato dell'amministrazione, una qualsiasi inosservanza della norma materiale da cui il dovere è stabilito".

¹⁵ LEDDA, *ult. op. cit.*, 232 : "... l'atto di diniego esprime la funzione amministrativa ma non è esercizio di un potere, o almeno di quel medesimo potere che avrebbe dovuto realizzarsi con il provvedimento rifiutato".

¹⁶ LEDDA, *ult. op. cit.*, 241

¹⁷ LEDDA, *ult. op. cit.*, 111 s.: "Contenuto della situazione di obbligo, stabilita dalla legge per assicurare la effettiva tutela degli interessi individuali che verrebbero avvantaggiati da un determinato provvedimento, non è questo provvedimento e neppure il rifiuto inteso come atto, ma *la emanazione* di un atto considerata come comportamento: precisamente, l'emissione di una pronuncia idonea a rendere possibile quel sindacato di legittimità, che costituisce il fulcro del sistema di tutela (...) L'obbligo ha quindi un contenuto semplice, cioè la pronuncia intesa come attività di esternazione; nella determinazione di questo contenuto la norma prescinde del tutto da qualsiasi riferimento al tenore dell'atto".

¹⁸ LEDDA, *ult. op. cit.*, 241. Prima ancora, in senso non dissimile, v. GIANNINI, *Attività amministrativa atto amministrativo*, Milano, 1960, 134: "Si comprende come il provvedimento negativo dà luogo a delicati problemi; in esso la volontà è infatti rilevante come non volere; esiste ma la dichiarazione è nel senso che non si vogliono far avverare quegli effetti giuridici che si avrebbero se il provvedimento positivo richiesto fosse adottato". "Ciò che caratterizza il provvedimento negativo è di essere una decisione: in quanto l'autorità non vuole produrre effetti giuridici innovativi, il provvedimento negativo è mera volontà del voluto. Ciò che varia è quella che è stata chiamata la ragione del giudizio negativo. Talché il provvedimento negativo può essere: a) una declinatoria del potere, quando l'autorità assuma di non avere attribuzione (non avere potestà) o competenza (non avere quella misura di potestà), o legittimazione (non poter esercitare la potestà; b) un giudizio di constatazione di inesistenza di presupposti; c) un giudizio valutativo dell'inesistenza del motivo primario o della presenza di motivi secondari che rimuovono quello primario. Quest'ultimo è il provvedimento negativo per eccellenza, che è un vero e pertinente giudizio sul fatto che l'interesse pubblico è conveniente sia curato non emettendo l'atto richiesto dall'iniziatore del procedimento. SI rilevi che la mancanza di giudizio primario può essere, al limite, un giudizio di constatazione (es. privato

di pronuncia con il dovere d'ufficio presupponga, sostanzialmente, una riconduzione della situazione giuridica di obbligatorietà non solo alla soddisfazione dell'interesse individuale, ma anche alla soddisfazione dell'interesse pubblico al corretto esercizio della funzione amministrativa, poiché, solo in questo modo, secondo la ricostruzione in esame, sarebbe possibile riconoscere carattere provvedimentale (dato dall'autoritatività dell'atto) alla pronuncia di diniego¹⁹.

2. La bipartizione normativa sottesa alla ricostruzione provvedimentale dell'atto negativo: *norme strumentali (sein)*; *norme materiali (sollen)*. Il rapporto di reciproca indipendenza.

Per cercare di spiegare la dissociazione tra effetto estintivo ed effetto adempitivo del dovere d'ufficio, la dottrina in esame ha ritenuto necessario muovere da una bipartizione normativa, nella classificazione delle norme²⁰ che regolano l'agire provvedimentale dell'Amministrazione, distinguendole tra norme c.d. *strumentali* e norme c.d. *materiali*, nella convinzione che, da ciò, potessero trarsi elementi in grado di illustrare la rilevanza dinamica della pronuncia negativa all'interno del sistema²¹.

Le *norme strumentali* sono identificate, dalla ricostruzione in esame, in quella serie di proposizioni giuridiche, che stabiliscono le condizioni di *rilevanza* (intendendosi per tali le prescrizioni di carattere formale e procedimentale²²) e di *efficacia* dell'atto (sarebbero tali

che chiede di impiantare una fabbrica nel bel mezzo di un punto dichiarato panoramico); invece vera e propria ponderazione comparativa (discrezionalità) si ha quando il motivo primario è giudicato recessivo dinanzi a motivi secondari (un comune chiede di espropriare edifici per aprire una piazza, il prefetto rifiuta la dichiarazione di pubblica utilità per motivi estetici, di viabilità, di costo, messi in evidenza dalle amministrazioni competenti) (135-136).

¹⁹ Si è affermato, infatti, che “se l'effetto dell'atto di rifiuto si identificasse senza residui con la estinzione dell'obbligo di pronuncia, dovrebbe inevitabilmente giungersi a questa conclusione: l'obbligo è stabilito per assicurare il controllo di legittimità della pronuncia, la quale a propria volta rileva come atto giuridico solo in quanto produce la estinzione di quell'obbligo. Così la spiegazione del fenomeno si risolverebbe inevitabilmente in un circolo vizioso” (LEDDA, *ult. op. cit.*, 77).

²⁰ Per norma si intende, tradizionalmente, il frutto dell'interpretazione della disposizione normativa (v, per tutti, GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 99s.).

²¹ La distinzione tra *norme materiali* e *norme strumentali* fu proposta da CARNELUTTI, (*Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936-1939, 53 s.), il quale riteneva di distinguere tra norme che compongono direttamente un conflitto di interessi, istituendo una relazione di diritto e obbligo, e norme che lo compongono soltanto mediamente, attribuendo ad un soggetto il potere di emanare un comando che sancisca la prevalenza o la subordinazione di determinati interessi.

²² A tal proposito si ritiene utile evidenziare che l'Autore rileva come l'unico vizio formale, capace di incidere anche sulla sostanza dell'atto, sia il difetto di motivazione: “l'ufficio della motivazione è innanzitutto quello di rendere giuridicamente rilevanti alcuni elementi concreti, dalla cui esistenza dipende la conformità dell'atto all'ipotesi normativa. La motivazione, dunque, non è un elemento strutturale dell'atto

le norme che individuano i c.d. presupposti dell'atto²³); sicché, dal coordinamento di queste norme verrebbe desunto il c.d. *modello legale* dell'atto²⁴. In questo senso, le norme strumentali, cui fa cenno la teoria in esame, seppur con le dovute distinzioni, possono essere associate alle *norme di relazione*, se intese alla stregua di norme costitutive del potere giuridico²⁵.

negativo, ma solo il mezzo necessario per rendere rilevante la ragione del medesimo. Il rifiuto non motivato è in ogni caso illegittimo, e quindi annullabile: ma la illegittimità non si collega direttamente al difetto di motivazione (che non può quindi configurarsi come un vizio od causa di invalidità), si bene alla mancanza d'una ragione di rifiuto giuridicamente rilevante. Così la mancanza di motivazione costituisce quasi il segno esteriore di un vizio sostanziale: precisamente, di quello stesso vizio che viene a profilarsi nel caso di accertata inconsistenza della ragione indicata dall'autorità nella motivazione dell'atto". La motivazione, dunque, è pura esternazione, ma poiché solo per essa può acquisire rilevanza la ragione dell'atto, quando essa manchi o sia del tutto insufficiente si ha quel medesimo vizio sostanziale, che al suo difetto ricollegano quanti vi ravvisano una parte o componente del contenuto dell'atto stesso". (LEDDA, *ult. op. cit.*, 225 e nota 121).

²³ La mancanza di un qualsiasi presupposto del provvedimento si traduce, secondo la ricostruzione in esame, in una *ragione di rifiuto* del provvedimento, e, quindi, in un elemento del *modello legale* dell'atto negativo. Ciò, tuttavia, non significa che l'atto negativo sia una figura specularmente inversa a quella del provvedimento rifiutato, poiché l'apposizione di un segno positivo ai fatti negativi (*difetto di un presupposto, difetto o insufficienza del motivo, non conformità dell'oggetto alla previsione normativa*) importa un completo mutamento della posizione logica degli stessi fatti nell'ambito del paradigma normativo. Infatti, "... il difetto di un presupposto del provvedimento atteso non può considerarsi presupposto del rifiuto, perché ha un valore decisivo ed assorbente, cioè giustifica di per se stesso ed anzi impone il diniego di quel provvedimento, rendendo superflua ogni valutazione degli altri fatti che in una diversa situazione potrebbero essere rilevanti: e questo valore decisivo è evidentemente incompatibile con il concetto e con la posizione logica dei veri presupposti, comunemente considerati come condizioni necessarie ma non sufficienti per l'emanazione dell'atto amministrativo. Per converso, la esistenza di tutti i presupposti del provvedimento atteso non può tradursi in un difetto del presupposto dell'atto negativo (come pur dovrebbe essere se le due figure fossero specularmente inverse), potendo il rifiuto risultare legittimo, anche nel caso or prospettato, per la mancanza di altri elementi o requisiti del provvedimento stesso. Analoghi rilievi possono farsi per l'oggetto dell'atto di rifiuto, il quale ha una configurazione affatto autonoma rispetto a quella del provvedimento positivo. In una situazione data, tanto questo provvedimento quanto il diniego del medesimo possono risultare pienamente conformi a legge per quanto attiene al loro oggetto: e ciò basta ad escludere che tra le due figure vi sia un rapporto di corrispondenza inversa..." (LEDDA, *ult. op. cit.*, 188 s.).

²⁴ LEDDA, *ult. op. cit.*, 18: "Con l'attributo strumentale si esprime ... il significato specifico di una norma che non attribuisce direttamente un bene, ma stabilisce le condizioni di validità (in senso ampio) di una proposizione giuridica ulteriore, la cui formulazione viene rimessa ad un determinato soggetto, e da cui viene fatta dipendere direttamente od indirettamente la nascita, la modificazione o la estinzione di situazioni giuridiche idonee a garantire beni. E' opportuno precisare a tal riguardo che, quando si parla di norma strumentale, si allude in realtà ad una serie di proposizioni giuridiche, dal cui coordinamento risulta quella che potrebbe dirsi la *legge strumentale dell'atto*: così, le norme che stabiliscono le condizioni di rilevanza dell'atto stesso, quelle che ne regolano la efficacia, e quelle che invece stabiliscono la possibilità di una sua eliminazione sono logicamente ben distinte, ma suscettibili di una considerazione unitaria perché attinenti, in ultima analisi, ad un identico fenomeno. Dal complesso di queste norme, che puntualizzano le esigenze dell'ordinamento in relazione al mutamento giuridico di cui si tratta, si desume il modello legale o paradigma normativo dell'atto, cioè la espressione sintetica delle condizioni da cui dipendono la sua operatività e la persistenza dei suoi effetti giuridici".

²⁵ LEDDA, *ult. op. cit.*, 69: "... può osservarsi che la norma strumentale, stabilendo una semplice possibilità giuridica, non impone affatto l'assunzione del comportamento attraverso il quale questa possibilità dovrebbe realizzarsi: per la sua stessa struttura logica, essa può essere violata solo da un comportamento positivo che,

Le *norme materiali*, invece, considererebbero l'atto giuridico in ragione dell'utilità, intesa nel senso di scopo, che, in ragione dei suoi effetti, l'atto è in grado di produrre. Le norme materiali, dunque, sarebbero chiamate a regolare l'emaneazione dell'atto e, attraverso ciò, la sua stessa funzione. Con la conseguenza che le norme materiali, secondo la teoria qui in esame, produrrebbero doveri (non poteri), che avrebbero ad oggetto l'emaneazione dell'atto medesimo²⁶.

Più precisamente, secondo la teoria riferita, dette norme individuerebbero, innanzitutto, il dovere d'ufficio²⁷ e, cioè, il dovere di provvedere, inteso come dovere di individuare, attraverso l'esercizio delle valutazioni discrezionali, la c.d. norma del caso concreto²⁸.

Tuttavia, laddove emergesse l'esigenza di non provvedere, rileverebbe, nel sistema, anche una diversa norma materiale impositiva dell'obbligo di pronuncia e, cioè, dell'obbligo di

pur giungendo a questa realizzazione, risulti non del tutto adeguato alle esigenze giuridiche che si esprimono nella disciplina dell'atto”.

Per quanto riguarda la tradizionale distinzione tra *norme di azione* e *norme di relazione* vedi, GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, 11: “.. le norme che regolano l'attività amministrativa nell'interesse pubblico pongono nell'Amministrazione – disciplinandone nel contempo l'esercizio – delle potestà che costituiscono l'esplicazione dei suoi diritti e doveri. Tali norme quindi presuppongono già costituito nell'ordinamento giuridico il sistema dei diritti e dei doveri dell'Amministrazione verso il cittadino, e solo ne regolano l'esercizio e l'adempimento nel modo più conforme all'interesse pubblico. Se l'attività amministrativa viola una delle norme onde risulta quel sistema – sia non adempiendo ad un obbligo giuridico cui è tenuta di fronte al cittadino, sia (ciò che è lo stesso) eccedendo i limiti entro i quali le è attribuito un diritto - essa lede un diritto individuale che potrà essere restaurato con l'azione davanti alla giurisdizione ordinaria. Ma se essa viola una delle norme che attribuiscono, disciplinandole, all'Amministrazione delle potestà relative all'esercizio dei suoi diritti e all'adempimento dei suoi doveri, la sfera giuridica del cittadino viene lasciata intatta: perché il cattivo esercizio di un diritto o potere dell'Amministrazione non significa per esso imposizione di un obbligo cui non è tenuto, e il cattivo adempimento di un obbligo non implica lesione del suo diritto soggettivo, dato che le modalità di quell'esercizio e di quell'adempimento non sono imposte nell'interesse individuale, ma unicamente nell'interesse pubblico. E unicamente quest'ultimo rimane pertanto leso dalla violazione di una delle norme relative alle potestà dell'Amministrazione”.

²⁶Per norma materiale si intende “una proposizione giuridica che, considerando la emanazione dell'atto come un comportamento idoneo a procurare una certa utilità (sia pure in ragione dell'efficacia giuridica dell'atto stesso), ne faccia il contenuto di una situazione di dovere; una tale proposizione, evidentemente, ha la stessa struttura logica e la medesima funzione delle norme (pur esse, appunto, materiali) che si risolvono in una attribuzione di beni, mediante la imposizione di comportamenti c.d. materiali, o mediante la garanzia di una libertà di agire del soggetto (diritto soggettivo)” (LEDDA, *ult. op. cit.*, 19).

²⁷ LEDDA, *ult. op. cit.*, 78 s.

²⁸ LEDDA, *ult. op. cit.*, 81 : “L'agire dell'autorità per l'esercizio del potere si articola sempre in più momenti, cui spesso corrispondono diversi atti giuridici direttamente o indirettamente rilevanti nell'ambito dell'ordinamento generale; col progredire dell'azione, il dovere d'ufficio viene ad assumere un nuovo e diverso contenuto specifico (determinato, di regola, dai risultati dell'azione precedente) e assai spesso si distribuisce tra più figure giuridiche soggettive. E' impossibile stabilire, in linea di principio, quali siano le singole specificazioni del dovere, nella fase che precede la valutazione e la determinazione finale: il contenuto della situazione infatti varia con il variare dei procedimenti, i quali sono ancora in larga parte atipici. A ciò si aggiunga che, se ciascuno degli atti di una serie procedimentale ha un effetto di specificazione, o determinazione, del dovere d'ufficio, altre specificazioni di questo possono dipendere da operazioni non puntualizzate in atti ma tuttavia distinte, almeno sotto il profilo che si considera, anche se compiute da una sola persona fisica”.

esprimere, negli aspetti giuridicamente rilevanti, la valutazione compiuta dall'autorità. Tale obbligo si pone, dunque, nella ricostruzione in esame, in termini di alternatività con il dovere di emanare il provvedimento positivo favorevole²⁹, poiché solo nel caso in cui sussistesse il dovere di non provvedere si porrebbe la necessità “di tradurre il *dover essere* del comportamento nel *dover essere* di un atto”, cioè nell’ “esigenza di conformità di un atto al paradigma normativo, alla quale è commisurata la protezione del privato di fronte agli atti della pubblica amministrazione”³⁰.

In altri termini, la norma impositiva dell'obbligo consentirebbe il “passaggio dall'attività all'atto” e, cioè, dal piano materiale a quello giuridico.

Per quanto riguarda i rapporti reciproci tra i due ordini di norme, genericamente riferibili all'agire della pubblica Amministrazione, la dottrina in esame ha avvertito la rispettiva indipendenza. Si è affermato, infatti, che la rilevanza del comportamento dell'Amministrazione, sotto il profilo della norma strumentale, non comporta necessariamente una rilevanza dello stesso comportamento sul piano della norma materiale. Può accadere, infatti, che l'Amministrazione, emanando un atto, violi prescrizioni di carattere formale o procedimentale, che non hanno, però, alcuna ripercussione sul piano della normazione materiale, poiché, l' eventuale annullamento dell'atto, non implica l'affermazione della esigenza di un provvedimento opposto, in quanto possono sussistere ragioni di diniego rimaste estranee all'oggetto dell'accertamento principale.

Di contro, possono configurarsi anche ipotesi in cui alla questione di legittimità può far seguito una questione di liceità, rispetto alla quale il dovere acquista rilevanza per se stesso, e non solo come presupposto di rilevanza di un atto³¹.

²⁹ LEDDA, *ult. op. cit.*, 109: “La pronuncia negativa è dunque necessaria nel senso della normazione strumentale, poiché in rapporto di alternatività con il provvedimento positivo viene configurata dall'ordinamento come fatto estintivo del dovere d'ufficio”.

³⁰ LEDDA, *ult. op. cit.*, 113 L'Autore, a proposito delle prescrizioni formali relative all'obbligo di pronuncia, precisa che esse non devono essere considerate, come comunemente accade, attinenti alla validità o all'efficacia dell'atto, ma devono, più propriamente ritenersi rilevanti in termini di adempimento o inadempimento solo nell'ambito del rapporto di servizio (114 nota 57). L' Autore aggiunge, poi, che “naturalmente, la illegittimità può assumere rilievo anche sotto il profilo del dovere, cioè come inadempimento o risultato di un non esatto adempimento, nell'ambito del rapporto di servizio. Su questo piano, però, viene in considerazione non il dovere d'ufficio, ma appunto il dovere di servizio, e in relazione a questo possono risultare decisivi anche elementi (come quello soggettivo) che sono affatto estranei alla nozione di legittimità” (94 - 95).

³¹L' Autore afferma, infatti, come la rilevanza della pronuncia sotto il profilo della norma strumentale “non implica necessariamente una corrispondente rilevanza sul piano della normazione materiale, poiché nulla vieta di concepire la pronuncia come un comportamento non dovuto in senso proprio, ma solo necessario per il conseguimento di un effetto determinato (e vantaggioso, in ipotesi, per il soggetto che ne è autore). Reciprocamente, la eventuale doverosità dello stesso comportamento non implica necessariamente quello specifico valore dinamico che si ritiene proprio degli atti ed in particolare dei provvedimenti amministrativi,

3. Necessità di ricondurre la tutela dell'interesse pubblico ad una situazione giuridica soggettiva di doverosità: il rilievo autonomo del dovere di esercizio della *funzione* amministrativa. Dovere materiale e dovere giuridico. L'azione di "annullamento" del diniego di provvedimento come azione dichiarativa.

Come evidenziato, la ricostruzione che ravvisa nel diniego di provvedimento la causa di estinzione del dovere di provvedere, sembra ricondurre alla situazione giuridica di obbligatorietà, non solo la funzione di tutela dell'interesse privato, ma anche la tutela dell'interesse pubblico all'esercizio della *funzione* amministrativa. L'Autore, infatti, afferma che la *garanzia* dell'esercizio della funzione "deve essere assicurata (...) al portatore di tale interesse senza con ciò ridurre la funzione amministrativa ad una mera prestazione"³². In altri termini, l'obbligo di pronuncia, nel caso in cui sia presentata un'istanza provvedimentale, assolverebbe la funzione di tutela dell'interesse pubblico, perché attesterebbe l'avvenuto esercizio della funzione amministrativa, nonché il suo esito.

Tale ricostruzione, tuttavia, non sembra del tutto convincente, innanzitutto, alla luce del principio di chiusura dell'ordinamento, che esclude che una medesima figura giuridica soggettiva sia posta a presidio di due interessi sostanziali tra loro potenzialmente confliggenti, quali quello pubblico e quello privato³³. Tale antinomia, tuttavia, sarebbe superabile se si considerasse che la pubblica Amministrazione può essere titolare di più situazioni giuridiche soggettive di doverosità. La tutela dell'interesse pubblico all'esercizio della funzione amministrativa, infatti, sembra più propriamente riconducibile a una diversa ed ulteriore situazione giuridica soggettiva, distinta dall'obbligo, in quanto ad esso presupposta³⁴, potendo, l'ordinamento, assicurare la protezione dell'interesse individuale solo quando coesista, con l'interesse privato, anche un interesse pubblico, affidato dalla legge alla cura del Potere esecutivo³⁵. Nulla si oppone, infatti, alla configurazione, da parte

poiché la pronuncia può avere una propria utilità (ad es., rispetto alle esigenze di certezza e di conoscenza), tale da giustificare la imposizione da parte di una norma materiale, ma non connessa ad un particolare effetto giuridico" (LEDDA, *ult. op. cit.*, 20).

³² LEDDA, *ult. op. cit.*, 130

³³ Distingue tra doveri in senso stretto e obblighi TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1990, 48. Per quanto riguarda l'ambito pubblicistico v. VOLPE, *ult. op. cit.*, 196 s.

³⁴ VOLPE, *ult. op. cit.*, 336 s. Per quanto riguarda la possibile coesistenza di obblighi e doveri v. anche L. IANNOTTA, *Motivi di ricorso e tipologia degli interessi nel processo amministrativo*, Napoli, 1989, 265.

³⁵ VOLPE, *ult. op. cit.*, 338 s.; BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975, 108 n. 18: "Se venisse fatto osservare che la situazione dell'obbligo (di provvedere) non si armonizza con l'esercizio di quella potestà pubblica – come tale necessariamente legata alla realizzazione di un pubblico interesse – che non può essere negata ogniqualvolta l'Amministrazione sia chiamata ad emanare un provvedimento amministrativo, si potrebbe rilevare che le situazioni del tipo qui considerato sono

dell'ordinamento, di uno stesso comportamento sia come dovere che come obbligo, perché il medesimo comportamento soddisfa tanto un interesse dell'ordinamento, complessivamente inteso, quanto un interesse individuale determinato³⁶.

La stessa dottrina che ha rilevato la possibile coesistenza tra situazioni giuridiche di obbligo e di dovere in senso stretto ha, inoltre, evidenziato come l'imposizione di tali situazioni giuridiche di doverosità non costituisca una duplicazione del precetto giuridico, ma risponda alla necessità sostanziale di assicurare al privato "strumenti di tutela non occasionali e, soprattutto, ulteriori rispetto a quelli che sarebbero a lui riconosciuti nelle ipotesi in cui sull'Amministrazione gravi un mero dovere provvedimentoale"³⁷. Pertanto, siffatti obblighi possono ammettersi solo nei limiti in cui gli interessi, ad essi sottesi, non confliggano, o non si oppongano, con la protezione degli interessi pubblici, che prima di tutti devono essere rispettati dall'autorità amministrativa³⁸.

Le situazioni giuridiche di doverosità sembrano, quindi, potersi distinguere, a seconda che abbiano contenuto materiale o giuridico: il dovere materiale o dovere di pronuncia, infatti, impone "la necessità di tenere un comportamento materiale (cioè una facoltà)"; mentre il dovere giuridico o dovere di provvedere impone "di tenere un comportamento inerente all'esercizio di un dovere giuridico"³⁹. E' evidente, pertanto, come i doveri materiali, i quali vengono connessi con il diniego, non si identifichino con il dovere di provvedere⁴⁰,

caratterizzate da una totale coincidenza tra l'interesse pubblico e la posizione immediatamente garantita al privato, per cui la pubblica Amministrazione col suo agire soddisfa contemporaneamente tanto l'aspettativa del singolo quanto l'interesse generale".

³⁶ VOLPE, *ult. op. cit.*, 339 s.: "E' a questo punto agevole risolvere il problema dei rapporti che intercorrono tra le norme d'azione che impongono doveri in senso stretto e quelle che, invece, impongono obblighi: poiché la costituzione di una norma d'azione impositiva di una situazione di obligatorietà presuppone l'esistenza di una distinta norma d'azione costitutiva di un dovere in senso stretto, dall'uguale contenuto, anche il rapporto tra le due distinte qualificazioni dell'atto amministrativo (a seconda che violi l'obbligo o il dovere) si pone esso stesso in termini di pluriqualificazione dipendente (eventuale, poiché non ad ogni situazione di dovere in senso stretto corrisponde anche una dipendente situazione di obbligo)".

³⁷VOLPE, *ult. op. cit.*,338-339

³⁸ VOLPE, *ult. op. cit.*, 338-339

³⁹ VOLPE, *ult. op. cit.*, 134

⁴⁰ GULLO, *ult. op. cit.*, 25 : "In conclusione, (...) una definizione del potere a rigore dovrebbe semmai vieppiù accentuare quella che si è dimostrato esserne l'essenza di forza di produrre o concorrere a produrre modificazioni giuridiche mediante un mezzo determinato, costituito nell'ordinamento vigente da un comportamento volontario ad esso conforme"; in senso analogo v. G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, 45 : "A parte va considerata la nozione di potere giuridico, che si distingue così dal diritto subiettivo come dall'obbligo: potere giuridico è non già una posizione, ma una forza attiva di cui è investito un soggetto dall'ordinamento giuridico per produrre o concorrere a produrre, mediante un suo comportamento volontario, una modificazione giuridica. Da ciò appare che esso è una figura autonoma, la quale né si può definire come il *genus commune* del diritto subiettivo, né come una specificazione o svolgimento della capacità: infatti, il diritto subiettivo non include l'elemento del potere, e la capacità è una delle condizioni per la titolarità e l'esercizio del potere giuridico (quella attinente all'idoneità del soggetto), non il germe da cui si svolgono i poteri". Contra GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Rass. dir.

poiché assolvono ad una funzione diversa, che è quella di dare *certezza* al destinatario dell'atto circa l'assetto delle situazioni giuridiche soggettive sottoposte all'esame dell'Amministrazione⁴¹. Tuttavia, "il contenuto dell'obbligo di pronuncia .. non si limita ad imporre all'Amministrazione di esternare la propria volontà di provvedere oppure no, ma si estende, innanzitutto, sino alla necessità di rendere note, con la pronuncia stessa, le ragioni, di legittimità e di merito, a causa delle quali l'Amministrazione ha formato la propria volontà di provvedere o di non provvedere. Le assonanze tra obbligo di pronuncia e dovere di provvedimentale .. possono dunque essere più compiutamente delineate, rilevando che tale obbligo s'intende composto di tutte le regole inerenti alla legittimità del provvedimento positivo, cosicché esso non può dirsi pienamente soddisfatto e, quindi, adempiuto, se tutte queste regole non siano state rispettate". Il diniego di provvedimento, quindi, "poiché è in grado (al pari del provvedimento) di determinare la conclusione del procedimento, deve rispettare tutte le *cautele* e tutte le *garanzie* che la legge stabilisce per l'emanazione del provvedimento stesso. Stante quanto si è detto, perciò, se tali *cautele* e tali *garanzie* non venissero soddisfatte dal c.d. *provvedimento negativo*, si dovrebbe affermare che l'obbligo di pronuncia rimane sostanzialmente inadempito (e si dovrebbe affermare, perciò, che lo stesso *tout court* permane)"⁴². Sembra, quindi, che l'azione di "annullamento" del diniego di provvedimento sia un'azione meramente dichiarativa, "travestita da azione caducatoria"⁴³ in ragione, sostanzialmente, del tradizionale sistema di giustizia amministrativa, che non consentiva al giudice amministrativo, di emanare pronunce dichiarativa⁴⁴. "In verità, nessun annullamento, viene in questo caso a

pubbl., 1949, 249, il quale considera il potere come fattispecie di comportamento: "Le note rilevanti del potere sono le seguenti: il contenuto del potere, così come il contenuto della facoltà e del comportamento prescritto, è la descrizione non della situazione di un soggetto, ma di un comportamento considerato nella sua entità; contenuto del potere è la descrizione del comportamento volitivo; il potere, in quanto fattispecie normativa, è solo descrizione di un comportamento volitivo, e non va perciò confuso con la volizione effettiva che, eventualmente, costituisce la fattispecie reale ad esso corrispondente".

⁴¹ Ciò è evidente anche se si considera l' art. 2, legge 7 agosto 1990, n. 241, che dispone che *ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso. Se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo.*

⁴² VOLPE, *ult. op. cit.*, 496

⁴³ VOLPE, *ult. op. cit.*, 487; MATTARELLA *L'imperatività del provvedimento amministrativo: saggio critico*, Padova, 2000, 752. Prima ancora, CAMMEO, *La nullità parziale degli atti amministrativi e la giurisdizione di annullamento*, Giur. It., 1911, III, 28.

⁴⁴ TONOLETTI, *Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di casi concreti*, Dir. proc. amm., 2002, fasc. 3, 93 s.

pronunciarsi, dal momento che non esiste nessun atto giuridico da annullare”⁴⁵. “Se, infatti, la violazione delle norme inerenti la motivazione, la forma, la competenza dell’atto amministrativo in senso proprio è ragione, di regola, di annullabilità, altrettanto non può dirsi, con riferimento alla pronuncia negativa, proprio perché essa atto non è. In realtà, dunque, il dovere di pronuncia non trova origine in una norma di azione, che disciplina comportamenti che, in sé, sono solo materiali. E’ particolarmente evidente, perciò, in questi casi, che l’adempimento dei doveri così posti, se non esatto, non comporta l’estinzione dei doveri stessi, di talché deve essere confermata la permanenza di questi stessi, anche in presenza di una pronuncia amministrativa di diniego pur espressa, ma mal formata”⁴⁶. “Perciò, il giudice, quando *annulla* un *provvedimento amministrativo illegittimo*, si limita, in realtà, ad accertare che non è stato pienamente soddisfatto il dovere di conclusione del procedimento, in virtù di una pronuncia amministrativa che offra le stesse *garanzie*, formali e sostanziali, che sovrintendono all’emanazione dei provvedimenti. Il dovere di tornare nuovamente a pronunciarsi sulla questione, che grava sull’Amministrazione in seguito all’accoglimento del ricorso avverso il *provvedimento negativo*, non è perciò un dovere *restaurato*, a causa dell’ “annullamento” dell’atto stesso. E’, piuttosto, il medesimo, originario, dovere che già incombeva, sin dal formarsi della fattispecie, sull’autorità e che è stato accertato dal giudice amministrativo come non pienamente soddisfatto”⁴⁷.

Tali conclusioni sembrano essere confermate dal rilievo per cui le situazioni giuridiche soggettive di doverosità, che hanno per contenuto un potere giuridico, non danno luogo a situazioni giuridiche soggettive di natura omogenea, essendo la giuridicità del comportamento tenuto (intesa come comportamento che costituisce esercizio di un potere giuridico) ravvisabile solo sotto il profilo della violazione del comportamento imposto o nel comportamento necessitato, a seconda che il dovere abbia carattere omissivo o commissivo⁴⁸.

⁴⁵ VOLPE, *ult. op. cit.*, 487- 488

⁴⁶ VOLPE, *ult. op. cit.*, 496-497 nota 74

⁴⁷ VOLPE, *ult. op. cit.*, 497

⁴⁸ VOLPE, *ult. op. cit.*, 134-135 . L’ Autore afferma che se il dovere esprime la necessità di non esercitare il potere “.. il carattere di giuridicità proprio di questo tipo di figura.. si coglie.. non tanto sotto il profilo del comportamento imposto, quanto sotto il profilo della violazione del dovere stesso, che, essendo dovere di non esercitare un potere, è data da un comportamento giuridico e non materiale..”. Invece, nel caso di doveri a carattere commissivo, “.. sarà il comportamento necessitato ad assumere natura giuridica, mentre l’ violazione del dovere sarà data da un comportamento materiale”. In nota 96 si precisa, inoltre, che “potrebbe aversi, tuttavia, che anche la violazione di un tale dovere sia data, essa stessa, dall’assunzione di un atto giuridico, quand’esso sia difforme, per contenuto, tempo, forma o altro suo aspetto, da quello che si sarebbe dovuto emanare”.

4. Critiche alla tesi che riconduce l'effetto del diniego all'estinzione del *dovere d'ufficio*. Il diniego di provvedimento come *fatto estintivo* del dovere di pronuncia. Difficoltà di scindere l'effetto di estinzione dall'effetto di adempimento.

La riconduzione al diniego di provvedimento dell'effetto di estinguere il dovere di provvedere, non sembra potersi sostenere in ragione delle diverse posizioni di doverosità che gravano sull'Amministrazione, nell'esercizio dell'attività amministrativa. Posta, infatti, la distinzione tra doveri che impongono la necessità di tenere comportamenti materiali e doveri inerenti all'esercizio di poteri giuridici, è evidente che "il comportamento materiale, opposto all'emanazione del provvedimento, non è dato, di per sé, dalla pronuncia negativa, ma è dato, piuttosto, dalla semplice inerzia dell'Amministrazione titolare del potere. Per riflesso, risulta così che il comportamento antitetico al dichiarare di non voler provvedere è, di per sé, la sola pronuncia positiva (il dichiarare di provvedere). La quale ultima, certamente, è *anche* un provvedimento (se si guarda agli effetti giuridici che ne derivano), ma non solo. Essa assume valore autonomo (come fatto estintivo dell'altrettanto autonomo dovere di pronuncia), se intesa come mera esternazione, vale a dire come comportamento in sé materiale, dell'intenzione dell'Amministrazione di dare seguito alla domanda di provvedimento, presentata dal privato. Se ne deduce, concordando su questo specifico profilo con la dottrina da cui si è invece discostato per quanto attiene alla qualificazione del diniego come atto, che il dovere di pronunciarsi è dovere distinto dal dovere inerente all'emanazione del provvedimento (dovere d'ufficio) e che il c.d. *provvedimento negativo* produce, quale suo immancabile effetto, l'estinzione, tramite il suo adempimento, del dovere di pronuncia (rispetto al quale opera come fatto giuridico in senso stretto). Non già produce l'estinzione del dovere di provvedere. Ma – occorre sul punto soffermarsi – per i principi ora richiamati, connessi all'estinzione di un dovere in occasione del suo adempimento, tale effetto deriva da una qualificazione della pronuncia negativa alla stregua di un fatto e non di un atto"⁴⁹.

Ciò sembra potersi sostenere non solo sulla base dell'accoglimento di determinate tesi sul fenomeno di produzione degli effetti giuridici, ma anche in ragione del ragionamento circolare in cui sembra cadere la ricostruzione in esame quando afferma che "il diniego di provvedimento è un provvedimento (e, dunque, è un atto giuridico), perché estingue il dovere di provvedere. (...) ad un siffatto ragionare può essere facilmente opposto che non è possibile sostenere che il provvedimento negativo estingua il dovere di provvedere, se

⁴⁹ VOLPE, *ult. op. cit.*, 491

prima non si sia dimostrato che esso stesso è un provvedimento”⁵⁰. In particolare, secondo la ricostruzione criticata, l’effetto estintivo del dovere d’ufficio (o dovere di provvedere) si produrrebbe perché dopo la pronuncia di diniego, non grava più alcun dovere in capo all’Amministrazione, almeno, sino al suo annullamento, in caso di illegittimità. Ciò, tuttavia, non significa che l’estinzione della situazione giuridica in esame sia un effetto diretto del diniego. Esso, infatti, sembra essere, più propriamente, un effetto “da ascrivere alla legge, per il fatto che l’obbligato ha tenuto il comportamento imposto. Poiché, tuttavia, si deve assumere che l’effetto estintivo del dovere si produca sempre nello stesso modo, se ne desume che anche quando le figure di doverosità abbiano quale loro contenuto il compimento di atti giuridici, l’estinzione si produca sulla scorta di una (dipendente) qualificazione dell’atto, in quanto fatto”⁵¹. Infatti, “il comportamento che è oggetto di valutazione e di rilevanza giuridica come atto giuridico, a ben vedere, è esso stesso, alla sua base, un comportamento (verrebbe da dire: fenomenologicamente) materiale. Esso è pur sempre dato da una modificazione naturalistica del mondo esterno sulla base della quale, in quanto esercizio di un potere giuridico, è possibile ricavare con certezza anche l’esistenza di una volontà diretta, e rilevante, alla produzione di effetti giuridici. Il che equivale a dire che il comportamento materiale esprime, rispetto, all’atto ciò che in realtà è la sua *forma*. Da questi ragionamenti trae, perciò, ulteriore conferma l’idea che la caratteristica della giuridicità, propria di un atto, è data da una sovrapposizione di una valutazione razionalistica ad un evento naturale. L’ordinamento considera atto giuridico, vale a dire considera come comportamento-mezzo, espressione dell’esercizio di un potere e fonte diretta di produzione degli effetti, un comportamento (in sé materiale) dal quale sia possibile desumere la volontà di introdursi nel traffico giuridico stesso e posto in essere da un soggetto a ciò abilitato, in considerazione dell’attribuzione del potere a costui riferita. E, nel far ciò, l’ordinamento attribuisce a quel comportamento (in sé materiale) una conseguente e peculiare *rilevanza giuridica*, di fonte diretta di produzione degli effetti giuridici”⁵². Pertanto, anche il provvedimento amministrativo, in quanto fatto giuridico di adempimento, determina l’estinzione del dovere di provvedere (che non è, quindi, un effetto diretto dell’atto, ma è ricondotto dalla legge al fatto di adempimento)⁵³.

⁵⁰ VOLPE, *ult.op. cit.*, 486

⁵¹ VOLPE, *ult.op. cit.*, 485 nota 58

⁵² VOLPE, *ult.op. cit.*, 138

⁵³ VOLPE, *ult. op. cit.*, 484 s.

INDAGINE SULL' INCIDENZA DEL DINIEGO DI PROVVEDIMENTO SULLE SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE DEL PRIVATO.

1. Tesi che ravvisano la preesistenza, nella sfera giuridica del privato, di un diritto soggettivo al *bene della vita*, nelle ipotesi di attività vincolata. – 2. Il fenomeno di produzione giuridica nella teoria della *rilevanza* giuridica: il fatto come fonte dell'effetto. Critiche. La norma come fonte dell'effetto. – 3. Segue: Il fenomeno di produzione giuridica nella c.d. teoria della *struttura ipotetica* della norma. Il *diritto soggettivo* come *effetto conseguente* del precetto. Brevi cenni sulla distinzione tra atti ampliativi la sfera giuridica soggettiva dell'istante. – 4. Tesi che ravvisano, a fronte dell'inerzia provvedimentale, un diritto soggettivo del privato alla risposta. Dubbi sulla ravvisabilità, in capo al privato, di un diritto soggettivo alla risposta e riconducibilità della situazione giuridica soggettiva in esame a un *diritto di credito* alla risposta. – 5. La risarcibilità del danno arrecato dal mancato godimento del *bene della vita*. Riconducibilità della situazione giuridica soggettiva suscettibile di essere risarcita a un *diritto di credito* al provvedimento favorevole. La configurabilità di *obbligazioni provvedimentali* anche nelle ipotesi di attività discrezionale. – 6. L'atto viziato nella forma o nel procedimento di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241: tesi dell'irregolarità; tesi della sanatoria *ex lege*. Critiche. Illegittimità dell'atto assunto in violazione di norme formali o procedurali: astratta ammissibilità di una tutela risarcitoria. Critiche. Astratta ammissibilità di una tutela indennitaria: i *diritti di credito procedurali*. Adesione alla tesi dell'illegittimità costituzionale della norma in esame. – 7. L'interesse a ricorrere nel giudizio di “annullamento” del diniego di provvedimento. Riconducibilità dell'utilità derivante dall'accoglimento del ricorso alla dichiarazione di *esistenza* della soggezione. La *soggezione* come situazione giuridica soggettiva tutelata per mezzo del diritto di credito provvedimentale. – 8. Segue: l'*aspettativa* come situazione giuridica soggettiva “*preliminare*” e la *soggezione* come situazione giuridica soggettiva “*definitiva*”. Il diniego di provvedimento come “fatto estintivo”: impossibilità della soggezione come *effetto riflesso* dell'adempimento del dovere di pronuncia.

1. Tesi che ravvisano la preesistenza, nella sfera giuridica del privato, di un diritto soggettivo al *bene della vita*, nelle ipotesi di attività vincolata.

Con riguardo alla consistenza delle situazioni giuridiche soggettive del privato, coinvolte nel rilascio di provvedimenti amministrativi favorevoli, si sono sviluppati vari orientamenti dottrinali che, sulla base di diverse ricostruzioni sistematiche, hanno affermato come, nelle ipotesi di attività vincolata, preesista, al provvedimento amministrativo favorevole, nella sfera giuridica individuale, un diritto soggettivo al *bene della vita*¹.

¹ La teoria dell'incidenza dell'atto amministrativo rispetto alla situazione giuridica di diritto soggettivo trova le sue origini nell'elaborazione di RANELLETTI, che ha affermato la tesi dell'autorizzazione come atto di "rimozione" di un limite all'esercizio di un diritto soggettivo preesistente nella sfera giuridica del privato. Si è sostenuto, infatti, che, nei casi di rilascio di un' autorizzazione, il diritto soggettivo preesisterebbe, in quanto creato da una precedente legge generale: "...ma è .. un diritto puramente possibile, oppure potenziale, e .. può divenire attuale, cioè essere acquistato oppure esercitato quando l'autorità pubblica riconosca che tutte le condizioni, in vista delle quali la legge ha posto quei limiti al libero esplicamento dell'attività individuale, esistono in una maniera rispondente alle esigenze di quell'interesse che la legge con la proibizione condizionata vuole tutelare". La teoria delle autorizzazioni cui si fa riferimento è esposta e sviluppata negli studi: *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Giur. it, 1894, IV, 7-83; *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Riv. it. Sc. Giur., 1984, 3-100, 315-172; *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Riv. it. Sc. Giur., 1985, 3-107; 1986 77-172, 350-379; 1987, 177 s. La dottrina successiva, pur mantenendo la relazione tra definizione di pertinenza dell'attività e natura delle situazioni giuridiche soggettive del privato, ha affermato che, in determinati casi, e in particolare, nel caso in cui siano configurabili le autorizzazioni c.d. "permissive", il provvedimento favorevole opererebbe come elemento esterno alla fattispecie di riferimento, e, cioè, non inciderebbe direttamente sul diritto soggettivo preesistente (definita come "situazione statica, di relazione"), consentendone l'esercizio, ma sulle "situazioni dinamiche" (potestà o facoltà) che - proprio in quanto "forze operative", riconosciute al titolare del diritto soggettivo, al fine di consentirgli di operare mediante attività giuridiche o materiali - sembrano costituire situazioni giuridiche soggettive distinte, che presuppongono il diritto soggettivo. In tal senso v. A. M. SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, Riv. trim. dir. pubb., 1995, 791-795: "... lo schema tipico degli atti autorizzativi prevede sempre la preesistenza, nel beneficiario del provvedimento, di una posizione di diritto soggettivo, ma, in pari tempo, l'impossibilità della libera espansione di essa - vale a dire del concreto esercizio del diritto - nella particolare direzione cui l'atto autorizzativo si riferisce, se e fin quando l'autorità competente all'autorizzazione non abbia proceduto al necessario riscontro tra l'esercizio del diritto stesso da parte del suo titolare e quel particolare interesse pubblico a tutela del quale la funzione autorizzativa fu predisposta dall'ordinamento, e, constatato, nella propria valutazione discrezionale, che essi non siano in conflitto, non abbia dato il proprio assenso all'espansione del diritto...". "Ciò che di nuovo si produce in conseguenza degli atti autorizzativi ... attiene alle facoltà da essi rispettivamente suscitate, le quali solo potenzialmente erano contenute nei rispettivi diritti, e per diventare attuali - e cioè per poter essere esercitate mediante l'esplicazione delle attività a esse proprie - abbisognavano appunto, a tutela dell'interesse pubblico specificamente considerato da una norma limitativa di quei diritti, del consenso dell'autorità a che i diritti stessi avessero la loro concreta espansione". Afferma la tesi della preesistenza di diritti soggettivi, nell'ipotesi di attività vincolata solo nel caso in cui la norma sia rivolta alla tutela diretta dell'interesse privato CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e processo amministrativo*, Studi in memoria di E. Guicciardi, I, Padova, 1978, 301 s.; ID. *Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa*, Diritto e processo, Padova 1978, 338; ID., *Per la effettività della giustizia amministrativa*, Diritto e processo cit., 447; ID. *Manuale di diritto amministrativo*, Padova 1980, 279. Altra dottrina, pur senza assumere posizioni incompatibili con la teoria di Ranelletti, sviluppò in una direzione diversa l'indagine e, sottolineando il collegamento tra autorizzazione e condizione, elaborò la nozione di autorizzazione come atto complesso. Ci si riferisce, sostanzialmente, alla ricostruzione proposta da DONATI,

Parte della dottrina, infatti, muovendo da uno schema normativo basato sul rapporto *norma-fatto*, cui corrisponderebbe una norma di relazione di disciplina del rapporto, e *norma-potere-fatto*, cui corrisponderebbe, invece, una norma di azione (attributiva del potere)², ha rilevato come, nelle ipotesi di attività vincolata, preesisterebbero dei diritti

Atto complesso, autorizzazione, approvazione, in Arch. Giur., 1903, I, 4 e 22, che distinguendo tra potere come “energia potenziale” ed “esercizio del potere”, riconduce il potere, il cui esercizio è condizionato alla dichiarazione di volontà di un altro soggetto, a contenuto del diritto soggettivo. L’effetto dell’autorizzazione, dunque, sarebbe quello di “rimuovere un ostacolo” all’ “esercizio” del potere attraverso l’adempimento della condizione; effetto del mancato rilascio dell’autorizzazione, invece, sarebbe l’impossibilità di esercizio del potere, con la conseguenza che l’atto, eventualmente posto in essere dal privato, sarebbe nullo. Respinge la tesi valore condizionante dell’autorizzazione amministrativa GULLO, *Provvedimento e contratto*, cit., 142: “..nell’ipotesi normale di autorizzazione, come relativamente ad ogni fattispecie complessa, gli effetti si realizzano solo in presenza di più elementi e della loro totalità: la preesistente situazione giuridica del destinatario – costituita dalle pretese situazioni condizionate nell’esercitabilità – e l’atto dell’amministrazione. Ciò implica l’inammissibilità di una di una retrotrazione degli effetti, non solo rispetto al momento di perfezione del provvedimento autorizzativo, ma sinanche a quello della sua efficacia. E questa circostanza ha valore determinante, sia relativamente all’esclusione – nella specie – della figura della condizione – sia – al contrario – come elemento probatore dell’inserimento dell’atto di autorizzazione nell’ambito di fattispecie complesse”.

Un’ampia ricostruzione critica sull’attitudine dell’autorizzazione a rimuovere un limite all’esercitabilità del diritto si trova in VILLATA *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, Milano, 1974, ove l’Autore evidenzia come l’effetto tipico dell’autorizzazione sia quello di creare nel destinatario una posizione giuridica nuova e indipendente da eventuali altre situazioni giuridiche preesistenti, in ordine al medesimo oggetto (“non rileva cioè se gli altri coelementi della fattispecie originino autonomamente una diversa fattispecie produttiva di effetti propri; conta invece che quella attività non può svolgersi senza il provvedimento autorizzatorio, il quale conferisce la situazione stessa” (63 s.). Nello stesso senso v. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996, 109 s.

² Tale ricostruzione è quella proposta da CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio cit* 319, il quale, discostandosi, in parte, dalla ricostruzione guicciardiana, che riconduce alle norme di relazione e alle norme di azione la funzione di tutela, rispettivamente, dell’interesse privato e dell’interesse pubblico, afferma che “al vertice, ci sono i due schemi di fondo dell’esperienza giuridica: a) norma-fatto (norma che regola direttamente il fatto; dunque assenza di poteri di scelta; dunque diritti e obblighi; dunque giudizio di accertamento); b) norma-potere-fatto (norma che, anziché regolare il fatto in modo diretto e compiuto, attribuisce ad un soggetto o organo il potere di provvedere all’assetto delle situazioni soggettive; dunque interessi legittimi; dunque giudizio di annullamento dell’atto emanato nell’esercizio del potere)”. Nello stesso senso e più ampiamente v. *Unità della giurisdizione*, 357 : “A) Se la legge regola direttamente le situazioni di fatto senza attribuire all’amministrazione pubblica il potere (discrezionale) di stabilire essa, volta a volta, la soluzione del caso in rapporto al soddisfacimento dell’interesse pubblico, sicché l’interessato possa impostare la domanda dicendo che gli spetta per legge di conseguire il risultato conforme al suo interesse di fatto o materiale (conservare una cosa; continuare a esercitare una concessione; essere ammesso a svolgere un’attività, e via dicendo) allora si parla di diritto soggettivo e competente è il giudice ordinario. B) Se invece la legge, anziché regolare direttamente la situazione di fatto, attribuisce all’amministrazione pubblica il potere di stabilire essa, caso per caso, che cosa convenga all’interesse pubblico, e tuttavia disciplina l’esercizio di tale potere (prevedendo il fine da conseguire, il procedimento da attuare, l’organo competente), per un verso il tipo di interesse di fatto sopra indicato (conservare la cosa ecc.) non solo non è garantito ma, in principio, può essere legittimamente sacrificato...e, per l’altro si evidenziano altri tipi di interessi il cui soddisfacimento presenta la duplice caratteristica (a) che può conseguirsi solo con l’attività (con l’atto) del titolare del potere (della pubblica amministrazione, nel nostro settore amministrativo) e (b) che consiste necessariamente in ciò che tale attività sia conforme (in punto di competenza, di fine, di procedimento) alla legge. Allora giudice competente è quello amministrativo e si parla di interesse legittimo”. Impostando il sistema normativo sulla “diversità di oggetto, o di interessi materiali, entrambi

soggettivi, in capo al privato. Infatti, la norma di relazione, qualificando il fatto,

direttamente tutelati”, l’Autore costruisce due schemi normativi “che caratterizzano rispettivamente il diritto soggettivo dell’interesse legittimo e che sono .. fondate sul binomio norme di relazione-norme di azione, inteso in senso diverso da quello invalso nell’uso corrente. Norme di relazione sono quelle che operano direttamente un contemperamento di interessi contrapposti, e dunque assicurano all’interessato il risultato vantaggioso in relazione al verificarsi di una determinata situazione; la tutela è configurabile indipendentemente dall’azione amministrativa e il soddisfacimento dell’interesse si consegue contro di essa; tale interesse ha dunque carattere primario in quanto l’amministrazione non opera alcun contemperamento di interessi secondari. Le norme di azione sono invece quelle che attribuiscono un potere in tal senso all’amministrazione e tutelano tanto l’interesse pubblico quanto quello privato (che si presentano rispettivamente come primario e secondario nel senso che si è detto); la tutela non è configurabile se non in relazione all’attività amministrativa e il soddisfacimento dell’interesse che viene in rilievo è solo quello conseguibile mediante la condotta legittima dell’amministrazione. Sul piano processuale poi al diritto soggettivo viene fatto corrispondere il giudizio di merito, inteso come giudizio in cui si prendono direttamente in esame i fatti al fine di determinare volta per volta la soluzione giusta; all’interesse legittimo corrisponde invece il giudizio di legittimità formale, che riguarda le modalità di formazione degli atti: e mentre il primo attribuisce il vantaggio sostanziale previsto dalla legge, il secondo si limita all’eliminazione dell’atto, restando il soddisfacimento (eventuale) dell’interesse materiale primario affidato al riesercizio di potere da parte dell’amministrazione” (23-25). Cfr. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa, Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, 13 s., afferma che devono distinguersi le norme che “hanno principalmente, se non esclusivamente il compito di stabilire la delimitazione fra le sfere giuridiche rispettive dell’Amministrazione e del cittadino” e le norme che “operano entro la sfera giuridica dell’Amministrazione, integrate quando è necessario da norme non giuridiche” e che “si rivolgono ad assicurare la conformità dell’interesse pubblico del modo con cui l’Amministrazione stessa esercita i suoi diritti ed adempie ai suoi obblighi giuridici. Le prime tendono ... a stabilire delle relazioni fra l’interesse pubblico impersonato dall’Amministrazione e l’interesse privato del cittadino; le seconde garantiscono l’interesse pubblico in senso assoluto, nella sua considerazione obbiettiva, coll’apposizione di limiti e l’imposizione di formalità all’attività dell’Amministrazione”. Nello studio successivo (*La giustizia amministrativa*, Padova, 1942), l’Autore definisce le norme di relazione come quelle norme che “sono dirette a regolare i rapporti intercorrenti tra l’Amministrazione e il cittadino. Tali norme sono della medesima natura di quelle che regolano, ad esempio, i rapporti interindividuali; ed hanno rispetto a quelle la medesima funzione, cioè la risoluzione di conflitti d’interesse fra i soggetti ai quali si rivolgono , e la medesima struttura, in quanto consistono in un comando rivolto ad una volontà di fare, non fare o consentire qualche cosa in favore di un’altra: sono, in una parola, norme materiali che, appunto perché intervengono a disciplinare rapporti fra soggetti, dirimendone i conflitti d’interesse, possono chiamarsi efficacemente norme di relazione”. Le norme d’azione, invece, sono quelle che “non sono poste per la disciplina di rapporti e la risoluzione di conflitti d’interessi 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. Esse tutelano l’interesse pubblico non nella sua relazione coll’interesse di un soggetto diverso, ma nell’attività dell’Amministrazione, per assicurare la conformità ad esso degli atti che l’Amministrazione compie per l’esercizio dei propri diritti e per l’adempimento dei propri obblighi. Esse non si rivolgono pertanto a due volontà distinte, imponendo ad una di esse un determinato comportamento a favore dell’altra; ma ad una volontà sola, quella dell’Amministrazione , imponendole un dato comportamento non già a favore di terzi, ma obbiettivamente nell’interesse pubblico. Tali norme hanno carattere strumentale e, appunto perché volte a stabilire se e come l’Amministrazione debba esercitare le attribuzioni inerenti ai suoi diritti ed ai suoi obblighi verso il cittadino possono chiamarsi norme d’azione. Chiara appare pertanto la fondamentale distinzione fra norme amministrative di relazione e d’azione. Le prime tracciano la linea di demarcazione fra la sfera giuridica dell’Amministrazione e quella del cittadino; le seconde disciplinano l’attività che l’Amministrazione può svolgere entro la propria sfera giuridica. Ed è perciò che la violazione, da parte dell’autorità amministrativa, di una norma di relazione significa indebita invasione nella sfera giuridica del cittadino, e quindi lesione del diritto altrui; mentre la inosservanza di una norma d’azione significa comportamento dell’Amministrazione difforme dall’interesse pubblico che essa medesima impersona, e quindi attività contraria al proprio interesse” (30-31).

opererebbe già un diretto contemperamento degli interessi contrapposti, assicurando, perciò, all'interessato, il risultato vantaggioso, una volta verificatasi la fattispecie concreta corrispondente a quella astratta.

In questo sistema, pertanto, l'attività vincolata dell'Amministrazione si sostanzierebbe nel mero adempimento di un obbligo³, essendo il potere esercitato dall'Amministrazione solo nel caso in cui sia ad essa attribuito il compito di formulare la norma del caso concreto⁴.

³ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1988, 41-42. Per quanto riguarda l'esistenza di un obbligo dell'autorità a fronte di attività vincolata v. anche LEDDA (*Il rifiuto*, cit., 150) :“Questi atti non hanno per immediata conseguenza una modificazione della sfera giuridicamente protetta del cittadino, ma soltanto la nascita, la modificazione od estinzione di situazioni giuridiche oggettive o la formazione di certezze giuridiche. Possono ricordarsi come esempi, oltre alle manifestazioni di scienza e di giudizio che intervengono nel corso dei procedimenti amministrativi, gli atti di certificazione, di documenti, di registrazione, ecc.” ; BERGONZINI, *L'attività del privato cit.*, 106 s.: “La domanda del privato, diretta ad ottenere che sia emanato un certo atto, è fonte dell'obbligo dell'Amministrazione di provvedere nel senso domandato. E' pacificamente qualificata come produttiva di un effetto di tal genere la istanza di iscrizione ad un pubblico istituto di istruzione presentata da un soggetto dotato di tutti i requisiti prescritti dalla legge. Sembra analogamente determinare l'obbligo dell'Amministrazione di far luogo all'atto domandato l'istanza di una certa sovvenzione, riconosciuta dalla legge a tutte le imprese che versano in condizioni puntualmente indicate, quando sia proposta da un imprenditore che ne risulti in possesso. Nelle ipotesi ora esemplificate ed in altre dello stesso tipo che si potrebbero agevolmente indicare, la domanda del privato manifesta nei confronti dell'Amministrazione un effetto propulsivo della massima intensità: l'istanza proposta mette infatti l'Amministrazione nella necessità giuridica di far luogo alla emanazione del provvedimento domandato, non essendo concesso ad essa che di procedere all'accertamento della presenza negli istanti dei requisiti di legge”. Per quanto riguarda la corresponsione di diritti soggettivi all'attività vincolata v. anche ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano 1956, 119 : “Lo studente, che ha presentato domanda di immatricolazione all'Università ed ha esibito tutti i documenti prescritti, ha un diritto soggettivo alla ammissione”. Parzialmente diversa, invece, è la tesi di CANNADA BARTOLI, il quale, ravvisando il nucleo della situazione del privato, in un “interesse puramente formale alla legittimità dell'atto amministrativo”, avente un diritto soggettivo come presupposto di qualificazione, rileva che “la possibilità di vicende giuridiche riguarda non gli interessi, ma i diritti soggettivi che ne sono il presupposto” (*Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, Riv. trim. dir. pubbl. 1953, 360; ID. *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1940, 75. Opinioni parzialmente diverse sono quelle di ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 1948, 92 secondo il quale “quando la legge vincola interamente e tassativamente la condotta dell'amministrazione rispetto ad atti che interessano i privati, è molto probabile che essa abbia lo scopo e l'effetto di rivestire l'interesse del privato della tutela del diritto soggettivo: tale regola non è però assoluta, ben potendo darsi doveri imposti all'amministrazione nell'interesse generale e, quindi, senza corrispondenti interessi dei privati”; e di G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, 58 s., il quale ritiene sussistere un diritto soggettivo del privato nelle ipotesi di attività vincolata solo nei casi in cui il diritto preesiste al potere della pubblica amministrazione.

⁴ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata*, cit., 34: “La determinazione delle sfere giuridiche riservate rispettivamente all'amministrazione e al cittadino costituisce logicamente il primo oggetto delle norme di diritto amministrativo, con ciò queste ultime sono tuttavia lungi dall'aver esaurito il proprio compito: vi sono infatti altre norme che entro l'ambito della sfera giuridica dell'amministrazione dettano una disciplina positiva del modo in cui l'amministrazione persegue il proprio interesse; sono queste le norme di azione che, presupponendo già attuata la disciplina delle relazioni tra amministrazione e cittadini tutelano l'interesse pubblico per se stesso, nella fase dinamica del suo perseguimento, obiettivamente e non in relazione ad interessi diversi”.

Nelle ipotesi di attività vincolata, pertanto, nella ricostruzione in esame, le norme dirette a regolare il comportamento dell'Amministrazione, "restano totalmente irrilevanti rispetto alla situazione intersoggettiva che è, e rimane, qualificata dalla norma di relazione"⁵. Tali norme sarebbero, dunque, "regolatrici di potere, ma solo in senso descrittivo", poiché il potere, in sé, sarebbe già stato esercitato dal legislatore al momento della definizione del rapporto attraverso la legge⁶. Ne deriva che la pronuncia positiva, secondo la ricostruzione in esame, nelle ipotesi di attività vincolata, non inciderebbe sulla fattispecie costitutiva del diritto soggettivo, ma sulla fattispecie della diversa norma, che disciplina la liceità del suo esercizio⁷.

Secondo altri, invece, in queste ipotesi, l'atto, pur rilevando in quanto fatto, avrebbe un'efficacia costitutiva della fattispecie principale, perché inciderebbe sul *quando* della produzione degli effetti giuridici, che sarebbero voluti non dal precetto, ma dalla richiesta del privato, che come la domanda giudiziale di accertamento costitutivo, rappresenterebbe

⁵ ORSI BATTAGLINI, *ult. op. cit.*, 38.

⁶ ORSI BATTAGLINI, *ult. op. cit.*, 39. A questo proposito, l'A. rileva come tali norme non devono intendersi "in senso forte". Secondo la ricostruzione in esame, infatti, possono definirsi tali quelle norme per cui può precisarsi "una relazione qualificante tra la nozione di potere e la funzione di comporre conflitti di interesse e di definire le rispettive sfere giuridiche dei soggetti, relazione che può essere specificata, anche se, per ora, limitatamente al contesto entro cui stiamo operando (cioè quello del rapporto tra norma, attività dell'amministrazione e situazioni soggettive) in queste ulteriori direzioni: a) una simile forza giuridica equivale all'attribuzione della disponibilità degli interessi in causa, intesa come possibilità di affermare la prevalenza, parziale o tale, dell'uno sull'altro; b) tale fenomeno va poi inquadrato in un contesto di distribuzione verticale, nel senso che tale disponibilità sussiste effettivamente solo in quanto la decisione sul conflitto di interessi presenti caratteri innovativi rispetto ad altre decisioni in ordine allo stesso conflitto, già assunta a livelli superiori: sussiste cioè se vi è materia di cui disporre, o, detto in termini più tradizionali, se è configurabile una scelta; c) ma l'autonomia (o la purezza) concettuale di tale disponibilità appare effettiva ed integra solo in quanto il suo *proprium* viene individuato non solo rispetto alle delimitazioni preventive ma anche ad interventi successivi, se cioè alla novità si aggiunge l'ulteriore attributo della definitività, intesa come impossibilità per qualunque altro soggetto (e in particolare per il giudice) di modificare il contenuto specifico della decisione".

⁷ ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*(voce), Dig. Disc. Pubbl., II, Torino, 1987, 72. L'Autore, riepilogando la propria posizione, anche con riferimento all'attività giurisdizionale, nelle ipotesi di attività vincolata, afferma che, da un lato vi è "la legge, costitutiva del diritto, il relativo accertamento del giudice, e un atto amministrativo che rimane estraneo a tale rapporto essendo privo di ogni forza giuridica al riguardo ma svolgendo una provvisoria funzione ricognitiva. Lo stesso atto invece riveste un distinto rilievo in relazione a una diversa fattispecie che è quella di un illecito: indipendentemente cioè dalla sussistenza o meno del diritto, svolgere la relativa attività materiale senza che intervenga l'atto non è consentito e rende applicabile la sanzione".

Non dissimile sembra essere la posizione di SANDULLI, (*Notazioni, cit.*, 792) il quale, distinguendo tra posizioni statiche e posizioni dinamiche, afferma che il diritto soggettivo è "la posizione fatta dall'ordinamento a un soggetto rispetto ad altri soggetti... con riferimento a particolari oggetti" ; potestà e facoltà sarebbero, invece, situazioni dinamiche e, cioè, "forze operative" riconosciute solo potenzialmente al titolare del preesistente diritto soggettivo, al fine di consentirgli di operare mediante attività materiali ovvero giuridiche. In particolare, secondo questa ricostruzione, l'autorizzazione opererebbe non sul diritto soggettivo, ma sulle situazioni dinamiche, attribuendo la possibilità di esercizio del diritto soggettivo.

esercizio di un potere nell' *an*⁸. La manifestazione di volontà dell'interessato, pertanto, sarebbe “direttamente costitutiva della (...) facoltà, seppure la fattispecie normativa non risulterebbe integrata in tutti i suoi elementi senza l'accertamento della pubblica amministrazione”⁹. Parzialmente diversa, invece, è la più risalente ricostruzione di coloro che hanno affermato che, anche nelle ipotesi di attività vincolata, l'atto andrebbe ad incidere direttamente nella stessa fattispecie costitutiva del diritto soggettivo, non, però, impedendo la costituzione del medesimo diritto, ma “impedendone l'espansione”, con la conseguenza che, un eventuale diniego illegittimo di provvedimento, inciderebbe direttamente, in termini negativi, sul preesistente diritto soggettivo, che, pertanto, sarebbe, in queste ipotesi, lesa e, quindi, suscettibile di essere risarcito¹⁰.

⁸ FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo: autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996, 61-63. L'Autore afferma, infatti, che “è senz'altro vero che l'atto vincolato può non avere solo efficacia dichiarativa, ma se l'elemento nuovo della situazione preesistente discende dall'attività di integrazione della norma, non si dica che esso discende anche in assenza di tale attività, non si dica che l'atto vincolato ha la stessa efficacia costitutiva dell'atto discrezionale, non si dica, cioè, e per l'appunto, che l'atto vincolato ha efficacia precettiva. Si potrà, poi, anche ragionare di un'efficacia costitutiva dell'atto vincolato, ma sarà a questo punto chiaro che tale efficacia non sarà diversa da quella di qualsiasi altro fatto, che solo come fatto, e non come norma, rilevi: con la conseguenza che la stessa individuazione della fonte degli effetti nell'atto vincolato, anziché nella norma, verrà a perdere di ogni significato (rispetto, s'intende, alla enucleazione di una modalità di nascita di una situazione giuridica soggettiva, che sia differenziata da quella che postula la mera sussistenza di una serie di requisiti di fatto necessariamente richiesti dalla legge). In conclusione, anche «l'affermazione che sulla discriminazione tra discrezionalità e vincolatezza pretende fondare una diversa efficacia giuridica» è «da respingere», se per tale efficacia si intende l'efficacia costitutiva e l'efficacia dichiarativa, ed è, invece, da accogliere, se si intende quella precettiva e non precettiva. Del resto, è la stessa dottrina in esame a riconoscere più avanti la distinzione tra dichiarazioni precettive o manifestazioni di volontà e dichiarazioni enunciative, riconducendo alle seconde i c.d. accertamenti costitutivi: al che è evidente che almeno questi ultimi sono atti che non manifestano (nemmeno) «fenomenologicamente» una volontà, e, dunque, non sono (nemmeno) atti precettivi. E se si avverte che “le due classificazioni (dichiarazioni precettive e dichiarazioni enunciative; atti costitutivi e atti dichiarativi) si fondano su criteri diversi”, cosicché “niente vieta che i due criteri si sovrappongano”, non si ha nulla in contrario. Una distinzione tra effetti costitutivi di dichiarazioni precettive ed effetti costitutivi di dichiarazioni enunciative è, infatti, esattamente (o quasi) la distinzione che riteniamo esistente (in correlazione alla distinzione tra atti discrezionali e atti vincolati)”.

⁹ FERRARA, *Diritti soggettivi*, cit., 82

¹⁰ A. M. SANDULLI, *Lesione di interessi legittimi e obbligazione risarcitoria della pubblica amministrazione*, Riv. trim. dir. pubbl., 1963, 1292 : “Oltre allo stretto collegamento funzionale con un diritto soggettivo ... è la stessa coscienza sociale ad avvertire che, come non può restare senza ristoro, ad es., il danno patito in conseguenza dell'occupazione di un bene *sine titulo* (per esservi insediato per un certo tempo il beneficiario di un decreto espropriativo successivamente annullato), così non può restare senza ristoro, ad es., il danno conseguente al fatto che l'amministrazione abbia impedito al proprietario di un'area, mediante un diniego di autorizzazione poi ritenuto illegittimo e perciò annullato (e dunque anche stavolta *sine titulo*), l'esercizio dello *ius aedificandi* (o dello *ius variandi*) inerente al diritto dominicale, come pure il danno conseguente al fatto che il prefetto abbia impedito al privato contraente, mediante l'illegittimo diniego (di poi annullato) del visto al contratto stipulato con un'amministrazione comunale, di ricavare dal contratto stesso i dovuti vantaggi”; ID., *Notazioni*, cit., 802: “. siccome la potestà autorizzativa impinge nella sfera dei diritti soggettivi (in quanto questi ultimi subiscono una limitazione proprio in conseguenza della necessità dell'autorizzazione), e siccome la potestà stessa può esprimersi in un provvedimento di contenuto negativo solo in quanto il rifiuto venga pronunciato in funzione dell'interesse pubblico a tutela del quale la limitazione

2. Il fenomeno di produzione giuridica nella teoria della *rilevanza* giuridica: il fatto come fonte dell'effetto. Critiche. La norma come fonte dell'effetto.

Il problema della definizione delle situazioni giuridiche soggettive del privato a fronte di un'istanza di provvedimento amministrativo favorevole, sembra doversi ricondurre, sostanzialmente, allo studio del fenomeno della produzione giuridica e, in particolare, alla definizione del rapporto intercorrente tra norma e fatto¹¹, ai fini della produzione dell'effetto giuridico.

Sul punto, superata la concezione meramente funzionale della fattispecie¹², che giustifica la giuridicità del fatto in relazione alla giuridicità dell'effetto, in letteratura si è affermata la

venne posta dall'ordinamento, l'eventuale diniego dell'autorizzazione in nessun modo correlato con tale interesse, o comunque posto in essere *contra jus*, venendo in sostanza a incidere, sacrificandolo, su un diritto soggettivo, dà diritto al titolare di questo di essere ristorato del danno derivatogliene (art. 2043 c.c.)". Contra MIELE, *Principi cit.*, 63-64: "... le nozioni di affievolimento del diritto e di diritto affievolito (o condizionato), costruite dalla dottrina come intermedia tra il diritto soggettivo vero e proprio (c.d. diritto perfetto) e l'interesse protetto di riflesso, appaiono prive di reale consistenza. Invero, il fenomeno dell'affievolimento del diritto (con che si designa il diritto soggettivo a cui avvenga di essere sacrificato o limitato in vista di un interesse pubblico: es., il diritto di proprietà su un bene soggetto a espropriazione per pubblica utilità) e il fenomeno del diritto affievolito o condizionato (cioè del diritto soggettivo che fin dal suo nascere è subordinato alla condizione della sua compatibilità con un interesse pubblico: es., il diritto a una concessione amministrativa di cui l'interesse pubblico imponga la revoca) non rappresentano categorie diverse dal diritto soggettivo e dall'interesse protetto di riflesso, ma rientrano volta a volta nell'uno o nell'altro secondo che ne presentino i caratteri, e sono perciò prive di autonomia scientifica. Se e in quanto v'è un diritto del proprietario e del concessionario, essi varranno come tali finché rispetto ad essi si possa affermare che non esiste in altri un potere giuridico di sacrificarli o limitarli e si contesti ogni atto o pretesa avanzata sul fondamento di questo (insussistente) potere: in altri termini, si rivendica il proprio diritto puramente e semplicemente e si richiama gli altri all'osservanza dell'obbligo correlativo; se, invece, non si vuole o non si può far valere il proprio diritto, ma, in quella vece, si fa valere una posizione di vantaggio come mero riflesso dell'osservanza delle modalità e delle condizioni e condizioni prefisse all'esercizio del potere di espropriazione o di revoca, di cui non viene posto in discussione il fondamento, questa posizione di vantaggio è da qualificare senz'altro come un interesse protetto di riflesso...". Ma v. anche CONSO, *I fatti giuridici processuali penali: perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, 112-113. L'Autore ritiene opportuno tralasciare la nozione di fatto impeditivo, affermando che "in un'indagine diretta a delineare la fisionomia di un fatto giuridico, non vi è .. posto per una distinzione tra elementi costitutivi ed elementi impeditivi. Stando alla terminologia stessa, un elemento impeditivo non sarebbe tanto un elemento del fatto giuridico, quanto l'inverso di un suo elemento, giacché, presente il c.d. elemento impeditivo, il fatto giuridico si intende non integrato. La verità è che tutti gli elementi di un fatto giuridico sono di per ciò costitutivi. Né è consentito identificare gli elementi impeditivi con il contrario degli elementi negativi (ad es., per un reato la presenza di una causa di giustificazione): a parte che non vi sarebbe motivo per non considerare allo stesso modo anche il contrario degli elementi positivi.. non si tratterebbe comunque di elementi del fatto giuridico".

¹¹ "L'antecedente della conseguenza giuridica è stato, di volta in volta, identificato dalla dottrina con la norma o col fatto giuridico: si tratta, più spesso, di un'accentuazione dell'uno o dell'altro elemento perché pochi tra i sostenitori della norma come fonte della conseguenza giuridica hanno negato qualsiasi rilievo al fatto nel processo di produzione della conseguenza giuridica stessa, così come nessuno tra i sostenitori del fatto come causa della conseguenza giuridica ha negato il ruolo della norma nel processo di produzione della conseguenza giuridica stessa" (CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 2 s.).

¹² Sulla base di un'analogia tra il mondo naturale e il mondo giuridico, la dottrina tradizionale ha individuato, infatti, l'antecedente della conseguenza giuridica nel fatto giuridico. Tale qualifica di giuridicità del fatto,

c.d. teoria della *rilevanza* giuridica che, muovendo da una considerazione del fenomeno di produzione giuridica come strutturalmente costituito da un *elemento formale* e da un *elemento materiale*¹³, ha ravvisato nella qualificazione formale dell'elemento materiale (e, cioè, dalla qualificazione formale del fatto concreto), la fonte dell'effetto giuridico¹⁴.

Tale attività di qualificazione normativa viene espressa, dalla ricostruzione in esame, con la nozione di *rilevanza giuridica*¹⁵, che esprime, di per sé, un' *efficacia potenziale* della

però, non viene individuata prima della sua relazione con l'effetto, ma trova la sua fonte proprio in quella relazione (determinata dalla legge). In tal senso v. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 3, il quale afferma che "per fattispecie s'intende il complesso degli elementi necessari per la produzione di un effetto o di un insieme di effetti". Si è, quindi, obiettato, alla ricostruzione in esame, che la relazione tra fattispecie e conseguenza giuridica deve operare tra elementi appartenenti alla medesima realtà giuridica, poiché il semplice collegamento di conseguenze giuridiche al fatto, di per sé, non ha il potere di conferire il carattere della giuridicità a semplici elementi di fatto: "per cogliere l'essenza della relazione tra fatto ed effetto occorre prendere le mosse da due affermazioni.. la norma giuridica ha carattere condizionato; l'effetto giuridico è valore" (CORSO, *ult. op. cit.*, 25)

¹³ FALZEA *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 3 "Il fenomeno giuridico è strutturalmente costituito da due ordini di elementi, i quali nella loro connessione, e soltanto nella loro connessione, danno vita agli istituti giuridici: elemento formale ed elemento materiale, l'uno proveniente dalla norma ed attuantesi nel processo di qualificazione, l'altro esistente nella realtà extragiuridica e specificantesi nel presupposto e nell'oggetto di qualificazione". In nota 1 si precisa che "...intendiamo per elemento formale dei fenomeni giuridici non solo la generica qualità giuridica di cui sono rivestite le situazioni di fatto ipotizzate dalle norme del diritto (cioè quella forma generale che consente di distinguere i fenomeni giuridici da quelli non giuridici), ma anche la forma particolare che compete alle singole fattispecie, secondo i raggruppamenti derivanti dagli schemi normativi. Cosicché, l'elemento formale, in contrapposto all'elemento materiale, è il prodotto dell'attività normativa di qualificazione...mentre l'elemento materiale è la risultante delle entità extragiuridiche che il diritto assorbe nella propria sfera, mediante la sua qualificazione giuridica".

¹⁴ FALZEA, *ult. op. cit.*, 5-6 : "La descrizione del processo logico della fenomenologia giuridica segna come punti fondamentali, rispettivamente: per l'elemento di fatto, il *presupposto* e l' *oggetto di qualificazione*; per l'elemento formale, la qualificazione giuridica, nelle forme della attribuzione di rilevanza o riconoscimento formale, e del ricollegamento di conseguenze giuridiche alla fattispecie riconosciuta. Ma il presupposto e la conseguenza sono esterni al fenomeno al fenomeno giuridico secondo la sua più stretta e comune accezione: essi rappresentano gli estremi, il *prius* e il *posterius*, anche se immediati, entro cui ha vita il singolo fenomeno giuridico *stricto sensu*, il quale ha come elementi strutturali costitutivi l'oggetto di qualificazione ed il riconoscimento formale".

¹⁵ FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 26-27 : "*Giuridicamente rilevante* dicesi una situazione di fatto concreta quando risulti costituita da tutti gli elementi richiesti dalla norma giuridica perché l'atto venga riconosciuto dal diritto e reso quindi capace di produrre effetti giuridici. Non è però necessario, perché sia provocato l'intervento della norma, che l'atto presenti gli elementi tutti previsti nell'ipotezzazione legale. Infatti, mentre alcuni di questi sono indispensabili all'acquisto della giuridicità, e quindi dell'attitudine a provocare mutamenti nella sfera delle effettualità giuridiche (elementi essenziali), altri invece sono necessari perché tali mutamenti abbiano luogo attualmente, e quindi presuppongono già acquisito il carattere della giuridicità dell'atto (elementi marginali). Orbene, la rilevanza giuridica richiede esclusivamente la presenza degli elementi appartenenti alla prima categoria, e si acquisisce alla situazione di fatto quando vi sia perfetta corrispondenza tra lo schema normativo della fattispecie centrale ed il complesso degli elementi costitutivi: indipendentemente dalla realizzazione degli altri elementi, i quali, come non possono, con la loro presenza nella situazione di fatto, conferire giuridicità alla fattispecie mancante di un elemento essenziale, così non possono, con la loro mancanza, impedire che l'atto, completo nella sua parte centrale, acquisti rilevanza giuridica. Cosicché può darsi l'ipotesi di un atto giuridicamente rilevante ma inefficace".

fattispecie concreta (intesa come fatto giuridico idoneo a produrre l'effetto)¹⁶, poiché, per il prodursi dell'effetto giuridico finale, è necessario che la fattispecie concreta sia integrata dai c.d. *coelementi futuri* o *elementi marginali*, che individuano l'*an* e il *quando* del prodursi dell'effetto giuridico. Tale secondo momento di qualificazione è definito, dalla ricostruzione in esame come di *efficacia* giuridica¹⁷.

Il rilievo limitato della fattispecie parziale dipende, dunque, o da un'incertezza originaria circa gli elementi soggettivi o oggettivi della fattispecie stessa; o da un'incertezza originaria sulla sopravvenienza di un interesse esterno prevalente e incompatibile con l'interesse individuato nella fattispecie parziale¹⁸. Da ciò, si desume che gli *elementi marginali* non potrebbero conferire giuridicità alla fattispecie mancante di un *elemento essenziale*, così come non potrebbero, se mancanti, impedire che l'atto, completo nel suo nucleo costitutivo, acquisti rilevanza giuridica. Ciò implica, che la perfezione o imperfezione della fattispecie non coincide con l'efficacia o inefficacia del precetto, poiché non tutte le forme di imperfezione si esprimono nella esclusione degli effetti (ad esempio, ciò vale per l'annullabilità)¹⁹ e, d'altra parte, non tutte le ipotesi di inefficacia possono ricondursi ad uno stato patologico della fattispecie²⁰.

¹⁶ FALZEA, *ult. op. cit.*, 27 nota 17. "E' opportuno osservare che la rilevanza giuridica, nel suo tecnico significato, null'altro esprime se non la potenzialità degli effetti, e quindi deriva dalla sussunzione dell'atto sotto una determinata norma giuridica di qualificazione. Cosicché logicamente si distingue dalla efficacia e non può essa stessa definirsi come un effetto giuridico". La qualificazione di rilevanza giuridica, quindi, è strettamente connessa con la figura giuridica soggettiva dell'aspettativa ("E' opportuno fin d'ora notare che il concetto tecnico di aspettativa come attesa della situazione effettuale, designa una pura posizione di riferimento soggettivo, e quindi prescinde dai diritti e dagli obblighi o stati di soggezione che a tutela di essa vengono disposti dal diritto" (29 nota 19).

¹⁷ FALZEA, *ult. op. cit.*, 26 (".. sono stati enucleati, nella fattispecie causale, due categorie di elementi: gli elementi essenziali o principali (cause della efficacia), e gli elementi essenziali o marginali (concause di efficacia). A queste due categorie corrispondono due ordini di qualifiche giuridiche della fattispecie, che si esprimono positivamente nell'istituto della rilevanza giuridica e della efficacia giuridica; negativamente negli istituti della irrilevanza e della inefficacia in senso stretto").

¹⁸ FALZEA, *Voci di teorie generale del diritto: prolegomeni a una dottrina del diritto; accertamento; apparenza; capacità; efficacia giuridica; fatto giuridico; fatto naturale; fatto vitale; fatto di sentimento; fatto di conoscenza; comportamento*, Milano, 1985, 481. Contra PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, 49; M. TRIMARCHI *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano 1940, 4; CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, 38

¹⁹ L'invalidità non si contrappone alla rilevanza, la quale ultima ha come logico contrario il concetto di irrilevanza o di inesistenza, poiché, mancando alla fattispecie concreta un elemento costitutivo, viene esclusa la produzione di qualsiasi conseguenza giuridica. (FALZEA, *La condizione*, cit., 36 e 42)

²⁰ Secondo FALZEA (*La condizione cit.*) può definirsi inefficace anche l'atto che manchi di una *concausa di efficacia*, cioè l'atto *giuridico meramente rilevante*. In questo caso, infatti, l'inefficacia "... si definisce come sospensione delle conseguenze giuridiche dell'atto" (25-26 e 42). L'A. afferma, infatti, che "non sussiste quindi un vizio nella fattispecie, finché l'attuale mancanza di una concausa risponde alla configurazione normativa dell'atto: fino a quando, cioè, la norma configura tale concausa come futura rispetto al perfezionamento della fattispecie centrale. Ma quando invece essa non si verifica nel momento assegnatole, si opera una discordanza tra il fatto concreto e la norma che lo disciplina, e si dà luogo quindi ad una situazione patologica dell'atto: sia dal punto di vista della struttura, perché la mancanza di un elemento

Tale possibilità, però, non implica il riconoscimento di un' assoluta autonomia dell'uno dei due momenti nei confronti dell'altro, poiché l' efficacia, da un lato, presuppone necessariamente la rilevanza e quest'ultima, dall'altro lato, per sua stessa natura (di efficacia potenziale), deve condurre necessariamente alla efficacia attraverso il concretizzarsi dei c.d. *coelementi futuri*²¹.

Il fenomeno di produzione degli effetti giuridici viene, quindi, ricondotto, dalla ricostruzione in esame, a una doppia qualificazione giuridica del fatto (di *rilevanza* e di *efficacia*)²², dalla quale, unica, discenderebbero direttamente le conseguenze giuridiche volute dalla norma²³.

Tuttavia, la limitata considerazione del momento normativo presente nella ricostruzione in esame (che riconduce la produzione degli effetti giuridici “finali” all' esistenza dei c.d. coelementi di efficacia), ha spinto, altri Autori, a evidenziare il suo cadere in contraddizione quando afferma, da un lato, la necessità di una doppia qualificazione del fatto ai fini della produzione dell'effetto e, dall'altro, la giuridicità del fatto medesimo al termine della prima delle due fasi²⁴.

marginale rappresenta un vizio dell'atto; sia dal punto di vista della funzione, perché la inefficacia che ne deriva discende non dalla configurazione normativa dell'atto, ma da un difetto intrinseco, e non ha quindi gli stessi caratteri che essa presenta fino a quando non è giunto il momento assegnato alla realizzazione dell'elemento marginale previsto” (46).

²¹ FALZEA, *ult. op. cit.*,40. Respinge la distinzione tra elementi costitutivi ed elementi di efficacia, in quanto “tutti sono necessari per la produzione dell'effetto” RUBINO, *ult. op. cit.*, 63 s.

²² FALZEA, *ult. op. cit.*,28 (“.. il prodursi del nucleo centrale della fattispecie .. (provoca) l'intervento della correlativa norma giuridica. Tale intervento si attua in due momenti logicamente distinti. Nel primo si riconosce al fatto realizzato la possibilità di produrre, attualmente o successivamente, le conseguenze giuridiche disposte: cioè gli si attribuisce efficacia potenziale. Nel secondo gli vengono attualmente ricollegate le conseguenze giuridiche disposte. Questi due momenti possono presentarsi anche storicamente staccati quando il prodursi di tutte o di parte delle conseguenze giuridiche di una fattispecie venga, per volontà dei soggetti o della legge, fatti dipendere da un ulteriore evento che deve realizzarsi in un momento successivo”).

²³ FALZEA, *ult. op. cit.*,26. Si ritiene utile precisare come l' Autore enuclei “..nella fattispecie causale, due categorie di elementi: gli elementi essenziali o principali (cause della efficacia), e gli elementi essenziali o marginali (concause di efficacia)” ; “..perché un fenomeno possa dirsi perfetto in modo assoluto, cioè compiutamente attuato, è necessario che si siano realizzate le conseguenze giuridiche per esso predisposte dalla norma di qualificazione: ma tali conseguenze sono entità giuridiche autonome nei confronti della fattispecie alla quale vengono ricondotte .. “ (6-7).

²⁴ L'esigenza di porre la norma al centro del fenomeno di produzione giuridica viene avvertita, seppur nell'ambito della teoria della rilevanza, in primo luogo, da SCOGNAMIGLIO (*Fatto giuridico e fattispecie complessa*, Riv trim dir. e proc civ., 1954, 348), il quale evidenzia come la norma produca una duplice efficacia: “La norma giuridica ... costituisce la fonte di ogni realtà giuridica e, in quanto tale, appare senz'altro idonea a creare .. sia la fattispecie che gli effetti. Per cui .. la giuridicità della fattispecie non dipende come, capovolgendo le cose, si suole ragionare dalla sua efficacia ma è frutto della rilevanza che la norma in tal senso le attribuisce. Soluzione che già vale – ed essa sola – ad affermare in pieno la preminenza della norma ... eliminando del tutto l'ibrida concezione della fattispecie quale fonte, con essa norma concorrente, della produzione delle conseguenze giuridiche “. Le medesime osservazioni, spiegate, però, in vario modo, sono condivise anche da altri Autori come CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie*

Quella dottrina che ha rilevato come la teoria della rilevanza giuridica non fosse del tutto convincente ha, quindi, evidenziato come la giuridicità dell'effetto non derivi, sostanzialmente, dal fatto complessivamente qualificato, ma dalla norma giuridica o precetto che, qualificando il fatto, determina anche il prodursi dell'effetto, costituendo "la sola unità di misura di ogni fenomeno giuridico"²⁵. Ne deriva, perciò, la riconduzione del giudizio di rilevanza sul fatto alla norma medesima, che è anche fonte dell'effetto.

Questo rilievo centrale del momento normativo ha condotto, altri Autori, a evidenziare la necessità di liberare il concetto di giuridicità del fatto da ogni riferimento con l'effetto²⁶. Si è affermato, quindi, che la qualificazione della realtà materiale, compiuta dal precetto, non incide direttamente sull'effetto giuridico, ma costituisce la causa che giustifica la produzione degli effetti giuridici conseguenti ad opera della norma, dalla quale unica deriva anche l'effetto giuridico²⁷.

Si è rilevato, quindi, come la corrispondenza formale costituisca "un prius rispetto al rapporto di rilevanza ed un posterius rispetto al rapporto di efficacia; nel senso che, nel primo caso, prima è la corrispondenza e poi è la qualificazione, mentre nel secondo, in tanto è la corrispondenza in quanto si stabilisce il rapporto di qualificazione"²⁸. Tale ultimo giudizio, quindi, non si riduce a un mero giudizio di corrispondenza di schemi formali, ma "si trova affiancata dalla necessità che tale corrispondenza si produca. In altri termini,

giuridica, Riv. trim. dir. proc. civ., 1962, 460 s.; IRTI, *Rilevanza giuridica in Norme e fatti – saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, 3. Particolarmente significativa è la critica mossa alla teoria della rilevanza giuridica, nella sua tradizionale formulazione, da SCOCA, *Contributo allo studio della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 35 s., il quale afferma che "si tratta ... di un errore di prospettiva, sorto da una interpretazione non convincente del fenomeno della produzione degli effetti giuridici, dipendente da una nozione non soddisfacente della funzione e della stessa natura della norma giuridica". "Se si vuole tener conto della necessità di liberare il concetto di giuridicità del fatto da ogni riferimento all'efficacia, non resta che interrompere (considerare interrotto) il rapporto tra fatto giuridico ed effetto giuridico. Fatto giuridico può non essere considerato fatto efficiente (o efficace), soltanto a patto di negare che l'effetto giuridico si trovi di contro ad esso in rapporto determinativo, ossia si trovi ad essere da esso determinato. Questa affermazione peraltro ... non è altro che la logica conseguenza del porre la norma come fonte degli effetti giuridici, perché in questo modo, qualunque sia il ruolo svolto dal fatto, è certo che, nel rapporto di efficacia termine attivo viene in ogni caso ad essere la norma".(p. 46)

²⁵ SCOGNAMIGLIO, *ult. op. cit.*, 349 nota 60

²⁶ SCOCA, *ult. op. cit.*, 46

²⁷ SCOCA, *ult. op. cit.*, 41: "...risulta chiaro che l'effetto non è dalla norma messo in relazione con il fatto, ma si trova invece ad essere messo in relazione con la norma, con la quale, con diverso significato e valore, trovasi in relazione anche il fatto. Sicché vengono concretamente sostituiti al rapporto diretto tra fatto ed effetto due relazioni svolgentesi, la prima, tra fatto e fattispecie, la seconda, tra statuizione e situazione effettuale.

L'affermare che la norma e non il fatto produce l'effetto non può che avere questo significato, e, portandola a conseguenza, si perviene alla negazione del rapporto di causalità così come inteso tradizionalmente. Affermarlo, invece, com'è nella teorica in esame, ed usare la rilevata creatività della norma per spiegare nient'altro che la previa giuridicità del fatto rispetto alla produzione dell'effetto è non soltanto poca cosa, ma fonte della surrilevata contraddittorietà".

²⁸ SCOCA, *ult. op. cit.*, 51 nota 58

mentre la conformità della realtà effettuale alla norma è giuridicamente necessaria, la conformità del fatto alla fattispecie, giuridicamente, è da considerarsi solo eventuale: infatti, nel rapporto di efficacia, oltre alla conformità prende rilievo come giuridico altresì il momento del conformarsi, mentre quest'ultimo è assolutamente estraneo al rapporto di rilevanza²⁹.

Il giudizio di efficacia, perciò, non attiene ai fatti presupposti dal precetto, ma a quei fatti della realtà giuridica che, in forza dell'efficacia del precetto, vengono regolati³⁰. In altri termini, secondo l'impostazione da ultimo riferita, la valutazione di *rilevanza* si distingue rispetto a quella di *efficacia* sotto un profilo di *conseguenzialità logica*: alla prima, infatti, corrisponde la *realtà rilevante*, alla seconda la *realtà regolata*³¹.

3. Segue: Il fenomeno di produzione giuridica nella c.d. teoria della *struttura ipotetica* della norma. Il *diritto soggettivo* come *effetto conseguente* del precetto. Brevi cenni sulla distinzione tra atti *ampliativi* la sfera giuridica soggettiva dell'istante.

²⁹ SCOCA, *ult. op. cit.*, 50-51

³⁰ A tal proposito lo SCOCA, (*ult. op. cit.*, 49) afferma che “Se si richiama alla mente quanto detto a proposito della configurazione complessiva del fenomeno giuridico, e particolarmente sul doppio rapporto instaurantesi tra norma e realtà extragiuridica corrispondentemente alla struttura della norma sviluppata in due proposizioni, può indicarsi il senso della separazione e della contrapposizione tra rilevanza ed efficacia, riferendo la prima al rapporto che si instaura fatto e fattispecie e la seconda al rapporto che si instaura tra realtà materiale e statuizione normativa. Rilevanza ed efficacia vengono cioè ad assumere valore significativo nel due rapporti di qualificazione della realtà extragiuridica: ... il rapporto di rilevanza correndo fatti e fattispecie, quello di efficacia correndo tra statuizione e ed elementi della realtà extragiuridica .. ai quali la statuizione si riferisce”.

³¹ SCOCA, *ult. op. cit.*, 53-54: “Ai due tipi di qualificazione giuridica corrispondono due tipi di realtà qualificata: da un lato abbiamo la realtà rilevante, dall'altro la realtà regolata. Nel primo caso troviamo i fatti, tratti a giuridico rilievo in quanto valutati normativamente nella loro conformità morfologica alla fattispecie; nel secondo abbiamo gli interessi (o, comunque, entità diverse dai fatti), dei quali la giuridicità esprime il loro essere regolati da una norma di diritto.. Alla norma, composta da due proposizioni corrispondono due processi di qualificazione, i quali attengono alla realtà extragiuridica, ma (in senso passivo: come elementi oggetto di qualificazione) presa in considerazione nei due casi, come emergente in elementi di qualificazione diversi. Correlativamente alla diversità di qualificazione e di oggetto di qualificazione, e conseguentemente a questa diversità, si ha un doppio ordine di realtà concreta: la realtà rilevante e la realtà regolata. Nell'una vediamo i fatti giuridici, nell'altra gli effetti: ambedue le realtà concrete sono giuridiche, non in quanto poste, sia pure dalla (o per la, o nella) norma, in relazione l'una con l'altra, ma in quanto ciascuna di essa è giuridicamente valutata dalla norma”. Inoltre, : “.. anche il rapporto di efficacia contiene il riferimento ad una corrispondenza formale tra la statuizione normativa e la situazione effettuale, perché la seconda intanto riceve la sua qualificazione giuridica in quanto viene a conformarsi alla statuizione normativa. Mentre però la corrispondenza di schemi formali esaurisce il rapporto di rilevanza, essa, invece, nel rapporto di efficacia si trova affiancata dalla necessità che tale corrispondenza si produca. In altri termini, mentre la conformità della realtà effettuale alla norma è giuridicamente necessaria, la conformità invece del fatto alla fattispecie, giuridicamente, è da considerarsi soltanto eventuale: infatti, nel rapporto di efficacia, oltre alla conformità, prende rilievo come giuridico altresì il momento del conformarsi, mentre questo ultimo è assolutamente estraneo al rapporto di rilevanza” (50-51).

Rilevato come la norma giuridica produca un doppio tipo di effetti, parte della dottrina ha evidenziato come tale giudizio, compiuto dalla norma sul fatto, possa esprimersi in termini ipotetici, per cui “solo *se* viene ad esistere (e ad essere, conseguentemente, riconosciuto come tale) un fatto giuridico, il precetto (o la norma), inteso come espressione di un atto giuridico, sarà in grado di produrre concretamente i propri predeterminati (e, perciò, voluti), effetti”³². Si è rilevato, perciò, come “il giudizio di rilevanza, operato dal precetto giuridico, non ha carattere unitario e sempre uguale a sé. Si deve distinguere, invece, il caso in cui la valutazione di rilevanza assume a proprio contenuto un evento capace di produrre direttamente effetti giuridici (e, in tal caso, il giudizio riguarderà un atto), dal caso in cui la valutazione di rilevanza riguarda un fatto capace di produrre effetti solo in via mediata, attraverso il precetto giuridico che opera il giudizio di rilevanza stesso (e in tal caso, il giudizio riguarderà un fatto)”³³. Solo tale seconda forma di rilevanza, però, è necessaria nel fenomeno di produzione giuridica, potendo la prima configurarsi “solo nel caso in cui specifico effetto giuridico della norma consista nell’attribuzione di un potere”³⁴. Si è rilevato, infatti, come “atto e fatto giuridico (..) non valgono come due modi alternativi, per quanto attiene alla produzione degli effetti; piuttosto, essi esprimono *due circostanze complementari ed entrambe necessarie alla produzione degli effetti*. Cosicché si ritiene che non possa esistere effetto giuridico che non derivi dalla compresenza tanto di un precetto (o atto) che lo prevede e lo produce, tanto di una fattispecie presupposta e giuridicamente rilevante, tale da far sì, in occasione del suo storico venire in essere, che il precetto concretamente si attivi. Gli effetti derivano dall’atto (e dal precetto che ne costituisce, sotto il profilo interpretativo, l’espressione), ma l’atto non si attiva, appunto, se non in presenza di un fatto giuridico in senso stretto”³⁵. Si è osservato, pertanto, come “anche tale giudizio operato dalla norma sulla fattispecie presupposta è (..) un prodotto della norma medesima. Cosicché, non è inappropriato affermare che, anche nel formulare tale valutazione di rilevanza sulla fattispecie presupposta, la norma – o precetto – esprime una separata e autonoma forma di *effetti giuridici*, i quali, dunque, vengono a distinguersi, nonché a contrapporsi, a quelli che la norma produce quale conseguenza della *rilevata* sussistenza storica della fattispecie *giuridica*”³⁶. La dottrina in esame, pertanto, ha rilevato come il giudizio di rilevanza e il giudizio di efficacia costituiscano “un doppio tipo di

³² VOLPE, *ult. op. cit.*, 111-112. L’Autore chiarisce, poi, il concetto in nota 55.

³³ VOLPE, *ult. op. cit.*, 113

³⁴ VOLPE, *ult. op. cit.*, 113 nota 56

³⁵ VOLPE, *ult. op. cit.*, 113-114

³⁶ VOLPE, *ult. op. cit.*, 114-115

effetti, tra loro concatenati”, prodotti dalla norma. Infatti, la “prima forma di efficacia è orientata a individuare ciò che è giuridicamente rilevante, quale fattispecie presupposta e, dunque, quale causa dell’attivazione della norma stessa, ai fini della concreta produzione degli effetti giuridici conseguenti. I quali ultimi rappresentano la seconda forma di efficacia, in cui, dunque, va ravvisata la regolamentazione giuridica che il precetto stesso intende porre, con riguardo al caso concreto”³⁷.

Posto che il diritto soggettivo sembra identificarsi con una situazione giuridica soggettiva che qualifica “direttamente, in termini di conformità o di non conformità all’ordinamento, un certo comportamento, se esso fosse tenuto”³⁸, sembra potersi sostenere che tale situazione giuridica soggettiva sia riconducibile, più propriamente, all’efficacia conseguente del precetto³⁹ e, perciò, non possa preesistere all’atto. Sulla base di queste considerazioni si può, quindi, affermare che il privato è titolare di un diritto soggettivo (e, cioè, di una facoltà libera), solo in seguito all’ emanazione dell’atto, che “giustifica razionalmente o consente strutturalmente la produzione degli effetti stessi”⁴⁰. Invero, la produzione degli effetti giuridici conseguenti, ad opera del precetto, non sarebbe neppure astrattamente possibile senza l’individuazione del soggetto destinatario degli stessi e dell’oggetto su cui i medesimi andrebbero a ricadere, configurandosi, nel caso in cui il privato eserciti il diritto in mancanza dell’atto amministrativo favorevole, un fatto illecito. Talvolta, tali elementi possono “essere a loro volta qualificati, nella fattispecie presupposta, in considerazione di talune peculiari loro qualificazioni sostanziali. In tal caso, in cui vengono sostanzialmente a crearsi delle figure giuridiche di *status*, siffatti

³⁷ VOLPE, *ult. op. cit.*, 115

³⁸ VOLPE, *ult. op. cit.*, 127

³⁹ VOLPE, *ult. op. cit.*, 127 s.: “..dall’esistenza di una fattispecie giuridica presupposta, scomposta nei suoi elementi, discende anche l’individuazione di una serie di figure giuridiche soggettive che esprimono una valutazione sull’esistenza di determinati fatti o di situazioni soggettive e che, perciò, potremo convenientemente definire come figure giuridiche di stato. A questo tipo di figure soggettive, peraltro, si contrappongono quelle altre che costituiscono il presupposto di applicabilità (o di efficacia) di un certo precetto giuridico, ma che qualificano direttamente, in termini di conformità o di non conformità all’ordinamento, un certo comportamento, se esso fosse tenuto. In ragione di queste loro peculiarità, siffatte ultime figure giuridiche soggettive devono ritenersi prodotte dall’efficacia in senso proprio, cioè quella conseguente, del precetto. Sulla base di queste considerazioni, si può, perciò, stabilire una distinzione tra figure giuridiche *di stato* e figure giuridiche *dinamiche* o *di comportamento*”. La classificazione delle situazioni giuridiche soggettive è stata posta da altri Autori in vario modo: CASSARINO, ad esempio, distingue le situazioni giuridiche soggettive *strumentali* dalle situazioni giuridiche soggettive *primarie*, a seconda che esse consistano o no in “dati presupposti”, qualificati dalla norma ai fini del processo produttivo degli effetti giuridici. (*Le situazioni giuridiche e l’oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, 3 s.). GUARINO, invece, distingue tra fattispecie dinamiche, il cui contenuto sarebbe dato da un comportamento e in cui rientrerebbero facoltà, poteri e comportamenti prescritti e situazioni giuridiche attive, individuate in diritti e doveri, che riguarderebbero, invece, la posizione del soggetto all’interno dell’ordinamento. (*ult. op. cit.*, 238 s.)

⁴⁰ VOLPE, *ult. op. cit.*, 120

elementi, oltre a svolgere la funzione strutturale di cui si è appena detto, svolgono anche la funzione di evidenziare l'esistenza dell'*opportunità* storica della produzione degli effetti di cui si sta, per l'appunto, trattando⁴¹. Pertanto, non sembra potersi sostenere che, accanto a situazioni di mero fatto possano trovare luogo diritti soggettivi già esistenti come tali. Ciò non sembra potersi sostenere neanche se si intendesse l'atto amministrativo come esercizio di un'attività di controllo, che, in taluni casi, secondo alcuni, avrebbe un rilievo meramente condizionante l'efficacia del precetto⁴².

⁴¹ VOLPE, *ult. op. cit.*, 116 nota 63

⁴² Ci si riferisce alla tesi di A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, con riguardo agli atti di approvazione e visti: "La nostra dottrina, a differenza di quella degli altri paesi, appare concordemente e correttamente orientata nel senso che il concetto dell'approvazione sia da tenere ben distinto da quello dell'autorizzazione. Sia l'una, che l'altra, sono espressione dell'azione di controllo preventivo. Ma esiste tuttavia un punto essenziale di demarcazione tra le due categorie. L'autorizzazione ricorre, di norma, in quei casi in cui non sarebbe possibile, a causa della natura dell'attività controllata, un controllo susseguente (si pensi p.es., alle licenze di polizia previste dagli art. 68 segg. Del T.U. di P.S.), nonché in quei casi, in cui l'ordinamento ritiene sufficiente, nei confronti dell'azione soggetta al controllo, una preliminare disamina generica, senza bisogno di penetrare fino ai particolari. Essa quindi trova la sua estrinsecazione in un momento anteriore all'azione da autorizzare. Funzione sua propria è .. quella di facultizzare il titolare di un potere a esercitarlo nel caso specifico. Per modo che, nei confronti dell'atto che autorizza, essa si atteggia in funzione di presupposto. Contribuisce cioè alla determinazione della situazione giuridica, nel cui ambiente soltanto quell'atto potrà legittimamente concretarsi. L'approvazione, per contrario, più adatta a quei casi in cui si esiga un controllo più diretto e più penetrante sull'azione soggetta al sindacato, è un atto, il quale si concreta in un momento necessariamente successivo a quello, in cui trova la propria legittima realizzazione l'atto soggetto al suo sindacato, se bene anteriore a quello, in cui questo potrà esplicare la sua efficacia. Ed è diretta appunto a condizionare quest'ultima. (..) Se è vero .. che entrambe le categorie esplicano una azione di controllo preventivo, non bisogna tuttavia dimenticare la profonda diversità funzionale, che – come è stato avvertito, e come è dato ricavare dall'esistenza di casi, in cui si richiede, per uno stesso atto, tanto un'autorizzazione, quanto un'approvazione – le separa" (272-274). Passando, in fine, alla figura del visto, è da osservare che le considerazioni svolte più sopra nei confronti dell'approvazione possono venire senz'altro a essa estese. Mediante il visto l'autorità controllante, dopo aver valutato la conformità delle disposizioni positive, dell'atto posto anteriormente in essere, dall'autorità soggetta al suo controllo, col pronunciarne la legittimità, gli conferisce quella forza esecutiva, che il diritto fa dipendere appunto dalla sua pronuncia. Qui il carattere meramente confermativo dell'atto di controllo è – pel fatto che questo si limita a un'indagine di mera legittimità, senza penetrare in una investigazione di merito – ancor più evidente che nell'approvazione!" (281-282). Contra CORSO, *L'efficacia cit.*, 154. L'Autore rileva, infatti, come "il diniego di visto o di approvazione danno luogo a deficienza della condizione; ciò significa che il secondo termine del rapporto condizionale non è costituito dal mero fatto di emissione dell'atto di controllo, ma da un atto con un contenuto positivo (visto, approvazione)".

Per quanto riguarda la nozione di atto giuridico, la disputa più accesa, che si è discussa in dottrina, concerne la qualificazione della volontà espressa. Si tratta, sostanzialmente di chiarire se l'atto giuridico sia da considerarsi fonte dell'effetto, alla stregua della norma, oppure se esso funga da semplice elemento di fatto nei confronti della norma, la quale ultima sarebbe, quindi, l'unica fonte dell'effetto. In realtà il problema non è tanto quello di qualificare il ruolo della norma o del fatto nel processo di produzione dell'effetto, quanto quello di qualificare l'atto amministrativo come fatto o come norma. Tale qualificazione postula, sostanzialmente, un'indagine di diritto positivo, volta ad accertare se un determinato atto venga considerato dall'ordinamento come idoneo a produrre effetti giuridici propri, ovvero se, nonostante la sua natura precettiva, esso integri soltanto la fattispecie della norma che lo contempla.

In un primo momento, la quasi totalità della dottrina (ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1939, I, 257; FORTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Napoli, 1950, 115; TESAURO, *Atti e negozi giuridici*, Padova, 1933; 82 s.; M. TRIMARCHI, *Atto giuridico cit.*, 93 s.; S. ROMANO, *Atti e negozi*

giuridici, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 1 s.), ispirandosi alla categoria del negozio giuridico di diritto privato, ha affermato che potesse assumersi a criterio distintivo dell'atto, rispetto al fatto, la sua volontarietà. Alla manifestazione di volontà, dunque, veniva riconosciuto rilievo determinante nella produzione degli effetti giuridici, solo nel caso in cui il soggetto, autore della medesima, fosse considerato, dalla norma, alla stregua di un presupposto soggettivo della fattispecie da lui posta in essere (FALZEA, *Il soggetto cit.*, 157). Ciò consentiva all'ordinamento di considerare l'attività come a lui direttamente imputabile, in forza del riconoscimento di una capacità d'agire volta a cooperare nel processo di produzione delle fattispecie giuridiche (FALZEA, *ult. op. cit.*, 154). Tale ricostruzione ha contribuito a individuare la figura del "negozio giuridico di diritto pubblico", riconducendo a tale categoria tutte le dichiarazioni di volontà dirette a conseguire fini determinati, riconosciuti e protetti dal diritto. A tal proposito, per quanto riguarda la figura del diniego di provvedimento, si è affermato, infatti, "che il rifiuto può avere carattere di mero atto giuridico o di negozio giuridico ... a seconda dei casi. E cioè il rifiuto è mero atto giuridico se tale è anche l'atto positivo che si dichiara di voler compiere.. E' invece un negozio, se tale sarebbe la corrispondente dichiarazione di volontà, che invece si dichiara di non voler emettere.."; "gli effetti giuridici dell'uno e dell'altro tipo di atto negativo saranno, volta a volta, quelli che risultano dalla specialità del rapporto.. in quanto i rifiuti producono effetti giuridici (che possono .. essere lesivi di diritti o di interessi), essi possono essere impugnati e quindi debbono anche sotto questo profilo assimilarsi agli atti positivi". FORTI, *Diritto amministrativo*, II, Napoli, 1945, 106-107).

Alla ricostruzione negoziale dell'atto giuridico, però, è stato opposto, da altra dottrina, che l'elemento di fatto, che rientra nella descrizione normativa, è ininfluenza rispetto alla classificazione medesima, poiché, non consente di comprendere, in realtà, perché questo elemento, che in sé, non può avere valore giuridico diverso da ogni altro elemento di fatto, possa caratterizzare, invece, la fattispecie-atto (SCOCA, *Contributo, cit.*, 87 ss.). Questa dottrina, pertanto, ha ritenuto di spostare l'indagine dalla considerazione dell'elemento di fatto, descritto dalla norma, alla descrizione normativa di questa realtà (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1969, 9; SCOCA, *Contributo, cit.*, 88 s. Tale ultimo Autore, in riferimento alla concezione tradizionale, afferma che "un tale criterio non può consistere nella volontarietà: su di essa ben può fondarsi la soggettività naturale del fatto, ma non la soggettività giuridica ... Occorre invece un criterio di collegamento che sia di già giuridico al momento in cui l'autore si determina al compimento dell'atto. Tale criterio di collegamento, non potendo consistere in un elemento materiale, ha da consistere in una situazione effettuale, creatasi, per effetto dell'operatività di una precedente norma, in capo ad un soggetto giuridico: in termini brevi ha da trattarsi di una situazione giuridica soggettiva. L'atto viene quindi a porsi come fatto soggettivo, in un modo prettamente giuridico, ossia come esercizio di una situazione giuridica soggettiva, mentre il fatto umano rimane il risultante dell'operare di un soggetto, non rapportabile all'esercizio di alcuna situazione soggettiva"), affermando che ciò che distingue il fatto giuridico in senso stretto, rispetto all'atto, non sarebbe la volontà, in sé, ma la presenza, nella fattispecie giuridica presupposta dell'atto, della situazione giuridica soggettiva data dal potere giuridico ("...la situazione giuridica soggettiva che ha i requisiti suddetti, è il potere giuridico; per cui la fattispecie-atto è caratterizzata sempre e soltanto dalla presenza *del potere* nel soggetto che pone in essere l'atto, e l'atto medesimo si può definire come esercizio di un potere giuridico. (92); "In genere l'esercizio del potere implica una fase psicologica di determinazione al medesimo, che può descriversi come volontarietà e consapevolezza del comportamento esercitante, e che ha i suoi riflessi in ordine all'atto, il quale è perciò volontario e consapevole. In termini di struttura della fattispecie tutto ciò si riflette nella proposizione seguente: è rilevante il fatto come volontario esercizio del potere; ossia assume figura di elemento della fattispecie il momento psichico di determinazione all'atto" (102)). A una ricostruzione in questo senso sembra rifarsi quella dottrina che ha affermato che "il provvedimento negativo dà luogo a delicati problemi; in esso la volontà è infatti rilevante come non volere; esiste ma la dichiarazione è nel senso che non si vogliono far avverare quegli effetti giuridici che si avrebbero se il provvedimento positivo richiesto fosse adottato. Or come chi dichiara di non voler vendere non compie un rifiuto di vendita, altrettanto, almeno in taluni casi, deve avvenire nel settore dei provvedimenti amministrativi. Il primo problema che si pone è quindi relativo alla identificazione del provvedimento negativo. Si immagini che il Ministero della sanità, per mezzo dei suoi organi, elabori un programma, che si dovrà articolare in atti provvedimentali e reali, per combattere una malattia pericolosa; prima che il programma si perfezioni d'improvviso giunge notizia di una scoperta scientifica che permette di adottare a quel fine mezzi più efficienti e/o meno costosi; alla deliberazione del programma non si dà più seguito, perché superata dagli eventi. In tale evenienza, non v'è provvedimento negativo: vi è esercizio della potestà nelle varie competenze

A ben vedere, infatti, gli atti amministrativi sembrano doversi distinguere non in base al tipo di attività posta in essere dall'Amministrazione, ma in base agli effetti prodotti⁴³. Le autorizzazioni amministrative, quindi, essendo anch'esse atti costitutivi di un diritto soggettivo ⁴⁴, non sembrano distinguersi, sostanzialmente, dalle concessioni

(al programma possono aver partecipato più organi del ministero); ma non vi è un atto, né positivo, né negativo. (...) Affinché si abbia provvedimento negativo occorre che sia stato iniziato un procedimento formale, nel quale l'autorità sia tenuta ad adottare una decisione. Ne deriva che il provvedimento negativo è chiaramente identificabile nei procedimenti ad iniziativa dei privati, perché in costoro, con la proposizione dell'atto introduttivo del procedimento, nasce un interesse legittimo procedimentale e possono nascere situazioni soggettive definite (diritto o interesse legittimo) al provvedimento" GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, III, Milano, 19671, 134-135

Afferma l'impossibilità di considerare il potere come situazione giuridica soggettiva GUARINO, *Potere giuridico cit.*, 238 s., 249, il quale afferma che "le note rilevanti del potere sono le seguenti: il contenuto del potere, così come il contenuto della facoltà e del comportamento prescritto, è la descrizione non della situazione di un soggetto, ma di un comportamento considerato nella sua entità; contenuto del potere è solo la descrizione di un comportamento volitivo, e non va perciò confuso con la volizione effettiva che, eventualmente, costituisce la fattispecie reale ad esso corrispondente".

⁴³ GULLO, *ult. op. cit.*, 5-6. Per quanto riguarda la classificazione degli atti giuridici, al fine di definire la nozione di concessione amministrativa, l'Autore rileva come "...l'elemento fondamentale .. sia .. costituito dalla natura degli effetti tipici dei singoli atti amministrativi. Per quanto attiene all'esigenza della giustificazione della scelta stessa, la ragione determinante attiene a un duplice ordine di considerazioni: 1) il particolare valore definitorio proprio di siffatto elemento che si presenta come l'unico sulla cui base risulti possibile una nozione del singolo atto tale che questo si possa distinguere da *ogni altra* fattispecie; 2) l'imprescindibilità – trattandosi di vagliare la validità al fine di definizione di un concetto già enunciato – di prendere a fondamento della classificazione l'elemento che già era stato scelto dai suoi formulatori, riconoscendo d'altra parte come detto concetto, a prescindere dalla sua sufficienza in sede di definizione, colga esattamente un effetto che dell'atto di concessione deve ritenersi – non si sa qui ancora se esclusivo – ma indiscutibilmente proprio".

⁴⁴ GULLO, *ult. op. cit.*, 134-135 : "Sul presupposto (...) di una corretta nozione della figura di diritto soggettivo, la definizione tradizionale della fattispecie autorizzativa – per quanto implicito nei suoi elementi integranti, costituiti dalla preesistenza della titolarità (nel destinatario) del diritto soggettivo e dall'effetto ablativo dei limiti alla sua esercitabilità – appare addirittura priva di una propria coerenza strutturale. In termini di sostanza, il carattere statico di quella figura si traduce nella nozione di situazione. Situazione giuridica soggettiva di vantaggio, il cui contenuto talora attivo, non incide sulla natura che ad essa è propria. E si palesa dunque l'inconsistenza, non tanto dell'implicata asserzione dell'autonomia concettuale dei momenti connessi all'imputazione del diritto soggettivo e alla sua esercitabilità; quanto della configurabilità medesima di un simile concetto, con riferimento ad una ad una nozione in relazione alla quale perde rilievo la stessa idea di esercizio. Come è prova l'eterogeneità dei termini che si vorrebbero rapportare – sia pure tramite una contrapposizione (solo però temporale) – quelli cioè di situazione e di esplicazione attiva di un comportamento. Sicché rispetto a ipotesi concernenti diritti soggettivi risulta l'inammissibilità stessa della definizione tradizionale del provvedimento di autorizzazione amministrativo – come mezzo di rimozione di limiti di esercitabilità di tali figure – corrispondentemente all'inconciliabilità logica di configurare l'*esercizio* di una *situazione*". Si è affermata, pertanto, "l'esclusione della configurabilità del fenomeno autorizzativo relativamente alle situazioni oggettive di diritto, sulla base della funzione naturale di tale provvedimento, quella cioè di operare in ordine a comportamenti attivi. Ma se l'autorizzazione consente appunto comportamenti di tale carattere che precedentemente alla sua perfezione (ed efficacia) il soggetto destinatario non può attuare, si riconferma, anche sotto questo profilo, la sua natura di elemento concorrente alla costituzione *ex novo* delle figure di cui quei comportamenti costituiscono elemento". Per quanto riguarda le

amministrative. Tuttavia, se per concessioni in senso proprio si considerano solo quelle traslative, deve riconoscersi che oltre l'ampliamento della sfera giuridica del destinatario del provvedimento, esse (da distinguersi in concessioni traslativo-costitutive e concessioni traslativo-derivative), producono anche un effetto di eliminazione o limitazione di situazioni giuridiche soggettive di libertà facenti capo, prima dell'emanazione dell'atto, all'Amministrazione⁴⁵. Con le concessioni traslative, infatti, l'Amministrazione mira a

ipotesi di autorizzazioni aventi per contenuto poteri, l'Autore afferma che “.. una contrapposizione tra titolarità ed esercitabilità del potere non può più configurarsi. In termini conseguenti alla definizione tradizionale, l'autorizzazione, operando come condizione dell'esercitabilità del potere già ricompreso nella sfera giuridica dei soggetti destinatari dell'atto, dovrebbe strutturarsi come condizione di esercitabilità di una *forza giuridica attribuita*. Di esercitabilità, non di esercizio; vale a dire della possibilità stessa dell'esercizio. (..) In termini giuridici, l'esistenza di un potere relativamente ad un determinato soggetto (titolarità), in quanto potenzialità di determinati effetti, implica per essenza la possibilità che il titolare lo espliciti (esercitabilità), come unico mezzo per il raggiungimento del risultato (gli effetti giuridici consequenziali) cui è preordinato. E ne risulta che esercitabilità vale esistenza del potere e quindi titolarità del medesimo” (130-131).

⁴⁵ GULLO, *ult. op. cit.*, 181-182: “..la definizione delle concessioni amministrative va dunque riferita non alla sola creazione di diritti in favore del concessionario, ma altresì alla circostanza della loro provenienza dal soggetto concedente. E può addivenirsi ad una prima determinazione degli atti di concessione come provvedimenti che originano per il destinatario diritti che derivano dalla sfera giuridica del soggetto che li pone in essere. (..) E a tal fine l'effetto produttivo di diritti soggettivi provenienti dalla sfera del concedente può rapportarsi essenzialmente a due ipotesi. E' possibile che i provvedimenti di concessione operino un trasferimento di situazioni di diritto dal soggetto che compie l'atto al soggetto cui l'atto è destinato. Ed è possibile (più frequentemente) che i provvedimenti di concessione attuino, sul fondamento di diritti del soggetto agente, la costituzione a vantaggio del concessionario di situazioni di diritto soggettivo precedentemente inesistenti nella loro consistenza. Questa prima bipartizione dei caratteri sostanziali degli atti di concessione corrisponde, secondo una terminologia diffusa, alla distinzione tra atto traslativo o di trasferimento di diritti e atto costitutivo di diritti soggettivi. E dovendosi riconoscere in entrambe le ipotesi (e in quelle intermedie) i caratteri delle fattispecie di concessione, è possibile formulare una loro correlativa classificazione in più sottospecie”. “L'acquisto di diritti a titolo derivativo postula per essenza una relazione fra l'acquirente ed il soggetto dalla sfera giuridica del quale il diritto soggettivo deriva. Infatti, in tanto ad un acquisto va riconosciuta natura derivativa, in quanto il diritto che ne è oggetto precedentemente appartenga alla sfera giuridica di un soggetto diverso dall'acquirente. Tale acquisto può riconnettersi come è noto a due ipotesi distinte: è possibile che il diritto che viene acquistato dall'avente causa esista nella sfera giuridica dell'autore nella stessa consistenza ed identità; ed è possibile che il trasferimento del diritto abbia luogo sulla base dell'appartenenza alla sfera giuridica del dante causa di un diritto soggettivo più vasto nel quale il primo era ricompreso. (..) .. se da un lato vale appena accennare a come l'acquisto a titolo derivativo, sia traslativo che costitutivo, produca per l'avente causa un ampliamento della propria sfera giuridica non diversamente da ogni altra ipotesi di acquisto di diritti; dall'altro, con riferimento agli effetti incidenti sulla sfera giuridica dell'autore, va rilevata la necessità di analisi separate relativamente alla fattispecie traslativa e a quella costitutiva. Così, mentre nel primo caso la situazione vantaggiosa rispetto ad un determinato bene, sostanziante il diritto soggettivo, viene trasferita dalla sfera giuridica dell'autore a quella del successore; nella seconda ipotesi manca un trasferimento proprio del diritto soggettivo, verificandosi la semplice costituzione a favore dell'acquirente di una situazione di vantaggio in ordine ad un bene che si manifesta soltanto connessa a quella, preesistente nella sfera giuridica del dante causa, dalla quale è venuta enucleandosi. Correlativamente, nell'ipotesi di acquisto traslativo sia il bene, sia la situazione di vantaggio ad esso inerente – oggetto del trasferimento- analizzati comparativamente in ordine a variazioni di struttura con riferimento ai momenti precedenti e successivo al trapasso, manifestano costante identità nel senso che entrambi risultano sottratti a mutamenti in conseguenza del trasferimento rispetto alla situazione anteriore. L'uno e l'altro si configurano nella sfera giuridica del successore con i caratteri e la consistenza già antecedentemente propri

garantirsi la collaborazione del privato per quanto riguarda lo svolgimento di attività, che prima di essere trasferite al privato medesimo, facevano capo all'Amministrazione stessa, in quanto di rilevante interesse pubblico e, quindi, di esercizio necessario. E proprio perché tale effetto non sembra ravvisabile nelle concessioni c.d. costitutive, parte di dottrina ha evidenziato come, in realtà, anche queste ultime siano da ricondursi alla categoria delle autorizzazioni, risolvendosi, anche la loro funzione, nell'esercizio di un'attività di controllo sull'attività – potenzialmente pericolosa - che il privato intende intraprendere⁴⁶.

In questo senso l' autorizzazione presenta profili di analogia anche con gli atti di ammissione, che pure costituiscono esplicazione di una sorta di attività di controllo⁴⁷. Se si considera, però, il regime giuridico applicabile alla situazione giuridica di vantaggio acquisita, rispettivamente, nelle due ipotesi, emerge che il diritto soggettivo attribuito al

nella sfera giuridica dell'autore. Non così nell'ipotesi di acquisto costitutivo in relazione al quale se va confermata l'immutabilità del bene in analogia con l'ipotesi che precede, all'opposto va costantemente negata coincidenza tra la situazione creata a favore dell'avente causa e quella corrispondentemente preesistente in capo a dante causa, ricadendosi in difetto nell'opposta fattispecie. Per tale ragione ed in forza del principio secondo cui non è possibile il trasferimento di diritti più estesi di quelli posseduti, risulta che ad ogni acquisto derivativo costitutivo consegue la creazione di un diritto necessariamente meno ampio del corrispondente diritto soggettivo di cui era titolare il dante causa. (...) Così, quanto al primo tipo, operandosi una successione traslativa, l'effetto consequenziale risulta costituito dalla perdita del diritto trasmesso. In seguito alla concessione il soggetto concedente assume la posizione di terzo relativamente alla situazione di vantaggio ed al rispettivo bene e conformemente al generale principio è tenuto ad un comportamento di astensione, onde permettere il conseguimento dei risultati vantaggiosi al nuovo titolare del diritto. In ordine al secondo tipo di concessioni amministrative, operandosi una concessione costitutiva, ha luogo invece il solo restringimento della situazione di vantaggio del concedente nei confronti del bene, secondo un criterio di proporzionalità inversa rispetto all'entità dell'omologa situazione creata a favore del concessionario del medesimo bene" (185-188).

⁴⁶ GULLO, *ult. op. cit.*, 209-210 : “ .. se nelle ipotesi di ammissione e di autorizzazione la p.a. persegue ed attua direttamente un fine concreto di utile pubblico, e con la concessione invece pone in essere un atto solo mediatamente incidente sullo scopo finale, il soddisfacimento dell'interesse pubblico essendo connesso non alla sua semplice emanazione, ma alla attività del concessionario; e parallelamente di regola il concessionario e non il soggetto autorizzato o destinatario dell'ammissione, è tenuto per evitare la revoca a valersi effettivamente del diritto soggettivo concesso, tutto questo da un lato è conseguenza, dall'altro riconferma del carattere delle concessioni come atti amministrativi di alienazione della p.a., nei limiti dell'esigenza che l'amministrazione non si spogli invano dei propri diritti”.

⁴⁷ GULLO, *ult. op. cit.*, 137-138. L' Autore inserisce, infatti , il provvedimento di autorizzazione nell'ambito di una funzione di *prevenzione* che alla p.a. spetta istituzionalmente. (...) Così, sul dato obiettivo che il congegno di prevenzione si esplica in funzione latamente cautelare ed impeditiva di danni che trovano possibile causa nell'esercizio incontrollato di determinati comportamenti; per l'evidente impossibilità di prevenire effetti dannosi relativamente ad un'attività già esauritasi, in un sistema preordinato a tal fine risulta essenziale l'esigenza di un intervento che precorra l'attuazione dell'attività che ne costituisce oggetto. In termini giuridici, ponendosi concretamente tale esigenza nell'ambito dell'ordinamento positivo, il mezzo tecnico idoneo allo scopo viene facilmente individuato nel necessario ricorso alla statuizione di un divieto al compimento del comportamento pericoloso, in mancanza del favorevole intervento dell'organo statuale o dell'ente preposto all'apposita valutazione del pericolo. Divieto e autorizzazione sono quindi termini di un binomio fondato sulla correlazione dei rispettivi concetti. Non però in entrambe le direzioni, giacché non ogni divieto importa autorizzazione, in quanto non tutti i divieti hanno fini di prevenzione, mentre ogni autorizzazione al contrario, .. presuppone un divieto per natura”.

privato, con il provvedimento di autorizzazione sia adattato, di volta in volta, al caso concreto considerato; nel caso di ammissione, invece, il regime giuridico applicabile è, sostanzialmente, uguale per tutti i soggetti destinatari del medesimo atto⁴⁸. Alla luce dei rilievi svolti sul meccanismo di produzione degli effetti giuridici, sembra che tale distinzione dipenda, sostanzialmente, dalla diversa valutazione di rilevanza, compiuta dall'ordinamento, sulla manifestazione di volontà contenuta nell'atto amministrativo considerato⁴⁹, che dipende dalla sussistenza o insussistenza della necessità di determinare la

⁴⁸GULLO, *ult. op. cit.*, 208 : “...se a tutti e tre questi tipi di provvedimenti va riconosciuta natura costitutiva e, in particolare, carattere favorevole nei confronti del destinatario in forza dell'ampliamento che apportano alla sua sfera giuridica, non di meno distinta risulta la dinamica mediante la quale ciascuno opera e differente la consistenza dei rispettivi effetti”.

⁴⁹VOLPE., *ult. op. cit.*, 110- 111 :”Per essere più precisi, una volta espunto il fatto dagli eventi che possono concorrere alla produzione diretta di effetti giuridici (essendo tale caratteristica propria dei soli atti giuridici), si reputa che la valutazione di rilevanza non abbia valore sempre omogeneo; ma che essa debba, invece, distinguersi a seconda che l'oggetto della medesima valutazione riguardi una fonte diretta di produzione degli effetti giuridici, oppure una fonte indiretta. Con riguardo a quest'ultima intendendosi quell'evento che partecipa al fenomeno di produzione, consentendo ad una fonte diretta di operare”. “Sul punto specifico, poi, si è dimostrato come la funzione valutativa delle norme attributive di poteri giuridici si riassume nel considerare che un dato comportamento valga come atto giuridico, cioè come fonte diretta di produzione di effetti giuridici” (170), GULLO, *ult. op. cit.*, 23-24: “L'essenza del potere, insomma, non tanto è data dal comportamento (nel sistema attuale necessario al suo esercizio ma non sufficiente a costituire il potere) che in sé non differisce da qualsiasi altro non sostanziale esercizio di un potere giuridico; quanto, con riguardo al comportamento stesso, dalla peculiarità riferita ad esso per connessione, espressa dalla forza di produrre determinati effetti giuridici, forza alla quale appunto il comportamento è connesso. Su questo fondamento del resto la tesi del potere come fattispecie di comportamento pone la distinzione tra potere e facoltà, intesa come comportamento operante una modificazione puramente materiale. Donde risulta chiara la funzione del comportamento, nella dinamica del potere, come semplice mezzo per il suo esercizio”. Cfr. ORSI BATTAGLINI *Attività vincolata cit.*, 40 :”...la risoluzione di un conflitto di interessi e la reciproca definizione delle sfere giuridiche dei soggetti il percorso può essere più o meno articolato ma consta sempre di una serie di specificazioni della decisione, di restrizioni cioè dell'ambito di scelta che possono differenziarsi per il loro regime giuridico ma che appaiono del tutto omogenee rispetto alla natura del potere volta per volta esercitato: legge e amministrazione sono cioè concetti non più separabili né soggettivamente né funzionalmente in base agli schemi generale-particolare o concreto-astratto, e dunque la risoluzione del conflitto non può dirsi istituzionalmente spettante né all'una né all'altra ma può avvenire a diversi livelli della catena di relazioni, la cui determinazione è esclusivamente rimessa alla scelta del livello superiore. Più particolarmente la fonte superiore può provvedere direttamente (cioè in modo esaustivo) o parzialmente (cioè attribuendo alla fonte inferiore un potere di decisione più ristretto quanto all'ambito sostanziale delle scelte e alle modalità del suo esercizio): e cioè può ripetersi in serie anche assai articolate di livelli successivi. Per quanto specificamente ci riguarda si deve ancora sottolineare come il provvedere direttamente (esaurientemente) può assumere due forme diverse; di decisione cioè o del caso singolo o di una serie indeterminata di casi, collegando cioè al verificarsi di una fattispecie astrattamente (e completamente) formulata di qualificazione di un concreto rapporto. Ma queste variabili (parziale o definitivo, concreto o astratto) non incidono sulla natura del potere esercitato: non la prima perché, anche se la decisione è parziale, in ciò che essa aggiunge al contenuto della fonte superiore e restringe quello possibile per l'inferiore, si esprimono ugualmente la novità e la definitività, cioè l'esclusività del comando; ma neppure la seconda, perché anche quando il comando è ipotetico partecipa con ogni evidenza degli stessi caratteri. E dunque risalta per altra via la conclusione che ci interessa, che cioè la norma di relazione, in quanto norma regolatrice del fatto, esaurisce il potere (unitariamente e complessivamente inteso) e non lascia spazio a poteri ulteriori”.

norma del caso concreto⁵⁰. Pertanto, quando la manifestazione di volontà rileva alla stregua di una “fonte indiretta” di produzione di effetti giuridici, la situazione giuridica soggettiva di vantaggio acquisita non sembra dipendere direttamente dall’atto emanato.

4. Tesi che ravvisano, a fronte dell’inerzia provvedimento, un diritto soggettivo del privato alla risposta. Dubbi sulla ravvisabilità, in capo al privato, di un diritto soggettivo alla risposta e riconducibilità della situazione giuridica soggettiva in esame a un *diritto di credito* alla risposta.

Secondo parte di dottrina, il privato, in talune ipotesi di inerzia provvedimento (nel caso di attività discrezionale, secondo la dottrina maggioritaria) sarebbe titolare di un “diritto soggettivo alla risposta”⁵¹, in ragione, sostanzialmente, del rilievo autonomo del dovere di

⁵⁰ GULLO, *ult. op. cit.*, 172-174: “Resta dunque l’elemento causale del provvedimento, che si risolve esso stesso negli effetti caratteristici e necessari dell’atto, esprimendo la potenzialità della loro produzione. Il fondamento di tale affermazione appare dall’analisi del fenomeno sulla base del richiamato e precisato principio di corrispondenza fra atto e potere giuridico che consente di riguardare la causa anziché come elemento dell’atto, come elemento del potere ad esso corrispondente, al quale la causa dell’atto deve necessariamente agguagliarsi. (...) La causa pertanto, prima ancora che requisito dell’atto è elemento del potere che all’atto dà origine e come tale non può configurarsi che come finalità per la quale il potere è stato attribuito dall’ordinamento, non giustificandosi creazione e attribuzione di un potere giuridico al di fuori di un criterio di causalità, in vista del raggiungimento di un determinato fine”.

⁵¹ L’orientamento della dottrina è mutato con la decisione dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 1960, in cui si afferma che “..il silenzio non è un atto, cioè una dichiarazione di volontà dell’Amministrazione: il silenzio è un comportamento al quale la Legge attribuisce certi effetti, sostanziali e processuali, indipendentemente dal reale contenuto di volontà, ed anche da qualsiasi contenuto di volontà. La mancata decisione del ricorso entro il termine assegnato dalla diffida, cui la legge conferisce il significato di rigetto, non implica che di fatto l’Amministrazione voglia respingere il ricorso, poiché anzi la volontà amministrativa potrebbe essersi già orientata nel senso dell’accoglimento, ed il provvedimento essere ritardato da qualsivoglia evento; e può anche corrispondere a nessuna volontà, quando ad esempio la mancata risposta dipenda dalla dispersione di atti, o da accertamenti istruttori tutt’ora in via di svolgimento, etc.” Anche in dottrina, dunque, cominciò a manifestarsi l’adesione alla costruzione del silenzio come mero fatto RESTA, *Il silenzio come esercizio della funzione amministrativa*, Foro amm., 1929, IV, 106; ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione e la giustizia amministrativa*, Riv. dir. pubbl., 1929, 512. Dall’orientamento maggioritario si distingue la posizione di SANDULLI, che, partendo dalla constatazione che il rifiuto esplicitamente formulato sarebbe conforme alla legge, ne dichiara l’illegittimità se “intervenuto nella forma del silenzio”, sulla base del rilievo per cui i provvedimenti “per loro natura devono essere necessariamente motivati, e quindi non possono venir posti in essere in una forma come il silenzio, che per la sua essenza esclude ogni possibilità di motivazione (*Questioni recenti in tema di silenzio della pubblica amministrazione*, Foro it., 1949, III, 131); FIGORILLI, *Verso un’azione di accertamento del silenzio-rifiuto della p.a.*, Foro amm., 1987, 2198. Successivamente, in dottrina si cominciò, quindi, a manifestarsi un’adesione alla costruzione del silenzio come mero fatto. In tal senso v. LA VALLE, *Profili giuridici dell’inerzia amministrativa*, Riv. Trim. dir. pubbl., 1962, 388-398: “tra i requisiti, comunemente ritenuti, del silenzio-rifiuto, così come esso è stato elaborato dalla giurisprudenza, ve n’è uno, dal quale il Consiglio di Stato ha costantemente affermato che non si possa mai prescindere, quando si faccia vanti sé medesimo questione di tutela avverso l’inerzia dell’Amministrazione. Ritengo che proprio tale requisito costituisca la chiave della

esercizio della *funzione* amministrativa, concepita come un *bene* sostanziale e non meramente strumentale ⁵². L'interesse individuale sotteso alla necessità di esercizio della

qui cercata qualificazione: si tratta di quello che il C.d.S. chiama «obbligo» dell' A. di provvedere, e che propriamente deve denominarsi dovere. Il dovere dell'A. non può annoverarsi, come comunemente si fa, quasi alla rinfusa, nel novero dei vari presupposti e requisiti del silenzio-rifiuto: dacchè, in verità, nel dovere è l'essenziale presupposto qualificatorio del silenzio. Il mancato esercizio di un potere amministrativo, quando integri omissione d'un provvedimento per l'A. dovuto, si qualifica come fatto d'inadempimento del dovere che per legge si accompagna a detto potere, rendendone perfettamente vincolato, per il se e per il quando, l'esercizio"; ID., *Omessa pronuncia sul ricorso straordinario*, in Giur. It., 1962, III, 259; ID. *Azione d'impugnazione ed azione d'adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, Jus 1965, 159; SCOCA, *Considerazioni sull'inerzia amministrativa*, Foro amm., 1962, 493; ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, 101-102 : "...se è normalmente vero che l'interesse (legittimo) del privato viene soddisfatto e leso soltanto dal provvedimento amministrativo, ben può verificarsi marginalmente che tale lesione si abbia anche in assenza di provvedimento. Per cui essi non sono riassumibili in un unico assunto in altro modo che dando la precedenza ad uno di essi. Nel senso che la tutela è accordata soltanto contro l'atto formale, con la conseguenza che nessuna vera garanzia rimane alla soddisfazione di quegli interessi privati che pur non contrastano con l'interesse pubblico. Ovvero nel senso che la tutela è accordata in ogni caso di lesione degli interessi riconosciuti dei privati, con la conseguenza che anche quando il provvedimento non vi sia tutela (e quindi ricorso al giudice amministrativo) possa esserci"; A. M. SANDULLI, *Il giudizio dinanzi al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, 1963, 64; CASSESE, *Inerzia e silenzio della pubblica Amministrazione*, Foro amm., 1962, I, 34 s.; LEDDA, *ult. op. cit.*, 140; BERGONZINI, *L'attività cit.*, 114; F. BENVENUTI *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, Riv. Trim. dir. pubbl., 1952, 118 s.. Tuttavia, il primo ad affermare l'obbligo della pubblica Amministrazione di rispondere e il conseguente diritto del cittadino a ottenere una risposta, sia pur con riferimento al ricorso gerarchico, fu ORLANDO, Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano, III, Milano, 1923, 66, : "... il determinare che realmente si tratti di ricorso in via gerarchica ha conseguenze pratiche notevoli in quanto chi ricorre così ai termini dell'art. 3 della legge del 1865, che dell'art. 298 della legge comunale e provinciale, ha per ciò stesso assicurato il diritto che il ricorso deve avere la sua risoluzione. In altri termini il superiore gerarchico può benissimo respingere il reclamo, ma non lasciarlo inascoltato".

⁵² V. per tutti F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa cit.*, 121 s.: "Da un punto di vista obiettivo .. il potere, e così la modificazione giuridica astrattamente preordinata, assume una effettività reale, si adegua cioè ad una realtà. Nei cui confronti diviene operante, trasfondendosi in un atto: il quale è, infatti, l'applicazione puntuale di un potere ad una realtà. Ora però questo concretarsi del potere in un atto non è mai così istantaneo che tra il potere e l'atto, che ne è espressione, non vi sia almeno uno *jatus*: solo se il potere si trasformasse istantaneamente nell'atto la sua trasformazione non assumerebbe mai una propria individualità. Ma, quando manca una tale istantaneità tra il potere e l'atto, vi è qualche cosa che, mentre si concreta, non è più potere ma non è ancora atto (...). Questo momento del potere, questo differenziarsi del potere, questo farsi dell'atto, che ha già dunque una sua precisa individualità giuridica oltre che logica e reale io chiamo *funzione*". In nota 7 l' A. precisa che "la funzione è un elemento sostanziale, e non formale, pur rimanendo un elemento estrinseco e non intrinseco all'atto .." ; ID. *Eccesso di potere per vizio della funzione*, Rass. dir. pubbl., 1950, 1 s. Contra: SCOCA, *ult. op. cit.*, 128: "L'idea che, accanto all'interesse legittimo vi sia un altro interesse è fondamentalmente esatta, ma spesso viene male utilizzata: l'interesse finale, infatti, serve per spiegare il carattere strumentale dell'interesse legittimo, e pertanto è utile, sul piano conoscitivo, per intendere la consistenza dell'interesse, che costituisce il sostrato pregiuridico della situazione soggettiva che va sotto il nome di interesse legittimo. L'interesse finale, come tale, non è una diversa situazione giuridica soggettiva, o almeno non rileva come tale: può essere o meno un interesse tutelato o riconosciuto o protetto: ma la eventuale tutela che esso abbia non muta la vicenda nella quale si inserisce l'interesse legittimo. Questo significa che l'interesse legittimo può essere strumentale ad un interesse (finale) che, per suo conto, si trovi ad essere riconosciuto come diritto soggettivo. Ma la presenza del diritto soggettivo, il fatto cioè che l'interesse finale abbia a sua volta una tutela giuridica, non muta in nulla l'interesse legittimo. E ciò perché l'interesse finale non rileva come situazione giuridica ma soltanto come termine relazionale nel rapporto di strumentalità: in ogni caso cioè l'interesse finale viene in considerazione per quello che può essere secondo il diritto (situazione giuridica); CANNADA BARTOLI, *Il diritto soggettivo cit.*, 348..

funzione amministrativa è stato ricondotto, sostanzialmente, a un' esigenza di *certezza*, del privato, in merito a una legittima regolamentazione delle situazioni giuridiche soggettive sottoposte all'esame dell'Amministrazione⁵³. A tal proposito, parte della dottrina, ha evidenziato come, se diversamente fosse, "la pubblica Amministrazione potrebbe evitare il controllo giurisdizionale sulla legittimità dei suoi atti, semplicemente omettendo di emanarli; producendo in questo modo lesione, che non sarebbe conoscibile in sede giurisdizionale, non soltanto dell'interesse pubblico, ma anche degli interessi privati che con esso coincidono, o dai quali esso è costituito"⁵⁴.

La sussistenza di un obbligo di esercizio della funzione amministrativa sembra trovare conferma nell'ammissibilità di forme di responsabilità da contatto o precontrattuale, in cui il risarcimento del danno è configurabile a prescindere dalla "spettanza" del provvedimento favorevole⁵⁵, nonché dalla indennizzabilità del mero ritardo, espressamente prevista dall'art. 2 *bis*, comma 1 *bis*, legge 7 agosto 1990, n. 241⁵⁶.

⁵³CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 125: "In definitiva, l'art. 2 della legge n. 241 sembra fondare un nuovo principio generale del diritto amministrativo: il principio della certezza del tempo dell'agire della pubblica amministrazione in funzione di tutela di coloro nella cui sfera giuridica ricadono gli effetti ampliativi (procedimenti a istanza di parte) o restrittivi (procedimenti d'ufficio) del provvedimento amministrativo"; LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo: certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, Dir. amm., 2003, 372 s.: "...l'apertura del procedimento, formalizzata in appositi atti di iniziativa, concretizza e qualifica questa situazione di incertezza. Essa è in parte giustificata e fisiologica, posto che il processo decisionale presuppone l'acquisizione e la valutazione di tutti gli elementi necessari. Oltre un determinato limite temporale, definito dalle norme sul termine di conclusione del procedimento, tuttavia, questa situazione di incertezza non è più considerata fisiologica, ed incide, negativamente, sulla posizione giuridica del soggetto interessato. La disciplina del termine per la conclusione del procedimento rileva, quindi, la funzione di puntualizzazione del margine entro cui il sacrificio delle aspettative del soggetto interessato è giustificato. E' noto come nell'ambito del diritto civile sia stata da tempo elaborata la figura della pretesa (o dell'interesse) alla *certezza dei rapporti giuridici*. Su tali presupposti è costituita sia l'azione di accertamento (proprio evidenziando la necessità della dimostrazione in cui vi sia una effettiva contestazione della posizione dell'attore), sia il negozio di accertamento. Nel campo processuale amministrativo sono presenti notevoli spunti tratti da questi filoni interpretativi. Proprio il ricorso contro il silenzio è ripetutamente configurato come una domanda di accertamento, che trova il proprio presupposto nell'esigenza di definire i contenuti del rapporto amministrativo, diventato incerto in dipendenza del comportamento inerte serbato dall'amministrazione. Ora, ai fini della responsabilità dell'amministrazione, si può osservare che, considerando la struttura del potere e le modalità di esercizio della funzione, la concreta possibilità di risolvere la situazione di incertezza sostanziale spetta solo al soggetto pubblico, mediante l'adozione di un atto esplicito."; MARZARO GAMBA, *La denuncia d'inizio di attività edilizia – profili sistematici, sostanziali e processuali*, Milano, 2005, 119.

⁵⁴ SCOCA, *ult. op. cit.*, 101

⁵⁵La responsabilità da contatto è stata definita, da alcuna dottrina, come una "responsabilità da violazione di obbligazioni senza obbligo primario di prestazione", che discenderebbe, sostanzialmente, dalla violazione di "obblighi di protezione", dati dal contatto qualificato tra Amministrazione e privato. In tal senso v. SCOCA, *Per un' amministrazione responsabile*, Giur. Cost., 1999, 4060-4061: "Appare con evidenza che l'estraneità tra il soggetto danneggiante e il soggetto danneggiato, che costituisce elemento caratterizzante della responsabilità extracontrattuale (sulla base del principio del *neminem laedere*), non è possibile ravvisarla quando l' amministrazione danneggiante e il privato danneggiato sono entrambi parti, in posizioni e con ruoli

Infatti, comunque si configuri la responsabilità risarcitoria dell'Amministrazione a fronte del mancato adempimento dell'obbligo di pronuncia, non sembra possibile sostenere che tale interesse privato sia compenetrato con l'interesse pubblico, affidato alla cura dell'Amministrazione, poiché, se così fosse, si riscontrerebbero non poche difficoltà quanto alla riconducibilità della tutela risarcitoria ad una forma di tutela del pubblico interesse. Se si sostenesse questa tesi, infatti, dovrebbe riconoscersi all'interesse privato una protezione meramente occasionale, così come accade, secondo una certa impostazione, nell'ipotesi in cui sia esperita l'azione di annullamento; e, soprattutto, dovrebbe ricondursi alla tutela risarcitoria una "funzione riparatrice della lesione arrecata dalla pubblica Amministrazione all'ordinamento, con il suo comportamento *contra legem*"⁵⁷. Inoltre, la riconduzione alla tutela risarcitoria di una *funzione afflittiva e non compensativa* si oppone alla stessa tutela del pubblico interesse, che con l'azione risarcitoria, si vorrebbe garantire. Infatti, il risarcimento dovuto dalla pubblica Amministrazione al privato determina, per quest'ultima, una perdita patrimoniale, con una conseguente certa compromissione degli interessi pubblici, affidati alla cura dell'autorità. Sembra, pertanto, più convincente sostenere che, l'interesse sostanziale del privato venga patrimonialmente tutelato non

diversi, di uno stesso procedimento amministrativo. Di certo non è possibile costruire sul procedimento un rapporto nel senso pregnante della locuzione: vi si oppongono non solo (o non tanto) la unilateralità della decisione, quanto il carattere normalmente discrezionale di quest'ultima, la quale non segue, ma precede, il definitivo assetto degli interessi. Tuttavia la discrezionalità attiene al quid della decisione, non all'an; non al dovere (obbligo?) di adottarla. Tale dovere potrebbe far pensare anche ad un vero e proprio rapporto obbligatorio, con prestazione a carico dell'amministrazione. Ma se questa raffigurazione si ritenesse impedita dal carattere autoritativo della decisione, sarebbe comunque possibile utilizzare la figura dell'obbligazione senza obbligo primario di prestazione, ossia la figura del rapporto giuridico nel quale sussistano obblighi di rispetto e di protezione della sfera giuridica della controparte, ossia obblighi a carico dell'amministrazione e a favore del privato. Se l'archetipo di un simile rapporto è ravvisato a proposito della responsabilità precontrattuale, rispetto alla quale viene in evidenza il solo dovere di comportamento secondo buona fede (ex art. 1337 c.c.), si deve riconoscere che il rapporto che lega amministrazione e privato nel procedimento amministrativo è assai più ricco di contenuti, essendo l'amministrazione tenuta non solo a comportarsi secondo buona fede ma anche a conformarsi ai principi di economicità, di efficacia, di pubblicità e di non aggravamento (richiamati dall'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241). L'obbligazione (o il dovere) di rispetto e protezione gravante sull'amministrazione è pertanto assai più articolato e pregnante di quella gravante sul contraente nella fase delle trattative precontrattuali. Di talché non mi sembra che sia possibile negare che l'amministrazione e il privato, uniti nel (o dal) procedimento, si instauri un vero e proprio rapporto giuridico (abbia esso o meno natura di rapporto obbligatorio). Tanto basta per escludere l'estraneità tipica della responsabilità extracontrattuale"; PASSONI, *Responsabilità per contatto e risarcimento per lesione di interessi legittimi*, Urb e app., 2001, 1211 s. Per quanto riguarda alcuni studi in materia civilistica v. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, 177 s.;

⁵⁶ Ma, prima ancora, SCOCA, *ult. op. cit.*, 4060 nota 48: " per l'art. 2 della legge n. 241 del 1990, l'amministrazione ha il dovere di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso. Tale dovere conferisce sostanza al rapporto instauratosi tra amministrazione e privato assai più intensa e giuridicamente tutelata di quella propria del contraente nelle trattative precontrattuali".

⁵⁷ Per tali rilievi v. VOLPE, *ult. op.cit.*, 295

perché compenetrato nella funzione amministrativa, ma perché autonomamente rilevante e direttamente tutelato dall'ordinamento attraverso l'azione risarcitoria⁵⁸.

Sembra, tuttavia, difficile ricondurre la situazione giuridica soggettiva, suscettibile di essere risarcita, a un diritto soggettivo (alla risposta) in considerazione dei poteri di tutela, che spetterebbero al privato, in quanto titolare del medesimo diritto. Tale impostazione, infatti, se accolta, implicherebbe una riconduzione dell'essenza del diritto soggettivo alle sole ipotesi di una sua violazione⁵⁹. Ma, se così fosse, la situazione giuridica soggettiva in esame finirebbe per risolversi "in un inutile doppione di ciò che esprime già ed abbondantemente il diritto oggettivo". Quest'ultimo, infatti, esprime da sé la *necessitas* di osservare la norma come regola di condotta e il diritto soggettivo, se inteso come "potere di mettere in moto la sanzione", verrebbe ad esprimere, una seconda volta, la medesima *necessitas*, solo sotto un profilo soggettivo. Questa concezione, tipicamente espressa affermando che il diritto soggettivo è "la subiettivazione, ovverosia l'appropriazione al singolo dell'imperativo giuridico", dunque, "rende il diritto soggettivo partecipe, in altri termini, di quell'idea di comando che è propria del diritto oggettivo"⁶⁰. Sembra potersi ritenere, invece, che i poteri di tutela costituiscano delle situazioni giuridiche soggettive esterne rispetto alla situazione giuridica soggettiva che mirano a tutelare. E l'impossibilità di ricondurre i poteri di tutela alla situazione giuridica di diritto soggettivo può agevolmente cogliersi anche se si considera che, talvolta, è lo stesso ordinamento a scindere la titolarità dei poteri di disposizione dalla titolarità delle facoltà di godimento. Basta pensare, infatti, al fenomeno della rappresentanza, in cui viene attribuita, a un determinato soggetto, la titolarità dei poteri di disposizione di diritti, nei limiti della procura, pur non potendo, il rappresentante, personalmente, goderne⁶¹. Per di più, affermare che il diritto soggettivo si esprime con comportamenti che il titolare pone in essere quando agisce a tutela del proprio diritto, significa ravvisare un criterio di distinzione delle situazioni giuridiche soggettive fondato sui poteri di tutela, che si ritiene di non poter accogliere in considerazione del fatto che, talvolta, situazioni giuridiche soggettive diverse godono degli stessi poteri di tutela (basti pensare all'azione risarcitoria, che è ammessa sia

⁵⁸ Testualmente VOLPE, *ult. op. cit.*, 296

⁵⁹ BARBERO, *Il credito nel sistema dei rapporti giuridici*, in Studi di teoria generale del diritto, Milano, 1953, 38 : "Il diritto soggettivo non è il *potere di far prevalere il proprio interesse*, poiché tal interesse, giuridicamente, prevale già in virtù della norma, e se poteva formare oggetto di conflitto in base alla legge ella forza, non può più in base alla legge del diritto, poiché il conflitto, sopravvenuta la legge del diritto, non tanto attende di essere risolto a mezzo del diritto soggettivo, quanto è già risolto e composto ad opera del diritto oggettivo".

⁶⁰ BARBERO, *ult. op. cit.*, 22-23

⁶¹ GARBAGNATI, *La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile*, Milano, 1942, 175 s.

nel caso di lesione di un diritto soggettivo, sia nel caso di lesione di un interesse legittimo)⁶².

Sulla scorta di quanto rilevato a proposito dell'interesse del privato e sulla base delle considerazioni esposte con riferimento alle difficoltà di ricondurre la situazione giuridica soggettiva individuale a un diritto soggettivo, si ritiene di condividere la tesi che ravvisa, nel privato, la titolarità di un diritto di credito alla risposta⁶³. Tale assunto, presuppone un'adesione alla tesi che considera il diritto di credito come categoria distinta rispetto a quella dei diritti assoluti⁶⁴. Parte della dottrina, infatti, ha escluso la possibilità di

⁶² Per quanto riguarda l'impossibilità di distinguere le figure giuridiche soggettive in base ai poteri di tutela v. VOLPE, *Aspetti problematici delle occupazioni preliminari d'urgenza*, in *Riv. giur. urb.*, 1997, L' A. evidenzia, infatti, che ciò non può essere affermato se si considera che l'ordinamento ammette, per diverse situazioni giuridiche, uguali strumenti di tutela (così, infatti, avviene per il risarcimento del danno, che costituisce una misura sanzionatoria ammessa tanto per la lesione di diritti soggettivi quanto per la lesione di interessi legittimi). Afferma, invece, la distinzione tra situazioni giuridiche soggettive sulla base dei poteri di tutela ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milano, 1957, 83 s.:

⁶³ Per quanto riguarda la riconduzione della situazione giuridica soggettiva del privato a un diritto di credito v. VOLPE, *ult. op. cit.*, 130. L'accostamento tra interesse legittimo e diritto di credito, seppur con le dovute differenze, appare in altri Autori come FERRARA *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003, 175 s; CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 77; GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 154-162 ss.; NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, III, 1897; SCOCA, *ult. op. cit.*, 159 nota 157: "Si vuol dire che, se il credito può venir inteso come pretesa, anche l'interesse legittimo può essere definito come pretesa, .. se il soddisfacimento dell'interesse del creditore dipende dal comportamento del creditore stesso, il soddisfacimento dell'interesse del titolare dell'interesse legittimo può intendersi come dipendente (e forse a maggior ragione) dal comportamento del titolare stesso"; ID. *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, 29-30.

⁶⁴ BARBERO, *Il diritto soggettivo*, Foro it., 1939, IV, 39 s); GARBAGNATI, *La sostituzione cit.*, 66: "Ed allora, escluso che il contenuto del diritto subiettivo sia identico a quello dell'obbligo, diviene impossibile concepire il diritto subiettivo come la situazione antitetica, ed in pari tempo strettamente correlativa all'obbligo, in senso ad un medesimo rapporto giuridico (intersubiettivo) e rimane conseguentemente aperta la via per individuare la vera essenza del diritto subiettivo, che sta appunto nella posizione giuridica di vantaggio spettante al subietto che ne è titolare, in ordine al bene oggetto del diritto stesso. Il diritto subiettivo, cioè è espressione subiettiva di un rapporto creato dal diritto obbiettivo tra fra una persona ed un determinato bene: che non va confuso col rapporto giuridico intersubiettivo, di cui il titolare del rapporto subiettivo è pure soggetto, quale beneficiario di un concreto comando giuridico". "Il rapporto giuridico intercorrente fra il titolare di un diritto subiettivo ed il bene che ne è oggetto è più chiaramente individuabile rispetto ai c.d. diritti assoluti (ed in particolare, ai diritti reali): qui, infatti, il comando giuridico rivolto in concreto a tutti i consociati, affinché si astengano dall'assumere un determinato comportamento in ordine ad un dato bene, a vantaggio del subietto titolare del diritto, pone quest'ultimo in grado di conseguire direttamente sopra cotesto bene il soddisfacimento di suoi eventuali bisogni, lo colloca cioè in un *rapporto d'immediatezza* col bene medesimo, che appare logicamente dell'estensione imposta dal legislatore agli altri consociati. Questo rapporto, che non preesiste dunque al comando giuridico concreto, ma è da esso creato, è certamente un rapporto giuridico; e soltanto ammettendo che nella sua titolarità consista essenzialmente il diritto subiettivo è logicamente possibile evitare che i diritti assoluti abbiano concettualmente a scindersi in tanti diritti subiettivi, quanti sono gli obblighi negativi incombenti ai singoli consociati". (66-67). "Quanto ai c.d. diritti relativi (ed in particolare, ai diritti di credito), il rapporto fra il titolare del diritto subiettivo ed il bene che ne è oggetto non è forse altrettanto palese; anch'esso però può sicuramente identificarsi qualora, seguendo la concezione magistralmente sviluppata da una parte della moderna dottrina, si consideri oggetto del diritto di credito, non il comportamento del debitore (prestazione od astensione) formante il contenuto

accomunare le due situazioni giuridiche soggettive sulla base della situazione di obbligatorietà, che nell'un caso riguarda un soggetto determinato, nell'altro, invece, la collettività⁶⁵. E' evidente, infatti, la sostanziale "differenza fra l'obbligo specifico incombente al debitore per rapporto al creditore, e il dovere generico incombente a tutti i terzi per rapporto al titolare di un diritto soggettivo". Mentre nel caso in cui sussista la figura del diritto di credito, la soddisfazione dell'interesse privato dipende direttamente dall'adempimento della prestazione altrui; nel caso in cui sussista un diritto soggettivo, "il dovere di tutti i terzi ha tal' altro contenuto e tant'altra funzione, che *il suo adempimento non significa punto la realizzazione stessa dell'interesse del titolare del diritto soggettivo*, ma solo un non impedire che la realizzazione avvenga per opera di lui, mediante l'esercizio del suo diritto"⁶⁶. Dunque, mentre con l'adempimento del debitore la soddisfazione garantita al creditore non può mancare, poiché discende direttamente dalla prestazione altrui; con l'adempimento, da parte della collettività, dell'obbligo di non turbativa del diritto soggettivo del privato, può mancare l'attuazione del diritto reale, perché la soddisfazione tutelata in questo è resa possibile dall'astensione dei terzi, ma può anche non essere attuata che dal titolare del diritto. Quest'ultimo, infatti, può starsene inerte, malgrado nessuno lo disturbi, abbandonando così l'utilità e, talvolta, perdendo insieme il diritto⁶⁷.

dell'obbligo, bensì il bene dovuto, e più precisamente il risultato dell'attività personale del debitore costituente il contenuto dell'obbligo, rispetto al quale l'obbligo si profila come un semplice strumento, per procurare al creditore una posizione favorevole al suo conseguimento. Infatti, accanto al rapporto giuridico obbligatorio di cui il creditore è soggetto attivo e che, non diversamente dai singoli rapporti giuridici intersubiettivi di cui è soggetto il titolare di un diritto assoluto, ha la sua fonte immediata in un comando giuridico concretamente ricolto al debitore, perché assuma un dato comportamento (positivo o negativo) a favore del creditore, viene in tal guisa a delinearsi subito un altro rapporto giuridico, logicamente posteriore al primo ed intercorrente fra il creditore, beneficiario dell'obbligo, ed il bene dovuto. Tale rapporto non è d'immediatezza, poiché in base ad esso il creditore non si trova in grado di soddisfare immediatamente i suoi bisogni sopra tale bene, ma di *aspettativa*; esso tuttavia implica ugualmente per il creditore, in conseguenza appunto dell'obbligo che grava il debitore al fine di procurargli tale bene, una posizione giuridica di vantaggio che si realizza tanto con l'adempimento dell'obbligo da parte del debitore, quanto mediante l'esecuzione forzata, in entrambi i casi conseguendo il creditore il bene dovuto, che consiste precisamente nel risultato della prestazione o dell'astensione del debitore, non nella prestazione o nell'astensione medesima!" (68-70).

⁶⁵ BARBERO, *ult. op. cit.*, 39 s.

⁶⁶ BARBERO, *Credito cit.*, 49.

⁶⁷ BARBERO, *ult. op. cit.*, 49.

In tal senso v. anche GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, 1990, 41-42: "La pretesa non è una specie del genere diritto soggettivo e presenta, nei confronti del diritto soggettivo, caratteristiche non analoghe, ma opposte. Il diritto soggettivo è una situazione attiva, la pretesa una situazione inattiva; il diritto soggettivo è relativo alla fattispecie normativa di un comportamento dello stesso titolare, la pretesa è relativa alla fattispecie normativa di un comportamento altrui; il diritto è possibilità di agire, la pretesa è un attendere".

Posto, dunque, che il privato, che abbia presentato un'istanza provvedimento, in caso di inadempimento dell'autorità, non può attuare lecitamente nessun comportamento per soddisfare il proprio interesse, se non agendo in giudizio per costringere l'Amministrazione ad adempiere, sembra che, in capo a lui, sia più propriamente ravvisabile un diritto di credito alla risposta. Infatti, quando, poi, l'Amministrazione abbia adempiuto la prestazione, il credito si estingue e, in caso contrario, se la prestazione non sia più possibile o sia inutile, può essere solo adita l'autorità giudiziaria per ottenere la condanna al risarcimento dei danni⁶⁸.

5. La risarcibilità del danno arrecato dal mancato godimento del *bene della vita*. Riconducibilità della situazione giuridica soggettiva suscettibile di essere risarcita a un *diritto di credito* al provvedimento favorevole. La configurabilità di *obbligazioni provvedimentali* anche nelle ipotesi di attività discrezionale.

La possibilità, per il privato, di ottenere una tutela risarcitoria commisurata al mancato godimento del *bene della vita* aspirato, evidenzia come l'ordinamento, talvolta, garantisca anche una tutela autonoma della situazione giuridica soggettiva posta a tutela dell'interesse privato al conseguimento di un determinato provvedimento amministrativo favorevole. Alcuni Autori, infatti, soprattutto sulla base di quanto affermato dalla sentenza della giurisprudenza ordinaria del 1999, hanno rilevato come, accanto all'interesse alla legittimità del provvedimento amministrativo, la cui lesione viene considerata quale "condizione necessaria ma non sufficiente" per accedere alla tutela risarcitoria, rileverebbe

⁶⁸ BARBERO, *Il diritto soggettivo cit.*, 38 s.: "Se il diritto soggettivo è essenzialmente un *agere licere* in ordine ad un bene della vita per soddisfare su di esso un proprio interesse, si vede bene come ciò si avveri in presenza di quelli che si chiamano i diritti reali ... Infatti ... è palese che il titolare di questi diritti ha l'*agere licere*, può fare cioè lecitamente qualcosa in ordine all'oggetto di essi per soddisfare su quest'oggetto ... un proprio interesse. Non si vede, invece, in qual modo possa lecitamente agire, in ordine alla cosa, e fuori del processo, colui che è titolare di un credito e cioè il creditore. Egli non può, se il debitore od altri per lui non esegua la prestazione e finché questa non sia eseguita, attuare lecitamente nessun comportamento in ordine alla cosa né per appropriarsela né per soddisfare su di essa un proprio interesse, né, fuori del processo, può agire sulla persona per costringerla a prestare quel che deve. Quando poi questa abbia prestato finisce con ciò il credito; e se si rifiuti di prestare può essere adita l'autorità giudiziaria per avere da questa l'oggetto della prestazione od il risarcimento dei danni"; ID., *Il sistema del diritto privato*, Torino, 1988, 67.

Anche LA VALLE, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza delle libertà e dei diritti*, Riv. trim. dir. pubbl. 1969, 840 s., ritiene di dover isolare una categoria di interessi legittimi consistenti in un'attesa giuridicamente tutelata e, a tal proposito, afferma che "Nel seno delle attese tutelate dal cittadino, aventi ad oggetto comportamenti e provvedimenti dell'Amministrazione, la distinzione tra attese, cui sono correlati veri e propri obblighi e, in specie, obbligazioni – a tali attese potrebbe riservarsi il nome di crediti in senso stretto –, e attese, cui sono correlati doveri in senso stretto dell'Amministrazione: queste ultime attese sono interessi legittimi".

anche un interesse materiale al conseguimento del *bene della vita*, al quale l'interesse legittimo si correla, e che acquisirebbe autonoma rilevanza, ai fini risarcitori, ove sorretto da un favorevole giudizio prognostico, attraverso il quale il giudice sarebbe tenuto a valutare la ragionevole probabilità della *spettanza* del provvedimento favorevole illegittimamente negato⁶⁹.

Altri Autori, rilevando la scarsa attendibilità dei criteri utilizzati dalla giurisprudenza, nell'indagine sulla spettanza del provvedimento favorevole, hanno osservato come, ai fini risarcitori, non si dovrebbe tanto stabilire se l'interesse, in cui versa l'interessato, sia o non sia meritevole di tutela, ma si dovrebbe indagare se il vizio riscontrato dal giudice abbia, o no, generato un danno ingiusto, che potrà essere dimostrato in giudizio, a prescindere dal vizio lamentato. E' questa, dunque, la verifica che, secondo alcuni, risulterebbe essenziale

⁶⁹ FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, Dir. proc. amm., 2001, 300-301, in cui l' A. rileva come "qui si discute non già dell'eventuale provvedimento di diniego, ma della spettanza del provvedimento richiesto: una spettanza la cui valutazione oscilla – secondo la Cassazione – tra un polo di pura legittimità (*secondo la disciplina applicabile, in riferimento alla normativa di settore*), ma non perciò meno complesso, ed un criterio statistico-probabilistico (*criterio della normalità*), che d'altronde non si intende bene come potrebbe andare oltre il profilo della legittimità. Solo se il provvedimento richiesto spetta c'è vera lesione dell'interesse al bene della vita, e dunque (con il concorso del danno della colpa) diritto al risarcimento". V. anche PARTISANI, *Lesione di un interesse legittimo e danno risarcibile. La perdita della chance*, Resp. civ. prev., 2000, 582-583: "In definitiva, si distingue tra risultato mancato e *chance* di conseguirlo, indicando la *chance* non un vantaggio possibile e di conseguenza un danno solo eventuale o potenziale, ma la concreta possibilità di ottenere tale risultato favorevole: la circostanza che si tratti di lesione riferibile ad una situazione idonea a produrre soltanto un possibile, e quindi non certo, risultato utile, incide esclusivamente sul *quantum* del risarcimento dovuto, non sull'esistenza del diritto alla tutela risarcitoria. Ai fini della prova della certezza del danno, si ritiene che la possibilità di realizzazione della *chance* debba presentarsi in una misura percentuale superiore al 50 per cento: «in presenza di una percentuale sfavorevole superiore a quella favorevole, non vi è alcuna ragione che possa giustificare la prevalenza della seconda sulla prima, e, quindi, la risarcibilità di un danno non dimostrato». Il *quantum* del danno da perdita di *chance* è elemento variabile e strettamente dipendente da quei fattori che condizionano, in termini di mero calcolo probabilistico, il concreto conseguimento del risultato finale. Sotto un profilo economico, l'espressione *chance* indica una situazione aleatoria potenzialmente idonea a produrre, con un certo grado di probabilità, un risultato favorevole: è abbastanza intuitivo che più sono le eventualità che di fatto condizionano il conseguimento del risultato, minore è il valore della *chance* definitivamente perduta. Secondo un indirizzo consolidato, la fattispecie di danno in oggetto va liquidata assumendo come parametro valutativo l'utile economico complessivamente realizzabile, diminuito in forza di un coefficiente di riduzione proporzionato alla effettiva consistenza della possibilità di conseguirlo. Nel caso di inapplicabilità di tale criterio, sembra scontato il ricorso ad una valutazione equitativa ex art. 1226 c.c.".

Per alcuni rilievi critici, in materia civilistica, sulla teoria delle chances e, in particolare, sulla possibilità di quantificare il risarcimento della probabilità di ottenere un risultato favorevole v. MAGGILOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, 291 s.: "non sembra ... condivisibile l'idea secondo la quale il danno sarebbe risarcibile solo se la possibilità di realizzare il risultato favorevole sia superiore al cinquanta per cento, perché nel caso di percentuali inferiori il danno non sarebbe certo. In effetti, una possibilità che abbia un'entità superiore al cinquanta per cento è pur sempre una possibilità di conseguire il risultato favorevole". L'A, poi, afferma anche che "un calcolo impostato su coefficienti relativi alla probabilità di conseguire un esito utile non sembra corrispondere alla reale entità del danno meramente patrimoniale, di quel danno che il soggetto subisce allorché perda una chance.. In altre parole, l'utilità finale può essere conseguita, oppure può non essere conseguita, ma non può essere realizzata in misura percentuale".

al fine di stabilire la sussistenza di un rapporto di causalità tra l' illegittimità compiuta dall'Amministrazione e il verificarsi in concreto, di un danno risarcibile⁷⁰. L'accertamento giurisdizionale, pertanto, riguarderebbe, non la *spettanza* del provvedimento favorevole o le *chances* di riceverlo, ma l'ingiustizia del danno⁷¹.

Osservazioni non diverse sono state mosse dai sostenitori della natura atipica della pretesa di provvedimento favorevole, i quali, mettendo in evidenza il collegamento che sussisterebbe tra un determinato *bene della vita*, subordinato al rilascio di un provvedimento favorevole, e i fatti che possono precluderne l'ottenimento, hanno evidenziato che oggetto di risarcimento del danno sarebbe la perdita del risultato favorevole⁷². La *chance* risarcibile evidenzerebbe, pertanto, la specifica vicenda in cui il danno (emergente) è conseguente a un illegittimo rifiuto di provvedimento, che, se determinato da vizi meramente formali, si sostanzierebbe in un "illegittimo rifiuto pregiudiziale materialmente preclusivo della possibilità di ottenere in giudizio l'accertamento nel merito sulla fondatezza .. (o non fondatezza) della pretesa all'attribuzione di un bene della vita: vicenda anch'essa spiegabile perfettamente, tuttavia, su un piano che deve considerarsi in primo luogo processuale, per la preclusione che si

⁷⁰ Sul punto ampiamente POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, Padova, 2001, 271-272, che rileva, in particolare, come "ciò che deve essere chiaro, però, è che la indagine sulla fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere in giudizio dal ricorrente, non costituisce affatto un giudizio per stabilire se le situazioni giuridiche soggettive dedotte in giudizio siano (o meno) meritevoli di tutela e quindi astrattamente risarcibili secondo la non lineare costruzione della Cassazione. Gli interessi legittimi, infatti, per il solo fatto di essere delle situazioni giuridiche soggettive, sono intesi meritevoli di tutela giurisdizionale, allo stesso modo dei diritti soggettivi; lo riconosce del resto una espressa previsione della Carta Costituzionale. Ciò che deve essere accertato, quindi, è la sussistenza (e la materiale quantificazione) del pregiudizio che al ricorrente deriva dalla lesione di una propria situazione giuridica soggettiva. Se, come si è accennato e come riconosce la stessa Cassazione, la lesione di una situazione giuridica soggettiva da parte di un atto (comportamento o condotta) della pubblica amministrazione è di per sé stessa ingiusta ai sensi dell'art. 2043 Cod. civ., ne segue che bisognerà accertare (non se essa sia in astratto meritevole di tutela ma piuttosto) se da tale ingiustizia derivi od a tale ingiustizia si accompagni un concreto ed effettivo pregiudizio".

⁷¹ Così SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, Riv. dir. pubbl. 2000, 27 : "il punto non è se il vizio formale sia caratterizzato dalla violazione di norme vincolanti (sia cioè illecito), se determini la lesione di interessi tutelati (d'altronde, se l'interesse si assume tutelato, come non potrebbe essere leso?) e produca di conseguenza l'ingiustizia del danno, ma se ed entro quali limiti la condotta illegittima per vizi formali provochi danno. Non è dubbio che possa produrne, ma si tratta di verificare in quali ipotesi e in quali misure".

⁷² VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, 237-238: il "... problema di risarcibilità di danni ingiustamente subiti ... non riguarda affatto una situazione giuridica soggettiva altra e diversa rispetto a quella fatta valere tanto nella richiesta di provvedimento rivolta alla pubblica amministrazione quanto nella domanda giudiziale rivolta al giudice, inserendosi al contrario la vicenda della perdita della chance perfettamente ... nella dinamica che conduce (o che può condurre) alla realizzazione dell'unica situazione giuridica soggettiva rilevante, rivolta direttamente all'ottenimento dell'utilità finale e conformata progressivamente dall'adempimento dei doveri funzionali, nelle valutazioni preliminari ed in quelle di merito, incumbenti in capo alla pubblica amministrazione nell'esercizio del potere".

determina nell'ordinario svolgimento del giudizio risarcitorio e che è riconducibile ad una causa imputabile alla pubblica amministrazione, all'inadempimento di un suo dovere funzionale che impedisce la possibilità e/o eventualità della realizzazione (anche per la via giurisdizionale) della situazione soggettiva di cui si chiede tutela"⁷³.

Parte della dottrina, tuttavia, ha rilevato come tali ricostruzioni si risolvano, in sostanza, in una valutazione prognostica o probabilistica ovvero in un'indagine su un *fatto potenziale*, difficilmente compatibile con l'esigenza di certezza del danno, richiesta dall'art. 1223 cod. civ. e dal principio della risarcibilità del danno emergente⁷⁴, che muovono "dal presupposto che l'utilità cui il cittadino aspira sia certa nel suo ottenimento. Al contrario, soprattutto nel caso in cui il rifiuto di provvedimento comporti l'esercizio di valutazioni discrezionali, è evidente che tale certezza non può sussistere. E', in sostanza, proprio l'affermazione dell'effetto preclusivo (derivante dall'emanazione del provvedimento sfavorevole) circa il sindacato sul merito amministrativo e la sostituzione del giudice all'Amministrazione ciò che si oppone fermamente all'applicabilità della citata disposizione codicistica"⁷⁵.

Tali rilievi, tuttavia, non escludono la risarcibilità della pretesa di provvedimento favorevole, nei casi in cui sussistano obbligazioni provvedimentali. Se, infatti, si identificasse il fatto illecito con la violazione di una determinata situazione giuridica

⁷³ VAIANO, *ult. op. cit.*, 237

⁷⁴ Per tali rilievi v. VOLPE, *ult. op. cit.*, 278 s. L' A. giunge a queste conclusioni dopo aver dimostrato l'applicabilità alle *obbligazioni provvedimentali* delle disposizioni del cod. civ. in materia di obbligazioni. Cercando di sintetizzare la ricostruzione proposta dall'A., si osserva come la disposizione normativa esaminata, ai fini della dimostrazione dell'applicabilità alle obbligazioni provvedimentali, delle norme del codice civile in materia di obbligazioni, è l'art. 1174 cod. civ., che dispone che *la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione, deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore*. L' A. rileva, a tal proposito, che "i precetti che derivano dall'art. 1174 cod. civ., sono almeno due, perché distinta è la qualificazione della prestazione dovuta da quella dell'interesse del creditore". Nello stesso tempo, tuttavia, si rileva anche come "non tutte le prescrizioni dall'art. cod. civ. hanno pari valore definitorio dell'obbligazione (...) va perciò riscontrato che, nella dottrina civilistica, si è affermata un'autorevole impostazione che ha convincentemente negato, al requisito della patrimonialità, caratteristiche essenziali del rapporto obbligatorio: sia che si intenda quest'ultimo come espressione di una figura di teoria generale, da contrapporsi a quelle di mera doverosità, sia che lo si intenda alla stregua di una figura specifica del diritto civile" (287). L'A., dunque, riprendendo quella dottrina che si è richiamata alla pandettistica tedesca (BIANCA, *L'obbligazione*, Milano, 1998, 81 s.), ha evidenziato la riferibilità del requisito della patrimonialità – intesa come commerciabilità della prestazione - alle sole obbligazioni di derivazione contrattuale. Pertanto, l'impossibilità di ricondurre il requisito della patrimonialità alle obbligazioni provvedimentali, essendo l'esercizio del potere un'attività riservata all'Amministrazione, non è ragione che esclude che tali rapporti non siano riconducibili alle obbligazioni in senso stretto, con la conseguente applicazione dei principi stabiliti dal libro quarto del codice civile. Si è affermato, infatti, che "il requisito della patrimonialità della prestazione è quindi proprio dell'obbligazione, e la sua previsione risponde all'esigenza normativa di una specificazione di tale figura entro il più vasto ambito dell'obbligo giuridico" (82).

⁷⁵ VOLPE, *ult. op. cit.*, 318

soggettiva altrui e, dunque, con la violazione della norma istitutiva di un obbligo in senso stretto⁷⁶, non si vedrebbe perché il credito, suscettibile di essere risarcito, non possa essere commisurato - nel caso in cui la norma d'azione, che disciplina l'esercizio del potere dell'autorità, imponga l'obbligo di emanare il provvedimento richiesto dall'amministrato - al mancato godimento del bene della vita⁷⁷. In tal caso, infatti, l'illecito è dato dalla violazione della specifica norma istitutiva dell'obbligo di adottare il provvedimento richiesto e oggetto di risarcimento, quindi, sarà "la pretesa (intesa alla stregua di un tipico diritto di credito) che il privato vanta nei riguardi dell'autorità amministrativa e inerente all'esercizio del potere stesso"⁷⁸. Ciò sembra possibile facendo discendere la pretesa

⁷⁶ VOLPE, *ult. op. cit.*, 383. La dottrina in esame, infatti, ha evidenziato come nel caso in cui l'Amministrazione emani un provvedimento positivo, sia esso favorevole o sfavorevole al destinatario dell'atto, l'illiceità, come anche l'illegittimità dell'atto sia, in forza del fenomeno della pluriqualeficazione (dipendente dall'esistenza dell'atto), conseguenza del fatto dell'emanazione dell'atto. Si è rilevato, infatti, che "non si ritiene di condividere quella tesi, avanzata da dottrina ormai risalente, secondo la quale l'illecito, inteso come figura di teoria generale del diritto, sarebbe in realtà sempre un atto giuridico. Se così fosse, la volontà di chi lo commette dovrebbe essere orientata agli effetti giuridici dell'illecito o, quanto meno, dovrebbe essere orientata ad introdursi in un traffico giuridico, da cui derivano necessariamente delle conseguenze sfavorevoli per il soggetto agente. Il che è come dire che chi commette atti illeciti vuole subire l'obbligo di risarcire il danno; che egli vuole essere assoggettato all'afflizione penale o alla sanzione amministrativa, pecuniaria o disciplinare. Inoltre, accogliendo una siffatta tesi, non si saprebbe come ricondurre ad unità di concetto l'illecito doloso e l'illecito colposo, nel quale ultimo, per definizione, la volontà del fatto è totalmente assente" (381-382).

⁷⁷ STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, Riv. trim. dir. pubbl., 1981, 18-19: "Vi sono invero - nell'ambito delle disposizioni la cui violazione può essere denunciata dal titolare dell'interesse legittimo per ottenere l'annullamento dell'atto amministrativo - norme che disciplinano «il modo» di esercizio del potere e norme, di ben diverso contenuto, che individuano «i presupposti» per l'esercizio stesso. Le prime attengono al procedimento e racchiudono quindi prescrizioni meramente formali (previsione di un adempimento istruttorio, di un parere, di una previa richiesta, ecc.), le seconde invece attengono alla fattispecie e racchiudono prescrizioni sostanziali sulle situazioni in presenza delle quali l'atto può essere adottato nonché sul suo possibile contenuto. Che alla violazione dell'una e dell'altra categoria di norme corrisponda l'eguale conseguenza della illegittimità dell'atto è evidentemente troppo poco per unificare le categorie stesse. In realtà, le disposizioni meramente procedurali nulla dicono in ordine agli interessi sostanziali protetti, che non concorrono in alcun modo neppure ad identificare, siccome è sin troppo evidente; al contrario, le disposizioni che determinano i presupposti in presenza dei quali solamente il potere può, e deve, essere esercitato dalla pubblica Amministrazione definiscono positivamente l'interesse, o meglio gli interessi, protetti in ciascuna specie di procedimento, gli interessi - cioè - di cui l'Amministrazione procedente deve in varia misura tener conto. (...) Questa identica rilevanza sul piano della denunciabilità della violazione delle due categorie di norme ha fatto generalmente dimenticare la sostanziale loro diversità sia sul piano ora delineato della idoneità, o meno, a qualificare un interesse sostanziale come legittimo e sia - secondo la ulteriore prospettiva alla quale è necessario aprire ora l'indagine - sul piano della tutela che in concreto una decisione di accoglimento del ricorso può e deve accordare. E' chiaro infatti che l'annullamento pronunciato per un vizio meramente procedimentale non ha né può avere alcun riflesso sostanziale sull'ulteriore svolgimento dell'attività amministrativa, mentre l'ipotesi di vizio sostanziale (violazione di legge di tal genere e, nella più parte dei casi, anche eccesso di potere) l'annullamento è pacificamente accompagnato da effetti ulteriori, variamente individuati nella disciplina del rapporto o nella preclusione di adottare altro provvedimento affetto da quel medesimo vizio".

⁷⁸ VOLPE, *ult. op. cit.*, 379

risarcitoria dall'inadempimento, imputabile all'Amministrazione, che sostanzia, di per sé, un fatto illecito⁷⁹.

Infatti, se si applicano alle obbligazioni provvedimentali le disposizioni civilistiche in materia di obbligazioni (espunto il carattere patrimoniale dell'obbligazione, inteso come commerciabilità della medesima, tra gli elementi costitutivi dell'obbligazione)⁸⁰, in quanto

⁷⁹ GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968, 169-170: “.. ammesso che qualunque credito non soddisfatto si muti in definitiva in un credito (di danaro) al risarcimento del danno, è da osservare che il mutamento dell'oggetto del diritto del creditore, che in tal modo si opera, modifica sostanzialmente il diritto del creditore. Ed infatti, ciò che viene a realizzarsi in questo caso con l'esecuzione forzata, è solo l'equivalente pecuniario, non già della prestazione, ma del danno arrecato al creditore dall'inadempimento del debitore (art. 1218 c.c.). Si trova invece spesso ripetuto che il risarcimento del danno costituisce l'equivalente pecuniario della prestazione che formava il contenuto dell'obbligo inadempito. Questa affermazione deve essere certo intesa solo nel senso che, dal punto di vista funzionale, l'obbligo del risarcimento del danno opera un mutamento dell'oggetto della prestazione in quanto la somma di danaro subentra al *posto* di esso. Ma sarebbe gravissimo errore pensare che la *equivalenza* debba intendersi nel senso che questa somma di denaro corrisponde alla valutazione pecuniaria della prestazione inadempita: essa invece corrisponde alla valutazione pecuniaria del danno che è stata conseguenza dell'inadempimento. E tanto ciò è vero, che l'obbligo del risarcimento del danno può coesistere con l'obbligo primario (ad es., nel risarcimento del danno per il semplice ritardo)”; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1953, 23-24: “Ogni rapporto di obbligazione, in generale, crea *sin dal suo primo sorgere*, dal lato attivo, un'aspettativa di soddisfazione, sotto la forma di garanzia sulla persona o sul patrimonio del debitore; dal lato passivo, una responsabilità. E appunto quale aspettativa di soddisfazione, dall'un lato, quale responsabilità, dall'altro, l'obbligazione costituisce, - in conformità di quanto l'attore afferma in giudizio - *la ragione* (attiva e passiva) dell'azione di condanna e di esecuzione forzata. Una volta riconosciuto, poi, che il nesso che lega l'obbligazione all'esecuzione forzata è un nesso intrinseco rispondente al concetto stesso di obbligazione, non si può non riconoscere che anche i *mezzi* di esecuzione *riflettano* quel concetto e ne siano un indice di grande importanza”. A proposito dell'aspettativa di soddisfazione l'Autore rileva che “alla responsabilità - quale posizione risultante dalla destinazione di un bene pertinente ad una persona a servire di soddisfazione a un'altra persona per un evento da questa atteso o temuto - corrisponde, da parte di questa persona, a cui favore la responsabilità è costituita, una *aspettativa di soddisfazione* che qui si presenta propriamente - in quanto è *precostituita* all'inadempimento - quale *garanzia*. Tale aspettativa deve distinguersi dall'aspettativa *previa* - positiva o negativa - *dell'evento per cui si risponde*. Anzitutto essa costituisce, per il soggetto cui spetta, una *sicurezza*, una *garanzia*, che è sempre - a differenza di quello che può essere l'aspettativa *previa* - assolutamente indipendente dalla volontà di colui ch'è il titolare del bene. Inoltre, oggetto di essa non è l'evento per cui si risponde, bensì quel bene che è oggetto della responsabilità. La via per raggiungere questo bene è la realizzazione della responsabilità: vale a dire l'esecuzione forzata. La realizzazione della responsabilità è quindi identica con la realizzazione dell'aspettativa di soddisfazione” (40-42). Contra BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 1994, 111-112: “ L'obbligazione risarcitoria scaturisce quindi legalmente dall'inadempimento imputabile, quale fatto rientrante nella categoria dell' illecito. Nelle ipotesi di ritardo e di adempimento inesatto tale obbligazione si aggiunge a quella non puntualmente o non esattamente adempiuta. Nelle ipotesi di inadempimento totale o definitivo l'obbligazione risarcitoria si sostituisce a quella originaria. Questa sostituzione come una surrogazione oggettiva, che non estingue l'obbligazione, ma ne muta legalmente l'oggetto. Si tratta della vicenda usualmente indicata come *perpetuatio obligationis*. Il debitore non è più tenuto alla prestazione originaria ma ad una nuova prestazione che soddisfa un interesse succedaneo del creditore (quello alla riparazione del danno). In quanto l'obbligazione inadempita non si estingue ma si converte nell'obbligazione risarcitoria, rimangono ferme le garanzie, i diritti accessori, il diritto alla controprestazione. Il titolo originario non viene meno ma rileva ora come titolo mediato dell'obbligazione. Ne consegue, ad es., che l'annullamento del contratto travolge pure l'obbligazione di risarcimento del danno da risoluzione di contratto. Questa obbligazione, infatti, presuppone l'estinzione dell'obbligazione inadempita ma - sia pure in via mediata - ne ha il medesimo titolo”.

⁸⁰ VOLPE, *ult. op. cit.*, 287

compatibili, sembra possibile ricondurre il risarcimento in esame alla responsabilità contrattuale di cui all'art. 1218 cod. civ.⁸¹.

Alla luce di questi rilievi, sembra che non possa sussistere alcuna *obbligazione provvedimentale*, in capo all'autorità, quando l'attività amministrativa sia discrezionale. Secondo una prima rappresentazione, infatti, potrebbe sembrare che obbligo provvedimentale e discrezionalità amministrativa siano due concetti incompatibili e che, perciò, dove vi sia discrezionalità, non possa configurarsi alcun obbligo.

Parte della dottrina, tuttavia, ha evidenziato come la qualificazione dell'attività come discrezionale non precluda la possibilità di configurare situazioni giuridiche di doverosità, in capo all'Amministrazione, soprattutto se si considera che “non esiste una categoria generale dell'agire vincolato della pubblica Amministrazione, da contrapporre all'agire discrezionale, ma esistono invece solamente, da un lato, singole figure di atti e di attività in cui non si rinvencono margini di discrezionalità, dall'altro, tutto il restante complesso di atti e di attività dell'Amministrazione in cui, invece, è dato rinvenire uno o più elementi suscettibili di apprezzamento. In altri termini, non esiste l'atto discrezionale, nel senso di atto amministrativo pienamente libero, ma esiste, invece, l'atto in relazione al quale la norma ha ommesso di dettare la disciplina di alcuno dei suoi elementi”. La nozione di discrezionalità è, per ciò, una nozione relativa, poiché mentre l'atto vincolato è quello determinato in tutti i suoi elementi, l'atto discrezionale è quello in cui anche uno soltanto

⁸¹ VOLPE, *ult. op. cit.*, 379 Cfr. VAIANO, *ult. op. cit.*, 246-247, il quale, riferendosi alla pretesa di provvedimento favorevole, la definisce come “una figura giuridica soggettiva autonoma ... che si caratterizza ... per il venir meno di quella posizione di istituzionale subordinazione rispetto al potere di provvedere attribuito dall'ordinamento alla pubblica amministrazione e per il suo riferirsi, direttamente, al bene della vita e/o all'utilità finale attribuibile per mezzo dell'esercizio di quel potere, nonché – rispetto al diritto soggettivo – per il porsi in correlazione non con un dovere di rendere una prestazione che sia specificamente destinata a dare un vantaggio al titolare della pretesa, bensì con l'adempimento di un dovere funzionale incombente in capo alla pubblica amministrazione e dunque con un comportamento che è strumentale al perseguimento dell'interesse della collettività affidato alle cure dell'autorità amministrativa competente, ancorché dal giudizio (positivo) sulla spettanza dell'attribuzione del bene della vita a seguito di un legittimo svolgimento della funzione discende evidentemente la coincidenza dell'interesse proprio del titolare della pretesa con il suddetto interesse pubblico”. E ancora, con riferimento all'aspettativa di provvedimento favorevole, afferma che “..è .. sempre con riferimento a tale situazione giuridica soggettiva che sembra potersi ripetere il discorso sulla necessità che l'individuazione dei contenuti della situazione giuridica soggettiva protetta – e dei limiti della sua protezione – avvenga non in relazione alla fattispecie normativa astratta attributiva del potere alla pubblica amministrazione, bensì in relazione alla *norma agendi* concretamente emersa nello svolgimento procedimentale della funzione e nel momento del suo legittimo esito in relazione alle risultanze acquisite nell'istruttoria ex art. 3 della legge n. 241 del 1990: momento in cui quella che originariamente poteva forse dirsi essere una posizione giuridica soggettiva caratterizzata solo da poteri strumentali atti ad influire sul contenuto del provvedimento finale potrebbe essere divenuta, in applicazione dei principi posti dall'ordinamento sul legittimo esercizio delle funzioni amministrative, una posizione giuridica soggettiva ormai protetta in modo pieno dall'ordinamento sostanziale in quanto espressione della ragionevole pretesa – in relazione a tali acquisite risultanze – ad una conclusione positiva del procedimento che conduce all'esercizio del potere”(256-257).

dei suoi elementi vincolato non è”⁸². Inoltre non si può negare che anche la discrezionalità si configura, di per sé, in termini di doverosità, poiché il principio di buon andamento (di cui all’art. 97 Cost.) impone all’Amministrazione di individuare e, dunque, di adottare, la migliore composizione degli interessi affidati alle sue cure, quando essa non sia già stata individuata direttamente dalla legge⁸³.

Quindi, “l’adempimento del dovere di ricercare la soluzione più opportuna per il caso concreto è attività che concorre a formare la norma (giuridica), che vincolerà essa stessa, in un successivo *momento* logico, l’esercizio del potere provvedimentale”⁸⁴. Se, pertanto, l’esercizio della discrezionalità permette alla pubblica Amministrazione di integrare le “norme d’azione giuridiche lasciate incomplete dalla legge”⁸⁵, è allora consequenziale affermare che “il risultato dell’attività di valutazione del merito produce una posizione di doverosità, inerente all’esercizio del potere, di valore giuridico analogo a quella che si otterrebbe se il dovere fosse creato, direttamente, dalla legge”⁸⁶.

⁸² STELLA RICHTER, *L’aspettativa cit.*, 39.

⁸³ VOLPE, *ult. op. cit.*, 456 s. Cfr. Per quanto riguarda la natura della discrezionalità amministrativa GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 12-14 : “Fra i termini «potere discrezionale» e «attività discrezionale», ovvero «discrezionalità», vi è più che altro una differenza concettuale astratta: concettuale in quanto il primo termine concerne le attribuzioni dell’agente, il secondo la di lui azione; astratta in quanto in ambedue i casi i rispettivi concetti sono presi in considerazione solo in un ordine astratto. (...) .. a noi sembra opportuno non tralasciare questa distinzione, non perché c’interessi sapere se essa abbia una pur minima forza costruttiva, ma per mettere in guardia contro una confusione che si è avuta intorno alla nozione di attività amministrativa, in cui è interessata anche quella di discrezionalità. Più che altro tale confusione è stata causata da quanto si è osservato da ultimo: ciò che si presenta immediatamente all’esame di chi indaga intorno a quest’ordine di nozioni, è l’atto discrezionale, nel quale potere e attività non si distinguono più. Ora essendo il potere discrezionale un potere libero per definizione, ossia un potere la cui caratteristica fondamentale è di essere ordinato in una sfera di libera disposizione dell’agente, inavvertitamente si tende a qualificare anche l’attività discrezionale nello stesso modo, come attività essenzialmente libera, dimenticando che essa, in quanto attività, ossia insieme organico di azioni, deve ricevere qualche altra qualifica per potere essere definita. Questo fatto è evidentissimo nel diritto amministrativo, in cui l’affermazione che l’attività discrezionale è fondamentalmente libera, ha fatto ritenere dalla maggioranza degli autori inconciliabile con essa l’altra affermazione che l’attività è fondamentalmente un’attuazione di legge. Infatti si ragiona così: l’attività discrezionale è libera, quindi non è disciplinata da leggi: come dunque potrebbe essere un’attuazione di legge? E il ragionamento appare a prima vista convincente; ma ove si rifletta che libertà non significa assenza assoluta di disciplina legislativa, esso diviene subito inconcludente: la tanto discussa nozione di libertà non sembra che nel campo del diritto possa avere rilievo più che formale, e in quanto tale, essa lascia del tutto insoluta la questione di sapere che cosa *positivamente* formi il contenuto di quell’agire che i qualifica come libero”; VIRGA, *Eccesso di potere per mancata prefissione di parametri di riferimento*, Scritti in onore di M. S. Giannini, Milano, 1988, 583 s.

⁸⁴ VOLPE, *ult. op. cit.*, 457

⁸⁵ VOLPE, *ult. op. cit.*, 156 e nota 17.

⁸⁶ VOLPE, *ult. op. cit.*, 457-45. In tal senso v. anche VIPIANA, *L’autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, 1990, 278-279, la quale afferma, a proposito della discrezionalità amministrativa, che “..si potrebbe avanzare il dubbio che di regola, allorquando ricorra una discrezionalità del tipo in esame, non sia configurabile, né tanto meno obbligatorio, un autolimita generale e astratto, qualora esso sia definibile come meramente procedimentale: vale a dire attenga alla forma oppure alla modalità del procedimento destinato a sfociare nell’emanazione del provvedimento concreto.

Quando ciò accade, viene a costituirsi un' *obbligazione provvedimentoale*, poiché il provvedimento concreto trova già determinate, come accade nelle ipotesi in cui l'attività dell'Amministrazione sia sin dall'origine vincolata nel *quid*, quelle scelte che le norme avevano rimesso ad una valutazione dell'autorità⁸⁷ e, in dette circostanze, deve ritenersi che vengano anche a costituirsi, in capo ai destinatari dell'esercizio del potere, dei diritti di credito provvedimentoali.

6. L'atto viziato nella forma o nel procedimento, di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241: tesi dell'irregolarità; tesi della sanatoria *ex lege*. Critiche. Illegittimità dell'atto assunto in violazione di norme formali o procedurali: astratta ammissibilità di una tutela risarcitoria. Critiche. Astratta ammissibilità di una tutela indennitaria: i *diritti di credito procedurali*. Adesione alla tesi dell'illegittimità costituzionale della norma in esame.

Per quanto riguarda l'indagine sulla natura delle norme impositive di obblighi di carattere formale o procedimentale, finalizzata a verificare la sussistenza dei c.d. diritti di credito procedimentale⁸⁸, di particolare rilievo è lo studio dell'art. 21 *octies*, comma 2, della legge

Il discorso pare debba essere diverso quanto all' autolimita puntuale, cioè prefissato dalla singola autorità decidente proprio in vista di una determinazione concreta (...)Pertanto, circa l' autolimita puntuale che incida su quest'ultimo tipo di potere, si possono avanzare i seguenti rilievi. Probabilmente si tratta di autolimita non obbligatorio; però se, di fatto, la pubblica amministrazione si autoimpone un vincolo del genere, pare sia tenuta ad assumerne le conseguenze: quindi sarà limitata”.

⁸⁷ STELLA RICHTER, *ult. op. cit.*, 41-42; CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 242

⁸⁸ L'affermazione esplicita della esistenza di situazioni soggettive procedurali è dovuta a GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, II, Riv. dir. proc, 1964, 34 s., il quale ha elaborato successivamente la nozione in *Corso cit.*, 71, dove afferma che gli interessi procedurali “..hanno ad oggetto situazioni e vicende dei procedimenti; onde non si riferiscono direttamente a beni della vita. In qualunque procedimento (e anche nel processo) vi sono atti, delle parti e di terzi, che le norme disciplinano; se taluno di essi è viziato o viene omesso, la norma può prevedere che la parte la quale dall'accadimento subisce lesione, possa reagire, o con proprie contromisure, o provocando altre misure delle autorità. Questi poteri delle parti non sono però esercizio di diritti, almeno nei procedimenti amministrativi, ma di altre situazioni soggettive, che sono appunto gli interessi procedurali. Essi sussistono anche quando l'atto omesso ha carattere di un atto dovuto: p. es. se un parere obbligatorio è omesso , è lesa un interesse procedimentale; se un atto d'istruttoria dovuto – p. es. un accertamento – è viziato da errore di fatto, similmente è lesa un interesse procedimentale”; ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Roma, 1996, 134 s. il quale, concependo il procedimento come fattispecie a formazione progressiva, afferma che “ciò che .. il privato può far valere è, da un lato, la pretesa alla legittimità sostanziale dell'azione amministrativa, così come fissata autoritativamente nel provvedimento, pretesa tutelabile secondo lo schema dell'interesse legittimo, e, per altro verso, la pretesa alla legittimità, che per il momento può definirsi procedurale, dell'azione medesima tutelabile, ove la legge lo preveda, nelle forme del diritto soggettivo”; RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'Amministrazione*, Dir. Amm.,

7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall'art. 14 della l. 11 febbraio 2005, n. 15, che sembra, ad una prima lettura, confermare il principio di c.d. *strumentalità* delle forme, per cui non si dovrebbe dar luogo all'annullamento del provvedimento per illegittimità formale, che non incide sul contenuto sostanziale del provvedimento. La disposizione in esame, infatti, dispone 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. Il provvedimento non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.*

Quella dottrina che ha ricondotto alla disposizione in esame natura sostanziale, si distingue tra coloro che vi hanno ravvisato una forma di irregolarità, in quanto l' illegittimità formale

2005, fasc. 3, 559: “Si può parlare, in relazione alle situazioni di obbligo più significative gravanti sull'amministrazione, del diritto alla comunicazione di avvio del procedimento, del diritto di accedere agli atti della procedura, del diritto di presentare memorie scritte e documenti, del diritto all'indizione delle conferenze di servizi obbligatorie – e in determinate ipotesi pure del diritto di partecipare a tali conferenze – del diritto di ricorrere all'autocertificazione o ad altre semplificazioni procedurali, del diritto alla conclusione del procedimento entro il termine stabilito, del diritto a un provvedimento espresso e motivato...D'altro canto ... è la medesima l. n. 241 del 1990 in alcuni casi a denominare rispettivamente *obblighi* e *diritti* le situazioni soggettive predette, in un caso addirittura correlandole tra loro in maniera espressa, dove è previsto che le parti del procedimento hanno diritto di presentare memorie scritte e documenti che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare se pertinenti all'oggetto della procedura ...”. Altri, senza ricondurre le pretese partecipative nell'ambito delle facoltà proprie dell'interesse legittimo e senza attribuire ad esse la natura di veri e propri diritti soggettivi, parlano di interesse partecipativo per indicare le relative pretese. In tal senso v. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione e legittimazione processuale*, Dir. Proc. Amm., 1992, 171 s.

Altri Autori che sembrano affrontare, sia pur non direttamente, il tema delle pretese partecipative sono LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, Dir. Amm., 1993, il quale afferma che l'attività del privato volta a produrre memorie e documenti che l'Amministrazione ha l'obbligo di valutare, costituisce “attività ... qualificata come oggetto di un diritto, e ciò può forse suscitare qualche riserva di ordine tecnico giuridico sulla scorta degli schemi più frequentemente accolti” (140) ; inoltre, “in generale, dovrebbe evitarsi il riferimento a situazioni di diritto ed obbligo, quando si tratti di questioni che riguardano innanzitutto la legittimità e validità dell'atto (come quella che effettivamente sorgerebbe nel caso di omessa valutazione)” (nota 11). V. anche VERBARI, *Principi di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1992, 64, afferma che la legge sul procedimento amministrativo “nel dettare i principi cardine del procedimento amministrativo, stabilisce anche i termini e i modi di esercizio dell'interesse legittimo, in tal modo riconosce al titolare dello stesso delle facoltà e prevede degli obblighi in capo alla pubblica amministrazione, attributaria del potere autoritativo”; L. MAZZAROLLI, *Ragioni e peculiarità del sistema italiano di giustizia amministrativa*, L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, II, Modena, 1993, 1529-1530: “..tra i poteri che ineriscono alla situazione soggettiva dell'interesse legittimo primeggia quello di agire per ottenere, in sede giurisdizionale, l'eliminazione del provvedimento”, ma questo potere “non esaurisce il contenuto dell'interesse legittimo, non solo perché ad esso si accompagna quello di agire in via amministrativa contenziosa, ma anche perché, prima ancora, si ritiene siano da riferire all'interesse legittimo anche il potere di partecipare alla formazione dello stesso provvedimento e altresì li «diritto di accesso» .. atteso che esso spetta (come precisa la legge) unicamente a chi vi abbia interesse «per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti»”.

non sarebbe tale da rendere l'atto viziato⁸⁹, e coloro che vi hanno ravvisato, invece, una sanatoria *ex lege*, poiché il vizio non impedirebbe il raggiungimento dello scopo dell'atto⁹⁰. La prima tesi non ha ricevuto larghi consensi non solo in dottrina⁹¹, ma anche in giurisprudenza, dove si è rilevato che, mentre “l'irregolarità opera *ex ante* e in astratto, per cui il provvedimento affetto da vizio formale minore è un atto *ab origine* meramente irregolare, nel caso dell'art. 21 *octies*, comma 2, la violazione continua ad integrare un vizio di legittimità, che non comporta l'annullabilità dell'atto a causa di valutazioni attinenti al contenuto del provvedimento, effettuate *ex post* dal giudice, che accerta che il provvedimento non poteva essere diverso”⁹².

⁸⁹ FERRARA, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, I principi generali dell'azione amministrativa, Chiti-Palma (a cura di), Napoli, 2006, 54; C. VARRONE, *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, www.giustamm.it; CARLOTTI, *Il nuovo provvedimento amministrativo (leggi n. 15 e n. 80 del 2005)*, Padova, 2005, 463-466. Cfr. CORLETTI, *Vizi formali e poteri del giudice amministrativo*, Riv. Trim. dir. Pubbl., 2006, 33 s.: Si può pensare di risolvere questi dubbi ragionando sulla previsione che dispone che sia “palese” l'assenza di legittime alternative al provvedimento. Questo comporterebbe che, ai fini dell'applicazione dell'art. 21 *octies*, si possa considerare vincolato, e legittimo, solo quel provvedimento rispetto al quale dubbi di questo genere non possono porsi, perché ad es. discende obbligatoriamente dall'esistenza di un unico, e incontestabile, presupposto. (..) Alla soluzione di tale questione il giudice deve procedere indipendentemente da una sollecitazione di parte. È però prevedibile che proprio questo sarà uno dei punti sui quali il ricorrente punterà la sua attenzione, per convincere il giudice che, trattandosi di un provvedimento non qualificabile come vincolato, la regola dell'art. 21 *octies* non debba trovare applicazione. Se di questo si convince, il giudice dovrà andare oltre nel giudicare sui motivi formali proposti, che in questo caso continuano, anche da soli, a rendere direttamente annullabile l'atto. Se invece ritiene che si tratti di provvedimento vincolato, il giudice deve (secondo un logico ordine di esame delle questioni) proseguire valutando se il motivo formale, proposto dal ricorrente, sia fondato o no. Se non lo è, il giudice non ha bisogno di andare oltre per valutare se (sia palese che) il contenuto dispositivo avrebbe potuto o no essere diverso (ossia di chiedersi o di verificare se gli risulti evidente la legittimità sostanziale dell'atto), potendo direttamente e semplicemente respingere il ricorso perché infondato. Se invece i motivi formali appaiono fondati, il giudice non li può accogliere, ma deve aprire la fase «d'ufficio», nella quale verifica se gli risulta “palese” che il provvedimento non poteva essere diverso. Se il potere vincolato è quello che consente all'amministrazione una sola decisione legittima, valutare se «il contenuto non avrebbe potuto essere diverso» significa determinare insieme se il provvedimento è vincolato e se è legittimo. Si potrebbe dire dunque che si tratta di valutare, alla fine, se il provvedimento vincolato sia «palesamente legittimo».

⁹⁰FRACCHIA OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo nell'art. 21 octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, Giustizia amministrativa, 2005, fasc. 1, 48-81

⁹¹BERGONZINI, *Art. 21 octies della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, Riv. Trim. dir. amm., 2007, fasc. 2, 238 s.; CALEGARI, *Sulla natura sostanziale o processuale e sull'immediata applicabilità ai giudizi pendenti delle disposizioni concernenti l'annullabilità dei provvedimenti amministrativi contenute nell'art. 21-octies della L. n. 241 del 1990*, Giustizia amministrativa, 2005, fasc. 3, 799; FRACCHIA OCCHIENA, *ult. op. cit.*, 57; R. CHIEPPA, *Il nuovo regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, Giustizia amministrativa, 2005, fasc. 6, 1291-1311

⁹²Cons. Stato, Sez. VI, 17 ottobre 2006, n. 6192. Si è affermato, inoltre, che “Il provvedimento è, e resta affetto, da un vizio di legittimità. Il legislatore non ha, dunque, inteso intervenire sulla qualificazione dei vizi procedurali o formali e del vizio della violazione dell'art. 7 della legge n. 241/90, che restano tutti vizi di legittimità, ma ha voluto incidere sulle conseguenze connesse all'invalidità del provvedimento viziato nella forma o nel procedimento. La ragione della portata non invalidante del vizio non può essere rinvenuta nella regola del raggiungimento dello scopo, mutuata dalla previsione dell'art. 156, comma 3, c.p.c.,

La tesi della c.d. sanatoria *ex lege*, sembra, invece, trovare maggiori consensi, soprattutto in ragione dell'impossibilità, per l'Amministrazione, di procedere all' annullamento d'ufficio del provvedimento illegittimo, che ora, ai sensi dell'art. 21 *nonies*, comma 2, come modificato dall' art. 6, comma 1, l. 7 agosto 2015, n. 124, non sembra più possibile dopo diciotto mesi dal momento di adozione del provvedimento. Infatti, la principale critica mossa alla tesi della sanatoria *ex lege* del provvedimento illegittimo, che si basa su un'applicazione estensiva dell'art. 156, comma 3, cod. proc. civ. (per cui il raggiungimento dello scopo - dato dall'emanazione del provvedimento con quel medesimo contenuto - impedirebbe l'annullamento dell'atto), poggia sul rilievo della possibilità, per l'Amministrazione, di "annullare d'ufficio il provvedimento rispetto al quale si sia già accertato in giudizio che, pur emanato in assenza della necessaria comunicazione di avvio del procedimento, non avrebbe potuto assumere contenuto diverso da quello in concreto adottato, ovvero rispetto al quale, trattandosi di atto vincolato, risulti palese che, nonostante una intervenuta violazione di regole di forma o di procedura, il contenuto stesso dell'atto non aveva alternative"⁹³. Sebbene la tesi della possibilità, per l'Amministrazione di agire in via di autotutela, a fronte del provvedimento illegittimo, non sia più sostenibile, non sembra, comunque, possibile ravvisare nell'art. 21 *octies*, comma 2, in esame, una sanatoria *ex lege*, "poiché non appare logico ipotizzare una sanatoria determinata in via astratta, e valevole anche per il futuro, di tutti i provvedimenti che verranno assunti in violazione di norme sulla forma e sul procedimento"⁹⁴. Se così fosse, infatti, si "farebbe ricadere la fattispecie proprio nella costruzione dell'irregolarità", da un lato e, dall'altro, "la stessa contrasterebbe con il tenore letterale dell'art. 21 *octies*, il quale è ben fermo nello stabilire che l'atto, così assunto, è pur sempre stato emanato in violazione delle norme sul procedimento e sulla forma"⁹⁵. E' evidente, quindi, che tale provvedimento è illegittimo, perché "se altrimenti fosse (se cioè il provvedimento impugnato non fosse, nel caso concreto, illegittimo), il giudice dovrebbe ugualmente negare l'annullamento, ma perché l'atto non è viziato e perché dunque il ricorso è infondato. Tuttavia, se tale circostanza risultasse nel caso concreto, essa escluderebbe l' applicabilità della fattispecie normativa qui in esame, perché presupporrebbe che in realtà l'atto non sia stato assunto in violazione di norme sul procedimento o sulla sua forma. Diversamente da quanto potrebbe superficialmente apparire, proprio quest'ultimo rilievo porta a ritenere, già sulla base di

⁹³BERGONZINI, *ult. op. cit.*, 246

⁹⁴VOLPE, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, Dir. proc. amm., 2008, 331

⁹⁵VOLPE, *ult. op. cit.*, 331. Sulla illegittimità dell'atto adottato in violazione di norme formali e procedurali v. anche CORLETTI, *Vizi formali cit.*, 68; GALETTA, *Notazioni critiche sul nuovo art. 21 octies della l. n. 241/90*, Giustizia amministrativa, 2005, fasc. 1, 118-125; ROMANO TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della l. n. 241/1990*, Giustizia amministrativa, 2005, fasc. 1, 35-38

questa preliminare valutazione delle conseguenze inerente ad un inquadramento processualistico dell'art. 21 *octies*, che il limite all'annullamento poggia su ragioni inerenti al rito e non al merito della controversia”⁹⁶.

Data, dunque, l' accertata illegittimità del provvedimento assunto in violazione di norme formali e procedurali, parte di dottrina, al fine di evitare una dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 21 *octies*, comma 2, in esame, per contrarietà con l'art. 113 Cost., nella parte in cui dispone che *contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa e che tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti*, ha evidenziato la necessità di prevedere, nel caso di specie, una tutela risarcitoria sostitutiva rispetto a quella di annullamento⁹⁷.

⁹⁶VOLPE, *ult. op. cit.*, 335-336. L' Autore rileva, inoltre, che “le ragioni che giustificano il rigetto in rito del ricorso si caratterizzano perché esse in qualche modo presuppongono che il giudice, nell'avvalersene, abbia pur sempre accertato, positivamente, l'illegittimità dell'atto e, insieme, la fondatezza del gravame. O quanto meno l'abbia ipotizzata. Esse, dunque, assumono rilevanza, per così dire, quasi *in limine sententiae* e si dovrà procedere ad una scomposizione della domanda di annullamento nei suoi elementi costitutivi, quello di accertamento dell'illegittimità e quello costitutivo, per delineare una più compiuta raffigurazione della sentenza pronunciata dal giudice. Infatti, se una piena valutazione della conformità dell'atto al paradigma normativo potrà forse essere omessa, il giudice quanto meno dovrà indagare sulla natura vincolata del provvedimento impugnato e formarsi un' opinione circa il carattere palese della sua inevitabilità. Nelle ipotesi in cui trova applicazione il secondo periodo (cioè in quelle della omessa comunicazione di avvio del procedimento), il giudice dovrà inoltre compiere un giudizio sulla plausibilità delle dimostrazioni offerte dall'Amministrazione” (336,337). Per quanto riguarda la riconduzione della disposizione in esame ad un limite di carattere processuale v. anche RENNA, *ult. op.cit.*, 573-574

⁹⁷ RENNA, *ult. op. cit.*, 573-574: “In un giudizio a struttura impugnatoria, non ancora attrezzato per verificare compiutamente la correttezza sostanziale dei provvedimenti, l'irrelevanza della violazione di una norma sul procedimento amministrativo si traduce infatti in una limitazione di tutela che peraltro, quantomeno riguardo agli adempimenti previsti dalla legge quali garanzie per le parti del procedimento, sembra rispondere a un'idea malintesa di informalità dell'azione amministrativa. I formalismi, in realtà, andrebbero combattuti a monte, semplificando e riducendo agli adempimenti essenziali le forme procedurali stabilite dalle norme, anziché a valle, declassando la categoria di invalidità della violazione di legge finanche al cospetto di regole, come quella della comunicazione di avvio della procedura, che certamente non hanno soltanto un valore strumentale all'esito sostanziale del procedimento. Ai sensi della nuova disposizione, ad ogni modo, non appare venire meno l'illegittimità dei provvedimenti affetti da vizi esclusivamente procedurali o formali, sembrando venire meno solamente la loro annullabilità in giudizio (in tal senso, la non annullabilità non dovrebbe essere confusa con la mera irregolarità degli atti amministrativi). Ancora meno dunque la disposizione in esame è in grado di trasformare in omissioni o condotte lecite gli inadempimenti degli obblighi procedurali perpetrati dall'amministrazione procedente a danno delle parti della procedura; e ciò, si badi, non solo in relazione alla responsabilità civile della pubblica amministrazione, ma pure con riferimento alla responsabilità civile, amministrativa, nonché penale dei suoi funzionari (per fare un esempio, si pensi al reato di omissione di atti d'ufficio). Se si è ragionato correttamente, allora, nel caso di un provvedimento viziato esclusivamente a causa della violazione di un obbligo procedimentale, qualora sia palese o sia dimostrato in giudizio che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, il soggetto privato leso nel suo diritto procedurale non può ottenere l'annullamento del provvedimento medesimo ai sensi della nuova disposizione, ma tuttavia deve essere posto nella condizione di ottenere il risarcimento dei danni patiti in conseguenza di detta violazione. La tutela dei

Tale pretesa risarcitoria, quindi, non sembra riguardare la lesione arrecata al diritto di credito procedimentale in sé, ma la preclusione della possibilità di ottenere l'annullamento⁹⁸. A sostegno della tesi riportata, si è affermato che se suscettibile di essere risarcito fosse il diritto di credito procedimentale, la fattispecie dovrebbe configurarsi come un' ipotesi di risarcimento dell'interesse legittimo, che sembra doversi escludere, essendo, tale tutela "proponibile in via del tutto autonoma rispetto a quella di annullamento e che, soprattutto, già deve ritenersi riconosciuta al cittadino sulla base del sistema delle norme, a fianco di quella costitutiva"⁹⁹. Se, pertanto, il danno suscettibile di essere risarcito "non è conseguenza diretta dell'illegittimità dell' azione amministrativa, quanto dell' impossibilità, di ottenere *ex lege*, l'annullamento dell'atto viziato"¹⁰⁰, oggetto di risarcimento sembra essere la perdita, in capo al ricorrente, del c.d. *potere d'azione in concreto* e, cioè, la perdita del potere di ottenere una sentenza di merito da parte dell'organo giurisdizionale. Anche tale pretesa risarcitoria, tuttavia, sembra doversi escludere per mancanza di antiggiuridicità, essendo, tale limite, posto direttamente dalla legge¹⁰¹. Ciò non significa, però, che un danno non vi sia. Esso, infatti, è indubbiamente quantificabile, per i provvedimenti ablativi, "nel valore economico espresso dalla mancata soggezione agli effetti del provvedimento medesimo per il periodo di tempo che si sarebbe dovuto impiegare per assumerlo legittimamente e, in ogni caso, per tutto il periodo

diritti procedimentali è quindi compatibile con la regola della non annullabilità dei provvedimenti per vizi esclusivamente procedurali o formali. L'autonomia dell'azione risarcitoria per gli inadempimenti degli obblighi procedimentali rispetto all'azione di annullamento del provvedimento amministrativo, a ben vedere, esce persino rafforzata dalla disposizione legislativa di nuovo conio, così come più in generale esce rafforzata dalla nuova legge l'autonomia di tutte le azioni risarcitorie esperibili contro la pubblica amministrazione (anche di quelle finalizzate a ottenere il risarcimento dei danni c.d. da perdita di *chance*) rispetto alle nozioni di impugnazione dei provvedimenti ...La possibilità di un risarcimento autonomo dei danni causati dai comportamenti illeciti e dai provvedimenti illegittimi dell'amministrazione, una volta venuta meno la possibilità dell'annullamento dei provvedimenti viziati per ragioni esclusivamente procedurali e formali, sembra rappresentare, in verità, l'unico argomento su cui fare leva per salvare, se ci si riuscirà (il che comunque sembra improbabile e non appare auspicabile), la disposizione appena entrata in vigore dalle censure di illegittimità costituzionale – almeno da quelle per contrasto con l'art. 24, comma 1, l'art. 28 e l'art. 113, comma 1, Cost. – alle quali essa verrà inevitabilmente sottoposta".

Rilevano la possibile incostituzionalità della disposizione in esame anche BERGONZINI, *ult. op. cit.*, 254 s.; GALETTA, *ult. op. cit.*

A proposito dell'ammissibilità di forme di tutela alternative all'annullamento dell'atto, ammissibili ai sensi dello stesso art. 113 Cost. v. VOLPE, *ult. op. cit.*, 345 s.

⁹⁸ VOLPE, *ult. op. cit.*, 348

⁹⁹ VOLPE, *ult. op. cit.*, 365-366

¹⁰⁰ VOLPE, *ult. op. cit.*, 352. L' A. precisa che "queste forme di tutela *risarcitoria*, sostitutive dell' annullamento, non possono essere confuse con il regime risarcitorio dell'interesse legittimo perché, se così fosse, esse finirebbero per sovrapporsi ad una protezione che il sistema delle norme già riconosce al privato. Ma ciò porterebbe a negare uno degli impliciti limiti costituzionali, sopra richiamati, quanto alla possibilità per la legge di prevedere conseguenze sostitutive alla caducazione del provvedimento" (352).

¹⁰¹ Si è osservato, perciò, che il danno subito dal privato non può ritenersi antiggiuridico, "in quanto danno prodotto dalla stessa legge, esso è necessariamente *secundum ius*" (367).

necessario allo svolgimento del giudizio amministrativo. Nella distinta ipotesi in cui il provvedimento non risultasse rinnovabile”¹⁰² - “laddove la reiterazione del provvedimento non risultasse successivamente possibile, vuoi perché nel frattempo siano scaduti i termini entro cui l’atto potrebbe essere legittimamente emanato, vuoi perché, medio tempore, siano mancati i presupposti di fatto che ne giustificano la legittima emanazione”¹⁰³ – “il risarcimento del danno dovrebbe poi essere commisurato all’incidenza assoluta degli effetti del provvedimento, calcolata sulla base di tutta la loro durata”¹⁰⁴. Una pretesa risarcitoria non avrebbe ragione di essere esclusa neanche con riguardo alle ipotesi di diniego illegittimo di provvedimento favorevole, che pure potrebbe pensarsi come un fatto dell’Amministrazione, idoneo ad arrecare un pregiudizio, consistente nella perdita della possibilità, per il destinatario, di conseguire il risultato favorevole, “che è pur sempre una possibilità”¹⁰⁵.

Anche la tutela indennitaria, generalmente ammessa per i danni patrimoniali non illeciti, sembra doversi escludere, non essendo, nel caso di specie, espressamente prevista. Infatti, parte di dottrina ha evidenziato come tale tutela abbia, nell’ordinamento italiano, carattere

¹⁰²VOLPE, *ult. op. cit.*, 364

¹⁰³VOLPE, *ult. op. cit.*, 364

¹⁰⁴VOLPE, *ult. op. cit.*, 364

¹⁰⁵ MAGGIOLÒ, *Il risarcimento cit.*, 291. L’Autore rileva, infatti, come la risarcibilità del *danno meramente patrimoniale* consista “nell’insoddisfazione di un interesse creditorio. Il danno è qui provocato dall’inadempimento di un’obbligazione, e dove si faccia questione di una responsabilità, ovviamente contrattuale, del debitore, si deve riconoscere che il fatto del debitore, l’inadempimento o l’inesatto adempimento, è di per sé solo idoneo a provocare un danno meramente patrimoniale al creditore. E’ certo che anche nella responsabilità contrattuale si pone un problema di responsabilità per danni mediati e indiretti. Ma questa circostanza non esclude che un danno sia già racchiuso nella semplice insoddisfazione dell’aspettativa creditoria” (19 s.). L’A. afferma, inoltre, che “non diversamente da quanto accade nelle ipotesi di interferenza illecita in un rapporto obbligatorio o contrattuale, anche qui vi è un fatto ingiusto il quale impedisce il pieno conseguimento di un’utilità. Tale utilità si attegga diversamente secondo che l’interesse legittimo abbia natura oppositiva oppure pretensiva. Nel caso di interesse legittimo oppositivo, al privato interessa mantenere una situazione favorevole, conservando cioè una data realtà giuridica; nel caso di interesse legittimo pretensivo, invece, al privato interessa conseguire un risultato favorevole, mediante la modifica di una data realtà giuridica. Non è inutile sottolineare come l’utilità in questione sia patrimoniale, e va ripetuto che proprio questa caratteristica consente di classificare il danno all’interesse legittimo tra le pure perdite patrimoniali. La ripetizione da modo di aprire una breve parentesi, opportuna perché qualche precisazione va fatta in ordine alla eventualità che atti illegittimi della pubblica amministrazione incidano su beni della vita, ugualmente spettanti al privato, ma privi del connotato della patrimonialità. Il tema appare in dottrina e in giurisprudenza con riferimento per esempio al diritto di accesso ai documenti amministrativi, oppure agli interessi cosiddetti partecipativi. Ora, una eventuale lesione di interessi siffatti pone senz’altro un problema di responsabilità. Ma il problema alternativamente rifluisce, per la parte in cui il danno possa presentare un profilo patrimoniale, nell’interrogativo relativo alla pura perdita patrimoniale determinata dall’atto illegittimo; oppure, se tali interessi vengono presi in considerazione in modo isolato, il problema della responsabilità riguarda un danno non patrimoniale, e va risolto sulla base di quanto previsto all’art. 2059 c.c. Al di là di quest’ultimo caso, resta il fatto che quando l’atto illegittimo della pubblica amministrazione provoca un danno, il conseguimento da parte del privato di un bene della vita è impedito dal fatto di un soggetto, la pubblica amministrazione, che, se non proprio terzo, non è neppure un debitore da cui sia possibile pretendere una prestazione che realizzi l’utilità in questione” (34-36).

tipico¹⁰⁶ e anche se “si ammettesse l’esistenza di un principio indennitario generale, di matrice civilistica e costruito in ragione delle norme che disciplinano l’ingiustificato arricchimento, ugualmente di esso non potrebbe farsi applicazione quanto alla fattispecie, di diritto amministrativo, ora in esame. Detto principio, infatti, nell’approntare una sorta di riequilibrio tra due soggetti, presuppone necessariamente, da un lato, una diminuzione patrimoniale; dall’altro, una locupletazione. Questi due, tuttavia, sono elementi che non necessariamente ricorrono nelle ipotesi in cui trova applicazione il secondo comma dell’art. 21 *octies*. Non è detto, innanzitutto, che vi sia diminuzione patrimoniale nel destinatario del provvedimento, perché non tutti i provvedimenti sfavorevoli e impugnabili in ciò si traducono”¹⁰⁷. “Soprattutto, però, non è affatto detto che dal provvedimento non annullabile (ma viziato) segua necessariamente per l’Autorità amministrativa un arricchimento patrimoniale quantificabile”. Pertanto, “la riscontrata impossibilità di ammettere un indennizzo (..) in tutte le ipotesi di atto amministrativo, illegittimo ma non annullabile, portano ad escludere che l’art. 21 *octies* possa implicitamente contemplare una siffatta forma di tutela sostitutiva all’annullamento giurisdizionale”¹⁰⁸.

Concludendo, sembra potersi sostenere l’esistenza dei c.d. diritti di credito procedimentali, dato il danno configurabile in capo al privato per il mancato annullamento di un atto illegittimo. Tuttavia, considerata la mancanza di strumenti di tutela alternativi all’annullamento di teoria generale, sembra potersi sostenere l’illegittimità costituzionale dell’art. 21 *octies*, comma 2, in esame¹⁰⁹.

¹⁰⁶ MANFREDI, *Indennità e principio indennitario nel diritto amministrativo*, Torino 2003, 35 s.

¹⁰⁷ VOLPE, *ult. op. cit.*, 370. L’A. prosegue evidenziando come se “si pensi al caso della revoca, solo formalmente illegittima, di un’onoreficenza o di una carica onoraria (..) ben difficilmente sarebbe possibile ravvisare una diminuzione patrimoniale nel cittadino”.

¹⁰⁸ VOLPE, *ult. op. cit.*, 371. Infatti, “esemplificativamente, un’ordinanza di ripristino di un edificio costruito in assenza o in difformità da un titolo edilizio, sebbene sia ben in grado di diminuire il patrimonio del destinatario, tuttavia non provoca alcun arricchimento dell’Amministrazione che l’abbia emanata. In taluni casi, il provvedimento sfavorevole per il cittadino ben potrebbe rivelarsi economicamente dannoso per la stessa Amministrazione pubblica: così, nel caso in cui una stazione appaltante aggiudichi illegittimamente una gara ad un contraente che abbia presentato un’offerta economicamente più vantaggiosa di quella proposta da un altro concorrente postergato. Anche in questi casi, l’art. 21 *octies*, secondo comma, ben potrebbe trovare applicazione, ma l’assenza di un danno nell’Amministrazione non consentirebbe di ammettere alcun indennizzo, volto a ristabilire i rapporti economici tra le parti. La riscontrata impossibilità di ottenere un indennizzo, così caratterizzato, in tutte le ipotesi di atto amministrativo, illegittimo ma non annullabile, portano ad escludere che l’art. 21 *octies* possa implicitamente contemplare una siffatta forma di tutela sostitutiva all’annullamento di teoria generale”.

¹⁰⁹ BERGONZINI, *ult. op. cit.*, 256-258.: “Questa disposizione di legge, nelle ipotesi ivi disciplinate, pur non prevedendo forme di tutela alternative all’annullamento, esclude infatti la possibilità di ottenere dal Giudice amministrativo la tutela eliminativa di provvedimenti lesivi, in quanto inficiati da vizi di forma e di procedura, o emessi in violazione dell’art. 7 della l. n. 241, e ciò appare in contrasto con il comma secondo dell’art. 113 Cost., laddove espressamente stabilisce che la tutela giurisdizionale non può essere limitata a particolari mezzi di impugnazione, cioè a particolari motivi di ricorso. Né va dimenticato che l’art. 113 Cost.

7. L'interesse a ricorrere nel giudizio di "annullamento" del diniego di provvedimento. Riconducibilità dell'utilità derivante dall'accoglimento del ricorso alla dichiarazione di *esistenza* della soggezione. La *soggezione* come situazione giuridica soggettiva tutelata per mezzo del diritto di credito provvedimentoale.

Come noto, l'interesse ad agire e, cioè, l'utilità concreta derivante dall'accoglimento della domanda di parte, volta a soddisfare l'interesse sostanziale dell'attore, rimuovendo la lesione arrecata nella sua sfera giuridica¹¹⁰, trova fondamento, nel processo civile, nell'art. 100 c.p.c.. Tale disposizione e, dunque, la nozione civilistica di interesse ad agire, sembra trovare applicazione anche nel processo amministrativo, in forza dei richiami operati dagli artt. 38 e 39 c.p.a., sulla cui base si sono richiamati i sostenitori dell'impostazione soggettivistica del processo amministrativo, che hanno esteso i principi propri del processo civile anche al processo amministrativo¹¹¹. Secondo questi Autori, infatti, l'interesse a ricorrere integrerebbe, accanto alla legittimazione a ricorrere, un autonomo presupposto di trattabilità della causa nel merito¹¹². Infatti, mentre la legittimazione a ricorrere si identifica con il potere di costringere il giudice a rispondere nel merito della domanda¹¹³ ed

esclude anche le limitazioni della tutela giurisdizionale per determinate categorie di atti: da questo punto di vista l'illegittimità costituzionale dell'art. 21 *octies* emerge dunque anche sotto il profilo della limitazione stabilita nella tutela rispetto alla categoria dei provvedimenti vincolati"; VOLPE, *ult. op. cit.*, 224-225. L'Autore, afferma che le disposizioni in esame "sono decisamente a rischio di incostituzionalità. Esse mirano, infatti, a realizzare un superamento dei vizi del procedimento amministrativo come causa immediata e diretta di annullamento del provvedimento, senza proporre, tuttavia, alcuna alternativa sanzionatoria, che possa fungere da idoneo sostituto rispetto alla tutela di annullamento. Né esiste un'alternativa sanzionatoria – de iure condito – nel nostro attuale sistema di tutela giurisdizionale amministrativa. In questa prospettiva viene perciò vulnerato, evidentemente, quel principio di "immancabilità della tutela giurisdizionale" contro gli atti della Pubblica Amministrazione, che è stato più volte ribadito dalla Corte Costituzionale e che discende direttamente dagli artt. 24 e 113 della Costituzione"; FOLLIERI, *La giurisdizione del giudice amministrativo a seguito della sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004, n. 204 e dell'art. 21 octies della l. 7 agosto 1990, n. 241*, Giustizia amministrativa, 2005, fasc. 1, 86-91; ID., *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, Urb. e app., 2005, fasc. 6, 625 s.

¹¹⁰ CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processuale civile it.*, I, Roma, 1951, 348; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1941, 139; GARBAGNATI, *La sostituzione cit.*, 171; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1947, 161 s.; COSTA, *Interesse e legittimazione ad agire*, N. D. I., VII, 47

¹¹¹ DEL PRETE, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, Rass. dir. pubb., 1951, 84 s.; NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, I, Milano, 1960, 18; DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988, 130.

¹¹² Sull'interesse a ricorrere come situazione giuridica soggettiva v. GARBAGNATI, *La giurisdizione amministrativa (concetto e oggetto)*, Milano, 1950, 87.

¹¹³ GARBAGNATI, *La sostituzione cit.*, 100-101: "...va rilevato che l'azione è, concettualmente, un potere giuridico, il cui esercizio ha per effetto di porre concretamente in moto gli organi giurisdizionali; si deve escludere cioè che essa sia, essenzialmente, un diritto subiettivo, come afferma invece la maggioranza della dottrina. Ed invero, per sostenere che, anteriormente alla proposizione della domanda giudiziale costituente

ha, come presupposto, un interesse di fatto, dato dalla lesione concreta, personale e attuale, del diritto di cui il ricorrente afferma di essere titolare¹¹⁴; l'interesse a ricorrere sarebbe dato dall'utilità, conseguibile dal privato, per effetto della riparazione operata dalla sentenza del giudice amministrativo della lamentata lesione¹¹⁵. Tale nozione di interesse a

esercizio dell'azione, il soggetto titolare dell'azione sia, in quanto tale, titolare di un diritto subiettivo all'esercizio del potere giurisdizionale, in ordine ad un dato rapporto giuridico, occorrerebbe dimostrare che esiste un obbligo dello Stato, o dell'organo giurisdizionale competente, all'esercizio della funzione giurisdizionale in ordine al rapporto stesso, già prima che il soggetto dell'azione abbia manifestato, attraverso la sua istanza, la volontà di provocare al riguardo l'intervento dell'organo giurisdizionale. Al contrario, l'inesistenza di un siffatto obbligo risulta chiaramente dalle disposizioni legislative dianzi menzionate, ed in particolare dall'art. 112 cod. proc. civ.; infatti, dal divieto posto al giudice di pronunciare oltre i limiti della domanda è facile ricavare il principio, che senza la previa domanda del soggetto titolare del potere d'azione, l'organo giurisdizionale (o lo Stato impersonato nell'organo) non solo non è obbligato ad esercitare nei suoi confronti la funzione giurisdizionale, ma è viceversa *obbligato a non emanare* alcun provvedimento giurisdizionale in merito al rapporto giuridico oggetto (mediato) dell'azione (...).” “In conclusione, quindi, anteriormente alla proposizione della domanda giudiziale non esiste un diritto subiettivo all'esercizio della funzione giurisdizionale, ma soltanto il potere giuridico di provocare l'esercizio della funzione medesima; ed è precisamente in questo potere che deve ammettersi si risolva concettualmente l'azione, quanto meno se si vuole ritenere (e su questo punto ci sembra concorde la maggioranza della dottrina) che l'iniziativa del soggetto titolare dell'azione costituisca l'elemento propulsore necessario ai fini dell'esercizio, nell'ambito del processo, dell'attività giurisdizionale”.

¹¹⁴ GARBAGNATI, *Giurisdizione cit.*, 64-66 : “il ricorrente è titolare non di una mera azione, o di una azione pressoché pubblica o di un diritto puramente formale, ma di una azione costitutiva, avente per oggetto (mediato) un rapporto giuridico (sostanziale) potestativo. Il soggetto di un interesse legittimo, che proponga fondatamente ricorso al Consiglio di Stato, esercita quindi contemporaneamente due poteri giuridici: un potere di indole sostanziale, identico, per natura, ad es., al potere di chiedere l'annullamento del contratto (art. 1441 s. cod. civ.); ed il potere di provocare la pronuncia di un provvedimento, che dichiari giurisdizionalmente l'esistenza o l'inesistenza del potere anzidetto, e nell'ipotesi affermativa, l'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo, conseguente al suo esercizio. L'interesse del giudice ad ottenere l'emanazione del provvedimento siffatto è legato alla semplice affermazione della titolarità di un interesse legittimo, non all'effettiva esistenza di quest'ultimo interesse”. Aderisce a tale impostazione anche DOMENICHELLI, *Giurisdizione cit.*, 130 : “La verità è che l'interesse individuale, comunque esso sia configurato e protetto dall'ordinamento (...) non può essere compreso fra i requisiti dell'azione: l'azione è data, infatti, per interessi che si assumono e affermano protetti e di cui si vanti una lesione ingiusta, essendo proprio del giudice verificare l'esistenza della protezione e, specularmente, l'ingiustizia della lesione. L'affermazione della lesione di un interesse che assumiamo protetto è tutto ciò su cui possiamo appoggiare la sperimentalità dell'azione, appartenendo al merito della fondatezza dell'azione sia l'esistenza della lesione ingiusta, sia la stessa protezione dell'interesse”.

¹¹⁵ DEL PRETE, *ult. op. cit.*, 48 s., il quale, con riguardo all'impostazione riferita, afferma che “il diritto astratto di azione o di ricorso comporta dunque la perfetta corrispondenza del ricorso o dell'azione alla decisione o alla sentenza e non può, per il criterio teleologico che ispira questa concezione, presumere una decisione che non sia di accoglimento poiché solo l'accoglimento sancisce la ragione del ricorrente e quindi costituisce la riprova della validità della affermazione soggettiva del diritto di ricorrere. Questa meccanica dei concetti spiega come si sia potuto pervenire a conclusioni che, viste nella loro scarna sostanza, rivelano un valore molto limitato se pure ne hanno uno: esse, servono solo ai motivi di una rappresentazione ideologica e formale del ricorso ma non accolgono l'essenziale del fenomeno giuridico e non sono utilizzabili in tutti i casi in cui il ricorso è respinto perché i motivi addotti erano infondati. Quivi indubbiamente mancava il diritto a ricorrere ma non era mancato, viceversa, il potere di ricorrere, in funzione del quale l'indagine del giudice accertava la presenza di una situazione soggettiva favorevole alla prestazione giurisdizionale: in vero la dichiarazione d'invalidità dell'atto sta perfino a significare che l'indagine preventiva sull'esistenza dell'interesse a ricorrere ha sortito esito positivo giacché proprio il preliminare

ricorrere, tuttavia, non sembra applicabile con riguardo a una particolare categoria di atti e, in particolare, con riguardo alle ipotesi di diniego di provvedimento favorevole, in cui l' "annullamento" dell'atto non sembra ripristinare alcunché nella sfera giuridica del ricorrente. Infatti, non sembra potersi neanche sostenere che l'atto negativo produca una lesione nella sfera giuridica individuale, giacché la situazione giuridica soggettiva del privato (diritto soggettivo), al momento dell'emanazione dell'atto non è stata ancora costituita, ed, anzi, proprio l'atto mira a costituirlo¹¹⁶.

Non sembra, tuttavia, che l'interesse a ricorrere sia privo di rilievo nel processo amministrativo, come si potrebbe sostenere non distinguendo il contenuto del bene sostanziale protetto con l'interesse legittimo e l'utilità cui aspira il ricorrente attraverso l'accoglimento del ricorso¹¹⁷. Infatti, se tale distinzione non sussistesse, si dovrebbe affermare, da un lato, la possibilità di impugnare anche quelle categorie di atti che non sono ordinariamente impugnabili, appunto perché non producono lesioni dirette nella sfera giuridica dell'amministrato (come è il caso, sostanzialmente, della categoria degli atti amministrativi preparatori)¹¹⁸; e, dall'altro lato, si potrebbe affermare che legittimato ad agire nel processo amministrativo sia qualsiasi cittadino¹¹⁹. Sembra, quindi, che la nozione

accertamento di questo ha permesso l'ulteriore svolgimento del processo fino alla pronuncia. Questa necessaria inquadramento della nozione comune d'interesse a ricorrere nella concezione sostanziale del ricorso non è stata enunciata dalla giurisprudenza la quale mentre ha cercato di confermare nella sua prassi principi teorici di ordine generale ha poi indubbiamente intuito l'esistenza di un ostacolo all'applicazione pratica delle sue decisioni ed ha quindi tentato di ricondurre al momento antecedente al giudizio sulla validità dell'atto, la determinazione dell'interesse a ricorrere, definendolo nell'ambito di situazioni che si concretano nel vantaggio che potenzialmente può derivare dall'accoglimento del gravame. La soluzione, che è formulata in modo veramente significativo si mostra, però, inaccettabile per la contraddizione in termini della locuzione "vantaggio potenziale" riferita all'interesse giacché il vantaggio non può concepirsi che come utilità concreta, attuale e non ipotetica, oppure è semplicemente possibilità di vantaggio, cioè strumento per un ulteriore vantaggio, il che è ben lungi dall'essere rappresentato nella tendenza dottrinarie che abbiamo delineato; inoltre, il riferimento ad una valutazione soggettiva del vantaggio, male si adatta alla più corretta determinazione oggettiva che ormai concordemente si riconosce propria dell'interesse che è manifestamente accolta dagli stessi sostenitori della teoria oppugnata".

¹¹⁶ VOLPE, *ult. op. cit.*, 247; ID., *Le espropriazioni amministrative senza potere*, Padova, 1996, 329

¹¹⁷ PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo, l'accertamento del rapporto e l'esecuzione della sentenza*, II, Milano, 1962, 169; SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, 1983, 148 s.

¹¹⁸ VOLPE, *Espropriazioni cit.*, 329 nota 37

¹¹⁹ GARBAGNATI, *La sostituzione cit.*, 108-109 : "Secondo il CARNELUTTI, l'interesse tutelato mediante l'attribuzione alla parte del diritto all'esercizio della funzione giurisdizionale non sarebbe un interesse individuale, ma un interesse pubblico, comune, cioè alla parte ed a tutti gli altri cittadini, e precisamente l'interesse alla giusta composizione della lite: ma, modestamente, non riteniamo che l'opinione dell'illustre autore possa essere accolta. Invero, se l'interesse della parte all'emanazione di un determinato provvedimento giurisdizionale, per tutelare il quale il legislatore impone all'organo giurisdizionale competente di esplicare, ad istanza della parte stessa, la sua attività, non fosse diverso da quello di qualsiasi altro cittadino e se, di conseguenza, l'attività processuale della parte dovesse configurarsi come un esercizio privato di pubbliche funzioni, non si comprenderebbe perché il potere di provocare l'esercizio della funzione giurisdizionale, anziché essere riconosciuto a chiunque, sia normalmente attribuito .. soltanto al titolare del diritto fatto valere processualmente. Non giova infatti osservare al riguardo, che il conferimento dell'azione

di interesse a ricorrere assuma un significato diverso nel processo amministrativo rispetto al processo civile¹²⁰. Parte di dottrina, infatti, ha ricondotto la rilevanza dell'interesse a

al titolare del diritto litigioso è giustificato bensì dal fatto che la sua attività è stimolata da un interesse concomitante all'interesse pubblico, ma che tale interesse non è tuttavia che uno "stimolo che la società sfrutta, in quanto fra gli altri stimoli lo reputi più idoneo per il raggiungimento dei propri fini": poiché ciò potrebbe tutt'al più dar ragione dell'attribuzione del potere di azione e del diritto verso l'organo giurisdizionale scaturente dal suo esercizio al titolare del diritto litigioso, non già spiegare – se le premesse carnellutiane fossero esatte – perché l'azione non sia riconosciuta a qualunque soggetto che, senza esser titolare del diritto litigioso, invochi rispetto ad esso l'intervento dell'organo giurisdizionale, quale portatore del pubblico interesse alla giusta composizione delle liti!"

¹²⁰ Anche per l'azione costitutiva, infatti, parte di dottrina ha rilevato come "l'interesse .. sussista *in re ipsa*, perché, per definizione, la pronuncia del giudice sarebbe in grado di riparare la lesione arrecata" (VOLPE, *Norme di relazione cit.*, 248-249); ATTARDI, *L'interesse a agire*, Padova, 1953, 265-266: "In particolare, l'interesse a ricorrere non può essere ricollegato alla violazione della norma giuridica indirizzantesi alla P. A. (*id est*, alla illegittimità dell'atto impugnato) posto che tale violazione ha valore di fatto costitutivo dello stesso diritto fatto valere dal ricorrente. D'altro canto, un punto concordemente ammesso (che distingue l'interesse legittimo e l'interesse a ricorrere) e, nello stesso tempo, necessario postulato di qualsiasi ricerca teorica dell'interesse ad agire, è, come si è visto, che detto interesse debba essere qualcosa di diverso dal diritto fatto valere o, come si dice, dall'interesse sostanziale al conseguimento del bene che costituisce il nucleo del diritto soggettivo. Pertanto, sarebbe erroneo richiamare il principio dell'interesse ad agire allorché si discuta se il ricorrente abbia o meno interesse all'annullamento dell'atto impugnato: una tale ricerca riguarderebbe lo stesso interesse sostanziale, sottostante al diritto soggettivo fatto valere, cioè l'interesse al risultato (=annullamento dell'atto) oggetto di tale diritto. (...) L'art. 100, in conclusione, non trova applicazione nel processo (costitutivo) amministrativo ..". Tale Autore, tuttavia, non ritiene che nei processi di mero accertamento l'interesse ad agire sia *in re ipsa*. Tale posizione sembra doversi ricondurre all'individuazione dell'oggetto del processo nell'accertamento del diritto, come nel processo civile. L' A., infatti, dopo aver rilevato come nel processo amministrativo di accertamento, ammissibile solo in ipotesi eccezionali, la competenza giurisdizionale sia del giudice ordinario, rileva che "quando si domanda 'accertamento della nullità di un atto, null'altro si chiede , e si può chiedere, se non all'accertamento che il proprietario di un dato bene è pur sempre il soggetto espropriato e non la P. A.; nell'ipotesi di nullità di un atto di nomina la declaratoria riguarderà l'inesistenza del diritto che sarebbe stato in capo al vincitore del concorso" (274). Quanto al processo civile si è affermato, che "dottrina e giurisprudenza affermano .. che l'interesse ad agire sorge da uno stato di incertezza circa l'esistenza o inesistenza del diritto fatto valere: incertezza che – si precisa sulle orme dell'insegnamento chiovendiano – non deve essere interna ad un soggetto, ma obbiettiva nel senso che deve manifestarsi in fatti esteriori tali da rendere incerta la volontà concreta della legge alla mente di ogni persona normale. Non ci sembra dubbio ora che, qualora si accetti l'interpretazione tradizionale dell'art. 100, esattamente si individui nello stato di incertezza il fatto costitutivo dell'interesse ad agire; si consideri, infatti, che ogni diritto, in sé e per sé considerato, è un bene che soddisfa un interesse economico o morale di chi ne sia titolare nell'ambito della società e che l'incertezza intacca e diminuisce il suo valore e quindi è causa di un danno per l'avente diritto: danno che può profilarsi in concreto in vario modo (...) E pertanto si può ben dire che l'incertezza rappresenta una causa di turbamento del diritto e può rientrare in un concetto di lesione in senso lato del diritto. E' del pari certo che lo stato di incertezza opera ed è valutabile su un piano diverso da quello su cui si discute dell'esistenza stessa del diritto soggettivo e, quindi, che esso si pone, accanto all'esistenza (o all'affermazione dell'esistenza) del diritto, come autonomo presupposto del processo di mero accertamento. Ciò posto, ci sembra di poter affermare che l'art. 100 – inteso secondo l'interpretazione tradizionale – trova applicazione nel processo di mero accertamento: più precisamente, che condizione (di fondatezza o di ammissibilità) della domanda rivolta ad ottenere una sentenza di mero accertamento è un o stato di incertezza circa l'esistenza del diritto fatto valere" (158-159). "Si deve .. affermare che può darsi incertezza circa la esistenza del diritto, vale a dire sussistere l'interesse ad agire, indipendentemente da una contestazione dell'obbligato e quindi anche nell'ipotesi di riconoscimento da parte di costui dell'altrui diritto. (...) Di massima uno stato di incertezza sussisterà : a) nell'ipotesi di contestazione pubblica o privata , dell'esistenza del diritto da parte dell'obbligato – ed è il caso più frequente – ovvero di un terzo; b) nell'ipotesi in cui si diano situazioni giuridiche apparenti perché fondate su un atto o

ricorrere alla sua idoneità a individuare l' unico soggetto beneficiario della concreta volontà di legge, oggetto del processo. Ciò è evidente se si considera che questo medesimo soggetto, manifestando la volontà di rinunciare al provvedimento giurisdizionale invocato, può determinare l'estinzione dell'obbligo dell'organo giurisdizionale al concreto svolgimento della sua attività, non solo nei propri confronti, ma anche nei confronti dello Stato¹²¹. Pertanto, il fatto che l'ordinamento riconosca al destinatario dell'atto negativo la possibilità di instaurare un rapporto processuale, consente di sostenere che solo tale soggetto possa ottenere un'utilità dal provvedimento favorevole del giudice, "colta indipendentemente dal fatto che essa sia idonea, oppure no, a dare protezione ad un'ipotetica lesione della sfera giuridica dell'amministrato"¹²². Infatti, attraverso la sentenza di "annullamento" del diniego, il privato scongiura la possibilità di vedersi definitivamente precluso il conseguimento del provvedimento vantaggioso che aveva richiesto, posto che l'Amministrazione, a seguito dell' "annullamento", dovrà riesaminare le circostanze che determinano il rilascio del provvedimento positivo favorevole.

Espunto, dunque, l'elemento restaurativo "dalla nozione di interesse a ricorrere, è quindi ragionevole opinare, almeno su un piano astratto, che i due concetti di lesione dell'interesse sostanziale (quale fattore legittimante all'azione) e d'interesse a ricorrere siano, in realtà, coincidenti. E poiché la lesione dell'interesse sostanziale del privato vale, nel processo amministrativo, ad individuare il portatore del potere di legittimazione, è, allora, giocoforza affermare che anche la nozione di interesse a ricorrere venga assorbita, in definitiva, in quella stessa di legittimazione"¹²³. Se, dunque, l'utilità della sentenza di

su un fatto che non esiste o è nullo; c) nell'ipotesi in cui si dia oscurità o equivocità del significato di un precetto, sia questo o meno di origine contrattuale; d) nell'ipotesi di inadempimento, qualora si prolunghi nel tempo, di un'obbligazione (..) Si deve ancora sottolineare che l'incertezza p condizione necessaria e sufficiente per il sorgere dell'interesse ad agire; null'altro dovrà quindi l'attore affermare e provare che l'esistenza di un tale stato di incertezza e non anche come si profili in concreto il danno che gliene è derivato" (161-163).

¹²¹ GARBAGNATI, *La giurisdizione cit.*, 20; ID., *La sostituzione cit.*, 111; ATTARDI, *ult. op. cit.*, 303 : "...presupposto peculiare del processo di mero accertamento è, a norma dell'art. 100, uno stato di incertezza circa l'esistenza o inesistenza di un diritto soggettivo e cioè il processo di mero accertamento ha lo scopo di eliminare quella situazione di turbamento della vita di un diritto soggettivo che è data dall'incertezza circa l'esistenza del diritto stesso".

¹²² VOLPE, *ult. op. cit.*, 330

¹²³ VOLPE, *Norme di relazione cit.*, 247. Prima ancora v. GUICCIARDI., *Postilla*, Giur. It., III, 1947, 120: "Quando .. la legge attribuisce, sotto determinate condizioni, al cittadino il potere di produrre un mutamento nella situazione giuridica esistente mediante la pronuncia del giudice che annulla o revoca l'atto amministrativo impugnato, è chiaro che il potere attribuito dalle legge non può realizzarsi altrimenti che mediante la sentenza del giudice, e che pertanto l'interesse a ricorrere risulta implicitamente, ma necessariamente assorbito nell'attribuzione del potere di ricorrere. L'interesse a ricorrere pertanto non mancherà mai là dove vi siano il requisito soggettivo della legittimazione al ricorso e quello oggettivo dell'impugnabilità dell'atto amministrativo; ivi esso sarà *in re ipsa*, sì che la sua nozione perde nel processo amministrativo ogni rilevanza giuridica, ed il problema della sussistenza, in una determinata specie,

accoglimento del ricorso è data dalla sentenza in sé e se si considera l' "annullamento" del diniego come una sentenza meramente dichiarativa dell'inadempimento del dovere di pronuncia, non sembra inappropriato ricondurre l'utilità cui il privato aspira attraverso questo mezzo di tutela giurisdizionale alla dichiarazione di *esistenza* della soggezione stessa¹²⁴. Con l' "annullamento" del diniego, infatti, il privato sarà nuovamente soggetto all'esercizio del potere e agli effetti giuridici, da lui predeterminati con la richiesta di emanazione di un provvedimento. Egli, dunque, a seguito dell' "annullamento", potrà sperare di nuovo di ottenere il provvedimento vantaggioso aspirato. E proprio per il rinnovato riconoscimento di questa possibilità, sembra potersi ravvisare, nella soggezione, una vera e propria situazione giuridica soggettiva, tutelata per mezzo "della previsione di un diritto di credito all'esercizio del potere provvedimentale", che "in questo caso, è diretta proprio a tutelare il privato dall'eventualità che questi effetti non si producano"¹²⁵. E "anche quando il provvedimento non sia conforme all'istanza del privato (ad esempio, quando l'autorizzazione risulti limitata, condizionata od onerata)", o "nell'ipotesi di provvedimenti diminutivi della sfera giuridica del cittadino, l'ipotizzato diritto di credito, nell'imporre una determinata prestazione provvedimentale all'Amministrazione, è diretto proprio ad evitare che gli effetti dell'atto non si producano, ovvero che si producano in modo meno consistente di quanto l'Amministrazione sarebbe in grado di operare, di talché il diritto di credito ha ragione di sussistere proprio solo in quanto coesista la soggezione agli effetti del provvedimento, le cui conseguenze si vuole limitare o non appesantire"¹²⁶. Sembra possibile, quindi, scorgere – non solo nei procedimenti ad istanza di parte, ma in tutti i casi in cui alla situazione giuridica soggettiva del privato sia contrapposto l'esercizio

dell'interesse a ricorrere si risolverà, volta a volta, in un problema di sussistenza della legittimazione del cittadino al ricorso o di impugnabilità del provvedimento amministrativo".

¹²⁴ Sembra giungere a queste conclusioni SCOCA, *Il silenzio cit.*, 154-155: "Non può configurarsi pertanto alcuna relazione complanare tra l'interesse finale (privato) e il potere dell'Amministrazione: l'interesse finale rileva solo rispetto ai risultati dell'esercizio del potere, in quanto può essere elevato ad interesse riconosciuto (mediante creazione di una nuova situazione giuridica soggettiva), ridotto ad interesse non riconosciuto (mediante estinzione di una preesistente situazione giuridica soggettiva), modificato nel suo modo di essere giuridico (mediante modificazione della preesistente situazione giuridica soggettiva). Le situazioni soggettive create, estinte o modificate dal potere amministrativo sono, almeno in generale, del tipo dei diritti soggettivi: è pertanto vero che il potere unilaterale dell'Amministrazione incide nei diritti soggettivi, riconoscendoli o disconoscendoli, senza tuttavia violarli. Altrettanto vero è che l'interesse legittimo è coordinato con il diritto soggettivo: non però nel senso che questo sia il presupposto di quello, ma nel senso che il primo, in quanto strumentale all'interesse finale (che è diritto soggettivo prima e può esserlo dopo che sia stato adottato, con l'esercizio del potere disciplinare, un nuovo assetto di interessi), è in definitiva diretto ad assicurare una tutela strumentale (e dinamica) del diritto soggettivo nei confronti della azione pubblica dell'Amministrazione".

¹²⁵ VOLPE, *ult. op. cit.*, 273

¹²⁶ VOLPE, *ult. op. cit.*, 273 -274

del potere provvedimentale – una “dualità di figure giuridiche soggettive”¹²⁷, tra loro correlate, poiché “il potere produce effetti giuridici nella sfera giuridica di colui che è titolare della soggezione e, al contrario, la soggezione è rivolta all’esercizio dell’ altrui potere”¹²⁸.

8. Segue: l’ *aspettativa* come situazione giuridica soggettiva “*preliminare*” e la *soggezione* come situazione giuridica soggettiva “*definitiva*”. Il diniego di provvedimento come “fatto estintivo”: impossibilità della soggezione come *effetto riflesso* dell’ adempimento del dovere di pronuncia.

Al fine di definire le situazioni giuridiche soggettive del privato, a fronte del potere provvedimentale amministrativo, se si segue la teoria ipotetica della norma e dell’atto giuridico, sembra necessario orientare l’indagine sugli elementi che concorrono a formare

¹²⁷ Individua esplicitamente nella soggezione un’ autonoma situazione giuridica soggettiva VOLPE, *ult. op. cit.*, 130 nota 87; SCOCA, *ult. op. cit.*, 156 : “Relazione, quanto all’ oggetto, può invece riconoscersi tra l’ interesse legittimo e il potere dell’ Amministrazione, ambedue situazioni soggettive: se si vuole, si può pertanto affermare che l’ interesse legittimo e il potere si inscrivono nel medesimo rapporto giuridico, al quale si può dare il nome di rapporto amministrativo”. Tradizionalmente, l’ interesse legittimo è sempre stato connesso alla possibilità, per il privato, di opporsi alla produzione di effetti giuridici ovvero di pretendere che l’ esercizio del potere avvenga nel senso desiderato. In tal senso v. CASSARINO, *Le situazioni cit.*, 233 s.; GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, 1990, 9. La considerazione della soggezione come interesse legittimo può ravvisarsi, invece, in LEDDA, *Polemichetta breve intorno all’ interesse legittimo*, Scritti giuridici, Padova, 2002, 532; IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi: il sindacato sul comportamento della p.a. nella giurisdizione sul pubblico impiego*, Napoli, 1984, 237-238.

Diversa, invece, è l’ ipotesi in cui taluno sia titolare di poteri propri v. VOLPE, *ult. op. cit.*, 23-24 nota 51: “I casi in cui è ipotizzabile che taluno sia titolare di soggezione all’ esercizio di poteri propri sono, in verità, poco visibili e, forse, potrebbero essere persino contestati. Ma poiché avviene, non infrequentemente, che taluno, esercitando un proprio potere e, dunque, adottando un atto giuridico, modifichi la propria sfera giuridica, non è, forse, inappropriato, ravvisare in questi casi una corrispondente figura giuridica di soggezione, la quale, pertanto, viene a configurarsi rispetto al potere in sé e non rispetto a colui che ne è titolare. (..) Non si nasconde, tuttavia, che tale nozione di soggezione potrebbe essere considerata troppo ampia, sì da giustificare una riduzione della categoria alle sole ipotesi in cui la soggezione stessa si pone rispetto all’ esercizio di un potere altrui. Ciò, soprattutto, ove si cogliesse il *proprium* della soggezione, più che nell’ attesa della produzione degli effetti giuridici, nella inevitabilità di tale produzione, in capo a chi sia titolare della soggezione stessa. Con il che sarebbe difficile riconoscere una soggezione alla produzione degli effetti giuridici disposti con un atto proprio di quel medesimo soggetto che li subisce. Seguendo un tale ragionamento, perciò, la soggezione acquisirebbe un significato più ristretto di quello di mera imputabilità degli effetti, che, da taluno, potrebbe essere considerata implicita nello stesso fatto che il potere costituisce una forza di produrre effetti giuridici. Pur contribuendo a rendere una nozione di soggezione più delimitata, quest’ impostazione, tuttavia, finirebbe per azzerare lo stesso concetto di imputabilità degli effetti, il quale, invece, non sembra potersi trascurare. E’ vero, infatti, che non vi è ragione di prevedere la produzione degli effetti giuridici, se questi non fossero in grado di imputarsi in capo ad un soggetto determinato; ma l’ individuazione di tale soggetto (che non appartiene, di per sé, alla natura del potere) si riterrà consistere in un elemento della fattispecie presupposta all’ esercizio del potere e, perciò, ad essa estranea”.

¹²⁸ VOLPE, *ult. op. cit.*, 24

la fattispecie giuridica presupposta¹²⁹, poiché, a seconda della composizione di quest'ultima, si producono diverse conseguenze giuridiche e, quindi, diverse situazioni giuridiche soggettive¹³⁰.

Non vi è dubbio che il potere viene esercitato nei confronti del titolare di una soggezione, che si concretizza, sostanzialmente, quando l'Amministrazione riconduce ad un determinato soggetto un certo *status*, dato da una valutazione di idoneità, del medesimo soggetto, ad essere destinatario di effetti giuridici determinati¹³¹. Ciò non significa, però, che il soggetto, prima di essere qualificato, non sia titolare di alcuna situazione giuridica soggettiva suscettibile di essere tutelata. Egli, infatti, trovandosi in una situazione di *attesa* all'acquisizione di una situazione giuridica soggettiva di vantaggio, sembra essere titolare di un' *aspettativa* all'acquisizione del provvedimento favorevole, in forza della quale l'ordinamento gli riconosce la possibilità di compiere tutti quegli atti destinati alla garanzia del suo futuro credito¹³².

¹²⁹ Per fattispecie giuridica presupposta si intende “quell'insieme di fatti storici e di qualificazioni soggettive e oggettive che sono presupposti dal precetto (o dall'atto) ai fini della produzione dei propri effetti giuridici conseguenti, in quanto l'insieme di tali fatti e di tali qualificazioni giustifica razionalmente o consente strutturalmente la produzione degli effetti stessi”. VOLPE, *ult. op. cit.*, 119-120

¹³⁰ SCOCA, *Contributo cit.*, 67-68 : “...ogni fattispecie è tale rispetto alla norma cui inerisce, per cui, a seconda della norma considerata essa varia estensione e dimensioni. Se a questo punto consideriamo che uno stesso fatto concreto può essere oggetto di descrizione con riferimento a più fattispecie normative, troviamo che uno stesso fatto descritto, o, meglio, la descrizione di uno stesso fatto, può insieme esaurire una fattispecie ed essere soltanto parte di una diversa fattispecie. E' qui che la dottrina parla di «principio della relatività della fattispecie», intendendo, per la verità non sempre e non concordemente, che l'estensione della fattispecie è relativa alla norma che si prende in considerazione. Deriva da quanto detto che, data una certa fattispecie, non sono distinguibili nel suo seno entità aventi una individualità giuridica, e, d'altro canto, non può includersi la fattispecie stessa in complessi condizionanti più vasti senza che essa perda la sua giuridica individualità, cessando di essere, nelle sue dimensioni ridotte, appunto una fattispecie. In definitiva può dirsi che non si danno una nozione rigida ed una nozione fissa di fattispecie, che possono valere staccate dal preciso riferimento ad una data norma. E' vero invece che, posta una norma, tutto ciò che concorre a formare l'ipotesi condizionante, rientra nella fattispecie; tutto ciò che vi è estraneo, ne resta al di fuori”.

¹³¹ Per “*status* propriamente detti” si intendono le “qualificazioni degli elementi soggettivi od oggettivi della fattispecie presupposta – si tratta quindi degli elementi strutturali della fattispecie medesima”. (VOLPE, *ult. op. cit.*, 130-131 nota 87).

¹³² FALZEA, *La condizione cit.*, 209-210: “La struttura dell'aspettativa condizionale va definita nel modo seguente. Non appena si perfeziona l'atto, i contraenti vengono investiti nella posizione di destinatari degli effetti condizionati, distinguendosi da tutti i terzi, per ciò che essi, ed essi soltanto, sono legittimati a divenire titolari delle conseguenze giuridiche momentaneamente sospese. L'aspettativa si atteggia quindi in primo luogo come relazione di un soggetto con una serie di effetti (...). Ma questo profilo non esaurisce tutti i caratteri dell'aspettativa. Invero la posizione preliminare dei soggetti, in quanto efficacia potenziale, riflette specularmente il contenuto del rapporto condizionato: e come in questo rapporto ed il correlativo obbligo risultano collegati da reciproche relazioni, egualmente risultano collegate l'aspettativa del diritto e l'aspettativa dell'obbligo nella situazione preliminare. Durante il periodo della pendenza esiste dunque una situazione giuridica formata dalle reciproche aspettative dei destinatari. Essa tuttavia assume la struttura di rapporto giuridico solo quando la semplice posizione di attesa si arricchisce di poteri, diritti, facoltà, obblighi, stati di soggezione e via dicendo, destinati a garantire l'aspettativa dei soggetti”. Contra GULLO, *Provvedimento e contratto cit.*, 111-113 : “ L'uso del termine diritto potenziale, al fine di qualificare una

L'attività normativa di qualificazione, infatti, sembra potersi sostanziare non solo in un "riconoscimento", ad opera dell'Amministrazione, attraverso un atto formale¹³³, ma anche

fattispecie complessa che si articola nel caso in due elementi – una situazione giuridica preesistente e in sé autonoma, e un atto amministrativo (di ammissione) che con il suo successivo compiersi in combinazione con il primo elemento dà luogo alla produzione di determinati effetti – non soltanto va respinto preliminarmente per l'intrinseca erroneità che lo vizia, ma giudicato contrario ai principi regolatori della genesi di qualunque situazione giuridica, che si concreta sempre in un solo momento. Nel momento della perfezione della fattispecie, anteriormente al quale la situazione manca. Gli effetti risultanti dall'attuazione di tutti gli elementi della fattispecie complessa vanno riferiti solo a questa nella sua totalità e non possono attribuirsi, neppure come parziali, all'elemento che si pone cronologicamente come anteriore. Né, di converso, relativamente ad un momento in cui si configuri come esistente solo questo elemento – antecedentemente, cioè, al venire in esistenza dell'elemento temporalmente posteriore o, comunque, di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie – può ritenersi esistente la situazione finale sia pure in misura quantitativamente incompleta, o come frazione di diritto, o in forma embrionale, o, in fine, quale germe di diritto. Alla situazione giuridica preesistente al secondo elemento della fattispecie complessa – sia nel caso, che in via generale – può essere riconosciuto qualche (ma diverso) rilievo. Ma non v'è luogo relativamente ad essa a figure giuridiche di diritto o, quanto meno, a quel diritto soggettivo che si pretende potenzialmente esistente. Sicché in ogni caso, rispetto a questo, rimane non configurabile un fenomeno evolutivo o di mutamento del medesimo dallo stato di potenzialità a quello di esistenza effettiva o attuale e va invece individuata, al riguardo, una fattispecie costitutiva (in senso proprio) di una situazione di diritto soggettivo che, nella sua entità ed identità, anteriormente non aveva esistenza”.

Per quanto riguarda la nozione di aspettativa v. anche RUBINO, *La fattispecie cit.*, 302-303 : “..occorre preventivamente delimitare il campo entro cui il termine aspettativa può essere correttamente adoperato. Si tratta infatti di un vocabolo comune al linguaggio tecnico-giuridico ed al linguaggio extragiuridico: e non di rado il secondo influenza il primo, facendo adoperare sul terreno giuridico il termine aspettativa per situazioni, da cui esso deve rimanere decisamente escluso. La confusione terminologica non è, per se stessa, una confusione di concetti, ma può sempre condurvi. Or dunque – senza esaminare per il momento quale valore giuridico possa attribuirsi all'aspettativa -, diciamo che per aspettativa può intendersi solo un *quid* che sorge durante il processo di formazione della fattispecie. Tutto ciò che cronologicamente sta prima e dopo non rientra nel concetto di aspettativa. Prima che la formazione della fattispecie sia iniziata, non può ancora parlarsi di aspettativa, ma può aversi solo una speranza amorfa, un fenomeno meramente psicologico, che si sottrae *a priori* ad una valutazioni giuridica: e nell'argomento è essenziale porre una netta distinzione fra aspettativa e mera speranza, non particolarmente qualificata; la distinzione terminologica risponde ad una essenziale distinzione di concetti (..) Per converso, dopo che la fattispecie si sia ormai completata, non può più parlarsi di aspettativa: in tale momento l'aspettativa è ormai estinta, perché sono sorti gli effetti definitivi; in particolare, è sorto il diritto subbiettivo, al cui acquisto l'aspettativa generalmente si riferisce (..) L'aspettativa, dunque, è un *quid* che sorge durante il processo di formazione della fattispecie (e si riferisce agli effetti definitivi vantaggiosi, che si produrranno al completarsi della fattispecie). Ma non qualsiasi stadio di formazione della fattispecie è sufficiente perché sorga un'aspettativa, distinta da una mera speranza non particolarmente qualificata: non basta, cioè, che sia realizzato un qualsiasi elemento della fattispecie. L'aspettativa si riferisce agli elementi definitivi; e pertanto non può sorgere se non dal momento in cui si sia in grado di conoscere la individualità degli effetti, che potranno sorgere in prosieguo: non si dà aspettativa di un *quid*, di cui non si conosce ancora l'individualità. Ma in qualsiasi fattispecie (concreta) ... solo alcuni elementi sono rilevanti per la specificazione dell'effetto (definitivo), e quindi idonei a porre in grado di conoscere la individualità dell'effetto (che si produrrà al completarsi della fattispecie); e nelle fattispecie negoziali, l'unico elemento rilevante per la specificazione dell'effetto è la manifestazione di volontà”.

¹³³ FALZEA, *ult. op. cit.*, 68-70 : “Affinché abbia luogo la qualificazione della situazione di fatto che determina il sorgere del soggetto giuridico, il diritto può richiederne, però, accanto ad altri elementi specificamente determinati volta per volta, in alcuni casi, anche il riconoscimento (materiale) da parte dello Stato. (...) In questi casi è evidente che il riconoscimento costituisce un presupposto di qualificazione nei confronti della fattispecie soggettiva, e quindi appartiene alla zona del fatto e non della norma, e sta sullo stesso piano degli altri elementi richiesti dal diritto per il conferimento di personalità giuridica. La considerazione che il riconoscimento in tal senso può costituire di per sé un atto giuridico, che talora assume

attraverso un c.d. *riconoscimento formale* o *qualificazione giuridica in senso stretto*¹³⁴, per cui “nel momento stesso in cui si perfeziona una situazione di fatto secondo il corrispondente schema normativo”, il diritto passa “dallo stadio di pura virtualità a quello della effettualità”¹³⁵. Il soggetto, quindi, in queste ipotesi, riceve una qualificazione giuridica in quanto viene “riconosciuto giuridicamente da una norma che lo ipotizzi”¹³⁶. In altri termini, “in questo primo momento la situazione di fatto, per il semplice motivo della realizzazione secondo lo schema ipotizzato nella norma, assume una *rilevanza giuridica*, attuandosi così il passaggio dalla situazione di fatto alla fattispecie giuridica, intesa quest’ultima come *situazione di fatto normativamente qualificata ed avente l’attitudine a valere come punto di riferimento di conseguenze giuridiche*”¹³⁷. Tale qualificazione può, talvolta, avvenire anche implicitamente, potendosi “dedurre dal modo con cui l’ordinamento giuridico considera una fattispecie nel sistema dei fenomeni giuridici”¹³⁸. Ciò sembra verificarsi, sostanzialmente, proprio nelle ipotesi in cui il privato sia in una

anche la forma di legge (formale), nessuna obiezione può far sorgere contro la nostra definizione, perché qualsiasi elemento giuridico e non giuridico, richiesto dalla norma per il perfezionamento della situazione di fatto, sotto questo profilo, viene in considerazione come elemento materiale. (...) Anche in questa seconda accezione sono irrilevanti le discussioni circa la natura costitutiva, dichiarativa o confermativa del riconoscimento, perché essendo richiesto dalla norma come elemento essenziale per il conferimento della personalità giuridica agli enti collettivi, è da considerare come elemento costitutivo allo stesso titolo di tutti gli altri elementi strutturali, impedendo la sua mancanza il perfezionarsi della fattispecie soggettiva: la considerazione che tale riconoscimento non appartiene al nucleo fondamentale di tale fattispecie, ma è ad esso esterno, ci induce a definirlo come presupposto di qualificazione”.

¹³⁴ FALZEA, *Il soggetto cit.*, 27 : “Perché una fattispecie esista nel mondo del diritto è necessario, infatti, solo che la situazione di fatto corrispondente penetri nel sistema dei fenomeni giuridici, che le sia attribuita cioè una *forma juris*, e tale forma è data dal riconoscimento formale e non dal ricollegamento delle conseguenze : il fatto è quindi giuridico non in quanto possiede efficacia, ma in quanto venga riconosciuto giuridicamente da una norma che lo ipotizzi. La rilevanza però deve intendersi non solo come forma generale che permette di distinguere le fattispecie giuridiche dai fenomeni che non posseggono tale qualifica, ma anche in senso costruttivo, cioè come *forma particolare*, come *posizione che nel diritto compete ad una determinata fattispecie*: è su questo significato della rilevanza che si deve fermare la nostra attenzione, perché è in esso che si determina quella forma giuridica particolare del fatto con cui si definisce l’aspetto e la funzione che esso assume nel diritto”. Quindi, “il riconoscimento formale è strettamente collegato al secondo momento del processo qualificativo, perché è concesso in relazione alle conseguenze giuridiche predisposte dalla norma: esso infatti non è che un momento di una attività normativa unitaria, che si fraziona solo quando intervenga una forza estranea (fatto impeditivo) che ne interrompa il normale svolgimento. Ma la rilevanza, che designa anche l’attitudine della fattispecie ad avere ricondotte conseguenze giuridiche, in ogni caso precede, logicamente, il loro collegamento effettivo, cosicché la fattispecie si perfeziona come fenomeno giuridico prima ed indipendentemente dal momento della efficacia. E ciò ha luogo non solo da un punto di vista logico, ma anche storicamente, perché può esistere un fenomeno giuridico inefficace, per il quale cioè un fatto impeditivo ostacoli il collegamento di conseguenze giuridiche. Ne consegue che per la esistenza giuridica di un fenomeno è elemento necessario e sufficiente il riconoscimento formale, e non anche la efficacia” (26-27).

¹³⁵ FALZEA, *ult. op. cit.*, 25

¹³⁶ FALZEA, *ult. op. cit.*, 28

¹³⁷ FALZEA, *ult. op. cit.*, 25-26

¹³⁸ FALZEA, *ult. op. cit.*, 66-67

situazione di *attesa* all'acquisizione di una situazione giuridica soggettiva di vantaggio, per mezzo del rilascio di un provvedimento favorevole. In questi casi, infatti, è indubbio che l'istante sia titolare di una situazione giuridica soggettiva di *aspettativa*¹³⁹, perché l'ordinamento gli riconosce la possibilità di compiere tutti quegli atti destinati alla garanzia del suo futuro credito.

Qualora intervenga una qualificazione normativa ad opera dell'Amministrazione, invece, il presupposto dell'atto¹⁴⁰ sembra essere costituito da una sorta di "sintesi tra fatto e qualificazione", poiché l'ordinamento ricollega alla situazione di fatto, in quanto qualificata da un atto formale, le conseguenze giuridiche predisposte dal precetto¹⁴¹. Sembra essere questo il caso in cui viene a concretizzarsi la soggezione, che consente di ricondurre "a quel soggetto, in quanto qualificato, gli effetti giuridici propriamente detti della norma, che presuppone lo *status*"¹⁴² (vale a dire la qualificazione del soggetto come idoneo ad integrare una determinata fattispecie giuridica presupposta dalla norma). Sembra utile precisare, tuttavia, che la qualificazione degli elementi della fattispecie giuridica presupposta (c.d. qualificazione "di rilevanza") non solo rende tutti gli elementi della fattispecie stessa "sullo stesso piano giuridico, ma perviene, per così dire, giuridicamente ad unificarli. Può dirsi anzi che è proprio sotto il profilo della rilevanza che possono essere

¹³⁹ Qualifica espressamente le aspettative come "quelle particolari posizioni in cui si trova un soggetto in attesa di acquisire un'ulteriore situazione giuridica soggettiva di vantaggio" VOLPE, *ult. op. cit.*, 130 nota 87. L'Autore prosegue rilevando come "le aspettative in altro non sembrano consistere se non in soggezioni a future modificazioni giuridiche e il loro tratto caratterizzante sembra essere dato dal fatto che il loro titolare partecipa, mediante la sua individuazione, ad una fattispecie (preliminare secondo la terminologia classica) destinata a trasformarsi in altra più ampia fattispecie, cui conseguiranno gli effetti giuridici definitivi, e che non si è ancora integralmente formata, non essendo ancora venuti ad esistenza tutti gli elementi costitutivi. A loro volta, poi, le aspettative sembrano potersi distinguere in *aspettative certe* e *aspettative incerte*, a seconda che gli elementi mancanti della fattispecie (più ampia) siano certi nel loro verificarsi ovvero incerti; a seconda, perciò, che ricorra un termine iniziale (cioè il decorso di un determinato periodo di tempo prima che la norma produca effetti) ovvero una condizione sospensiva" (131).

¹⁴⁰ FALZEA, *La condizione cit.*, 163: "La ricostruzione in esame distingue tra condizione e presupposto affermando che "i presupposti posseggono un carattere fondamentale ... sono cioè eventi che debbono essersi verificati in un periodo di tempo che, abbracciando una determinata sfera del passato, si chiude nel momento in cui viene posto in essere l'atto al quale essi accedono: onde si parla di circostanze passate o presenti. Qualora non ricorra questo carattere temporale si deve negare la presenza esclusiva delle circostanze preliminari. Ciò ha luogo quando i soggetti che pongono in essere l'atto, configurano sul piano teleologico il rapporto di dipendenza dell'effetto riguardo all'evento senza alcuna considerazione del momento temporale in cui quest'ultimo deve seguire(..) Cosicché, qualora l'evento previsto si sia realizzato prima o contemporaneamente al sorgere dell'atto, si definisce come presupposto, producendo gli effetti correlativi; mentre, se viene a realizzarsi in un momento successivo, si definisce come condizione, richiamando allora le norme giuridiche che regolano il congegno condizionale".

¹⁴¹ Testualmente FALZEA, *Il soggetto cit.*, 26

¹⁴² VOLPE, *ult. op. cit.*, 131 nota 87

equiparati e unitariamente valutati elementi che presentano .. una natura intrinseca giuridicamente affatto diversa”¹⁴³.

Quando il privato è titolare di un’aspettativa, perciò, mancano, nella fattispecie giuridica presupposta dal precetto, quegli elementi, la cui sussistenza determina l’integrarsi della fattispecie costitutiva della situazione giuridica soggettiva definitiva, data dalla soggezione del privato agli effetti dell’atto. La mancanza di tali elementi, però, non impedisce il prodursi degli effetti c.d. *preliminari in senso tecnico*, e, cioè, degli effetti che sorgono prima dell’*effetto definitivo*¹⁴⁴, che hanno, sostanzialmente, la funzione di tutelare il privato

¹⁴³ SCOCA, *ult. op. cit.*, 71-72. L’Autore prosegue rilevando come “devono quindi respingersi quelle distinzioni e classificazioni elaborate dalla dottrina su criteri desunti dal modo di essere dei singoli elementi a fronte della fattispecie; ed in particolare quelle poggiate su presunti criteri di diversa funzionalità degli elementi stessi. Occorre ribadire che il singolo elemento descritto nella fattispecie non solo non è distinguibile dagli altri in base a caratteristiche funzionali, ma soprattutto va affermato che manca al singolo elemento una propria funzionalità (singolare). .. il principio di interezza della fattispecie implica che il fatto pervenga a giuridica rilevanza soltanto in quanto sia interamente presente, ossia in quanto riproduca fino in fondo le linee descrittive della fattispecie. Parallelamente, e conseguentemente, è solo il fatto giuridico complessivo ad avere un rilievo funzionale. Rilievo funzionale che per giunta è semplice ed unico, consistendo esso sempre e costantemente nella realizzazione dell’ipotesi normativa, per cui, poggiandosi ad esso, non solo non può distinguersi tra i vari elementi del fatto complessivo, ma non può farsi distinzione nemmeno tra fatti giuridici complessivi”.

¹⁴⁴ RUBINO, *ult. op. cit.*, 109. Infatti, “durante il processo di formazione della fattispecie complessa di un effetto giuridico, gli elementi (della fattispecie) già realizzati possono nel frattempo produrre per proprio conto un effetto, il quale, ove risponda ad altri requisiti, viene ad assumere quella particolare configurazione, che si designa con il termine effetto preliminare”(RUBINO, *ult. op. cit.*, 126-127; FALZEA, *ult. op. cit.*, 68-70 : “Affinché abbia luogo la qualificazione della situazione di fatto che determina il sorgere del soggetto giuridico, il diritto può richiederne, però, accanto ad altri elementi specificamente determinati volta per volta, in alcuni casi, anche il riconoscimento (materiale) da parte dello Stato. (...) In questi casi è evidente che il riconoscimento costituisce un presupposto di qualificazione nei confronti della fattispecie soggettiva, e quindi appartiene alla zona del fatto e non della norma, e sta sullo stesso piano degli altri elementi richiesti dal diritto per il conferimento di personalità giuridica. La considerazione che il riconoscimento in tal senso può costituire di per sé un atto giuridico, che talora assume anche la forma di legge (formale), nessuna obiezione può far sorgere contro la nostra definizione, perché qualsiasi elemento giuridico e non giuridico, richiesto dalla norma per il perfezionamento della situazione di fatto, sotto questo profilo, viene in considerazione come elemento materiale. (...) Anche in questa seconda accezione sono irrilevanti le discussioni circa la natura costitutiva, dichiarativa o confermativa del riconoscimento, perché essendo richiesto dalla norma come elemento essenziale per il conferimento della personalità giuridica agli enti collettivi, è da considerare come elemento costitutivo allo stesso titolo di tutti gli altri elementi strutturali, impedendo la sua mancanza il perfezionarsi della fattispecie soggettiva: la considerazione che tale riconoscimento non appartiene al nucleo fondamentale di tale fattispecie, ma è ad esso esterno, ci induce a definirlo come presupposto di qualificazione”). La fattispecie dell’effetto preliminare, dunque, “non coincide con la fattispecie dell’effetto definitivo, ma nel contempo si trova di fronte ad essa in una particolare posizione, in quanto è costituita da una frazione di essa” (RUBINO, *ult. op. cit.*, 126-127). Non vi è dubbio, però, che la mancanza di uno solo degli elementi della fattispecie definitiva, determina l’integrale inesistenza della fattispecie medesima. “Si può anche dire che, data per ipotesi l’esistenza di tutti i restanti elementi, l’esistenza o l’inesistenza di una certa fattispecie dipende dall’esistenza o dall’inesistenza del singolo presupposto considerato” (VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell’atto amministrativo*, Dir. amm., 2008, fasc. 4, 817).

dall' eventualità che gli effetti definitivi non si producano¹⁴⁵. Parte di dottrina, a tal proposito, ha evidenziato come “la categoria degli effetti preliminari si caratterizza appunto da una particolare funzione mediata”¹⁴⁶, che “consiste nell' assicurare la futura produzione degli effetti definitivi, proteggendo il completarsi della fattispecie: e quindi proteggendo da un lato la futura realizzazione degli elementi ancora mancanti, dall'altro lato la persistenza degli elementi già realizzati – di quelli, almeno, la cui persistenza è necessaria fino al completarsi della fattispecie. Correlativamente, poiché ogni effetto giuridico si riferisce ad un interesse che intende tutelare (..) è dato osservare che l'interesse tutelato con gli effetti preliminari è diverso dall'interesse che sarà tutelato con gli effetti definitivi, e consiste nell'interesse (attuale) alla futura insorgenza degli effetti definitivi”¹⁴⁷. E questa sembra essere proprio la situazione in cui si trova l' “aspirante creditore”¹⁴⁸ (definito, da alcuni, titolare di una *posizione preliminare di destinazione*)¹⁴⁹,

¹⁴⁵ I poteri di tutela, dunque, “sono disposti da norme diverse da quella che prevede e disciplina l'atto, ed hanno vigore soltanto durante il periodo di pendenza” (FALZEA, *ult. op. cit.*, 213), poiché “allo stesso modo di tutte le situazioni giuridiche destinate a coprire gli intervalli tra le varie epoche di un processo di formazione in senso tecnico, hanno carattere strumentale e confluiscono nell'effetto definitivo, entro il cui seno rimangono assorbite” (FALZEA, *Il soggetto cit.*, 17; RUBINO, *ult. op. cit.*, 49 e 52, nota 111 e 162 s.; FALZEA, *La condizione cit.*, 204 : “ ..pervenuto l'atto ad esistenza i soggetti vengono investiti nella posizione di destinatari degli effetti condizionati: in virtù di tale posizione essi, ed essi soltanto, non appena si verifica l'evento, subentreranno in modo immediato ed automatico nella titolarità degli effetti giuridici definitivi. Durante tutto il periodo della pendenza sono quindi titolari di una posizione di preliminare destinazione, la quale, in quanto dotata di vita giuridica autonoma, viene a concretizzarsi in una aspettativa in senso tecnico. L'aspettativa – che sorge ogni qual volta le conseguenze giuridiche di un atto risultano sospese in rapporto ad un coelemento futuro – si specifica poi come aspettativa condizionale, quando sulla situazione di attesa grava l'incertezza circa il futuro subentrare degli effetti sospesi: vale a dire quando la sospensione della efficacia è dovuta alla necessità di un coelemento futuro ed incerto”).

¹⁴⁶ RUBINO, *ult. op. cit.*, 151

¹⁴⁷ RUBINO, *ult. op. cit.*, 151

¹⁴⁸ FALZEA, *La condizione cit.*, 17: “la situazione di fatto parziale, qualificata, produce delle conseguenze giuridiche autonome, indipendentemente dalla possibilità di divenire totale, anche se non si produrranno gli effetti della situazione di fatto totale, salva la interdipendenza funzionale di tali effetti, poiché dal verificarsi delle conseguenze della fattispecie totale può derivare il mantenimento o la estinzione delle conseguenze della fattispecie parziale. Non è quindi esatto parlare di vari stadi di esistenza dei diritti, determinandoli in modo direttamente proporzionale al numero esistente di elementi necessari alla formazione di un diritto, ed in modo indirettamente proporzionale al numero non ancora esistente di tali elementi”. E “.. l'aspettativa, per quanto posseda una incontestabile realtà concettuale e giuridica, non si concreta tuttavia in un rapporto giuridico, se non quando dal diritto vengano predisposti in funzione di essa particolari misure di tutela. Sono appunto i vari poteri e facoltà, i vari obblighi e stati di soggezione riconosciuti mediante gli effetti preliminari, che fanno assurgere l'aspettativa – in se stessa mera posizione recettiva – a vero e proprio rapporto giuridico” (205).

¹⁴⁹ FALZEA, *La condizione cit.*, 204-205 : “ Pervenuto l'atto ad esistenza i soggetti vengono investiti nella posizione di destinatari degli effetti condizionati: in virtù di tale posizione essi, ed essi soltanto, non appena si verifica l'evento, subentreranno in modo immediato ed automatico nella titolarità della situazione effettuale. Durante tutto il periodo della pendenza sono quindi titolari di una posizione preliminare di destinazione, la quale, in quanto dotata di vita giuridica autonoma, viene a concretarsi in una aspettativa in senso tecnico. L'aspettativa – che sorge ogni qual volta le conseguenze giuridiche di un atto risultano sospese in rapporto ad un coelemento futuro – si specifica poi come aspettativa condizionale, quando sulla situazione

prima della scadenza del termine o dell'avverarsi della condizione sospensiva. Si ritiene utile precisare, però, che i c.d. effetti preliminari “non vanno inquadrati come fenomeni che ineriscono alle fasi di formazione della fattispecie, ma costituiscono il prodotto e l'effetto di norme la cui fattispecie deve ritenersi esattamente e completamente integrata. Né rispetto a queste norme può avere alcun rilievo che gli stessi fatti descritti nelle fattispecie ad esse inerenti, servano altresì, in combinazione ad altri, ad integrare altra e diversa fattispecie, in particolare quella della norma determinante l'effetto principale o definitivo”¹⁵⁰.

L'aspettativa, quindi, ha una durata transitoria, perché deve condurre agli effetti giuridici definitivi, dati dal concretizzarsi della soggezione, o ad una “situazione giuridicamente neutra”¹⁵¹, che sembra verificarsi, quest'ultima, proprio nel caso di diniego di

di attesa grava l'incertezza circa il futuro subentrare degli effetti sospesi: vale a dire quando la sospensione della efficacia è dovuta alla necessità di un coelemento futuro ed incerto. Poiché la posizione preliminare di destinazione, non muta nella sua natura – in quanto semplice stato di attesa – col mutare dell'effetto in rapporto al quale sussiste, anche l'aspettativa è strutturalmente identica sia che concerna il diritto sia che concerna l'obbligo condizionale. Il suo vario atteggiarsi dipende soltanto, .. dai c.d. mezzi cautelativi. Ma l'aspettativa, per quanto posseda una incontestabile realtà concettuale e giuridica, non si concreta tuttavia in un rapporto giuridico se non quando dal diritto vengano predisposti in funzione di essa particolari misure di tutela. Sono appunto i vari diritti poteri e facoltà, i vari obblighi e stati di soggezione riconosciuti mediante gli effetti preliminari, che fanno assurgere l'aspettativa – in se stessa mera posizione recettiva – a vero e proprio rapporto giuridico”; FALZEA, *Il soggetto cit.*, 70: “i caratteri che individuano le fattispecie soggettive si specificano nella posizione particolare che viene ad assumere il soggetto nei confronti delle conseguenze giuridiche. Il secondo momento logico del processo di qualificazione si attua .. quando alla fattispecie vengono ricondotte conseguenze giuridiche. Il processo di ricollegamento oggettivo di conseguenze giuridiche si chiude nel momento in cui queste vengono riferite alla fattispecie (primaria); ma questa attività normativa non è fine a se stessa, perché la predisposizione degli effetti giuridici, mira direttamente od indirettamente ad influire, in modo positivo o negativo, sulla sfera giuridica del soggetto di diritto, aumentandone o diminuendone l'ampiezza. Per questo fine ultimo subentra il processo di legittimazione soggettiva, con cui la conseguenza giuridica viene riferita ad un'altra fattispecie: il soggetto giuridico, secondo una direzione determinata astrattamente dalla norma di qualificazione, e concretamente dall'elemento indicativo della situazione di fatto primaria corrispondente alla ipotizzazione normativa. Tale elemento individua nel caso specifico di una fattispecie la persona alla quale devono essere ricondotte le conseguenze giuridiche (..) La persona può quindi essere definita, dal punto di vista del diritto, come presupposto soggettivo di qualificazione delle fattispecie (oggettive), e la legittimazione soggettiva come l'investitura del soggetto nelle situazioni giuridiche, alle quali danno luogo le conseguenze disposte dalle norme: quest'ultima ha quindi, come poli terminali, l'effetto giuridico ed il presupposto soggettivo della fattispecie primaria”.

¹⁵⁰ COCA, *ult. op. cit.*, 69-70

¹⁵¹FALZEA, *ult. op. cit.*, 214: “la cause estintive dell'aspettativa vanno distinte in proprie ed improprie; le prime discendono dallo stesso funzionamento del meccanismo condizionale; le seconde da fenomeni diversi che interferiscono con quello della condizione in un determinato negozio. Tra le cause di estinzione vi è l'avveramento o la deficienza della condizione- Verificatosi l'evento condizionante, i soggetti che per tutto il periodo della pendenza erano semplici destinatari della situazione effettuale, vengono immediatamente investiti del rapporto finale, ricomprendendo in quest'ultimo la posizione la posizione per ciascuno di essi predeterminata. Contemporaneamente, avendo esaurito il proprio compito, si estingue il rapporto di aspettativa con i correlati poteri di tutela. Accertata la deficienza della condizione, poiché l'atto non è più in grado, nemmeno potenzialmente, di dare vita al regolamento negoziale prefissato, subentra una situazione

provvedimento favorevole. A fronte di un diniego di provvedimento legittimo, infatti, l'aspettativa diventa certa nel suo non trasformarsi in soggezione, perché è certo che l'elemento che "consente strutturalmente" o "giustifica razionalmente"¹⁵² la produzione degli effetti giuridici riconducibili alla più ampia fattispecie, mai si realizzerà. Non sembra potersi parlare, tuttavia, del diniego di provvedimento come *fatto impeditivo*, posti i dubbi, avanzati dalla dottrina, sull' ammissibilità di tale nozione. Infatti, "mentre alcuni scrittori, contestando la esattezza della classificazione dei fatti in costitutivi, modificativi, estintivi ed impeditivi, vogliono attribuire a questi ultimi una posizione particolare in seno alla stessa situazione i fatto (..); altri negano la ammissibilità logica di questa categoria, sostenendo che tutti i fatti giuridici possono essere ricondotti all'unica figura dei fatti costitutivi, perché tutti sarebbero produttivi di un mutamento nella situazione giuridica preesistente; conseguentemente, il fatto impeditivo sarebbe da classificarsi nella categoria dei fatti costitutivi, perché determina il sorgere di una situazione diversa da quella che la sua presenza ha escluso"¹⁵³. E' da osservare, tuttavia, che all'estinzione dell' aspettativa non segue il sorgere di ulteriori posizioni giuridiche qualificate. Infatti, il destinatario del diniego si trova, sostanzialmente, nella stessa situazione in cui si trovava prima dell'emanazione del diniego medesimo.

L'atto negativo, pertanto, sembra operare come un "fatto puramente estintivo"¹⁵⁴, esaurendosi, la sua funzione, nel porre fine ad una situazione di incertezza per quanto attiene la produzione degli effetti giuridici definitivi: esso, infatti, rende l' aspettativa (che cessa di essere tutelata) certa nel suo non realizzarsi¹⁵⁵. Ma tale vicenda dell' aspettativa,

d'inutilità assoluta. Anche in questo caso si estingue il rapporto di aspettativa poiché viene meno la ragione della sua permanenza e al suo posto subentra una situazione giuridica neutra, come se nessuna attività fosse stata spiegata dai soggetti per porre in essere il negozio".

¹⁵² VOLPE, *ult. op. cit.*, 120

¹⁵³ FALZEA, *Il soggetto cit.*, 12 nota 20

¹⁵⁴ FALZEA, *La condizione cit.*, 236-237 : "Per chiarire il concetto di fatto risolutivo occorre porlo in relazione con il concetto di *fatto puramente estintivo*. Ha luogo quest'ultimo quando la sua efficacia si esaurisce nel porre fine ad una preesistente situazione giuridica, in modo che ad una specifica posizione particolarmente qualificata (di vantaggio o di svantaggio) di un soggetto, si venga a sostituire una situazione giuridicamente *neutra*. Quando invece a questo effetto estintivo se ne aggiunge qualche altro con contenuto positivo, e sorge quindi in conseguenza del prodursi del fatto, un'ulteriore posizione giuridica particolarmente qualificata, il fatto non può dirsi più semplicemente estintivo, poiché possiede dei caratteri che lo definiscono nello stesso tempo come costitutivo. I fatti risolutivi debbono appunto definirsi come estintivi costitutivi, perché accanto all'effetto principale, consistente nel creare una situazione giuridicamente neutra, cioè nel porre fine ad una situazione giuridicamente preesistente, producono un ulteriore effetto positivo, che si concreta nella particolare figura della retroattività". "La condizione risolutiva si atteggia quindi in ogni caso come fatto principale, meramente estintivo, od estintivo-costitutivo. Questa definizione assume una grande importanza per definire i rapporti concettuali che intercedono tra condizione sospensiva e condizione risolutiva" (239).

¹⁵⁵ FALZEA, *ult. op. cit.*, 206 : "la situazione di attesa viene compromessa ogni qual volta si modifica arbitrariamente da uno dei soggetti la dose di incertezza dell'evento. Ciò può avvenire: o in quanto si

che coincide, sostanzialmente, con l'impossibilità, per la soggezione, di concretizzarsi, non sembra essere un effetto diretto del diniego, ma un effetto *riflesso* del fatto di adempimento del dovere di pronuncia¹⁵⁶. Invero, se il diniego illegittimo "esprimesse, per se stesso, il fatto pienamente satisfattivo dell'obbligo di pronuncia, non potrebbe sussistere spazio per l'utile esperimento dell'azione giurisdizionale contro di esso. Infatti, la pronuncia negativa, intesa come fatto estintivo del dovere suddetto, non potrebbe essere censurata, giacché essa assolverebbe pur sempre alla funzione *adempitiva* del dovere di pronuncia"¹⁵⁷.

distruggano le probabilità favorevoli, impedendosi il verificarsi della condizione; o, viceversa, in quanto si distruggano le probabilità sfavorevoli, determinandosi il verificarsi della condizione con modalità diverse da quelle previste. La prima ipotesi è la più appariscente. Impedendosi l'avveramento della condizione si pregiudica l'interesse della controparte, poiché non vi è più modo di determinare a mezzo del fatto dedotto in condizione la mancata incidenza degli interessi esterni: l'atto dovrebbe permanere definitivamente inefficace"; FALZEA, *La condizione, cit.*, 177 : "Quando poi l'evento non si avvera, il congegno della condizione opera escludendo in modo definitivo il prodursi delle conseguenze giuridiche del negozio , e quest'ultimo diviene affatto *inutile*. Ma, sia nell'uno che nell'altro caso, la condizione opera non direttamente sulla struttura dell'atto o sulla struttura dell'effetto, sibbene sui rapporto che collegano l'atto all'effetto, sostituendosi col primo congegno al rapporto normale della causalità immediata".

¹⁵⁶FALZEA, *ult. op. cit.*, 55-56 : "...si è parlato di *effetti riflessi*, per indicare quelle conseguenze giuridiche che si producono in via indiretta, in occasione della realizzazione di una determinata fattispecie, la quale non è ad essi direttamente rivolta: nel nostro caso si potrebbe parlare di *rilevanza riflessa*, per indicare la funzione giuridica che spiega un fatto, già autonomamente qualificato da una norma giuridica, quando entra come evento condizionante, ed in genere come concausa della efficacia, nella fattispecie complessa prevista da un'altra norma giuridica; funzione che ora viene in emergenza da un punto di vista meramente negativo, come diversa cioè da quella che spiega la fattispecie centrale".

¹⁵⁷ VOLPE, *ult. op. cit.*, 496

INQUADRAMENTO SISTEMATICO DELL'ART. 34, COMMA 1, LETT. C), ULTIMO PERIODO, LEGGE 2 LUGLIO 2010, N. 104

1. Necessità di individuare l'oggetto del sindacato giurisdizionale di legittimità: brevi cenni alle tesi che riconducono l'oggetto del sindacato giurisdizionale di legittimità all' *accertamento del rapporto*. Critiche: difficoltà di individuare i *termini* del rapporto. – 2. Riconduzione dell' oggetto del sindacato giurisdizionale di legittimità all' accertamento della violazione di una situazione giuridica soggettiva di *doverosità*. Il rilievo degli effetti *conformativi*. Il giudizio sul silenzio come sindacato di legittimità. La *strumentalità* del sindacato esteso al merito al giudizio di legittimità. – 3. Tesi che riconducono al giudizio sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio natura costitutiva: sentenza di condanna atipica; risarcimento in forma specifica. Dubbi sull' ammissibilità di una pronuncia di condanna all'esercizio del potere provvedimentale: il limite dell'infungibilità della prestazione; impossibilità di configurare un risarcimento in forma specifica dell'interesse legittimo. La tesi minoritaria della “sentenza cognitiva con effetti esecutivi”. – 4. La pronuncia sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio e il limite del potere non ancora esercitato. Indagine sul rapporto tra “annullamento” del diniego o azione avverso il silenzio e l' azione di “condanna” al rilascio del provvedimento richiesto, di cui all'art. 34, comma 1, lett. c, ultimo periodo, d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104: dipendenza sostanziale e dipendenza processuale tra domande. Riconduzione dell' azione di cui all' art. 34 in esame a un cumulo condizionale di domande.

1. Necessità di individuare l'oggetto del sindacato giurisdizionale di legittimità: brevi cenni alle tesi che riconducono l'oggetto del sindacato giurisdizionale di legittimità all' *accertamento del rapporto*. Critiche: difficoltà di individuare i *termini* del rapporto.

Al fine di indagare la natura giuridica della pronuncia sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, che l' art. 34, comma 1, lett. c), legge 2 luglio 2010, n. 104, estende alle ipotesi di diniego di provvedimento, sembra preliminare chiarire l' oggetto del giudizio amministrativo non solo nel caso di “annullamento” del diniego di provvedimento, ma anche nelle ipotesi di inerzia provvedimentale.

Intorno alla seconda metà del XX secolo, la dottrina maggioritaria, al fine di consentire l'ingresso dell'azione di accertamento del silenzio della pubblica Amministrazione, da un lato, e una più soddisfacente tutela del ricorrente, nel caso di "annullamento" del diniego illegittimo¹, dall'altro, accolse un modello di giurisdizione amministrativa orientato sull'*accertamento del rapporto*, i cui termini erano generalmente identificati nel potere giuridico e nell'interesse legittimo².

¹ CLARICH, *ult. op. cit.*, 240 : "Se si ritiene fondata l'esistenza dell'onere procedimentale di acclarare tutti i fatti costitutivi del potere, la pubblica amministrazione, posta di fronte ad un'istanza volta ad ottenere l'emanazione di un provvedimento, non può limitarsi ad accertare la mancanza di uno qualsiasi tra i presupposti formali e sostanziali richiesti dall'ordinamento per l'emanazione del provvedimento in senso negativo; deve invece esaminare l'esistenza di tutti gli altri presupposti. Se non lo fa, qualora il primo provvedimento di diniego venga annullato in sede giurisdizionale, essa si preclude la possibilità di negare una seconda volta il provvedimento richiesto, adducendo a giustificazione l'inesistenza di tali presupposti. In definitiva, il meccanismo dell'onere procedimentale e della conseguente preclusione sembra adattarsi senza difficoltà all'ipotesi del rifiuto di provvedimento. Anzi, a ben considerare, esso si risolve in una specificazione del principio giurisprudenziale secondo il quale il rifiuto opposto all'istanza deve essere corredato da un'adeguata motivazione: adeguata è la motivazione che dà conto di tutte le ragioni idonee a giustificare il provvedimento di diniego". L'Autore, a proposito dell'inerzia provvedimentale, afferma invece che "assai meno lineare è la situazione nell'ipotesi in cui la pubblica amministrazione rimanga del tutto inerte di fronte ad un'istanza del privato volta ad ottenere l'emanazione di un provvedimento. Sia che la legge attribuisca, attraverso una *fictio juris*, al silenzio il valore tipizzato di rifiuto (silenzio-rifiuto), sia che la legge non attribuisca alcun significato al silenzio, il quale pertanto assume soltanto il valore di inadempimento del dovere di provvedere (silenzio inadempimento), si versa comunque in una situazione in cui ciò che si imputa alla pubblica amministrazione non è tanto il fatto di aver omesso di acclarare tutti i fatti costitutivi del potere o di esaminare tutte le ragioni atte a giustificare il diniego, quanto, a monte, l'aver omesso di provvedere. Questo secondo aspetto finisce per l'assorbire completamente il primo".

² Per quanto riguarda la tesi della giurisdizione amministrativa come accertamento del rapporto v. F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, Studi in memoria di Enrico Guicciardi, Padova, 1975, 807; DOMENICHELLI, *ult. op. cit.*, 200; SCOCA, *Il silenzio cit.*, 156: "Relazione, quanto all'oggetto, può invece riconoscersi tra l'interesse legittimo e il potere dell'Amministrazione, ambedue situazioni soggettive: se si vuole, si può pertanto affermare che l'interesse legittimo e il potere si inscrivono nel medesimo rapporto giuridico, al quale si può dare il nome di rapporto amministrativo". Ravvisano nell'interesse legittimo un elemento del rapporto amministrativo anche GIANNINI, *Corso cit.*, 73-74; PIRAS, *Interesse legittimo cit.*, 233. Più recentemente GRECO, *ult. op. cit.*, 109 s. L'Autore, a tal proposito, afferma che "una volta scartata l'applicazione al silenzio-inadempimento sia del giudizio di annullamento che del giudizio di accertamento dell'antigiuridicità dell'omissione e una volta dimostrata l'inadeguatezza della tutela degli interessi legittimi dinamici nel giudizio per l'annullamento di molteplici fattispecie di provvedimenti negativi, non mi pare che possa essere prospettata sul piano processuale altra soluzione se non quella dell'adozione di una azione e di un giudizio diretti all'accertamento autonomo del rapporto amministrativo"(36). "La circostanza, poi, che l'interesse legittimo non risulti direttamente disciplinato dalla legge non è preclusiva del riconoscimento in esso di una posizione giuridica sostanziale suscettibile di accertamento come il diritto soggettivo: basti considerare che molteplici fattispecie di diritto di credito vengono disciplinate dalla legge soltanto dal lato passivo - e, cioè, dal punto di vista del debitore (si pensi, ad esempio, alla fattispecie dell'obbligo legale a contrarre, in cui il creditore non è neppure a priori determinato) -, per convincersi che posizioni giuridiche soggettive suscettibili di accertamento possono scaturire dalla semplice correlazione con posizioni in senso lato doverose, previste queste ultime direttamente dalla legge"(110). Contra A. ROMANO, *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, 178-179 : "Sicuramente il processo amministrativo deve evolversi, e deve evolversi molto più profondamente di quanto il giudice amministrativo abbia già cominciato a trasformarlo, per adeguare i suoi caratteri alla vera sostanza della domanda del ricorrente, e quindi per offrire a questa una tutela veramente soddisfacente. Ma può farlo

L' insufficiente tutela offerta dal tradizionale sistema italiano di giustizia amministrativa³, improntato sull'annullamento di provvedimenti ablativi⁴, favorita dal riconoscimento, ad

senza per questo diventare un processo su rapporti, senza per questo cessare di essere un processo il cui oggetto si identifica con l'oggetto delle norme che in esso vengono applicate. Queste norme, infatti, regolano sì solo l'esercizio del potere dell'amministrazione, ma lo regolano sotto tutti i profili che nel giudizio amministrativo rilevano: in particolare, determinano quale sarebbe stato l'esercizio che l'amministrazione avrebbe dovuto realizzare, in presenza delle circostanze dedotte in giudizio, salva, s'intende, l'area della discrezionalità amministrativa, del resto preclusa *a priori* al giudice della legittimità, e da esso valutabile solo in presenza di un provvedimento positivamente emanato, e solo per quel che riguarda il rispetto delle norme funzionali non scritte la cui violazione concreterebbe il vizio di eccesso di potere. Perciò, il giudice amministrativo, già in quanto giudice del rispetto da parte dell'amministrazione delle norme che regolano l'esercizio del suo potere, dispone già di tutti gli elementi necessari per poter dare al ricorrente quella più completa tutela che egli sostanzialmente richiede, anche al di là dell'annullamento del provvedimento impugnato, quando c'è: dispone già di tutti gli elementi per poter ricostruire quale sarebbe dovuto essere l'esercizio corretto del suo potere che l'amministrazione non ha tenuto, e che viceversa doveva tenere; quindi, il giudice amministrativo, già in quanto giudice del rispetto da parte dell'amministrazione delle norme che regolano l'esercizio del suo potere, può stabilire quale diverso contenuto avrebbe dovuto avere il provvedimento positivo che essa ha emanato; quale sarebbe stato il provvedimento positivo che essa avrebbe dovuto emanare invece di quello negato; quale sarebbe stato il provvedimento esplicito che essa avrebbe dovuto adottare invece di rimanere inerte e silenziosa”.

³ROMANO, *ult. op.cit.*, 178 : “Questo schema processuale così ristretto si attagli perfettamente ad una sola ipotesi: quella nella quale l'amministrazione abbia emanato un provvedimento positivo, come tale lesivo di un interesse del ricorrente, che potrebbe essere restaurato, e completamente restaurato, mediante la pura e semplice eliminazione di quel provvedimento stesso. Ma già quello schema appare non perfettamente adeguato, quando il provvedimento impugnato sia sempre positivo, ma il ricorrente si lagni del fatto che esso sia stato emanato con un dato contenuto, invece che con altro contenuto per lui più soddisfacente: qui il ricorrente, in realtà, vuole non la pura e semplice eliminazione del provvedimento che impugna, ma la sua sostituzione con un altro dal contenuto per lui più favorevole. E quello schema appare già fortemente deformato, quando il provvedimento impugnato sia sì esplicito, ma a contenuto negativo: un qualsiasi diniego opposto ad una domanda di provvedimento positivo; in questo caso, la forma del ricorso in annullamento che forzatamente deve prendere la domanda del ricorrente, vela appena quale sia la vera sostanza di questa: che è la domanda di emanazione del corrispondente provvedimento positivo. E quello schema appare completamente distorto, quando il ricorrente reagisce ad una mera inerzia, ad un mero silenzio dell'amministrazione: qui, del provvedimento, non c'è neppure la parvenza, perché una valutazione realistica del comportamento omissivo che l'amministrazione ha tenuto, porta a individuare in esso non tanto un provvedimento sia pure negativo, ma addirittura una mancanza di provvedimento, un non-provvedimento; e, quindi, a maggior ragione la sostanza della domanda del ricorrente qui è la domanda di emanazione del provvedimento favorevole”.

⁴GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi della giustizia amministrativa*, Studi di giustizia amministrativa, 1967, Torino, 1967, 11. L' Autore evidenzia, inoltre, come il cittadino, presentando ricorso, agirebbe come “organo indiretto” dell'Amministrazione e sarebbe “mosso dall'interesse di questa e non dall'interesse suo proprio, questo restando estraneo al giudizio e trovando eventuale soddisfazione in via meramente accidentale, se esso costituisce lo stimolo alla proposizione del ricorso così come si conviene per un interesse che non è giuridicamente protetto” (12); ID., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1942, 30s.; ID., *Norme di relazione e norme d'azione: giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Giur. It.*, 1951, III, 66. Rilevano l'incongruenza logica del giudizio di annullamento applicato al silenzio inadempimento M.S. GIANNINI-A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, voce in *Enc. dir.*, vol XIX, Milano, 1970, 255; SCOCA, *ult. op. cit.*, 294; NIGRO, *Intervento al Congresso “Problemi del nuovo processo amministrativo”*, in *Impresa, Ambiente, Pubblica Amministrazione*, 1977, 16; LA VALLE, *Azione di impugnazione cit.*, 156 s.; v. CAIANIELLO, *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino, 1976, 86. Questo Autore rileva la necessità di introdurre nell'ordinamento un'azione che, oltre all'annullamento dell'atto, comporti una completa conoscenza del rapporto amministrativo, al fine di garantire il principio di parità delle parti nel processo. Rileva la mancanza

opera della Costituzione (artt. 24 e 103 Cost.), della natura sostanziale dell'interesse legittimo⁵, ha portato, quindi, la dottrina a ravvisare l'oggetto del sindacato giurisdizionale di legittimità nell'accertamento della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio dal ricorrente, attraverso l'accertamento dei suoi fatti costitutivi⁶. L'indagine sulla natura dell'azione e sull'estensione dei poteri del giudice, portò, successivamente, la dottrina a rilevare come, nel nostro ordinamento, il cittadino non possa pretendere l'adempimento del dovere di provvedere, rappresentando come inadempimento la mancata emanazione del provvedimento positivo, ma possa ottenere, invece, un sindacato su quei profili di doverosità attinenti ai modi in cui il potere viene esercitato⁷. Tale sindacato, oltre a

di "strumenti che consentano al giudice ordinario ... (ovvero) al giudice amministrativo – come la *Verpflichtungsklage* tedesca – di ordinare all'amministrazione il compimento di un atto, cosicché, a conseguire qualche effetto positivo dall'eliminazione del rifiuto di emanazione, si può giungere solo mediante un iter tortuoso e discusso".

⁵ LA VALLE, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza della libertà e dei diritti (teoria dinamica del diritto soggettivo)*, Riv. Trim. dir. pubbl., 1969, 776 : "La dottrina, secondo cui l'interesse legittimo sarebbe contrassegnato semplicemente dal conferimento, al titolare di un interesse non tutelato altrimenti, del potere di provocare l'annullamento dell'atto amministrativo, è una di quelle teorie meramente riduttive, e non comprensive, che alla soluzione del problema s'illudono di pervenire, non prendendo atto di tutta la scomoda e disorientante ricchezza dei dati, i quali confluiscono nel problema, ma arbitrariamente semplificandolo, mercé la restrizione della visione ad un dettaglio secondario della complessa realtà giuridica della cui spiegazione si tratta. La dottrina, in altri termini, non è tanto erronea, quanto insufficiente; e finisce con l'essere erronea proprio perché insufficiente". Più in generale, l' A. osserva che, sia nel caso di inerzia, che in quello del rifiuto espresso, ciò che rileva è "la omissione dell'atto dovuto, perché è tale omissione che consuma l'inadempimento del dovere amministrativo e la correlativa lesione dell'interesse legittimo del cittadino" (ID., *Azione d'impugnazione e azione di adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, Jus, 1965, 160); BENVENUTI, *ult. op. cit.*, 814-815.

⁶ Per quanto riguarda i rilievi sulle ragioni che hanno condotto la dottrina ad accogliere un'impostazione soggettivistica del processo amministrativo v. VOLPE, *ult. op. cit.*, 12 s.

Riconduce l'oggetto del sindacato giurisdizionale all'accertamento del rapporto PIRAS (*Interesse legittimo cit.*, 563-564 nota 132), il quale evidenzia come "il giudice investito della controversia originata dal silenzio rifiuto dell'amministrazione non potrà non conoscere – e ciò, in ogni caso, per effetto stesso del principio, secondo il quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile – di tutte le ragioni che nella fattispecie possono giustificare il provvedimento amministrativo negativo"; SCOCA, *ult. op. cit.*, 294-295: "il giudice amministrativo, adito in seguito alla formazione del silenzio, deve, a mio avviso, centrare la sua attenzione, non tanto sull'accertamento dell'obbligo di provvedere, quanto su tutti gli aspetti del rapporto amministrativo, e deve fornire all'Amministrazione che dovrà provvedere, l'adattamento puntuale al caso concreto della disciplina risultante, in astratto e in generale, dalle diverse fonti normative. L'oggetto del giudizio non è pertanto l'obbligo di provvedere, ma il concreto rapporto amministrativo: il sopraggiungere di un provvedimento non fa venir meno, pertanto, l'oggetto del giudizio, ma, essendo portatore della disciplina completa del rapporto, semmai lo amplia".

⁷ V. per tutti GRECO, *ult. op. cit.*, 40-41 : "È stato di recente autorevolmente sostenuto che un giudizio di accertamento – e, comunque, un accertamento nel senso indicato dall'art. 2909 cod. civ. – è ammissibile solo in una controversia tra soggetti in posizione di parità e rispetto ai quali il giudice detiene il potere di fissare la disciplina puntuale del rapporto concreto. Quando viceversa sussiste un soggetto in posizione di supremazia (la Pubblica Amministrazione) la soluzione del conflitto d'interessi è demandata a siffatto soggetto, che detiene e gestisce il potere: se un sindacato può esservi da parte del giudice, questo non può che assumere la struttura del controllo successivo dei modi di esercizio del potere, laddove, viceversa, un giudizio di accertamento del rapporto comporterebbe una inammissibile sostituzione del giudice all'Amministrazione nella titolarità e nella gestione del potere".

produrre la caducazione dell'atto, vincola, indirettamente, la futura azione dell'Amministrazione attraverso il prodursi dei c.d. effetti conformativi del giudicato⁸. Le posizioni assunte dalle teorie sostanzialistiche, tuttavia, non sono sembrate del tutto convincenti nella concreta spiegazione dell'individuazione dei termini di siffatto rapporto⁹. Se, infatti, per rapporto si intende una contrapposizione diretta tra due figure giuridiche soggettive¹⁰, tale contrapposizione non pare potersi cogliere nel caso in cui uno dei termini

⁸FERRARI, *La decisione giurisdizionale amministrativa: sentenza di accertamento o sentenza costitutiva?*, Dir. proc. amm., 1988, 604 : "...l'annullamento significa innanzitutto eliminazione dell'atto o forse meglio della disposizione illegittima. Ma l'annullamento, vuoi ad opera del giudice vuoi ad opera dell'amministrazione stessa, non ha mai significato soltanto questo. Annullamento significa infatti anche ripristinare non tanto una situazione ormai storicamente superata e spesso chiusa, quanto quella situazione che avrebbe dovuto sussistere ove il vizio che ha portato alla eliminazione non fosse venuto in essere"; STELLA RICHTER, *ult. op. cit.*, 11-12 afferma che "tale ..accertamento, o meglio tale ulteriore profilo dell'accertamento che si realizza nell'ipotesi di accoglimento del ricorso, non solo non può ritenersi assorbito dalla pronuncia di accoglimento, ma costituisce anzi il momento attraverso il quale si esercita la disciplina giudiziaria della successiva azione amministrativa. A tale ulteriore effetto del giudicato amministrativo, che va ad aggiungersi ai due più noti di eliminazione e di ripristinazione, viene dato il nome di effetto conformativo, effetto che – ripetersi – discende non tanto dall'accertamento che il potere amministrativo nella specie è stato male esercitato, ma dall'accertamento necessariamente presupposto del modo come esso doveva essere esercitato perché è soltanto questo che consente di far derivare dall'annullamento tutte le conseguenze di cui è suscettibile con riferimento alla successiva azione amministrativa"; BENVENUTI, voce *Giudicato (diritto amministrativo)*, Enc. dir. XVIII, Milano, 1969, 906 : "L'efficacia oggettiva della sentenza amministrativa appare, dunque, considerandone i vari profili, di contenuto piuttosto ridotto: l'immutabilità dell'accertamento reagisce non solo sul piano della preclusioni immediate, giacché, a causa del dinamismo del potere amministrativo, la riproduzione del rapporto tra l'atto e le circostanze della sua emanazione avviene sempre mediante una nuova effusione di potere e quindi una rinnovazione sostanziale, la quale impedisce che la fattispecie si riproponga al giudice tale quale esso l'aveva giudicata in precedenza. (...) La ragione è (...) che il giudizio amministrativo cade su di un atto e non su di un rapporto intersoggettivo".

⁹VOLPE, *ult. op. cit.*, 19 s.; VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, 581 s. e nota 433 nella quale rileva come "il processo non accerta il rapporto, ma solo una qualifica dell'atto impugnato; inoltre il motivo dedotto fa parte dell'oggetto del giudizio e quindi della situazione giuridica accertata; è esatto che non si può pensare ad un nuovo processo sulla base di prove, ragioni, argomentazioni non addotte, ma nel senso di prove, ragioni, argomentazioni relative a un vizio denunciato, giacché questo non è una prova dell'affermazione, ma una parte dell'affermazione medesima". Condivide la tesi dell'accertamento del rapporto, sia pur in termini diversi anche FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, Riv. dir. proc. amm, 2013, fasc. 3, 638-649 : "Il discorso si fa, tuttavia, più problematico, quando ci si riferisce al *rapporto amministrativo*, come dedotto nella (e quindi nei limiti della) *domanda giudiziale*. In questo caso, invero interpretabile in svariati modi, diventa decisivo capire se la domanda fa valere o meno una situazione giuridica soggettiva (un interesse legittimo) e di che tipo sia (...) E' invero certo che la soluzione che qui si avanza non corrisponde al giudizio sul rapporto, se con questo si intende un giudizio nel quale si perviene alla definitiva attribuzione del bene della vita (anche) nei casi in cui la pubblica amministrazione dispone di potere discrezionale (e non solo vincolato), attraverso il riesercizio difensivo (con atto processuale, cioè, tramite eccezione) dello stesso potere e, insieme, l'applicazione della regola della preclusione del dedotto e del deducibile. Qui, infatti, il rapporto è inteso in senso dinamico, non in senso stativo; e per quanto la tesi possa apparire la più appagante in termini di effettività della tutela, essa finisce per portare a oggetto del processo una situazione giuridica soggettiva (il diritto la bene finale) che sul piano sostanziale non esiste (o non esiste ancora): almeno nei casi di cui si sta facendo questione, dove il potere amministrativo ha carattere ampliativo".

¹⁰PALAZZOLO, voce *Rapporto giuridico*, Enc. dir., XXXVIII, Milano, 1987, 304: "Il fatto ha effetti giuridici in relazione ad una norma, nella quale c'è già la valutazione e qualificazione giuridica del fatto

del rapporto sia costituito da *potestà imperativa*¹¹. Per di più, se si assume la teoria della struttura ipotetica della norma e dell'atto giuridico come meccanismo di produzione degli effetti giuridici, una contrapposizione diretta tra due figure giuridiche soggettive – caratterizzante il rapporto obbligatorio – non potrebbe in alcun modo cogliersi, ponendosi le situazioni di credito e obbligo in un rapporto di causa-effetto¹². In questi termini, perciò, un rapporto diretto tra obbligo e credito non potrebbe neppure astrattamente cogliersi.

Inoltre, anche nel rilievo riconosciuto alle motivazioni, oltre che al dispositivo della sentenza di accoglimento, le teorie sostanzialistiche non si sono rivelate del tutto persuasive. Secondo alcuni sostenitori dell'impostazione soggettivistica, infatti, oggetto di accertamento sarebbe il rapporto così come determinato dalla pronuncia del giudice, a seguito della verifica “dei fatti costitutivi della situazione sostanziale esercitata con l'azione”¹³. Di conseguenza, la pronuncia del giudice non avrebbe natura costitutiva, ma, limitandosi ad accertare il rapporto, i cui termini risultano definiti dall'eventuale modificazione delle situazioni giuridiche preesistenti (ad opera dell'annullamento), non potrebbe che essere qualificata come “fatto d'accertamento, vale a dire per il particolare

stesso; la dinamica giuridica si svolge all'interno di questo cerchio, che si apre e chiude con la norma; ma quando si vuol produrre la norma dal fatto (piuttosto che «nel» fatto, la ragione normativa esce fuori dal diritto, ed il nesso causale tra fatto e diritto non né più giuridico: sarà economico ed etico, ma, proprio per questo, la metamorfosi rimarrà inspiegabile”; ALLARA, *Le nozioni fondamentali di diritto civile*, Torino, 1949, 177; Definisce il rapporto come “sintesi di situazioni giuridiche correlative” BIANCA, *La proprietà*, Milano, 1999, 10: “Alla nozione di situazione giuridica soggettiva è connessa quella di rapporto giuridico. La situazione di un soggetto può infatti essere correlativa a quella di un altro soggetto, e dar luogo ad un rapporto giuridico. Il rapporto giuridico può essere definito come la *sintesi di situazioni soggettive correlative*.”; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, 68; FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, 361; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, 238 s.

¹¹ Il rapporto tra Amministrazione e cittadino, in questi casi, infatti, potrebbe cogliersi solo sotto il profilo di produzione giuridica (“dinamico”), in cui il *credito* è “correlato all'*obbligo*. In tal senso v. FERRARA, *Dal giudizio cit.*, 170. Prima ancora v. LA VALLE, *L'interesse legittimo*, cit., 19 s., il quale rileva come nel processo amministrativo il rapporto avrebbe carattere “dinamico”, poiché l'interesse legittimo “che si iscrive in tale rapporto, risulta nel nesso che, indefettibilmente lega due situazioni soggettive, l'una anteriore, l'altra posteriore al provvedimento. Onde il rapporto è quello attraverso cui, per così dire, passa la trasformazione, operata dall'atto di esercizio del potere autoritativo, della prima situazione nella seconda”. Cfr. CLARICH, *ult. op. cit.*, 180 s., il quale, in particolare, manifesta le sue perplessità affermando che “si è partiti dalla considerazione che la via maestra per risolvere compiutamente il problema del giudicato amministrativo, assicurando la stabilità del risultato del giudizio, soprattutto in termini di tutela effettiva del cittadino, sarebbe quella di porre come oggetto del processo, il rapporto amministrativo, sviluppando questa concezione in tutte le sue implicazioni. Ritenuto che questa ricostruzione, per quanto suggestiva, non sia compatibile con la disciplina normativa oggi in vigore, ci si è proposti, arretrando su una linea argomentativa meno dirompente del sistema positivo, di indagare se sia possibile sviluppare una tesi dell'oggetto del giudizio in grado di assicurare una certa stabilità almeno per ciò che riguarda il lato passivo del rapporto amministrativo, impedendo al ricorrente di rimettere in discussione in un secondo processo l'esito del primo che lo abbia visto soccombente”.

¹² VOLPE, *Norme di relazione cit.*, 137 nota 87. Analogamente BARBERO, *Il diritto soggettivo cit.*, 35.

¹³ PIRAS, *ult. op. cit.*, 197

carattere dell'effetto, di natura preclusiva, che identifica il concetto dell'autorità di cosa giudicata"¹⁴. Su tale accertamento, dunque, verrebbe a formarsi il giudicato, dal quale deriverebbero "effetti preclusivi e, quindi, impeditivi all'emanazione del provvedimento favorevole, in vista del quale, però, viene pur sempre sollevata l'impugnazione"¹⁵. Tuttavia, se l'accertamento e il giudicato si formassero davvero sull'assetto dei rapporti conseguente all'annullamento dell'atto, verrebbe compromessa la tutela del titolare dell'interesse legittimo c.d. "pretensivo" o "dinamico", perché si dovrebbe riconoscere l'inesistenza, in capo al privato, della modificazione richiesta all'Amministrazione¹⁶. A tal proposito, inoltre, recente tesi ha rilevato che se il giudicato si formasse sugli "effetti del provvedimento amministrativo (nel caso in cui la sentenza fosse di rigetto), ovvero sugli effetti dell'annullamento giudiziale (nel caso di accoglimento del ricorso)", "tali effetti ben potrebbero tradursi in figure di diritto soggettivo (vale a dire le figure restaurate dall'annullamento o quelle prodotte dal provvedimento amministrativo, se la sentenza fosse di rigetto); comunque, mai in figure di interesse legittimo, dacché l'attività provvedimentale sarebbe a quel punto esaurita. Sarebbero queste, cioè, figure giuridiche soggettive il cui accertamento dovrebbe essere di stretta pertinenza del giudice ordinario"¹⁷.

Una dottrina successiva, che sembra non aver attribuito rilevanza alla struttura del processo amministrativo, basato sui vizi dedotti dal ricorrente¹⁸, né ai limiti di cognizione del giudice amministrativo, ha rilevato, invece, come l'accertamento del rapporto possa spingersi sino ad includere, nel giudicato sostanziale, le modalità di reiterato esercizio del potere, attraverso una "scomposizione analitica del giudicato sostanziale"¹⁹.

¹⁴ PIRAS, *ult. op. cit.*, 197

¹⁵ In tal senso v. testualmente VOLPE, *ult. op. cit.*, 220

¹⁶ Per tali rilievi v. VOLPE, *ult. op. cit.*, 217 s.; GRECO, *ult. op. cit.*, 178

¹⁷ VOLPE, *ult. op. cit.*, 119-220

¹⁸ GRECO, *ult. op. cit.*, 180 s.: "...nel nostro giudizio di annullamento ... il ricorrente è tenuto a dedurre i vizi dell'atto, con la conseguenza che il rapporto amministrativo entra a far parte dell'accertamento operato dal giudice solo se sia possibile dedurlo in negativo in termini di vizi sostanziali dell'atto impugnato, se tale deduzione sia in concreto operata dal ricorrente o dai controinteressati in sede di ricorso incidentale e solo se sui cennati vizi si sofferma in concreto l'accertamento del giudice").

¹⁹ VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo – profili ricognitivi ed individuazione della natura giuridica*, Milano, 1990, 425 s.: "Ripercorrendo...la natura giuridica del giudicato amministrativo, possiamo ricomprendere in quest'ultimo, inteso in senso sostanziale (e quale risulta dalla realtà tendenzialmente avallata dalla giurisprudenza), due elementi di fondo: l'uno, che non può mancare, ma che potrebbe essere mutato e sminuito dall'altro, promana direttamente dalla sentenza amministrativa; il secondo, eventuale ma assai ricorrente, è estraneo e successivo alla medesima (...) La parte del contenuto della cosa giudicata amministrativa sostanziale che emerge dalla sentenza, può essere definita come il nucleo relativamente fisso del giudicato, ossia come il suo aspetto nucleare: per reperire siffatto contenuto occorre avere riguardo al dispositivo della pronuncia, se del caso integrato con quanto si evince dalla sua motivazione. E' probabilmente proprio l'aspetto in esame del giudicato che permette di determinare

Altri Autori ancora, muovendo dal rilievo per cui l'accertamento del rapporto sia da ricondursi a un momento successivo rispetto all'esercizio del potere, hanno ipotizzato che la situazione giuridica soggettiva del privato, suscettibile di accertamento, sia il diritto potestativo all'annullamento dell'atto²⁰. Se si seguisse la prospettazione riferita, tuttavia, si dovrebbe affermare l'esistenza del rapporto (oggetto dell'accertamento giudiziale) solo dopo l'emanazione dell'atto amministrativo, poiché il diritto potestativo all'annullamento dell'atto troverebbe fondamento nell'emanazione dell'atto invalido e sarebbe, perciò, accertato dal giudice solo nel caso di mancata caducazione dell'atto da parte dell'Amministrazione stessa²¹. La riconduzione dell'oggetto di accertamento al diritto potestativo all'annullamento dell'atto non sembra spiegare, infine, l'oggetto del sindacato giurisdizionale, nel caso in cui l'Amministrazione tenga comportamenti materiali, pur collegati alla titolarità di un potere giuridico imperativo.

l'estensione oggettiva di esso, poiché sulla base del tenore della sentenza, da inquadrarsi nel contesto della domanda e dell'*iter* logico seguito dal giudice, si desumono i corrispondenti limiti oggettivi e si comprendono fenomeni quali il giudicato implicito. (...) Accanto al nucleo del giudicato sostanziale è delineabile una sorta di contenuto accessivo, variamente composto. Infatti, a mio parere, detto giudicato non si esaurisce in quanto emerge dalla sentenza, poiché quali suoi elementi costitutivi residuano – in funzione interpretativa, integrativa, quando o anche modificatoria o preclusiva del contenuto della stessa – gli apporti". Contra CLARICH, *Giudicato cit.*, 75.

²⁰ GARBAGNATI, *Giurisdizione cit.*, 39 s. L'Autore conclude che la giurisdizione amministrativa si distingue da quella civile "più che per, per la particolare natura della funzione svolta dal giudice amministrativo, avendo appunto la giurisdizione amministrativa per scopo di garantire l'attuazione di una concreta volontà di legge, tendente all'annullamento di un atto amministrativo invalido" (40). L'A. definisce, pertanto, il processo amministrativo come "processo di impugnazione di atti amministrativi invalidi, avente per oggetto un rapporto giuridico potestativo, il cui soggetto attivo è titolare del potere giuridico di provocare l'annullamento di un atto amministrativo, illegittimo od inopportuno, lesivo di un suo interesse o, eccezionalmente, di un suo diritto subiettivo". Questa ricostruzione sembra, in un certo senso, criticata da CLARICH, (*ult. op. cit.*, 83) quando afferma che "sia dalla tesi che considera come oggetto di questo processo la questione di legittimità del provvedimento in relazione ai vizi-motivi del ricorso; sia dalla tesi che considera come oggetto del processo l'affermazione del diritto all'annullamento dell'atto illegittimo discendono conseguenze insoddisfacenti in ordine al problema del giudicato. In base ad entrambe, la sentenza di accoglimento rende infatti incontestabile soltanto l'eliminazione del provvedimento ritenuto illegittimo. Non preclude per contro la reiterazione del medesimo atto che – come si è visto nell'esempio del licenziamento – rappresenta in se stesso una fattispecie nuova che fa venir meno l'elemento dell'identità tra vecchia e nuova azione" (83). Per chiarezza espositiva, si riporta quanto affermato dall'A. a proposito dell'annullamento del licenziamento: "L'esempio dell'annullamento giudiziale del licenziamento sembra a Piras particolarmente illuminante. Il godimento del risultato del processo potrà essere garantito all'attore (*rectius* ricorrente) soltanto se la sentenza, una volta passata in giudicato, preclude la possibilità di una rinnovazione del licenziamento, fin tanto che non mutino i relativi presupposti di fatto. L'accertamento del diritto potestativo del ricorrente e il conseguente annullamento dell'atto di licenziamento, invero, non sono in grado di offrire una sufficiente tutela: un nuovo atto di recesso dal rapporto da parte del datore di lavoro (basato anche sugli stessi fatti) dà origine comunque ad una fattispecie nuova, e precisamente fa sorgere un nuovo diritto potestativo all'annullamento, che può essere fatto valere in un nuovo processo, il cui oggetto è pertanto del tutto diverso da quello del primo processo. In definitiva, il giudice del secondo processo non incontra, dal punto di vista strettamente giuridico, alcun vincolo nella precedente sentenza passata in giudicato" (77-78).

²¹ Testualmente VOLPE, *ult. op. cit.*, 221

2. Riconduzione dell' oggetto del sindacato giurisdizionale di legittimità all' accertamento della violazione di una situazione giuridica soggettiva di *doverosità*. Il rilievo degli effetti *conformativi*. Il giudizio sul silenzio come sindacato di legittimità. La *strumentalità* del sindacato esteso al merito al giudizio di legittimità.

Posta l'inattitudine delle tesi soggettivistiche a individuare l'oggetto del sindacato giurisdizionale di legittimità, sembra che la relazione corrente tra l'Amministrazione e il cittadino, in occasione dell'esercizio di poteri autoritativi, sia, più propriamente, valutabile secondo i tradizionali canoni offerti dall'impostazione oggettivistica del processo amministrativo, che identifica l'oggetto dell'accertamento nella legittimità o illegittimità del provvedimento amministrativo, rispetto alla specifica norma d'azione di cui si lamenta la violazione. Tale sindacato consente di accertare l'esistenza di una situazione giuridica di doverosità, in capo all'Amministrazione, e la sua violazione, a prescindere dalle situazioni giuridiche soggettive individuali²². Infatti, se "l'annullabilità del provvedimento dovesse, necessariamente, porsi in relazione ad interessi sostanziali (tutelati attraverso il riconoscimento di un diritto relativo) del cittadino, risulterebbe difficile spiegare perché l'Amministrazione abbia il potere di annullare, nell'esercizio delle autonome funzioni di

²²VOLPE, *ult. op. cit.*, 224 s.; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 358: "La nuova legge ha dunque accordato al singolo il potere giuridico di chiedere l'attuazione della legge, nell'interesse generale della legalità amministrativa. Il singolo come tale non ha che la *pura azione*: questo è tutto l'elemento *soggettivo* che si riscontra nella giurisdizione di legittimità del consiglio di Stato; in sé essa è giurisdizione di mero diritto oggettivo, cioè attuazione della legge indipendentemente dal diritto individuale di alcuno". Contra FERRARA, *ult. op. cit.*, 111-113: "se il giudicato operasse su una sola delle parti, sarebbe seriamente discutibile la qualificazione giurisdizionale dell'organo pronunciante, e nondimeno sarebbe difficilmente teorizzabile la natura di situazione giuridica soggettiva dell'interesse legittimo, senza dire della sua conformità al modello costituzionale di pienezza della tutela. Ancora, e più profondo. Se il dovere non avesse un beneficiario concreto, si potrebbe con ragione dubitare che esso stesso sia una situazione giuridica soggettiva. L'esistenza di una piena corrispondenza tra doveri e pretese è oggetto di discussione in dottrina: questo non può non discendere dalla consapevolezza del carattere eminentemente relazionale delle situazioni giuridiche soggettive. (...) Comunque, anche senza insistere su tale dubbio, ove si ammetta che tra p.a. e cittadino corre una relazione giuridica, pure quando la prima agisce in via autoritativa, la nozione di dovere non è idonea ad esprimere questa relazione. Di pari passo, ove si riconosca che l'interesse legittimo è situazione giuridica soggettiva, deve nondimeno rinvenirsi una situazione giuridica soggettiva dal lato passivo. Pertanto, se il dovere non opera sul versante intersoggettivo, e di conseguenza non integra la situazione giuridica contrapposta (se non anche nessuna situazione giuridica), questa situazione, sembra potersi iniziare a sostenere, non può non essere che quella di obbligo". A tali rilievi si è opposto che queste conclusioni "implicano .. che non possa mai sussistere alcuna giurisdizione di natura obiettiva (laddove al processo penale tale qualificazione non sembra potere essere negata, ad esempio), e costringono ad affermare che tutte le posizioni giuridiche di doverosità abbiano natura di obbligo. (...) ..il fatto che al diritto assoluto (inteso come qualificazione in termini di liceità dell' *esercizio* di talune facoltà) sia associato anche un fascio di obbligazioni (e non un dovere), non porta a negare che il dovere in senso stretto non esista, come categoria giuridica" (VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 225 nota 69).

controllo o nel proprio interesse, i suoi stessi atti illegittimi, in assenza di un'istanza di tutela del privato"²³. Tanto è vero che, nella ricostruzione oggettiva del processo amministrativo, la situazione giuridica soggettiva del privato riceve una tutela meramente occasionale, essendo, il giudizio di legittimità, volto, principalmente, a *restaurare* l'interesse pubblico all'adozione di atti legittimi e, solo in tal caso, il privato ottiene una soddisfacente regolamentazione delle proprie situazioni giuridiche soggettive, sottoposte all'esame dell'Amministrazione.

Parte della dottrina, a tal proposito, ha rilevato come "l'accoglimento del motivo d'impugnazione e l'accertamento del fatto obiettivo, dato dalla violazione della norma d'azione invocata, può essere considerato anche sotto un diverso aspetto, perché, in sua virtù, viene ad essere accertato *a contrariis* anche il comportamento che l'Amministrazione avrebbe dovuto tenere, con riguardo alla norma d'azione la cui violazione è stata accertata dal giudice. Rispetto all'individuazione della norma violata e all'individuazione (implicita) del comportamento che l'Amministrazione avrebbe dovuto tenere e che, in realtà, non ha tenuto, la sentenza di legittimità è, dunque, in grado di fissare gli ulteriori effetti conformativi a cui si è da ultimo accennato"²⁴. Tali effetti conformativi rilevano, con particolare evidenza, nel caso di "annullamento" del diniego di provvedimento, in cui, come già rilevato, l'effetto ripristinatorio lascia del tutto insoddisfatta la pretesa sostanziale del ricorrente. Infatti, "di fronte al provvedimento negativo, l'esigenza di tutela non è quella di ricostituire la situazione antecedente alla lesione, bensì quella di porre l'interessato nella situazione nella quale si sarebbe trovato se la lesione non avesse avuto luogo, vale a dire se, sussistendone" i presupposti, "il suo interesse fosse stato soddisfatto mediante il rilascio del provvedimento richiesto"²⁵. La tutela del ricorrente, in questo senso, sembra realizzarsi attraverso l'attitudine soddisfacente degli effetti conformativi, correlati ai vizi dedotti in giudizio²⁶. Tuttavia, anche quando gli effetti conformativi non garantiscono il risultato utile, questo non esclude che, per il ricorrente, la sentenza di "annullamento" del diniego non assicuri un' *utilità aggiuntiva* rispetto alla mera "caducazione" dell'atto, diversa dal conseguimento del provvedimento aspirato. Se, infatti, l'utilità cui il privato aspira fosse ravvisabile solo nel conseguimento del "bene della vita", non si spiega perché il giudice, ai sensi dell'art. 34, comma 3, legge 2 luglio 2010, n. 104, nel caso in cui l'annullamento del provvedimento impugnato non

²³ VOLPE, *ult. op. cit.*, 215

²⁴ VOLPE, *ult. op. cit.*, 531

²⁵ TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, 61-62

²⁶ L'Autore da ultimo richiamato parla, a tal proposito, di "contenuto ordinatorio della sentenza di condanna" (62).

risulta più utile per il ricorrente, possa accertare l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori, ne si spiegano le ragioni che hanno condotto parte di dottrina a manifestare alcuni dubbi sull'ammissibilità di una definizione in rito della controversia, nel caso in cui, nelle more del ricorso, sopraggiunga un provvedimento non del tutto conforme all'istanza del ricorrente²⁷.

Pertanto, il fatto che l'ordinamento garantisca una coercizione maggiore (attraverso il giudizio di ottemperanza), in caso di reiterata violazione, sembra dimostrare come, in questi casi, "si è inteso tutelare in modo indipendente un interesse sostanziale diverso da quello, meramente pubblicistico, protetto dal semplice dovere provvedimentale. Interesse quest'ultimo che non può fare capo che a colui che attende la pronuncia amministrativa e che viene, dunque, tutelato in modo autonomo, rispetto alla funzione accordata alla funzione pubblica"²⁸.

Si tratta ora di chiarire se anche l'illegittima sottrazione alla necessità di provvedere dia, essa stessa, luogo ad un comportamento regolato dalle norme d'azione. Rilevato come il sindacato di legittimità consista, sostanzialmente, in una valutazione di *conformità* del comportamento dell'Amministrazione alle prescrizioni normative concernenti l'esercizio del potere e considerato il dato letterale, di cui all'art. 2, legge 7 agosto 1990, n. 241, che parla di *dovere* di concludere il procedimento, mediante l'adozione di provvedimento espresso, non sembra potersi escludere che le norme d'azione non regolino soltanto la legittimità degli atti amministrativi o, in genere, la loro *conformità* all'ordinamento

²⁷ VOLPE, *Espropriazioni cit.*, 293-294: "Va contestata .. quella pur diffusa interpretazione giurisprudenziale, secondo la quale, allorché il provvedimento sopraggiunto nelle fasi del ricorso non sia conforme all'istanza del ricorrente e, quindi, non sia pienamente soddisfacente, si dovrebbe comunque porre fine al processo, con una decisione .. non già di cessazione della materia del contendere, ma di sopravvenuta carenza d'interesse a ricorrere. Si reputa, invece, necessario che anche (e soprattutto) in questa ipotesi il giudice non definisca immediatamente il giudizio e che egli debba ugualmente pronunciarsi sul merito del ricorso. Tuttavia, in questa ipotesi il giudice, pur potendo accogliere (parzialmente ..) l'istanza del ricorrente, non potrà pronunciare una sentenza di annullamento del provvedimento impugnato, perché il medesimo provvedimento è già stato annullato dalla pubblica amministrazione. Perciò, la pronuncia si limiterà ad essere meramente dichiarativa dell'esistenza delle ragioni d'illegittimità poste in luce dall'amministrato con il suo ricorso e che riguardano un provvedimento che ora non è più ". "Nel caso d'intervento *non conforme*, annullato da parte dell'Amministrazione il provvedimento impugnato, il giudice non potrà ovviamente riannullarlo, ma .. accerterà l'esistenza o l'inesistenza dei vizi prospettati dal ricorrente (e non fatti propri dall'Amministrazione con l'atto di autotutela) relativamente alla pregressa azione amministrativa. (..) Se ne deduce, in generale, che l'ordinamento considera sentenza potenzialmente utile, nel processo amministrativo, ogni accertamento con efficacia di giudicato che il giudice amministrativo può pronunciare. Per non cadere in equivoci e onde evitare di generalizzare l'istituto del processo amministrativo di accertamento, va chiarito che il concetto di utilità della sentenza non deve essere fatto coincidere con quello della sua ammissibilità. Semplicemente, s'intende affermare che l'ordinamento considera utili tutte le sentenze, anche di mero accertamento, che l'ordinamento consente di adottare, indipendentemente dal fatto che esse siano in grado, oppure no, di produrre un'utilità diretta ed effettiva, valutata alla stregua di un aumento di figure giuridiche soggettive favorevoli e sostanziali nella sfera del ricorrente" (296-297).

²⁸ VOLPE, *Norme di relazione cit.*, 537-538

giuridico. Sembra, invece, che esse regolino qualunque comportamento attinente all'esercizio del potere e, "dunque anche i comportamenti materiali, allorché essi consistano nel riflesso di un dovere, avente ad oggetto il medesimo potere giuridico"²⁹.

D'altronde, il fatto che anche nel giudizio sul silenzio rilevi una situazione giuridica di doverosità può cogliersi anche dal fatto che la pubblica Amministrazione ben potrebbe provvedere, pronunciandosi negativamente, anche dopo la decorrenza del termine di conclusione del procedimento senza che, a tal fine, sia necessaria una nuova istanza di avvio del procedimento³⁰.

²⁹ VOLPE; *ult. op. cit.*, 253 s. In termini non dissimili sembra essersi pronunciato LA VALLE, *Azione di impugnazione cit.*, 156. L' A. "si propone di mostrare che una tipica azione processuale amministrativa, volta ad ottenere la dichiarazione vincolante di doveri (in senso proprio) cui l'Amministrazione non abbia dato adempimento, caratterizza, non meno dell'altra tipica azione, quella d'impugnazione, il giudizio amministrativo in cui si tutelano interessi legittimi, e che siffatta caratterizzazione risponde non ad una astratta teorizzazione, bensì ad una precisa esigenza logico-normativa. Tale esigenza può sinteticamente essere enunciata nei termini seguenti: quando la lesione dell'interesse legittimo (interesse-attesa) del cittadino si ricollega all'inadempimento da parte dell'Amministrazione del dovere giuridico-amministrativo di emanazione di un provvedimento o in genere di produzione di un determinato comportamento, la tutela giurisdizionale amministrativa non può essere realizzata che da una pronuncia la quale accerti il preciso dovere ed il fatto dell'inadempimento; si ponga poi siffatta pronuncia dichiarativa quale premessa per un corrispondente ordine (condanna), rivolto dal giudice amministrativo all'Amministrazione inadempiente, di adempiere, ovvero ancor più penetrante per l'esercizio di poteri sostitutorii da parte dello stesso giudice amministrativo". Ma anche SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989, 71-72 afferma che "l'accertamento a cui previene la decisione giudiziale si risolve dunque nella *positio inter partes* di una norma, di una *regula juris*, cioè del criterio direttamente qualificativo di una serie di possibili eventi". Contra FERRARA, *ult. op. cit.*, 111, il quale afferma che se "il dovere fosse funzionale all'interesse pubblico e privo di destinatari determinati, sarebbe coerente quella giurisprudenza che teorizza che il giudicato amministrativo opera sulla situazione di una sola delle parti (cioè, la p.a.), e così pure, come a suo tempo si è visto, quella dottrina che nega il carattere giurisdizionale ed esecutivo del giudizio di ottemperanza. Altrettanto consequenziale dovrebbe allora essere la perdurante attualità della prospettiva chiovendiana, secondo cui il singolo come tale non ha che pura azione e la giurisdizione del giudice amministrativo sarebbe giurisdizione di mero diritto oggettivo, cioè attuazione della legge indipendentemente dal diritto individuale di alcuno". L' A., afferma inoltre che "se il giudicato operasse su una sola delle parti, sarebbe seriamente discutibile la qualificazione giurisdizionale dell'organo giudicante, e nondimeno sarebbe difficilmente teorizzabile la natura di situazione giuridica soggettiva dell'interesse legittimo, senza dire della sua conformità al modello costituzionale di pienezza della tutela".

³⁰ T.A.R. Napoli, Sez. VI, 3 dicembre 2014, n. 6310 : ".una volta formatosi il silenzio, l' Amministrazione non perde la facoltà di decidere e il privato può scegliere tra l'immediato ricorso in sede giurisdizionale (o straordinario) contro il provvedimento di base, entro i termini di decadenza, e il successivo ricorso giurisdizionale contro l'eventuale decisione gerarchica tardiva, ove lesiva"; Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., 02 novembre 1992, n. 325, Foro Amm. 1992, 2743: "Anche se si è formato il silenzio-rigetto, la P.A. non viene, per tale solo fatto, privata della potestà di decidere espressamente in ordine al ricorso gerarchico ed alla legittimità del provvedimento con tale ricorso impugnato, talché al possibile esercizio di tale potestà - oltre il termine di novanta giorni - deve pur corrispondere la facoltà dell'interessato di gravare il rigetto espresso con il rimedio del ricorso giurisdizionale ovvero di quello straordinario, abbia costui - o non abbia - impugnato il silenzio-rigetto con esplicito riferimento al provvedimento di base che comunque sarebbe stato coinvolto nella sede giurisdizionale anche in via di automatica devoluzione". Sembra utile rilevare, infatti, che pur sussistendo la possibilità, per il privato, nelle ipotesi di inerzia provvedimentale, di riproporre istanza di avvio del procedimento, ai sensi dell'art. 31, comma 2, ultimo periodo, c.p.a., il dovere

A questo punto, l'allargamento delle forme di *illegalità* dell'azione amministrativa, che si sostanzia nella diversità di comportamenti che possono essere disciplinati dalle norme d'azione, impone anche un allargamento della nozione di oggetto del giudizio amministrativo, che si traduce, perciò, in un generale accertamento della violazione, da parte dell'Amministrazione, della norma d'azione, che regola i profili di doverosità concernenti l'esercizio del potere dell'autorità amministrativa³¹.

Non vi è dubbio, però, che, rispetto al processo di annullamento, l'ampiezza degli interessi protetti dal giudice amministrativo, in caso di azione sul silenzio, possa essere più ampia, poiché la tutela non attiene solo al "ripristino" della legalità violata, ma si estende sino a garantire la protezione di quegli interessi di cui lo stesso merito si compone. Ciò sembra accadere non perché il legislatore intenda riconoscere loro protezione diretta - non essendo, essi, neppure valutabili in tale giudizio, strutturato in modo da proteggere la sfera di insindacabilità del merito amministrativo³² - ma perché la possibilità, per il ricorrente, di

di pronuncia che si era costituito, in capo all'Amministrazione, con la presentazione della prima istanza, non si estingue, anche se dopo la scadenza del termine per proporre l'azione di cui all'art. 31 c.p.a., non può più essere dedotto in giudizio come motivo di inadempimento. Se, infatti, la possibilità di ripresentare istanza di avvio del procedimento consentisse al privato di ricostituire, in capo all'Amministrazione, un nuovo dovere, si dovrebbe ammettere che la norma in esame consente, sostanzialmente al privato, di eludere il termine di decadenza, vanificandolo. In tal modo, infatti, lo scadere del termine di decadenza potrebbe essere "ricostituito" riproponendo una nuova istanza provvedimentoale. Sembra, quindi, che la possibilità, per il privato, di ripresentare istanza di avvio del procedimento consenta di applicare, anche nell'ipotesi di cui all'art. 31, comma 2, secondo periodo, c.p.a. il regime degli atti confermativi e meramente confermativi. A proposito di questi atti, infatti, la giurisprudenza ammette l'impugnabilità dei soli atti confermativi e, cioè, di quegli atti per i quali l'Amministrazione prende nuovamente in esame l'istanza del privato, avviando un nuovo procedimento. Se, invece, l'Amministrazione non apre un nuovo procedimento, e si limita a ribadire l'atto già emanato, si configura un atto meramente confermativo, che, in quanto tale, non è suscettibile di autonoma impugnazione. Tale regime sembra applicabile anche alla fattispecie di cui all'art. 31, comma 2, secondo periodo, c.p.a., perché quando il privato ripropone un'istanza di avvio del procedimento, per l'emanazione di un provvedimento che l'Amministrazione non ha emanato, essendo rimasta silente, chiede, sostanzialmente, l'apertura di un nuovo procedimento. Ne deriva che se l'Amministrazione si limita a tacere anche su questa nuova domanda,, senza compiere alcuna altro atto, sarebbe probabilmente errato ritenere che il privato sia rimesso in termini per presentare l'azione avverso il silenzio per effetto della sua nuova domanda. Se, invece, l'Amministrazione, di fronte alla rinnovata istanza del privato, pur rimanendo inerte, dà dimostrazione di aprire un nuovo procedimento (ad esempio perché nomina il responsabile del procedimento), dando dimostrazione di voler giungere ad un nuovo provvedimento, in un certo senso, si autolimita, costituendo, in capo a sé, nuove figure giuridiche soggettive di doverosità. In altri termini, l'Amministrazione non sembra obbligata, di per sé, ad aprire un nuovo procedimento, dal momento che è ancora astretta dall'obbligo di pronunciarsi sulla prima istanza. Se lo fa, però, tale azione rientra nell'esercizio della sua discrezionalità, con la conseguente riapertura del termine di conclusione del procedimento, così come accade per gli atti confermativi. Tali rilievi sono stati evidenziati nel Corso di Giustizi Amministrativa tenuto dal Prof. Volpe nell' a.a. 2012/2013.

³¹ Testualmente VOLPE, *ult. op. cit.*, 253

³² Si è affermato, sia pur genericamente che "... la sentenza ha carattere dichiarativo; in quanto essa non mira a creare il diritto, non tende a formare nuovi rapporti giuridici, ma si limita a riconoscere le concrete volontà di legge che siano insieme: i) concernenti persone diverse dal giudice e ii) già nate prima del processo". STELLA RICHTER, *Dopo il codice del processo amministrativo*, Dir proc. amm., 2012, fasc. 3, 880

chiedere al giudice di “sostituirsi” all’ Amministrazione e di intervenire direttamente attraverso la nomina di un commissario *ad acta*, ai sensi dell’art. 117, commi 3 e 4, sembra garantire una più “efficiente” tutela di quegli stessi interessi pubblici, affidati alle cure della pubblica Amministrazione³³. Infatti, così come il giudizio di ottemperanza sembra svolgere una tutela in forma specifica, la medesima funzione non sembra potersi negare all’intervento sostitutivo del giudice nello stesso giudizio di cognizione.

Tale strumentalità del sindacato esteso al merito, al giudizio di legittimità, sembra potersi sostenere, sostanzialmente, in ragione del rapporto di dipendenza tra le norme d’azione costitutive di doveri in senso stretto e le norme d’azione costitutive di obblighi giuridici³⁴, che consente di sostenere che, in alcuni casi, l’interesse del privato, pur ricevendo una protezione autonoma, partecipa alla funzione pubblica, essendo ad essa compenetrato. Infatti “se, ipoteticamente, la protezione indipendente accordata all’interesse sostanziale del privato fosse anche indipendente da un suo rilievo interno alla funzione, essa stessa finirebbe per essere potenzialmente pregiudizievole per la stessa funzione amministrativa, complessivamente intesa”³⁵. Pertanto, sembra potersi sostenere la strumentalità della protezione accordata all’interesse privato rispetto all’ interesse pubblico, in forza della necessità di offrire una più coercitiva attuazione delle norme d’azione giuridiche³⁶.

³³ Alla fattispecie di cui all’art. 31, comma 3, c.p.a., infatti, sembrano potersi estendere i rilievi svolti, da alcuna dottrina, con riferimento al giudizio di ottemperanza. Si è affermato, infatti, come così come nel giudizio di legittimità, “anche nel processo di ottemperanza l’interesse sostanziale tutelato in modo diretto è, in realtà, dato dalla medesima funzione amministrativa, così come essa è implicitamente descritta dal complesso di norma che disciplinano la legittimità dell’agire provvedimento dell’Amministrazione” (VOLPE, *ult. op. cit.*, 537). A proposito del giudizio di ottemperanza si è affermato, inoltre, che “in nessun modo” possono “venire qui a costituirsi obblighi provvedimentali perché il giudicato di legittimità in nessun modo può vincolare le valutazioni di merito amministrativo, il cui ambito, anzi, si ritiene che venga ad essere, integralmente o in parte, ripristinato a seguito dell’annullamento giurisdizionale” (VOLPE, *ult. op. cit.*, 516). L’ A., rileva, inoltre, che neanche l’accertamento con forza di giudicato, delle ragioni di illegittimità che hanno toccato il provvedimento, può “dare utili frutti, al fine di ravvisare la trasformazione di figure di doverosità, preesistenti al giudizio di legittimità, in posizioni di obbligo. Si reputa, infatti, che la posizione qualificata (derivante dal fatto di essere stato parte nell’originario giudizio di legittimità) nulla aggiunga al ricorrente, per quanto attiene al riflettersi della sentenza sui nuovi ed eventuali rapporti di carattere sostanziale. La ragione di questa affermazione va ravvisata in quanto è stato precedentemente affermato sulla restrizione dei limiti oggettivi del giudicato all’accertamento della violazione delle norme d’azione e, quindi, all’accertamento dei doveri che da quelle norme si riflettono sulla pubblica Amministrazione. (...) In altri termini, l’accertamento della norma di condotta – che l’Amministrazione avrebbe dovuto tenere e che, restando imm modificata la situazione di fatto, essa dovrebbe tenere anche per il futuro – non muta la natura della norma d’azione stessa. Né è possibile sostenere il contrario, a meno di voler affermare che il contenuto di accertamento proprio di ogni sentenza amministrativa di accoglimento non possa mai essere tale in senso proprio, in quanto travestirebbe, già in sé, una pronuncia essa stessa costitutiva” (ID., 523).

³⁴ VOLPE, *ult. op. cit.*, 204 s.

³⁵ VOLPE, *ult. op. cit.*, 538 nota 141

³⁶ Ciò non esclude che, oltre a questa tutela, l’ordinamento non consenta anche una tutela diretta e indipendente dell’interesse individuale attraverso la possibilità, per il ricorrente, di esperire la tutela

3. Tesi che riconducono al giudizio sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio natura costitutiva: sentenza di condanna atipica; risarcimento in forma specifica. Dubbi sull' ammissibilità di una pronuncia di condanna all'esercizio del potere provvedimentale: il limite dell'infungibilità della prestazione; impossibilità di configurare un risarcimento in forma specifica dell'interesse legittimo. La tesi minoritaria della "sentenza cognitiva con effetti esecutivi".

L' art. 31, comma 3 (introdotto con il d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104), che consente al giudice di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio (nelle ipotesi di attività vincolata o quando non sussistano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità) ha posto non pochi problemi di inquadramento sistematico con riguardo, in particolare, alla controversa configurabilità di una azione di condanna all'adempimento, nonché alla effettiva incidenza del potere conferito al giudice amministrativo sull' azione della pubblica Amministrazione.

Una recente dottrina, che si è occupata del problema, sia pure prima delle modifiche introdotte all'art. 34 c.p.a., dal d. lgs. 14 settembre 2012, n. 160 (che ha esteso la possibilità di esperire tale azione anche alle ipotesi di diniego di provvedimento), ha evidenziato come la pronuncia sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, rubricata dal codice del processo amministrativo tra le azioni dichiarative, sia, più propriamente, riconducibile ad un'azione di condanna all'emanazione del provvedimento richiesto³⁷,

risarcitoria. "Indipendenza della protezione dell'interesse sostanziale del privato, dunque, non significa contrapposizione dell'interesse del privato alla funzione pubblica, ma significa allargamento dei mezzi di protezione del privato contro l'Amministrazione pubblica" (VOLPE, *ult. op. cit.*, 540).

³⁷ CARBONE, *Dubbi e incertezze sull'art. 31 del Codice del processo amministrativo*, Foro amm. T.A.R., 2011, 1104 : "Quanto prima statuito dall'art. 2 L. 241/90, come modificato dalla L. 80/05, e ora specificato dall'art. 31 c.p.a., 3 comma, secondo cui *il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratti di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità*, costituirebbe ... la precisazione del contenuto del comando rivolto all'Amministrazione e permetterebbe di qualificare l'azione avverso il silenzio in termini di azione di adempimento, cioè come azione di condanna all'emanazione del provvedimento richiesto. Più in particolare, rappresenterebbe una delle due ipotesi di questo tipo di azione, accanto a quella relativa al caso in cui la P.A. abbia adottato un esplicito provvedimento di diniego" (1106); ID., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012. L' Autore, essendo la sua opera, anteriore alle modifiche apportate dal d. lgs. 14 settembre 2012, n. 160, ravvisa la possibilità di esperire l'azione di condanna all'adempimento, nelle ipotesi di annullamento del diniego, sulla base del combinato disposto di cui all'art. 30, comma 1, c.p.a., - che fa riferimento all'azione di condanna, senza tipizzazione dei relativi contenuti- e l'art. 34, comma 1, lett.c) c.p.a, che dispone che con la sentenza di condanna, il giudice può disporre la misure idonee a tutelare la situazione giuridica dedotta in giudizio. L' A. rileva, infatti, che "non sono mancate pronunce volte a considerare che laddove si accedesse ad un'interpretazione eccessivamente ampia della possibilità di conoscere della fondatezza della pretesa, si finirebbe per concedere al ricorrente, in caso di mancanza di un atto, ciò che gli è precluso se un provvedimento fosse stato in concreto adottato, cioè una sentenza di

analoga alla *Verpflichtungsklage* tedesca e dalla quale si differenzerebbe solo per la sua attitudine ad essere portata ad esecuzione³⁸. Tale tesi è stata sostenuta sulla base della

condanna dell'amministrazione ad un *facere* specifico. Nel caso in cui si sia di fronte ad un diniego esplicito, infatti, l'unico rimedio previsto fino all'adozione del Codice – salvi i tentativi di ampliamento tramite la r.f.s., di cui si dirà – è stata quella dell'annullamento dell'atto, idoneo, come detto, a garantire solo parzialmente la tutela in forma specifica della situazione giuridica soggettiva “ (114). Pertanto, “il combinato disposto degli artt. 30, 1 co., e 34, lett. c), c.p.a. permette dunque di configurare un'azione generica di condanna dal contenuto atipico, che abbia lo scopo di assicurare la tutela della situazione giuridica fatta valere in giudizio. Su tali basi può trovare cittadinanza, anche nel nostro processo amministrativo, l'azione di adempimento, in quanto la condanna all'emanazione del provvedimento richiesto rappresenta – come più volte ripetuto – il rimedio tipico a tutela dell'interesse legittimo del ricorrente. La circostanza, inoltre, che azioni di condanna diverse dal risarcimento non possano essere proposte in via autonoma risulta non in contrasto, ma anzi perfettamente in linea con il sistema dell'adempimento: poiché infatti l'insoddisfazione della posizione di carattere pretensivo del privato deriva o da un diniego espresso o da una mera inerzia della P. A., l'azione in esame dovrà essere proposta congiuntamente con l'azione avverso il silenzio ovvero con quella di annullamento, a seconda dei casi. Ciò può trovare una corrispondenza nel modello, già analizzato, presente in Germania, ove la *Verpflichtungsklage* si distingue in due sottocategorie di azioni a seconda dell'adozione o meno di un provvedimento negativo esplicito (rispettivamente, *Weigerungsgegenklage* e *Untätigkeitsklage*)” (187). Aveva ravvisato la possibilità di configurare un'azione di condanna all'adempimento già LA VALLE, *Azione d'impugnazione cit.*, 168, il quale a proposito della configurabilità di un'azione di adempimento affermava che “tali decisioni sono sostanzialmente anche di condanna, dacché in esse il giudice amministrativo, fissando gli estremi del dovere inadempito, impartisce altresì all'Amministrazione corrispondenti istruzioni o direttive sul modo in cui essa debba adempiere il dovere, cioè sui comportamenti ch'essa debba tenere onde addivenire all'esatto adempimento”. Afferma nettamente la configurabilità di un'azione di condanna all'adempimento analoga alla *Verpflichtungsklage* anche CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, Dir. proc. amm., 2005, 572 :”la sentenza che accoglie il ricorso in materia di silenzio ha un contenuto sia di accertamento della violazione dell'obbligo formale di provvedere e di accertamento della fondatezza della pretesa, quanto meno in relazione ai profili vincolati del potere, sia di condanna dell'amministrazione a provvedere”; ID. *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamenti giurisprudenziali*, Dir. proc. amm., 1985, 66 s. Anche MURGIA, *Crisi del processo amministrativo e azione di accertamento*, Dir. proc. amm., 1996, fasc. 2, 288, afferma che il giudizio sul silenzio dovrebbe coerentemente condurre all'individuazione di una “sentenza non di accertamento, bensì di condanna a provvedere a carico dell'amministrazione, giacché ciò che potrebbe realizzare l'interesse del privato non è la semplice *dichiarazione* del suo diritto ad ottenere la decisione amministrativa, ma l'ordine giurisdizionale di provvedere”.

³⁸ Secondo GRECO (*L' accertamento autonomo cit.*, 60) “la *Verpflichtungsklage*, invero, non può essere *tout court* definita come un'azione di condanna, posto che la relativa sentenza di accoglimento non è suscettibile di esecuzione forzata; la sua osservanza è garantita, viceversa, attraverso sistemi di coercizione indiretta, consistenti nella comminatoria di sanzioni pecuniarie, che possono essere reiterate in caso di persistente inadempimento (par. 172 Vw. G.O.). D'altra parte, la *Verpflichtungsklage* non può neanche essere inquadrata tra le sentenze di accertamento mero, posto che non è diretta ad eliminare un'incertezza giuridica sull'assetto dei rapporti preesistenti. La conferma di ciò si desume dalla stessa *Verpflichtungsordnung*, che disciplina espressamente le azioni di mero accertamento, ma con riferimento alle diverse fattispecie di accertamento dell'esistenza o inesistenza di un rapporto giuridico o della nullità di un atto amministrativo, se l'attore ha un giustificato motivo al sollecito accertamento”. Cfr. CARBONE, *L'azione di adempimento, cit.*, 146, il quale, dopo aver rilevato la possibilità di “configurare un'azione di condanna in senso proprio anche nella giurisdizione amministrativa, che ha il suo carattere peculiare nel non costituire propriamente un titolo esecutivo, senza che per questo vanga meno né l'esigenza di attuazione insita nella relativa pronuncia, né la possibilità di portare coattivamente ad esecuzione il *dictum* giudiziale attraverso il giudizio di ottemperanza, concepito come vero e proprio processo esecutivo”, afferma che “proprio in ragion di quest'ultimo aspetto .. l'azione di condanna nel nostro ordinamento processuale amministrativo non si presta alle obiezioni sollevate da una parte della dottrina italiana nei confronti della natura condannatoria della *Verpflichtungsklage* e della

presunta inutilità, per il ricorrente, di una pronuncia meramente dichiarativa e della conseguente necessità di imporre all'Amministrazione un *facere* specifico, “quale contenuto tipico di una sentenza di condanna: ciò che il privato cerca, infatti, è l'ordine rivolto all'Amministrazione di adottare il provvedimento. Di talché si è giustamente rilevato che laddove l'unico effetto della sentenza fosse quello di dichiarare l'inadempimento, si potrebbe seriamente dubitare dell'interesse a ricorrere”³⁹.

La ricostruzione in esame, in altri termini, rifacendosi a quegli orientamenti che ravvisano nel giudizio di ottemperanza un processo esecutivo⁴⁰, ha sostenuto che non vi sarebbe

allgemeine Leitungsklage, attesa la mancanza, nel sistema tedesco, di una procedura esecutiva: al contrario, dinnanzi al nostro g.a. un'azione di condanna all'emanazione del provvedimento favorevole può esplicitare appieno il suo potenziale”.

³⁹ CARBONE, *Dubbi, cit.*, 1104 -1106. Per quanto riguarda la carenza dell'interesse a ricorrere v. anche FERRARI, *La decisione giurisdizionale amministrativa: sentenza di accertamento o sentenza costitutiva?*, Dir. proc. amm., 1988, 586-587: “La prima serie di incertezze nasce proprio se ci riportiamo alla nozione classica, e tuttora dominante, di sentenza di accertamento, il suo effetto sarebbe che l'inadempimento dell'amministrazione sarebbe acclarato con autorità di giudicato: al proposito non avrebbe più ragione giuridica di presentarsi dubbio. Ma non par dubbio che questo non è il risultato al quale mira l'eventuale ricorrente, né quello che gli studi in materia di silenzio hanno cercato di assicurare alla relativa sentenza: anzi, se questo fosse veramente l'effetto, l'unico effetto dell'eventuale sentenza, vi sarebbero serie ragioni per dubitare della sussistenza dell'interesse a ricorrere. In realtà il ricorrente promuove il processo contro il silenzio perché vuole che il giudice imponga all'amministrazione un obbligo e giunga a far fare all'amministrazione quello che egli non è riuscito ad ottenere dalla medesima”. L' A. prosegue rilevando come “...nelle pronunce in tema di silenzio che più chiaramente presenterebbero natura dichiarativa o di accertamento non leggiamo mai la semplice constatazione dell'illegittimità ma ad essa si accompagna sempre la decisa sottolineatura dell'obbligo dell'amministrazione: l'affermazione della natura dichiarativa discende dalla difficoltà di individuare in queste ipotesi l'atto amministrativo impugnato piuttosto che da un'attenta valutazione del contenuto e degli effetti che derivano o che comunque vengono ricavati dalla pronuncia giudiziale. Per superare la finzione del silenzio-atto sembrerebbe inevitabile costruire un ricorso e quindi una sentenza che presenta a sua volta la finzione di essere dichiarativa, ma che in realtà è essenzialmente rivolta a creare un vincolo, un obbligo per l'ulteriore attività dell'amministrazione”. Cfr. VOLPE, *Norme di relazione cit.*, 254, nota 126: “Con riguardo alla specifica azione sul silenzio ... l'indagine potrebbe essere a questo punto sviluppata, in merito all'autonomia dell'interesse a ricorrere, che si è negato quanto al processo d'impugnazione. Se, infatti, all'interesse legittimo, stante la natura di dovere giuridico in senso stretto che l'Amministrazione viola restando inerte, deve continuarsi a riconoscere valore di titolo legittimante all'azione, il carattere dichiarativo – e non costitutivo – della lite potrebbe comportare una riemersione dell'interesse a ricorrere come autonoma condizione di trattabilità della causa nel merito. Ciò, non di meno, si perverrebbe, anche in questa ipotesi, a riferire all'interesse di fatto un duplice valore, giacché esso varrebbe sia come presupposto dell'interesse legittimo (e quindi della legittimazione) sia come ragione di aspirazione al provvedimento giurisdizionale. Il che, sia pure per diverse ragioni, sembrerebbe escludere l'autonomia, anche in questo tipo di azione, dell'interesse a ricorrere”.

⁴⁰ SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, 1997, 143 s., il quale afferma che “di fronte al giudizio di ottemperanza – cioè di fronte ad un *jucium executivum* deputato ad appurare il mancato adempimento dell'obbligo ed a porvi conseguentemente rimedio – non ha addirittura senso distinguere tra accertamento di un obbligo (= mero accertamento) e condanna a tenere il comportamento oggetto dell'obbligo. Il concetto di condanna può essere pensato come provvisto di un *quid pluris* rispetto al concetto di accertamento dell'obbligo solo ricorrendo all'istituto del titolo esecutivo”; VILLATA, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, Dir. proc. amm., 1989, 376 s. Evidenzia, invece, come nel giudizio

effettiva differenza tra accertamento di un obbligo e condanna: l'accertamento compiuto in sede di cognizione, volto a valutare la legittimità dell'atto, infatti, rileverebbe solo in quanto da esso viene ricavata la regola a cui l'Amministrazione deve conformare la propria azione, che diverrebbe esplicita, ove possibile, attraverso la pronuncia di condanna ad un *facere*⁴¹.

Tale pronuncia, tuttavia, non integrerebbe, come da altri sostenuto, la fattispecie del risarcimento in forma specifica, ma sarebbe riconducibile ad una pronuncia di *condanna atipica* o azione di *condanna pubblicistica*⁴². Ciò, non solo perché sarebbe da escludere la possibilità di ricondurre alla tutela reintegratoria anche l'adempimento di un obbligo, estendendo, così, i confini della tutela risarcitoria fino a comprendervi fattispecie che riguardano l'attuazione della pretesa del ricorrente, ma anche perché "l' art. 30, 2 co., ultima parte, c.p.a., ammette la possibilità di chiedere il *risarcimento in forma specifica* solo laddove sussistano i *presupposti previsti dall'art. 2058 del codice civile*. Di conseguenza, non solo non possono più considerarsi ammissibili impostazioni volte a differenziare il rimedio previsto nel processo amministrativo da quello codicistico, ma soprattutto non può più prescindere dalla concreta verifica da parte del g.a. dell'integrazione dei requisiti (colpa, danno, possibilità, non eccessiva onerosità) di cui all'art. 2058. Ciò a tacere dell' ulteriore profilo, di carattere formale, dell'utilizzo da parte

di ottemperanza vi sia una commistione tra fase di cognizione ed esecutiva FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza cit.*, 57 s.

⁴¹ CARBONE, *Dubbi cit.*, 1106

⁴² Adunanza Plenaria del 23 marzo 2011, n. 3, in cui, a proposito dell'azione di adempimento, si afferma che "deve, inoltre, rilevarsi che il legislatore, sia pure in maniera non esplicita, ha ritenuto esperibile, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto. Ciò è desumibile dal combinato disposto dell'art. 30, 1 co., che fa riferimento all'azione di condanna senza una tipizzazione dei relativi contenuti (sull' atipicità di detta azione si sofferma la relazione governativa di accompagnamento al codice) e dall'art. 34, 1 co., lett c), ove si stabilisce che la sentenza di condanna deve prescrivere l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio. In definitiva, il disegno codicistico, in coerenza con il criterio di delega fissato dall' art. 44, 2 co., lettera b, n. 4, della L.18 giugno 2009, n. 69, ha superato la tradizionale limitazione della tutela dell'interesse legittimo al solo modello impugnatorio, ammettendo l'esperibilità di azioni tese al conseguimento di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa. Di qui, la trasformazione del giudizio amministrativo, ove non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione, da giudizio amministrativo sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata. Alla stregua di tale dilatazione delle tecniche di protezione, viene confermata e potenziata la dimensione sostanziale dell'interesse legittimo in una con la centralità che il bene della vita assume nella struttura di detta situazione soggettiva".

dell'art. 30 c.p.a. del termine *risarcimento in forma specifica*, in luogo del precedente, suscettibile di fraintendimenti, di reintegrazione in forma specifica”⁴³.

Altri Autori, evidenziando, da un lato, come la soddisfazione dell'interesse legittimo “pretensivo” avvenga attraverso l'attribuzione, al ricorrente, di “ciò che spetta”, individuato, a seconda del carattere vincolato o discrezionale dell'attività amministrativa, rispettivamente, nel “bene della vita” ovvero nella “*chance legale*” e, dall'altro, l'impossibilità del giudicato di coprire l'accertamento dei fatti costitutivi, impeditivi, modificativi ed estintivi, presupposti dall'interesse legittimo fatto valere⁴⁴, hanno affermato come “nel giudizio amministrativo non si deve immaginare la necessità di una condanna e di un giudicato sui modi di riesercizio del potere (i quali corrispondono alle modalità dell'adempimento)”⁴⁵ - dati dalla trasformazione del contenuto ordinatorio dell'effetto conformativo in una pronuncia di condanna - ma un'azione di condanna ad un

⁴³ CARBONE, *L'azione di adempimento cit.*, 173. V. anche Cons. di Stato del 18 luglio 2002, n. 3338, dove, a proposito del risarcimento in forma specifica si afferma che “in sede civilistica, il risarcimento in f. s. consiste nella diretta rimozione delle conseguenze derivanti dall'evento lesivo tramite la produzione di una situazione materiale corrispondente a quella che si sarebbe realizzata se non fosse intervenuto il fatto illecito produttivo del danno. Sempre nell'ottica civilistica la r.f.s. rimane un rimedio risarcitorio (o comunque riparatorio), ossia una forma di riparazione dell'interesse del danneggiato mediante una prestazione diversa e succedanea rispetto al contenuto del rapporto obbligatorio e non va confusa né con l'azione di adempimento (diretta ad ottenere la condanna del debitore all'adempimento dell'obbligazione) né con il diverso rimedio dell'esecuzione in f.s. quale strumento per l'attuazione coercitiva del diritto e non mezzo di rimozione diretta delle conseguenze pregiudizievoli. (...) L'adozione da parte dell'amministrazione di un determinato atto amministrativo attiene più ai profili di adempimento e di esecuzione che non a quelli risarcitori: in presenza di un illegittimo diniego e di accertata spettanza del provvedimento amministrativo richiesto, il rilascio dello stesso costituisce non una misura risarcitoria, ma la doverosa esecuzione di un obbligo che grava sull'amministrazione, salvi gli eventuali danni causati al privato (esso viene infatti accordato a prescindere sia dall'esistenza di un danno patrimonialmente apprezzabile, che, soprattutto, dall'indagine sull'elemento soggettivo dell'illecito). Riportare anche tale fase nell'ambito della reintegrazione e quindi della tutela risarcitoria significa estendere a tale fase anche tutti i limiti di tale tutela, che sono più rigorosi rispetto ai limiti previsti per l'esecuzione. Infatti mentre la r.f.s. richiede una verifica in termini di onerosità ai sensi dell'art. 2058 cod. civ., comma 2, tale verifica non è richiesta in relazione alle forme di esecuzione in forma specifica della prestazione originariamente dovuta, per le quali può rilevare la sola sopravvenuta impossibilità”.

⁴⁴ FERRARA, *Domanda giudiziale cit.*, 657-658, il quale afferma che “.. se l'oggetto del processo amministrativo, come a suo tempo si è sostenuto, è rappresentato dalla situazione giuridica soggettiva fatta valere dall'attore tramite la domanda giudiziale, la stessa situazione giuridica è anche l'oggetto del giudicato. Una volta che si sia accettato che l'interesse legittimo costituisce l'oggetto del processo, si deve, cioè, inevitabilmente accettare anche che la cosa giudicata sostanziale (di cui all'art. 2909 c.c.) si forma sull'accertamento del diritto fatto valere in giudizio: il che, appunto vuol dire che si forma sull'accertamento dell'interesse legittimo vantato dal ricorrente. Ma questo a sua volta significa che il giudicato (altro è il discorso per la preclusione del dedotto e del deducibile) non concerne i fatti: l'accertamento dei fatti costitutivi, impeditivi, modificativi ed estintivi (è stato sostenuto in modo netto) non sarà mai coperto da autorità di cosa giudicata e sarà sempre effettuato *incidenter tantum* ai soli fini della statuizione sul diritto fatto valere in giudizio dall'attore. Oggetto della cognizione (ogni elemento da cui può dipendere l'esistenza della situazione soggettiva) e oggetto del giudicato, dunque, non coincidono”.

⁴⁵FERRARA, *ult. op. cit.*, 659

facere specifico⁴⁶, analogo a quello di cui all'art. 2058 cod. civ.. Tale tutela sarebbe attuata

⁴⁶FERRARA, *Domanda cit.*, 643. Prima ancora, riconduce l'azione di adempimento ad un'esecuzione in forma specifica VAIANO, *Pretesa cit.*, 162. In dottrina, il problema della qualificazione dell'azione risarcitoria in forma specifica si era posto già con riferimento all'art. 7, l. T.A.R., riformulato dalla legge del 21 luglio 2000, n. 205 e, prima ancora, con l'art. 35, d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80, che sembrano aver introdotto la reintegrazione in forma specifica, tra le modalità di risarcimento del danno di competenza del giudice amministrativo (l'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, dispone, infatti, che "il Tribunale Amministrativo Regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso il risarcimento in forma specifica". L'art. 35 del d. lgs. .. marzo 1998, n. 80, invece, dispone che "il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva ai sensi degli artt. 33 e 34, dispone, anche attraverso il risarcimento in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto"). A seguito dell'introduzione delle disposizioni in esame, il giudice amministrativo, soprattutto con riferimento all'impugnazione (fondata) di provvedimenti di aggiudicazione delle gare d'appalto, ha cominciato a pronunciarsi condannando la pubblica Amministrazione a provvedere in senso favorevole al ricorrente vittorioso. Significativa, a tal proposito, sembra la sentenza del T.A.R. Veneto del 9 febbraio 1999, n. 119, in cui di fronte ad una domanda di risarcimento dei danni conseguenti alla mancata aggiudicazione di una licitazione privata per la fornitura di farmaci ad una A.S.L., il T.A.R. aveva affermato che "Per quanto concerne la richiesta di risarcimento del danno, il Collegio osserva che l'art. 35 del D.Lg. 31.3.98 n. 80, espressamente prescrive che «il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva ai sensi degli artt. 33 e 34 (tra le quali quella all'esame sicuramente rientra), dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto». Da questa disposizione si evince che al ricorrente vincitore deve essere attribuita dal giudice l'utilità che lo stesso avrebbe tratto se l'Amministrazione si fosse correttamente determinata, e che ciò può avvenire in due modi: in forma specifica o per equivalente, tramite attribuzione di una somma di denaro che compensi il danno ingiustamente patito, cioè *iniuria datum*. Nel caso di specie, il ristoro della posizione della ricorrente può sicuramente avvenire in forma specifica, ancorché la fornitura di medicinali di cui si controverte sia attualmente in atto ad opera della controinteressata. Invero, in corretta esecuzione della sentenza e onde riportare a riequilibrio la posizione dell'istante, l'A.S.L. ... provvederà ad attribuire l'appalto di cui trattasi alla ricorrente per l'intera durata prevista dal bando, con l'onere di sopportare, se dal caso, gli eventuali maggiori costi del prodotto fornito che siano oggettivamente riscontrabili a causa del tempo intercorso tra la mancata aggiudicazione (di cui è stata accertata l'illegittimità) e l'effettivo inizio della fornitura. Anche in dottrina, successivamente, si è cominciato a evidenziare come il giudice amministrativo potesse non solo condannare l'Amministrazione ad un *facere* specifico, ma anche emanare il provvedimento illegittimamente negato. In tal senso v. C. VARRONE, *Giurisdizione amministrativa e tutela risarcitoria*, 80-82, in CERULLI IRELLI (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2000, 80-82 : "se .. si è in presenza dell'illegittimo diniego della concessione, ove ne sia ancora possibile il rilascio, la controversia tra privato e P.A. potrà avere ad oggetto non solo il pagamento dell'indennizzo, per il periodo di mancato godimento del bene e delle maggiori spese sostenute o da sostenere, ma anche l'annullamento del diniego e la conseguente condanna dell'amministrazione al rilascio del provvedimento nei termini accertati dal giudice amministrativo. (...) In questo modo la concentrazione processuale realizzata avrà ricadute importantissime per il processo amministrativo, che nei casi di condanna al risarcimento in forma specifica assume la definitiva natura di giudizio sul rapporto e non più solo sull'atto, così da rapportare il contenuto della pronuncia ad un più equilibrato bilanciamento tra interessi pubblici e privati in esso direttamente o indirettamente coinvolti. (...) .. si è finalmente in presenza non più di un giudizio relativo solo al provvedimento impugnato, ma, in numerosi casi, di un giudizio un giudizio sul rapporto, potendo appunto il giudice amministrativo, attraverso la corretta utilizzazione della disciplina dettata dall'art. 2058 c.c. intervenire sulla configurazione finale dell'assetto di interessi conseguente alla sua pronuncia, senza peraltro che l'interessato sia costretto necessariamente a ritornare innanzi allo stesso giudice attraverso il rimedio accordato dall'art. 27, 1° co., n. 4, t.u. n. 1054/11924"; MENCHINI, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, Dir. proc. amm., 1999, fasc. 4, 980: "... il tribunale, una volta che abbia accertato l'illiceità del comportamento della pubblica amministrazione ed abbia, di conseguenza, annullato il provvedimento impugnato (ad esempio, di aggiudicazione di una gara d'appalto), può, in deroga ai principi comuni, ordinare il compimento delle operazioni individuate come necessarie per tutelare la situazione violata .."; VIRGA, *La reintegrazione in*

attraverso l'adempimento delle *regole* – dal diverso contenuto, a seconda che il provvedimento sia vincolato oppure discrezionale - che devono guidare l'operato dell'Amministrazione⁴⁷, le quali ultime, se non adempiute dall'autorità, sono suscettibili di esecuzione coattiva nello stesso giudizio di cognizione, attraverso il rito speciale di cui all'art. 117 c.p.a.. Secondo la ricostruzione in esame, quindi, il carattere costitutivo della pronuncia sarebbe confermato dalla possibilità, per il commissario *ad acta*, di sostituirsi all'Amministrazione nello stesso giudizio di cognizione, nonché dalla possibilità, per il giudice, di pronunciarsi, nel medesimo giudizio, su “tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario”⁴⁸.

forma specifica, Dir. proc. amm., 2000, fasc. 2, 326, afferma che con tali disposizioni sarebbe stata “introdotta, sia pure surrettiziamente, nel processo amministrativo, quella azione tendente ad ottenere un atto amministrativo rifiutato o omesso (*Verpflichtungsklage*) espressamente prevista dal *Verwaltungsgerichtsordnung* dell'ordinamento germanico del 1960”; FOLLIERI, *La tutela nei contratti della pubblica amministrazione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Dir. proc., amm., 1999, fasc. 2, 309: “..in queste materie il giudice può reintegrare in forma specifica, per cui il ricorrente può chiedere la condanna al rilascio del provvedimento positivo che soddisfi l'interesse legittimo pretensivo ed il giudice non dovrà limitarsi ad annullare l'atto ma potrà adottare sentenza di condanna ad un *facere* specifico. Con il D. Lgs. n. 80 del 1998 è stata allora prevista l'azione di adempimento, la *Verpflichtungsklage* dell'ordinamento tedesco. Questo tipo di azione impone al giudice un accertamento che scende all'esame del rapporto, dovendo pronunciare non il solo annullamento dell'atto, ma implicando una sentenza che stabilisce la disciplina degli interessi, ordinando o meno la soddisfazione dell'interesse del ricorrente”.

⁴⁷ FERRARA, *ult. op. cit.*, 645-646: “Se non è e non può essere il fatto costitutivo a cambiare (laddove l'interesse legittimo sia unitamente considerato, come si è detto doversi fare, un diritto a struttura creditizia), è invece l'oggetto della situazione giuridica che cambia, a seconda che il provvedimento sia vincolato oppure discrezionale. Questo oggetto consisterà nell'applicazione delle regole anzidette, e quindi nell'attribuzione del cosiddetto bene della vita, nel primo caso.; nell'attuazione della *chance* risultante dalla legge, e quindi nello scioglimento del soggetto privato dall'incertezza in cui la stessa legge lo ha lasciato, nel secondo caso. Dove è chiaro che la spettanza di questa *chance* si reggerà sul fatto costitutivo nascente dalle regole sostanziali che vincolano l'azione amministrativa; mentre l'attuazione dipenderà, oltre che dal riconoscimento del fatto costitutivo, dalla corretta applicazione delle norme sostanziali, elastiche ed essenzialmente di *principio*, che disciplinano l'esercizio del potere discrezionale”. L' A. afferma, inoltre, che “una volta abbandonata la prospettiva esclusiva della tutela costitutiva (nella declinazione che conduce alla parcellizzazione, peraltro inevitabile, dell'interesse legittimo di fronte al concreto episodio della vita) e affiancata a quest'ultima la tutela di condanna, si realizza (si può realizzare) quell'effettività della tutela dell'interesse legittimo pretensivo lungamente ma vanamente rincorsa. Se la giustizia amministrativa deve necessariamente assicurare tutto ciò che spetta al cittadino in base al diritto, non è concepibile lasciare la pubblica amministrazione, dopo il processo di cognizione, arbitra di decidere cosa spetta e cosa non spetta allo stesso cittadino. Una volta riconosciuto a quest'ultimo il diritto alla chance (poiché è stato irrevocabilmente accertato, secondo la legge, il fatto costitutivo della situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo dal medesimo vantata, è la pubblica amministrazione che può e al tempo stesso deve emanare il provvedimento amministrativo, che costituisce la prestazione attraverso la quale quella chance si concretizza per mezzo dell'esercizio del potere discrezionale: ma se questa prestazione non viene eseguita, perché si persiste nell'illegittima attuazione della possibilità normativa garantita dalla legge, è ragionevole (e costituzionalmente necessitato) che si apra il processo di esecuzione” (663 s.).

⁴⁸ FERRARA, *ult. op. cit.*, 664-665 : “a una condanna, per definizione, non sopravvive alcuna posizione di potere giuridico”: tuttavia, premesso che applicare la legge da parte della p.a., di per sé e in linea generale, è adempimento (e non esercizio del potere, seppure concretamente indisgiungibile all'origine dell'esercizio del

Ricondotto l'interesse legittimo ad una sorta di diritto di credito, la riconduzione della tutela in esame a un risarcimento un forma specifica sembra, sostanzialmente, aderire a quella ricostruzione, operata dalla dottrina civilistica, che estende la possibilità di configurare il risarcimento in forma specifica anche alle ipotesi di illecito contrattuale⁴⁹. Sotto questo profilo, la tutela in esame svolgerebbe, anche nel processo amministrativo, la funzione di eliminare le conseguenze negative derivanti dall'illecito contrattuale (dato dall'inadempimento)⁵⁰, soddisfacendo l'interesse specifico del ricorrente attraverso la reintegrazione del diritto violato, con una pronuncia di condanna all'adempimento della prestazione rimasta inadempita⁵¹. Seguendo questo orientamento - che non sarebbe, astrattamente, da escludersi, considerata la dimostrata applicabilità alle *obbligazioni provvedimentali* delle norme del codice civile in materia di obbligazioni, in quanto compatibili⁵² - l'accertamento della violazione della pretesa creditoria costituirebbe il

potere), dopo la condanna di cui si è venuti discorrendo rileva, e dunque sussiste, solo l'obbligo sottoposto a coercizione, perché l'esercizio del potere permane esclusivamente come strumento di attuazione di quell'obbligo. In altre parole, esiste ancora il potere dal punto di vista della produzione degli effetti, ma dopo la condanna non è più lo stesso potere originale: in questo senso non è più potere, se per tale propriamente si intende potere riservato alla p.a. (esattamente come di fronte al pignoramento non esiste più la libertà del debitore inadempiente)".

⁴⁹BETTI, *Sul cosiddetto risarcimento del danno in forma specifica in materia contrattuale*, Giur. It., 1948, 230 nota 78; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, 187 s. Contra SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, Riv. Trim dir. e proc. civ., 1957, 230 nota 78; TRAVI, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, Dir. amm., 2001, 7 s.; "...su un piano diverso si colloca la coazione del dovere inadempito. In questo caso l'inadempimento non rileva come fatto costitutivo di un'obbligazione nuova, perché oggetto della tutela è sempre il dovere originario (per esempio, l'obbligo contrattuale) rimasto inadempito". L' A. rileva, inoltre, come "la distinzione ... non esaurisce, ovviamente, ogni problema: per esempio non è risolto quello, di rilievo anche pratico, rappresentato dalla eventuale concorrenza fra le tutele. Questo aspetto è affrontato solo in parte dal legislatore, che in alcuni casi ha previsto reazioni tipiche (si pensi appunto alla rivendica della proprietà). Negli altri casi la discussione è ancora aperta. Mi sembra logico ammettere una tendenziale possibilità di cumulo, per esempio fra tutela ripristinatoria e tutela risarcitoria, quando in una medesima situazione ricorrano le condizioni per entrambe".

⁵⁰BIANCA, *La responsabilità cit.*, 188-190: "La forma specifica non costituisce quindi una forma eccezionale di risarcimento né una forma sussidiaria ma uno dei modi attraverso i quali in generale il danno può essere risarcito. Il risarcimento in forma specifica incontra tuttavia il limite della *eccessiva onerosità*. Il giudice può infatti disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente se il risarcimento in forma specifica risulta eccessivamente oneroso per il debitore (2058 cc), ossia se comporta un costo largamente sproporzionato rispetto all'entità economica del danno e al vantaggio concretamente apportato al danneggiato. (...) Il risarcimento del danno in forma specifica non esclude ovviamente che il creditore faccia valere anche il diritto al risarcimento per equivalente. Tale diritto avrà però ad oggetto non la lesione rimossa in via diretta ma gli altri danni derivanti eventualmente dall'inadempimento o dall'illecito (temporanea inutilizzazione del bene, lesioni personali, ecc.), e le spese di esecuzione".

⁵¹VAIANO, *ult. op. cit.*, 342-343, il quale rileva, a tal proposito, che "...l'illecito civile ed il danno vanno considerate come le due facce di un medesimo prisma, giacché in effetti la lesione di un interesse si considera fatto illecito in quanto il diritto proibisce l'atto che la cagiona, mentre si considera danno risarcibile in quanto il diritto dispone l'eliminazione delle conseguenze dell'atto medesimo".

⁵²Negato, infatti, il carattere della patrimonialità della prestazione quale requisito delle *obbligazioni provvedimentali* (poiché si è dimostrato come non tutte le prescrizione desumibili dall'art. 1174 cod. civ. abbiano lo stesso valore definitorio dell'obbligazione), si è rilevato come "l'impossibilità di riferire la

presupposto per la sostituzione dell'originario obbligo – la cui violazione ha determinato l'illecito – nell'obbligo di risarcire il danno⁵³ ovvero il nuovo titolo su cui troverebbe fondamento la stessa prestazione originaria, rimasta inadempita⁵⁴.

patrimonialità della prestazione alle obbligazioni provvedimentali non è ragione che porta, di per sé, ad escludere anche che siffatti rapporti non siano ascrivibili alle obbligazioni in senso stretto, né che ai medesimi non possa darsi applicazione dei principi stabiliti dal libro IV del codice civile” (VOLPE, *Norme di relazione* cit., 288) . E' da escludersi, pertanto, nel caso di specie, la configurabilità di un nuovo rapporto obbligatorio, in quanto “.. se ... si dovesse sostenere l'atipicità di siffatti rapporti obbligatori, si otterrebbe un risultato forse scientificamente corretto, ma di assai difficile applicabilità in concreto, giacché mancherebbe la disciplina che si dovrebbe a loro applicare. Il risultato di questa indagine si dimostrerebbe, perciò, sterile, in attesa di una specifica disciplina legislativa, che regoli questo particolare tipo di obbligazioni”. (ID., *ult. op. cit.*, 278)

⁵³ VAIANO, *ult. op. cit.*, 343-344 : “..giuridicamente, la conseguenza di un illecito, di una lesione ad una situazione giuridica soggettiva protetta dall'ordinamento, è costituita sempre e comunque dal verificarsi di un danno ingiusto – giacché, appunto, un comportamento in tanto potrebbe dirsi illecito in quanto leda una situazione giuridica soggettiva protetta: ed in quanto la lede, per ciò stesso produce un danno – non si potrebbe per ciò stesso non ammettere che, conseguentemente, la reazione dell'ordinamento ad un illecito debba identificarsi sempre nel risarcimento del danno, e cioè nella condanna del responsabile ad un comportamento idoneo a reintegrare dai danni arrecati a colui che ha subito le conseguenze del pregiudizio verificatosi. Diverse saranno poi, senz'altro, le modalità di tale risarcimento, e pertanto i contenuti che potrà assumere la pronuncia di condanna emessa dal giudice, in relazione alle differenti tipologie di danno risarcibile che possono concretamente ipotizzarsi. Ma in nessun caso il comportamento al quale risulterà obbligato il responsabile potrebbe essere confuso con l'adempimento dell'obbligo originario la cui violazione ha determinato l'illecito, giacché il presupposto sostanziale è l'inadempimento, e l'effetto indefettibile dell'inadempimento è la responsabilità, concretantesi nell'obbligazione di risarcimento del danno (art. 1218 c.c.)”. L'Autore prosegue rilevando come “anche la condanna all'esatto adempimento della prestazione dedotta in obbligazione, non sarebbe dunque altro, in realtà, che una condanna al risarcimento in forma specifica. Né avverso tale differente impostazione del problema potrebbe opporsi che, in questo modo, si andrebbe ad affermare la possibilità del giudice di condannare all'adempimento di un obbligo di risarcimento di danni arrecati a prescindere dal giudizio di responsabilità civile espressamente richiesto dall'ordinamento, poiché anche in questo caso basterebbe riflettere sul diverso fondamento, sulla diversa logica propria dell'istituto della responsabilità civile nelle relazioni personali e/o obbligatorie per convincersi del fatto che, ancora una volta, non tanto l'ordinamento, in questi casi, prescinde dal giudizio di responsabilità, bensì lo opera secondo modalità differenti, che non si occupano – non devono occuparsi – del problema dell'individuazione del soggetto responsabile (essendo questi chiaramente identificabile nella controparte del rapporto obbligatorio), bensì solo di quello della *oggettiva* imputabilità del danno arrecato ad una violazione del suo dovere di diligenza nell'adempimento delle obbligazioni, mediante la verifica della concreta possibilità ed esigibilità giuridica della condotta mancata dalla quale si è originato il danno”.

In tal senso, v. anche CASTRONOVO, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di redazione dei diritti*, Napoli, 1989, 492-494, il quale afferma che “il comportamento al quale il debitore viene ulteriormente obbligato non può essere confuso con l'adempimento che in ipotesi è mancato per l'inesattezza della prestazione ... In questo caso la prestazione, per quanto apparentemente identica quella dovuta (ma a essa occorrerà aggiungere il risarcimento per equivalente del ritardo) ha mutato titolo e risulta fondata sull'inadempimento. Verificatosi quest'ultimo, infatti, l'originario dovere di prestazione si estingue e a esso si sostituisce l'obbligo risarcitorio”.

⁵⁴BIANCA, *La responsabilità cit.*, 111-112; T.A.R. Lazio, Sez. II, 3 luglio 2002, n. 6115: “In tema di risarcimento del danno patito per effetto di attività illegittime della P.A., la reintegrazione in forma specifica - che il giudice amministrativo, nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva può ora disporre, ai sensi dell'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 31 marzo 1998, come sostituito dall'art. 7 della legge n. 205 del 21 luglio 2000 - costituisce la forma prevalente di tutela risarcitoria, rispetto a quella per equivalente che ha carattere sussidiario. Essa, infatti, ove possibile, rappresenta il rimedio naturale della tutela risarcitoria essendo diretta ad assicurare l'effettiva soddisfazione dell'interesse inerente al rapporto fra Amministrazione e titolare

Si dubita, tuttavia, che a fronte dell' inesatto o mancato effettivo esercizio di poteri imperativi possa, sostanzialmente, considerarsi ammissibile un'azione di condanna, che assicuri al creditore quell'esatto risultato che egli avrebbe conseguito se la pubblica Amministrazione avesse adempiuto la prestazione dovuta. Non pochi dubbi sulla configurabilità di siffatto tipo di tutela discendono dalla peculiarità della prestazione dovuta, che il principio di divisione dei Poteri riserva esclusivamente all' Amministrazione pubblica. La pronuncia di condanna a provvedere, infatti, non sembra limitarsi a porre rimedio ad un fatto illecito, ma sembra incidere sull'esercizio delle funzioni e finalità istituzionalmente proprie dell'Amministrazione. E anche se si ravvisasse, nella disposizione in esame, una nuova determinazione dei confini tra potere giurisdizionale e potere amministrativo, non sembra risolto il problema dell' infungibilità della prestazione, connessa con l'esercizio di poteri imperativi, che, come noto, sono ordinariamente riservati all'Amministrazione⁵⁵. Nel caso di specie, sembra doversi escludere la configurabilità di un risarcimento in forma specifica, in ragione, in particolare, del sindacato giurisdizionale in tali casi presupposto, che implica una valutazione sull'eccessiva onerosità della prestazione dovuta (come disposto dall'art. 2058 cod. civ.). Tale indagine, infatti, sembra essere preclusa al giudice amministrativo, in ragione dell'impossibilità di svolgere un

dell'interesse legittimo, tale da far coincidere il soddisfacimento dell'interesse del singolo con l'attuazione delle regole dell'azione amministrativa (Tar Bari, sez. I, 27 febbraio 2002, n. 1108).Peraltro, proprio in una vicenda analoga a quella all'esame (annullamento gara d'appalto) l'elaborazione giurisprudenziale del giudice d'appello (CdS, V, 6 marzo 2002, n. 1373) è nel senso che il risarcimento in forma specifica, adempiendo alla fisiologica funzione di ripristinare la sfera giuridica lesa, costituisce un prius nella tutela risarcitoria, salva l'eventualità che il debitore non ne denunci la maggiore gravosità. Quanto precede porta a dover smentire l'assunto della ricorrente secondo cui la richiamata disciplina civilistica ex art. 2058 c.c. affiderebbe pur sempre al danneggiato la scelta tra risarcimento in forma specifica e risarcimento per equivalente. Invero, a prescindere da ogni indagine circa l'attendibilità, anche sul versante privatistico, dell'interpretazione patrocinata dalla ricorrente, è certo che la peculiarità del processo amministrativo - nel quale la pretesa dell'amministrato fronteggia un interesse a valenza comunque superindividuale - non consente di far ritenere che l'istituto risarcitorio, al pari degli istituti di derivazione civilistica, possa in detto processo irrompere tout court senza tener conto dell'interesse pubblico e del fatto che la sua rilevanza può limitare le aspirazioni (incondizionate) del danneggiato. E' su tale considerazione che, disattendendo la richiesta avanzata dalla ricorrente, la Sezione ritiene, nel suo prudente apprezzamento, che la reintegrazione in forma specifica oltre a porsi, nel senso sopra puntualizzato, come il rimedio naturale della tutela risarcitoria, costituisca, nella specie, la modalità ripristinatoria più congrua perché compositiva, in equilibrata sintesi, degli interessi coinvolti nella vicenda sostanziale sottesa alla controversia”.

⁵⁵ Evidenzia il problema relativo alla fungibilità della prestazione, seppur con riferimento all'obbligo di concludere un contratto NIGRO, *L'esecuzione delle sentenze di condanna della Pubblica amministrazione*, Scritti giuridici, Milano, 1996, 65, il quale afferma che “arrivati a questo punto, ci si può porre un'altra domanda : l'art. 2932 è applicabile ai casi in cui fonte dell'obbligo dell'amministrazione sia non il contratto, ma la legge o un atto amministrativo? Si intravedono le difficoltà di tale estensione, difficoltà inerenti così al testo normativo come alla possibilità di surrogare in questi casi il fare dell'amministrazione. Se si consentisse in una lettura più aperta dell'art. 2932, a ben guardare il solo problema resterebbe quello di stabilire se vi sono ipotesi in cui dalla legge o dall'atto amministrativo nasca *precisamente e direttamente* (cioè senza intermediazione di altri atti amministrativi) l'obbligo (in senso tecnico) di concludere un contratto”.

sindacato esteso a una valutazione di opportunità dell'azione amministrativa⁵⁶. A tale rilievo, si aggiunge il fatto che l'art. 2058 c.c. muove, sostanzialmente, dal principio di responsabilità, che prevede che il risarcimento del danno, mediante reintegrazione in forma specifica, risulti da un contesto nel quale è centrale l'indagine sull'elemento soggettivo⁵⁷, che segna il confine tra risarcimento e tutela inibitoria⁵⁸. Nel caso di specie, invece, l'elemento essenziale della fattispecie giuridica in cui si sostanzia lo stesso comportamento illecito sembra essere solo il dato oggettivo, dato dalla non conformità alle disposizioni normative del comportamento dell'Amministrazione. Si prescinde, quindi, da qualsiasi indagine diversa dall'accertamento della violazione delle disposizioni normative, che caratterizza anche la tutela di annullamento che, se si considera nel suo "contenuto positivo

⁵⁶ VOLPE, *Norme di relazione, cit.*, 499 nota 77: "...si potrà, perciò, affermare che, quando sia contestato in giudizio l'«illegittimità» di un silenzio dell'Amministrazione che violi non solo il dovere di pronuncia, ma anche uno specifico dovere di provvedere in senso positivo all'istanza del privato, o di assumere un atto con un certo contenuto, il giudice è tenuto a riconoscere l'esistenza di tale dovere e la sua violazione, nei limiti in cui si sarà concretizzata (...) Per il principio di divisione dei Poteri e per il principio di generale insostituibilità dell'azione dell'azione Amministrativa ad opera del giudice, si deve reputare, tuttavia, che il compito del giudice termini con questo accertamento, non potendo spingersi ... sino a ordinare l'emanazione del provvedimento negato o, addirittura, sino a sostituire con il proprio, giurisdizionale, *dictum* il provvedimento non emanato".

⁵⁷ TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica cit.*, 51: "...la reintegrazione in forma specifica, intesa nel senso che risulta dal contesto delle leggi di giustizia amministrativa nelle quali essa è prevista, non è una modalità di riparazione del danno, alternativa al risarcimento per equivalente, bensì un mezzo di tutela che prescinde dalla prova del danno e dalla colpevolezza e che tende a realizzare quello stesso interesse che è protetto dalle norme giuridiche attributive della posizione giuridica lesa dall'azione illegittima dell'autorità. Ancora, la reintegrazione in forma specifica è rimedio complementare alla tutela di annullamento della quale sviluppa le potenzialità positive, traducendo in comandi il contenuto ripristinatorio e quello conformativo della sentenza di annullamento".

⁵⁸ PIETROBON, *Illecito e fatto illecito – inibitoria e risarcimento*, Padova, 1998, 35 s. L' A., dopo aver distinto tra illecito e fatto illecito e, cioè, tra inibitoria e pregiudizio ("la funzione preventiva dell'inibitoria va ricercata dunque in un ordine di interessi diverso da quello di ripristinare il danno, in un campo in cui comunque abbia senso attribuirle una funzione e una applicazione generali, non limitate a ipotesi tipiche. (...) L'inibitoria appare come strumento giuridico di difesa di questi interessi contro attività che ne rendono difficile la soddisfazione e come mezzo giuridico per imporre doveri di comportamento sempre più importanti", 26-27), afferma come "alla necessità di distinguere l'antigiuridicità che caratterizza l'illecito da quella che concorre a costituire il fatto illecito, si accompagna la necessità di distinguere le sanzioni dell'uno e dell'altro (...) Nei diritti europei codificati ... la differenza di fondamento dell'inibitoria rispetto al fatto illecito si ripercuote nella diversità dell'ambito di applicazione. Ciò è confermato dalla stessa disciplina legale e specialmente, come si è già notato, dalla previsione di un risarcimento del danno in forma specifica (art. 2058 c.c.). Se infatti si dovesse concepire l'inibitoria come una sanzione del fatto illecito, si troverebbe difficoltà a distinguerla dal risarcimento in forma specifica. (...) se non si distinguono le ipotesi, dunque, si verifica una sovrapposizione di disposizioni; lo si è visto per la disciplina della immissioni, che si sovrappone alla tutela del diritto alla salute, e per l'antigiuridicità delle molestie, che si sovrappone all'antigiuridicità del fatto illecito. (...) Solo distinguendo i campi di applicazione, solo tenendo distinte cioè le due fattispecie dell'illecito e del fatto illecito, sarà possibile superare queste difficoltà. E si tratta di concrete difficoltà di applicazione della legge, non di una semplice duplicazione di rimedi. (...) Il punto è che le singole previsioni obbediscono a premesse e a condizioni diverse. Per la rimozione degli effetti dell'illecito non è necessario dimostrare né l'imputabilità né la colpa dell'autore dell'illecito, mentre per il risarcimento del danno in forma specifica tali dimostrazioni sono imprescindibili".

(quello che riguarda i doveri o obblighi dell'amministrazione derivanti dall'annullamento)" implicito, non sembra essere dissimile da una forma di tutela in forma specifica⁵⁹. "A ben vedere, infatti, anche la qualifica dell'annullabilità intesa come situazione in cui è possibile procedere ad un legittimo annullamento dell'atto amministrativo, se considerata con riguardo ai fattori che la provocano (cioè il vizio dell'atto), dev'essere più esattamente riferita ad un fatto giuridico in senso stretto e non all'atto in sé. E tale fatto è dato dalla *circostanza* che l'atto, considerato oggettivamente e non con riguardo ai suoi effetti, sia stato emanato contravvenendo alle norme che lo regolano"⁶⁰.

Emergono, quindi, non poche ragioni per ritenere che la reintegrazione in forma specifica, "se riferita all'interesse legittimo, sia altra cosa rispetto a quella assicurata dalla disciplina civilistica dell'illecito"⁶¹. Già altri, infatti, hanno rilevato come la reintegrazione in forma

⁵⁹Tali rilievi sono evidenziati da TRIMARCHI BANFI, *ult. op. cit.*, 22, la quale precisa che l'azione di annullamento sembra essere una tutela in forma specifica "... sia che si tratti di ciò che deve essere fatto per rimuovere le conseguenze del provvedimento innovativo annullato (effetto ripristinatorio della sentenza), sia che si tratti dei vincoli che ne derivano per il riesame dell'istanza respinta (effetto conformativo)". "Nella sentenza di annullamento la sentenza non contiene statuizioni a riguardo" (21-22). L' A. prosegue rilevando che "la tutela specifica offerta dall'annullamento e dalle statuizioni di condanna ad esso consequenziali, non ha funzione di riparazione del danno: essa prescinde dall'esistenza di un pregiudizio patrimonialmente valutabile, così come prescinde dalla colpevolezza della lesione dell'interesse protetto. Ciò non toglie che, nei suoi risultati, essa possa riparare, in parte almeno, il danno subito a causa del provvedimento illegittimo"(23); GUIDARELLI, *La reintegrazione in forma specifica dell'interesse legittimo*, Dir. proc. amm., 2006, 686-687 : "In realtà, il processo amministrativo prevede strumenti di tutela in grado di assicurare al ricorrente utilità analoghe a quelle conseguibili con l'azione di adempimento o con la tutela ripristinatoria. L'obbligo per la pubblica amministrazione di uniformare l'attività di riesercizio del potere ai contenuti della pronuncia giudiziale è di fatto già presente nel processo amministrativo, in virtù del legame esistente tra parte dispositiva e parte motiva della decisione, cui la pubblica amministrazione è tenuta a conformarsi. La pronuncia di annullamento è in grado di condizionare la successiva attività dell'amministrazione; l'annullamento del provvedimento illegittimo elimina sì, con efficacia retroattiva, le conseguenze giuridiche da esso prodotte, ma l'effetto c.d. conformativo riconosciuto alla decisione del giudice amministrativo pone a carico dell'amministrazione un dovere di provvedere, il quale si traduce nella necessaria riapertura del procedimento, a suo tempo conclusosi con il provvedimento annullato".

⁶⁰VOLPE, *ult. op. cit.*, 384-385. L' Autore prosegue evidenziando come "in altri termini, l'annullabilità, al pari dell'illiceità (al pari, cioè della possibilità di ottenere il risarcimento del danno), costituendo una qualificazione dell'atto giuridico, impone sotto il profilo logico, una rappresentazione oggettiva di quest'ultimo alla stregua del criterio dell'invalidità, a sua volta assunto quale metro di valutazione. Ritenere, dunque, che annullabile sia l'atto in sé e non reputare, invece, che l'annullabilità dell'atto sia provocata dal fatto che l'atto stesso sia stato emanato (in difformità dalla legge) equivale a confondere il criterio di valutazione con il suo oggetto. Se diversamente fosse e se si sostenesse che l'annullabilità riguardi l'atto in sé e che essa non esprima una conseguenza del fatto della sua illegittima emanazione, si dovrebbe affermare che la stessa possibilità di annullare l'atto rientrerebbe tra gli effetti che l'atto stesso direttamente produce, in quanto esercizio di una forza giuridica. Ma ciò significherebbe anche sostenere che sarebbe l'atto amministrativo viziato a legittimare e a consentire il proprio annullamento e che il potere non correttamente esercitato mirerebbe, del tutto irrazionalmente, a consentire la vanificazione del suo esercizio".

⁶¹TRIMARCHI BANFI, *ult. op. cit.* 10. L' Autore prosegue osservando che mentre la disciplina civilistica dell'illecito "s'impenna sul principio di responsabilità (sia essa per colpa oppure oggettiva) e risolve il problema dell'allocatione del danno patrimoniale prodotto da un episodio ormai concluso, il c.d. risarcimento in forma specifica del danno causato dalla lesione di interessi legittimi integra il sistema di

specifica, se ricondotta nel sistema dei rapporti di diritto pubblico, “risulta determinata dal principio cui è informato il sistema di tutela dell’interesse legittimo: quello della restaurazione della posizione giuridica lesa dall’azione dell’autorità, attraverso la riconduzione dello stato di cose a ciò che è conforme a diritto”⁶². Pertanto, se “il c.d. risarcimento in forma specifica del danno causato dalla lesione di interessi legittimi integra il sistema di tutela che è tipico di questi e, coerentemente con la logica che è propria di tale sistema, tende a rimuovere la situazione che è all’origine del danno, correggendo l’esercizio della funzione amministrativa”⁶³, sembra doversi escluderne l’applicabilità, ogni qualvolta il processo amministrativo sia volto alla tutela dell’interesse legittimo. Infatti, se diversamente fosse, il risarcimento del danno in forma specifica, “che il privato può ottenere avverso l’azione provvedimento della pubblica amministrazione, avrebbe natura e scopi ben diversi da quelli che sono a lui propri nel diritto civile. Più precisamente, la tutela risarcitoria non avrebbe solo funzioni reintegrative della lesione subita dal privato, ma – promuovendo la tutela di un interesse pubblico (ancorché con componente *privatistica*) - svolgerebbe anch’essa una finalità essenzialmente *pubblica*, in quanto riparatrice della lesione arrecata dalla pubblica Amministrazione all’ordinamento con il suo comportamento”⁶⁴. Sembra, pertanto, che la pronuncia sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, in quanto collegata non solo alla tutela dell’interesse specifico del ricorrente, ma anche con il fine pubblico di garantire l’osservanza delle norme che disciplinano l’esercizio del potere, non possa ricondursi ad una forma di risarcimento in forma specifica⁶⁵.

tutela che è tipico di questi e, coerentemente con la logica che è propria di tale sistema, tende a rimuovere la situazione che è all’origine del danno, correggendo l’esercizio della funzione amministrativa”.

⁶² TRIMARCHI BANFI, *ult. op. cit.*, 112

⁶³ TRIMARCHI BANFI, *ult. op. cit.*, 10. La ricostruzione riferita, a differenza di quella che non distingue tra risarcimento e reintegrazione in forma specifica, si basa, sostanzialmente, sul rilievo per cui le due forme di tutela in esame hanno diversi presupposti ed effetti. Mentre, infatti, il rimedio della reintegrazione in forma specifica “ha attitudine a soddisfare insieme l’interesse del singolo e l’interesse pubblico”, l’azione risarcitoria, intesa come “azione di responsabilità”, “procede dal presupposto del sacrificio definitivo dell’uno e dell’altro” Si è affermato, pertanto, che mentre “la tutela risarcitoria presuppone la responsabilità per illecito dell’amministrazione e trasforma in rapporto di diritto civile l’originario rapporto pubblicistico entro il quale si è compiuta la lesione; la tutela specifica – di adempimento o ripristinatoria – che è complementare alla tutela di annullamento, prescinde dalla responsabilità dell’amministrazione e porta ad ulteriore svolgimento il rapporto pubblicistico originario, intervenendo sull’attività amministrativa. Entrambi i rimedi rispondono ad un bisogno di tutela del singolo, cosicché l’impiego dell’uno o dell’altro può essere oggetto di una scelta orientata alla salvaguardia dell’interesse pubblico normativizzato, nella misura soltanto nella quale ciò non pregiudichi la pienezza della tutela del cittadino, che costituisce lo scopo dei rimedi”(12-13).

⁶⁴ VOLPE, *Norme di relazione cit.*, 295

⁶⁵ Tale tutela, tuttavia, non sembra potersi escludere nelle ipotesi di attività materiale dell’ Amministrazione, cui non si contrappone l’esercizio di alcun potere provvedimento. Infatti, in questi casi, la pubblica Amministrazione, nel suo operare, non è diversa da qualsiasi altro soggetto dell’ordinamento e, pertanto, al

Non sono mancate, infine, isolate posizioni, che hanno ricondotto la pronuncia sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio ad una sentenza di accertamento costitutivo degli effetti del provvedimento, che l'Amministrazione rifiuta illegittimamente di adottare, riconoscendo la sussistenza di un vero e proprio obbligo, a favore del ricorrente, violato dall'Amministrazione, analogamente a quanto accade nel processo civile, nelle ipotesi di inadempimento dell'obbligo di concludere un contratto, di cui all'art. 2932 cod. civ.⁶⁶. Tuttavia, se la sentenza con cui il giudice si pronuncia sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio avesse realmente carattere sostitutivo del provvedimento, incidendo direttamente sui diritti soggettivi del privato, si porrebbero non pochi dubbi di legittimità costituzionale con riguardo all' art. 31, comma 3, c.p.a. Infatti, se la disposizione in esame incidesse direttamente sui diritti soggettivi del privato, si dovrebbe riconoscere che tutte le ipotesi di mancata adozione del provvedimento richiesto (ricomprendendo, dunque, sia i casi inerzia provvedimentale che di diniego di provvedimento) siano da ricondurre alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario, con la conseguente violazione, da parte dell'art. 31, comma 3, c.p.a. anche dell'art. 76 Cost., per eccesso di delega, considerato che la legge delega non consentiva al d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, di modificare il riparto di giurisdizione. Dall'altro lato, la riconduzione al giudice amministrativo di tutte le controversie sui diritti soggettivi in tutti i casi di mancata adozione del provvedimento richiesto, consente di configurare un ulteriore profilo di illegittimità costituzionale dell'art. 31, comma 3, c.p.a., dato dalla violazione dell'art. 103 Cost., nella parte in cui prevede la giurisdizione del giudice amministrativo sui diritti soggettivi nelle sole materie indicate dalla legge⁶⁷.

4. La pronuncia sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio e il limite del potere non ancora esercitato. Indagine sul rapporto tra “annullamento” del diniego o azione avverso il silenzio e l' azione di “condanna” al rilascio del provvedimento richiesto, di cui all'art.34, comma 1, lett. c, ultimo periodo, d. lgs. 2 luglio 2010, n.

giudice amministrativo, sembra non essere precluso alcun tipo di pronuncia e, dunque, neanche quelle di condanna, costitutive o a tutela del possesso (VOLPE, *Espropriazioni cit.*, 62). Perciò, quando il giudice, in queste ipotesi, “adotta pronunce di condanna ad un *facere* specifico, si astiene ugualmente dall'incidere sull'esercizio delle funzioni e delle finalità istituzionalmente proprie dell'Amministrazione, limitandosi semplicemente a porre rimedio ad un illecito civile” (VOLPE, *Espropriazioni cit.*, 69).

⁶⁶FERRARA, *La meta? Sentenza costitutiva con effetti esecutivi*, Guida al diritto, Il Sole 24 Ore, Dossier 9, Nov-Dic. 2011, 112 s. Ravvisa nell'art. 2932 cod. civ. una tutela esecutiva SASSANI, *Dal controllo cit.*, 33 s.

⁶⁷ Rilevi evidenziati dal Prof. Volpe nel Corso di Giustizia Amministrativa tenuto nell' a.a. 2012/2013

104: dipendenza sostanziale e dipendenza processuale tra domande. Riconduzione dell' azione di cui all' art. 34 in esame a un cumulo condizionale di domande.

L'azione volta ad ottenere una pronuncia sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, sembra porsi in contrasto con la previsione di cui all'art. 34, comma 2, d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, che dispone che *in nessun caso il giudice può pronunciare con riguardo a poteri amministrativi non ancora esercitati*, poiché, con la pronuncia di cui all'art. 31, comma 3, il giudice si esprime in termini di "spettanza" del provvedimento favorevole, anche in mancanza di un comportamento positivo dell'Amministrazione, che attesti l'effettivo esercizio del potere. Tale limite, tuttavia, potrebbe ritenersi superato dalla possibilità, prevista dallo stesso art. 31, comma 3, di esperire l'azione in esame *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*. In altri termini, il limite della pronuncia sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio sembrerebbe essere dato dal tipo di attività amministrativa esercitata, essendo, sostanzialmente, preclusa, al giudice amministrativo, una pronuncia sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, nelle ipotesi di attività discrezionale. Il carattere vincolato dell'attività, in particolare, è configurabile in tutti i casi in cui sono le stesse prescrizioni normative ad individuare l'attività amministrativa da compiere, sotto il profilo contenutistico, in termini di doverosità e, cioè, quando è la stessa legge a prevedere che, laddove si profili una determinata situazione, l'Amministrazione debba provvedere in un determinato senso, anche emanando il provvedimento richiesto. Tuttavia, possono presentarsi dei casi in cui l'Amministrazione, pur disponendo del potere discrezionale nel momento di avvio del procedimento, risulti vincolata nel momento finale, di emanazione dell'atto. In questo caso, infatti, la sfera di discrezionalità, facente capo all'Amministrazione, si restringe nel corso del procedimento, per l'intervento di tutti quegli apporti procedurali (dati dallo svolgimento di una determinata attività istruttoria) che riducono ad una sola le possibilità di scelta dell'autorità amministrativa⁶⁸.

Il limite posto dallo stesso art. 31, comma 3, c.p.a., sembrerebbe, quindi, potersi identificare con il limite del potere non ancora esercitato di cui all'art. 34, comma 2. Tuttavia, identificare l'attività discrezionale con il potere non ancora esercitato, significa,

⁶⁸ VOLPE, *ult. op. cit.*, 458 : "...la violazione di doveri giuridici, coi formati a seguito delle valutazioni discrezionali, costituisce essa stessa un vizio di legittimità dell'atto amministrativo. Specificamente, costituisce una violazione della norma generale dell'ordinamento amministrativo che, attribuendo all'Amministrazione il compito di precisare la funzione del proprio agire concreto (allorché sia riconosciuta discrezionalità), impone alla stessa autorità di non violare il precetto che ha contribuito a creare".

sostanzialmente, identificare l'esercizio della discrezionalità con l'esercizio del potere, che sembra, però, doversi escludere in ragione della dimostrata anteriorità dell'esercizio della discrezionalità rispetto all'esercizio del potere⁶⁹.

A tale problema sembra sopperire, però, il d. lgs. 14 settembre 2012, n. 160, che, all' art. 34, comma 1, lett. c c.p.a., dispone *che l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento 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*. Secondo una recente dottrina, infatti, tale contestualità di azioni impedisce al giudice di pronunciarsi quando il potere non è stato ancora esercitato, attraverso una verifica – data dall'annullamento del diniego o dall'azione avverso il silenzio - non del “previo effettivo esercizio del potere”, ma della semplice “possibilità offerta all' amministrazione di esercitarlo”⁷⁰.

⁶⁹ GULLO, *Provvedimento e contratto cit.*, 92-94 : “La discrezionalità amministrativa viene definita come il potere di attuare una ponderazione di interessi riconosciuti, in ordine ad un interesse pubblico primario, ai fini della composizione più opportuna degli stessi, relativamente ad una determinata azione da svolgere. (...)Tale espressione (potere di ponderazione) uguale per omonimia a quella che indica la figura soggettiva cui la discrezionalità va riferita (il potere giuridico), induce ad una supposizione di identità strutturale delle due nozioni, alla configurazione cioè del fenomeno della discrezionalità amministrativa stessa come un potere giuridico, allineato ad un presunto potere principale. L'erroneità delle conclusioni cui simile interpretazione condurrebbe, costituisce sicuro elemento per affermare che il termine potere, riferito alla discrezionalità amministrativa, va assunto non già nell'accezione tecnica ad esso propria, ma nel significato che più gli è comune di possibilità, cioè di libertà. E si deduce dunque che il momento della libertà esprime l'essenza dell'intero fenomeno. Su questa base, operando un'applicazione combinata delle nozioni di potere giuridico – secondo la formulazione che si è accolta – e di discrezionalità amministrativa – nel significato che si è chiarito con riguardo alla natura dei rapporti con il potere di cui si configura in funzione qualificatoria – si è in grado di precisare come il fenomeno della discrezionalità vada riferito, con esattezza, all'attività o comportamento volontario per mezzo del quale il potere giuridico trova esplicazione”. L' A. prosegue rilevando che “dal riconoscimento che la ponderazione e la scelta, essenziali al fenomeno discrezionale, incidono sulla configurazione concreta dell'esercizio del potere oggetto della ponderazione e della scelta stessa, cioè in effetti sull'atto c.d. discrezionale (circostanza che si impone per definizione, per l' esclusione di ogni elemento distintivo tra poteri e quindi tra atti discrezionali e non discrezionali che l'ipotesi inversa postulerebbe); e dalla considerazione quindi che il potere nel proprio svolgimento e di conseguenza l'atto si pongono come modificati o differenti in rapporto alla configurazione che ipoteticamente avrebbero assunto rispetto al caso di inesistenza del fenomeno discrezionale, risulta che il fenomeno medesimo per essenza si esprime e si esaurisce in un momento anteriore – e per quanto si è dimostrato anche logicamente inconciliabile – rispetto all'attuazione completa dell'esercizio del potere che origina il provvedimento. E questo dato, per l'esaminato regime dei rapporti intercorrenti fra l'esercizio del potere e l'atto giuridico, particolarmente in ordine alla provata circostanza che la perfezione e quindi l'esistenza stessa del provvedimento si attua solo nel momento di conclusione dell'esercizio del potere, è sufficiente al sicuro rilievo dell' anteriorità del fenomeno della discrezionalità quanto meno all'atto, come implica l'accertata incidenza del fenomeno relativamente all'esercizio e più ancora al futuro esercizio del potere” (100).

⁷⁰ STELLA RICHTER, *Dopo il codice cit.*, 882 s. L' Autore prosegue rilevando come “infranto il tabù del necessario previo esercizio del potere, si può aprire il tema della corrispondenza tra azione esercitata ed effetto conformativo della sentenza, che è argomento in cui è dato intravedere ampi spazi di aumento dell'efficacia dell'azione giurisdizionale. Come è ben noto, l'effetto conformativo della sentenza di annullamento rappresenta una delle conquiste più brillanti e al tempo stesso più utili della giurisprudenza del Consiglio di Stato; esso è stato tuttavia elaborato con due ben precisi limiti: il primo derivante dal disposto di

Ciò che si accerta con efficacia di giudicato con la prima domanda, infatti, è la mancata estinzione, al momento del ricorso, del rapporto giuridico sostanziale tra le parti, costituito, nel caso di provvedimenti amministrativi favorevoli, con la presentazione dell'istanza provvedimentale⁷¹ e, se esiste il rapporto, significa anche che il potere "è stato esercitato", perché l'Amministrazione ha avuto l'occasione di stabilire la disciplina del caso concreto, sottoposto al suo esame.

Ora, al fine di inquadrare l'art. 34, comma 1, lett. c, all'interno del sistema e, soprattutto, al fine di chiarire lo svolgimento della pendenza di una domanda, in funzione consequenziale, accanto alla prima, dando così luogo ad un processo plurimo sotto il profilo oggettivo, sembra preliminare definire i nessi che intercorrono tra le due azioni, avendo riguardo, in particolare, all'oggetto del giudizio.

Come già rilevato, ciò che si accerta con l'azione volta ad ottenere una pronuncia sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, è un obbligo di contenuto molto più stringente

legge che limitava l'ottemperanza al giudicato, inteso non come semplice oggetto di pronuncia (*quod iudicatum est*), ma proprio come passaggio in giudicato della sentenza; il secondo costituito dall'ossequio al principio chiovendiano della rigorosa corrispondenza tra azione esercitata e ambito di efficacia del giudicato. Insegna infatti Chiovenda che, fatta eccezione per quel che riguarda i diritti reali (*amplius quam semel res mea esse non potest*), la corretta identificazione degli elementi costitutivi dell'azione è al tempo stesso il limite della portata della sentenza che riconosce la fondatezza dell'azione stessa (*bis autem deberi potest*). Ora, poiché l'azione esercitata dinanzi al giudice amministrativo (almeno nel caso della giurisdizione generale di legittimità) non può identificarsi con una generica denuncia di illegittimità dell'atto amministrativo impugnato, ma si articola necessariamente e si identifica negli specifici motivi formulati dal ricorrente, sembra naturale che l'effetto conformativo non possa dispiegarsi di là dei motivi accolti nella sentenza. Rispetto a questa consolidata situazione il codice del processo amministrativo contiene però alcune novità suscettibili di grandissimi sviluppi. La prima innovazione è rappresentata dalla possibilità del ricorso al giudizio di ottemperanza non solo indipendentemente dal passaggio in giudicato, ma addirittura anche per portare ad attuazione coattiva la sentenza di primo grado. La previsione poi della possibilità dell'amministrazione (art. 34, comma 1, lettera c) *all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*, e quella della possibilità di disporre (art. 34, comma 1, lettera e) *le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario ad acta, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza*, sembrano costituire diretta attuazione del vecchio aforisma secondo il quale *juger l'administration c'est administrer*".

⁷¹ Sembra rilevare come all'atto di iniziativa di parte possa seguire la costituzione di un rapporto obbligatorio tra Amministrazione e privato BERGONZINI, *L'attività cit.*, 102-104 : "Ove ci si accinga a prendere in considerazione gli atti di soggetti privati che sono fonte di un effetto propulsivo nell'ambito del procedimento amministrativo, non si può che cominciare dalla categoria degli atti di iniziativa nota alla dottrina col nome domande o istanze. Va subito precisato che nella prospettiva scelta da questa indagine – quella di considerare espressione di partecipazione al procedimento soltanto gli atti dai quali deriva un effetto giuridicamente apprezzabile – si può qualificare come domanda o istanza non qualunque atto con cui un privato chiedi alla Amministrazione di far luogo all'emanazione di un provvedimento che lo interessa, ma solo quelle, tra le manifestazioni di volontà in tal senso, alle quali l'ordinamento collochi, nei confronti dell'Amministrazione a cui compete l'emanazione dell'atto, un effetto costitutivo, di natura meramente procedimentale, e di contenuto tale da dare un impulso giuridicamente allo svolgimento del procedimento. Ciò si verifica allorché alla domanda o istanza del privato segua, come conseguenza giuridica prevista dalla disciplina del procedimento, la nascita di un obbligo, di un dovere, di un onere o di una facoltà da riferire all'emanazione dell'atto finale o – almeno – ad un certo svolgimento della relativa procedura".

rispetto al più generale obbligo di pronuncia, dato dall' accertamento del dovere, in capo all'Amministrazione, di compiere una determinata attività giuridica: emanare il provvedimento. Con l'azione sul silenzio o con l' "annullamento" del diniego, invece, il giudice si pronuncia, con efficacia di giudicato, sull'inadempimento dell'obbligo di tenere un comportamento meramente materiale (nel senso che non costituisce esercizio di un potere giuridico), dato dal porre fine al procedimento amministrativo, in senso positivo o negativo. Il rapporto di continenza, che si può cogliere tra la prima e la seconda domanda, ha portato alcuna dottrina a rilevare come tra le stesse domande intercorra un rapporto di "accessorietà", nel senso che la pronuncia sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio si pone, rispetto all' "annullamento" del diniego o all'accertamento del silenzio, in un "rapporto di *progressione*"⁷². Tale accessorietà sarebbe giustificata in ragione della "dipendenza logica e non cronologica" delle due domande, essendo la seconda proposta contestualmente alla prima. In questo senso, quindi, si è sostenuto che il fenomeno in esame esprimerebbe un modo attraverso il quale il ricorrente può esperire in giudizio una domanda quantitativamente più ridotta rispetto a quella che potrebbe avanzare sotto il profilo sostanziale, al fine di conseguire una maggiore utilità⁷³.

E' vero, infatti, che, nel caso di specie, l'azione conseguenziale non è posta in termini di condizionalità rispetto alla prima⁷⁴. Ciò non esclude, però, che tra le domande non ricorra un rapporto di subordinazione, dettato da ragioni di diritto sostanziale, che imponga al giudice di decidere sulla seconda domanda solo dopo la definizione, in senso positivo, della prima. Parte di dottrina civilistica, infatti, ha rilevato come questi vincoli, propri della dipendenza di cause, siano configurabili a prescindere dalla subordinazione esplicita della possibilità di decisione sul merito della seconda domanda al previo positivo esito della prima, pregiudicante: per l'instaurazione di detto rapporto di dipendenza, quindi, non è

⁷² PAGNI, *Il cumulo di domande nel processo amministrativo*, Dir. proc. amm., 4/2014, 1191. L' Autore precisa che per "accessorietà" non si intende una maggiore importanza della prima domanda rispetto alla seconda, ma si fa riferimento ad un mero "dato esteriore della modalità di abbinamento delle domande, stante la contestuale proposizione delle stesse".

⁷³ PAGNI, *ult. op. cit.*, 1190-1191.

⁷⁴ CHIOVENDA, *ult. op. cit.*, 1980, 1128-1130: "il cumulo è condizionale quando l'attore non chiede puramente e semplicemente l'accoglimento di tutte le domande cumulate, ma chiede l'accoglimento dell'una solo condizionatamente all'*esito* dell'altra. Si hanno tre casi di cumulo condizionale: a) *cumulo successivo (o condizionale in senso stretto)*; quando una azione è proposta colla condizione che prima *sia accolta* l'altra da cui prenderà vita. Esempi: l'azione per la restituzione della cosa alienata cumulata con l'azione di rescissione dell'alienazione (...) Similmente non è *successivo* il cumulo dell'azione principale e accessoria (art. 99, 908 Cod. proc. civ.). Poiché in questi casi la seconda azione esiste contemporaneamente alla prima; vi è quindi fra le due dipendenza logica, ma non successione cronologica".

necessaria la deduzione in giudizio della seconda domanda “in via condizionale”, ma è sufficiente che tale rapporto di condizionalità venga ad instaurarsi sotto il profilo fattuale⁷⁵. Se, dunque, si ravvisa nell’annullamento del diniego o nell’azione avverso il silenzio il limite del potere esercitato, posto dall’art. 34, comma 2 c.p.a., sembra potersi configurare, nella fattispecie in esame, anche un rapporto di *dipendenza processuale*, suscettibile di essere ricompreso in quello che la dottrina civilistica ha definito *cumulo condizionale improprio o consequenziale*⁷⁶: l’accertamento della fondatezza della pretesa dedotta in

⁷⁵ Quasi testualmente v. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, Padova, 1985, 289-290. L’Autore afferma, infatti, che “certo non priva di una salda ed evidente ragione di venire posta è, infatti, la distinzione delle ipotesi di dipendenza di cause a seconda che la causa pregiudicante abbia o meno carattere costitutivo, talché l’azione pregiudicata si profili volta a tutelare un diritto già esistente – ancorché caratterizzato dalla presenza nella propria fattispecie del diritto dedotto nella prima -, oppure finalizzata alla tutela di un diritto ancora non nato al momento della instaurazione del giudizio, poiché fondato proprio sulla situazione giuridica che contestualmente si chiede di costituire giudizialmente, in via innovativa rispetto all’attuale assetto di diritto sostanziale. In questo caso, è pur vero, l’azione consequenziale riguarda un diritto che certo non trova uno dei suoi fatti costitutivi immediatamente nel diritto potestativo (o, secondo diverse visioni del processo costitutivo, nel potere di provocare le condizioni per la modificazione giuridica o nell’azione – peraltro allora concretamente intesa – acciò diretta al giudice) dedotto nella prima causa; ma si ricollega solo al risultato innovativo, attraverso il suo esito positivo, conseguito sul piano sostanziale, dunque ad una fattispecie tuttora non perfezionata. Difetta così in questo ordine di casi – che può, chiovendianamente, dirsi di dipendenza di cause per successione cronologica – una previa pregiudizialità fra situazioni giuridiche soggettive sostanziali, entrambe già sorte, che possa riflettersi linearmente in una dipendenza fra le cause in cui quegli effetti vengono giudizialmente dedotti; eppure non perciò potrebbe dirsi che, direttamente fra le cause stesse, non ricorra ancor qui un nesso di pregiudizialità determinato da ragioni di diritto sostanziale, che pertanto innanzitutto imponga al giudice di decidere sulla seconda solo dopo la definizione della prima ed inoltre precluda che, ad una decisione che nega la richiesta modificazione giuridica, rigettando l’azione costitutiva, possa fare seguito una decisione che accolga la seconda domanda (ad eccezione del solo caso che l’azione costitutiva sia stata rigettata a motivo della sua inutilità, in quanto cioè la perseguita modificazione giuridica già si fosse realizzata). Questi vincoli, propri della dipendenza di cause, effettivamente sussistono e – si badi – senza che acciò si esiga da parte dell’attore la deduzione in giudizio della seconda azione in via condizionale; vale a dire – secondo quanto finora estesamente veduto – subordinando la stessa possibilità di decisione sul merito alla domanda pregiudicata al previo positivo esito dell’azione costitutiva”.

⁷⁶ La dottrina civilistica distingue il cumulo condizionale proprio da quello improprio, essendo, in quest’ultimo caso, l’evento dedotto in condizione dalla seconda domanda, una pronuncia di rigetto nel merito della prima domanda. Infatti, si è affermato che “differisce, dunque, in sostanza, il solo evento dedotto nei due casi in condizione; che deve considerarsi verificata nell’un caso quando la decisione sull’istanza principale sia sfavorevole all’attore, nell’altro quando la prima domanda venga invece accolta. La dottrina italiana ha parlato, in questo secondo caso, di cumulo in senso stretto condizionale o successivo; nel primo di cumulo (in senso stretto) subordinato od eventuale. Sul piano terminologico, ove una qualche sintetica distinzione occorre proporre, poco v’è da dire; e tuttavia non va dimenticato, a pena di fraintendimenti ... come entrambe le rappresentate forme di cumulo abbiano per struttura intrinseca pari titolo a dirsi *condizionale*, *subordinato*, *eventuale*, trattandosi di qualificazioni in sostanza equivalenti, tutte letteralmente intese a connotare la presenza di un peculiare nesso impresso fra le domande e la situazione in cui viene così posta la seconda causa, della quale – come veduto – risulta frazionato l’oggetto. Analogamente eccipibile è la contrapposizione terminologica di un cumulo eventuale *proprio* ed *improprio* corrente in Germania ed Austria; anche una scelta meramente terminologica presenta talune esigenze da soddisfare che, se non altro, sono quelle di assicurare univocità e limpidezza espressiva: la definizione tedesca, benché più incisiva e brevilocuente di quella italiana, tali esigenze al pari di essa trascura sotto un altro profilo; segnatamente là dove può indurre erroneamente a ritenere che *propriamente condizionale* sia solo il cumulo in cui è dedotto in condizione il rigetto, piuttosto che l’accoglimento, della domanda principale, designandosi in realtà così

giudizio, infatti, non può prescindere dall'accertamento dell'inadempimento o non esatto adempimento dell'obbligo di pronuncia, con cui si accerta l'avvenuto esercizio del potere. Secondo questa ricostruzione strutturale, quindi, il significato del cumulo non può essere espresso in termini esclusivamente quantitativi (e rilevabile dal rapporto di continenza tra le due domande), cioè assumendo che il legislatore abbia consentito al ricorrente di proporre una seconda domanda "al fine di completare e trarre le conseguenze di una eventuale vittoria nella prima causa"⁷⁷. Si ritiene, invece, che con l'obbligo di proposizione contestuale delle due domande, tra le quali sussiste un rapporto di continenza, il legislatore abbia voluto attribuire all'accoglimento della prima domanda carattere ed effetti endoprocessuali, al fine di imprimere determinati vincoli all'esame della seconda domanda, suscettibili di incidere sulla stessa in termini di ammissibilità: la seconda domanda, infatti, non può essere definita nel merito se prima non sia proposto l'annullamento del diniego o l'azione avverso il silenzio. In questo modo si consente "il conseguimento di un risultato che la mera dipendenza sostanziale non consentirebbe, di per sé, di realizzare: il risultato, cioè, di subordinare all'esito favorevole della *causa pregiudicante*, non tanto la decisione di merito favorevole sull'azione dipendente (come è già proprio di ogni caso di dipendenza sostanziale), quanto la stessa possibilità processuale che, a tal riguardo, si giudichi il merito, secondo il modello strutturale proprio appunto del cumulo condizionale di domande (e distinto dal cumulo di domande tra loro dipendenti)"⁷⁸. Così, si evita il rischio di una pronuncia su poteri non ancora esercitati, poiché "solo in caso di vittoria nella prima, si apre la via dell'esame nel merito della seconda, risultando essa allora pregiudicata in senso favorevole, benché pur sempre passibile di rigetto per carenza degli ulteriori presupposti di fondatezza"⁷⁹. Infatti, nel caso

semplicemente l'ipotesi più frequente, e praticamente certo più importante (..), di cumulo di domande in via condizionale. Tale terminologia, oltretutto quasi incontrastata nella letteratura tedesca (che, come si vede, è rimasta l'unica ad occuparsi con ampiezza dell'argomento), registra comunque il vantaggio di una maggiore semplicità e, forse, ove si tenga sempre presente l'avvertimento di cui sopra, di una più contenibile equivocità rispetto alla contrapposizione proposta dalla dottrina italiana; ciò spiega perché se ne fa talora uso anche in questo lavoro, benché convenga avvisare che – ove si fosse disposti ad innovare rispetto alle ricordate tradizioni espressive – più correttamente potrebbe parlarsi rispettivamente di cumulo ausiliario e cumulo additivo oppure, avendo riguardo al contenuto della domanda principale che apre le porte all'esame della domanda condizionata, rispettivamente di cumulo condizionale *negativo* e *positivo*". (CONSOLO, *ult. op. cit.*, 287-285) Dalle ipotesi descritte si distingue il cumulo solo apparentemente condizionale, che viene a configurarsi quando "la prima azione sia di mero accertamento e ad essa si cumuli l'azione relativa ad uno degli effetti del rapporto accertato (es.: azione di simulazione di vendita e di restituzione della cosa alienata)" (289).

⁷⁷ CONSOLO, *ult. op. cit.*, 286

⁷⁸ CONSOLO, *ult. op. cit.*, 287 s.. Da tale fattispecie si distingue il cumulo "puro e semplice", configurabile nel caso in cui, tra cause dipendenti da una nesso di pregiudizialità, la condizione incide sulla fondatezza della seconda domanda.

⁷⁹ CONSOLO, *ult. op. cit.*, 294

in cui il giudice accerti che il potere non è stato esercitato, il dovere decisorio nel merito della seconda domanda viene declinato. La pronuncia di rigetto in rito sembra rivestire, quindi, processualmente, proprio il significato della dichiarazione di impossibilità di una decisione di merito al riguardo. Definendo, infatti, la domanda condizionalmente proposta, si pone fine alla relativa pendenza, che non potrebbe, quindi, risolversi per il solo fatto della decisione di rigetto della prima domanda. Tale pronuncia di rito appare, perciò, effettivamente indispensabile, a pena di incorrere in un' omissione di pronuncia su un capo di domanda⁸⁰, posto che la pendenza "generica" della seconda domanda si verifica immediatamente e in modo incondizionato, essendo, il processo, originariamente impostato con una duplicità di oggetti che permane fino alla fine del giudizio⁸¹.

Si comprende, quindi, come il fenomeno del cumulo in esame, altro non esprima che il modo attraverso cui il ricorrente può esperire in giudizio un' azione non riconducibile alla categoria delle azioni di condanna. Ciò, sembra potersi sostenere, oltre che per l' inidoneità della pronuncia in esame a costituire titolo esecutivo (costituendo titolo esecutivo, ai sensi dell'art. 115 comma 2, costituiscono titolo esecutivo solo le pronunce di condanna al pagamento di una somma di denaro), anche per il termine di decadenza – e non di prescrizione decennale– entro cui può essere esperita l'azione in esame. Infatti, la contestualità di tale azione con l'azione sul silenzio o con l'azione di "annullamento" del diniego, impone che lo stesso accertamento del dovere di provvedere sia proposto finché perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del provvedimento ovvero nel termine di decadenza di 60 giorni dalla conoscenza del provvedimento di diniego⁸².

⁸⁰ CONSOLO, *ult. op. cit.*, 294

⁸¹ CONSOLO, *ult. op. cit.*, 272

⁸² Il diverso termine di decadenza sembra potersi ricondurre, sostanzialmente, al fatto che "il silenzio consiste in una violazione del dovere di pronuncia valutata dall'ordinamento in modo diverso e, per certi versi, più grave dell'ipotesi in cui l'Amministrazione ponga in essere un atto negativo illegittimo, e, quindi, dall'ipotesi in cui al medesimo dovere sia stato dato, pur sempre, un principio, ancorché non esatto, di adempimento" (VOLPE, *ult. op. cit.*, 500).

INDICE DEGLI AUTORI

I numeri indicano la pagina in cui una o più opere dello stesso Autore sono citate per la prima volta.

ALESSI: 21
ALLARA: 82
ALLORIO: 43
ATTARDI: 64
BARBERO: 42, 43
BENVENUTI F.: 39, 78, 81
BERGONZINI: 11 , 55
BETTI: 33, 50, 98
BIANCA: 48, 50, 82
CAIANIELLO: 79
CALAMANDREI: 61
CALEGARI: 55
CAMMEO: 13
CANNADA BARTOLI: 21
CAPACCIOLI: 18
CARBONE: 91
CARLOTTI: 55
CARNELUTTI: 7, 61, 82
CASSARINO: 31
CASTRONOVO: 41, 199
CATAUDELLA: 27-28
CHIEPPA R.: 55
CHIOVENDA: 61, 85
CLARICH: 40, 53, 92
CONSO, 24
CONSOLO: 109
CORLETTO: 55
CORSO: 24, 43

COSTA: 61
DEL PRETE: 61
DOMENICHELLI: 61
DONATI: 18-19
FALCON: 46
FALZEA: 25, 82
FERRARA: 23, 43, 55, 81, 104
FERRARI: 82, 93
FIGORILLI: 38
FOLLIERI: 61, 97
FORTI: 32, 33
FRACCHIA OCCHIENA: 55
FRACCHIA: 19
GALETTA: 56
GARBAGNATI: 42, 61
GIANNINI-PIRAS: 79
GIANNINI: 6, 34, 52, 53
GIORGIANNI: 50
GRECO: 43
GUARINO: 12-13, 44
GUASTINI: 7
GUICCIARDI: 9, 20, 65, 79
GUIDARELLI: 102
GULLO: 3
IANNOTTA: 11, 67
IRTI: 28
LA VALLE: 38, 45, 80
LEDDA: 1, 54, 67
LIPARI: 40
MAGGIOLO: 46
MANFREDI: 60
MARZARO GAMBA: 40
MATTARELLA: 13
MAZZAROLLI L.: 54
MENCHINI: 97

MIELE G.: 21
MONTESANO: 98
MURGIA: 92
NIGRO: 43, 79, 100
ORLANDO: 39
ORSI BATTAGLINI: 21, 22
PAGNI: 108
PALAZZOLO: 82
PASSONI: 41
PIETROBON: 101
PIRAS: 63
POLICE: 47
RANELLETTI: 18
RENNA: 53-54
RESTA: 38
ROMANO A.: 78
ROMANO S. 32-33
ROMANO TASSONE: 56
RUBINO: 25
SANDULLI A. M.: 18, 23, 32, 38, 39
SANTORO PASSARELLI: 82
SASSANI: 63, 88, 93
SCOCA: 28, 39, 40, 47
SCOGNAMIGLIO: 27, 98
SPERDUTI: 1
STELLA RICHTER: 49, 89
TESAURO: 32
TONOLETTI: 13
TRABUCCHI: 11
TRAVI: 98
TRIMARCHI BANFI: 86
TRIMARCHI M.: 26
VAIANO: 47
VARRONE C.: 55, 96
VERBARI: 54

VILLATA: 19, 54, 81, 93

VIPIANA: 53, 83

VIRGA: 52, 96-97

VOLPE F.: 1, 43, 56, 63, 72

ZANOBINI: 21, 32

ZITO: 53