

ANDREA CARBONE

Professore associato di diritto amministrativo presso la Sapienza Università di Roma
andrea.carbone@uniroma1.it

RIFLESSIONI SU POTERE E SITUAZIONI SOGGETTIVE NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO. UNA PROPOSTA DI CONFRONTO

CONSIDERATIONS ON ADMINISTRATIVE POWER AND SUBJECTIVE POSITIONS. A PROPOSAL

SINTESI

Il presente scritto propone una sintesi della concezione dell'autore in ordine al potere amministrativo e alle situazioni giuridiche che ad esso si relazionano, e le relative conseguenze sul processo, come rappresentate in *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, Giappichelli, 2020. Partendo da una revisione critica delle principali impostazioni sul punto, si passerà ad esporre, basandosi su considerazioni di teoria generale, la nostra ricostruzione.

ABSTRACT

This paper represents a summary of the Author's approach on the conception of administrative power and its relation with individual legal positions, as exposed in *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, Giappichelli, 2020.

PAROLE CHIAVE: diritto amministrativo; potere amministrativo; discrezionalità amministrativa; situazioni giuridiche soggettive; procedimento amministrativo; processo amministrativo.

KEYWORDS: administrative law; administrative power; administrative discretion; subjective juridical positions; administrative procedure; procedure before administrative courts.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le ricostruzioni dell'interesse legittimo. L'interesse legittimo come situazione giuridica caratterizzata, nella ricostruzione comunemente diffusa, da una *strumentalità indiretta* rispetto al proprio oggetto. – 3. La mancanza di autonomia concettuale di quella che si è definita strumentalità indiretta e crisi della concezione dell'interesse legittimo. La pretesa all'utilità strumentale. L'impostazione della Scuola fiorentina. – 4. Inaccogliabilità della tesi dell'interesse legittimo come pretesa

all'utilità strumentale in ragione del rilievo che deve essere riconosciuto, in ordine al potere amministrativo, alla struttura normativa della funzione. – 5. La configurazione dell'interesse legittimo come situazione giuridica che rispetto al potere, anche discrezionale, si pone quale pretesa all'utilità finale. Le differenti impostazioni. Rilievi problematici. – 6. La distinzione, nella configurazione dell'interesse legittimo quale pretesa all'utilità finale, del rapporto in senso dinamico e del rapporto in senso staticizzato, quali alternative ad essa riferibili. La differenza con il rapporto in senso statico che caratterizza la pretesa all'utilità strumentale. Il rapporto inteso in senso staticizzato come fondamento dell'interesse legittimo quale situazione giuridica strutturalmente peculiare, avente ad oggetto l'utilità finale. Rilievi problematici e spunti ricostruttivi. – 7. Il potere come situazione giuridica soggettiva e il rilievo della struttura normativa della funzione. – 8. Il modulo procedurale del potere amministrativo. La funzione come farsi della decisione. – 8.1 La caratterizzazione soggettiva del modello procedurale. La funzione amministrativa come processo volto alla decisione sul porre in essere o meno la relativa situazione effettuale. Negazione della struttura di codecisione. La conseguente caratterizzazione delle situazioni giuridiche. – 8.2 La caratterizzazione oggettiva del modello procedurale. Il modello procedurale di accertamento e il problema dell'attività discrezionale. La caratterizzazione della situazione giuridica sostanziale. – 9. Modello procedurale di accertamento e discrezionalità. Scomposizione della discrezionalità in discrezionalità conoscitiva, teleologica e dispositiva. La presenza della discrezionalità teleologica come necessità di determinazione di un criterio di preferenza tra valori. – 9.1 Relatività del criterio proposto. Il potere è sempre funzionale al perseguimento di un valore. La presenza di discrezionalità teleologica non dipende da una scelta meramente tecnica rinvenibile nel dato normativo, ma dalla scelta dell'ordinamento in ordine alla partecipazione del soggetto nella determinazione del valore. – 9.2 La rilevanza dell'elaborazione del criterio di preferenza per l'ordinamento. La rilevanza soltanto indiretta attraverso le clausole generali. La rilevanza diretta attraverso la predisposizione di un modello procedurale di accertamento. La struttura della situazione giuridica dipende dal modello scelto dall'ordinamento. – 9.3 L'accertamento, come valore espresso dall'ordinamento nella scelta del modello procedurale, caratterizza la struttura della situazione giuridica soggettiva di potere, quale conseguenza del modello normativo della funzione. Il preservarsi degli spazi sostanziali di scelta discrezionale e l'equiparazione normativa sul piano procedurale. – 10. I caratteri della situazione giuridica di potere in relazione al modello procedurale. La connotazione del modello procedurale amministrativo quale modello processuale di accertamento. – 10.1 La situazione giuridica di potere e la situazione che con il potere si confronta. La sua caratterizzazione come situazione giuridica procedurale a rilievo sostanziale, che si connota quale pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto. Conseguenze ulteriori. – 11. Conclusioni. Considerazioni ulteriori sul declinarsi del processo amministrativo a fronte della concezione della situazione giuridica fatta propria in questa sede.

1. Introduzione

L'analisi che si effettuerà in questa sede riprende un più ampio studio, in parte già svolto, e in parte in corso di svolgimento, che chi scrive sta affrontando in ordine all'inquadramento delle situazioni giuridiche soggettive, a rilievo sostanziale e prettamente procedimentali, che si confrontano con il potere amministrativo, nella loro rappresentazione sostanziale, e nella loro ascrizione ad oggetto del processo amministrativo, attraverso la quale esse possono trovare tutela in via giurisdizionale¹.

¹ Il riferimento è ad A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*. (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo), e II-1, *La situazione giuridica a rilievo sostanziale quale oggetto del processo amministrativo*, Torino, Giappichelli.

Il punto di partenza, in ordine allo studio in questione, risiede nella considerazione per cui la sintesi, storica e logica, che assume il rapporto tra cittadino e potere, risulta incentrata, nell'esperienza del nostro ordinamento, sulla problematica della configurazione della situazione giuridica soggettiva che viene fatta valere dal privato nell'ambito del processo amministrativo: l'interesse legittimo, quale realtà che emerge storicamente nel processo, e con il processo è destinata a confrontarsi, nella rappresentazione della tutela alla quale il cittadino può aspirare nei confronti del potere, ha fatto sì, infatti, che il problema concernente la situazione giuridica soggettiva che nel processo amministrativo trova tutela, il problema, cioè, dell'individuazione dei suoi caratteri, venisse a costituire, nella sua essenza, il problema stesso della giustizia amministrativa nel nostro ordinamento, nel suo declinarsi, sotto un profilo storico e funzionale, e nelle conseguenze che esso dispiega sulla struttura processuale. La configurazione della situazione giuridica che si confronta con il potere amministrativo rappresenta, dunque, il momento centrale di riflessione in ordine al rapporto tra potere e cittadino, sotto un profilo sia sostanziale sia processuale.

Ora, in merito a detta problematica, può evidenziarsi come, sino a tempi relativamente recenti, il quadro d'insieme descritto si venisse essenzialmente a risolvere nella rappresentazione dell'esigenza di piena rilevanza della dimensione sostanziale dell'interesse materiale del cittadino, e di adeguamento dei rimedi e degli strumenti processuali alla sua soddisfazione. Ciò avveniva in un incessante confronto con la situazione 'perfetta' di diritto soggettivo, confronto dal quale si deduceva la necessità di dissipare quelle nebbie ideologiche che, invece, l'interesse legittimo avrebbero avvolto².

Nell'ultimo periodo, quantomeno nell'ultimo ventennio, nel momento in cui tale dimensione sostanziale non è stata più negata, e i rimedi processuali hanno cominciato ad adeguarsi ad essa, la questione si è fondamentalmente

²L'espressione è, come noto, di F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Jus*, 1997, ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, p. 401. Cfr. anche B. SORDI, *Interesse legittimo*, in *Enc. dir.*, Ann., II, 2, Milano, 2008, p. 726.

spostata su un altro fronte. Si è, cioè, cominciato a riflettere su che cosa questa conquistata dimensione sostanziale, e la tutela processuale che vi si è accompagnata, effettivamente comportassero, e quale fosse la loro effettiva consistenza. È emersa, infatti, in tale scenario, l'esigenza di salvaguardare un corretto bilanciamento tra rispetto dei margini di azione dell'attività amministrativa ed effettiva tutela della posizione del privato, non essendo comunque potuta sfuggire, la continua espansione di quest'ultima, al confronto con la natura discrezionale che (può) connota(re) il potere amministrativo.

L'impressione che si ha è che, in definitiva, un tale bilanciamento sia ben lungi dall'essere stato raggiunto. Da un lato, infatti, si è di fronte ad un giudizio il cui oggetto continua ad essere rappresentato, in giurisprudenza, ma nella sostanza anche nell'opinione della dottrina maggioritaria, dai vizi dell'atto fatti valere dal ricorrente, nella perdurante centralità del rimedio impugnatorio. Dall'altro, non si esita però ad invocare da una parte della dottrina, e talvolta a reputare ammissibile in giurisprudenza, la 'chiusura' della possibilità di riesercizio del potere, in ragione del verificarsi di circostanze che, tuttavia, rischiano molto spesso di avere contorni del tutto incerti, e non corrispondenti all'utilità che il privato si vedrebbe riconosciuta sul piano sostanziale, parendo piuttosto derivare dalla sottoposizione dell'Amministrazione ad una logica 'sanzionatoria', che non può che mutuare i suoi presupposti dall'atteggiarsi del singolo caso concreto. Ancora, non è chiara quale sia l'effettiva portata del c.d. giudizio a formazione progressiva, né se questo trovi effettivamente riscontro nel nostro sistema processuale, ovvero se tale figura non sia invocata, piuttosto, senza collegarvi un'effettiva capacità estensiva dell'accertamento giudiziale, secondo quanto pure si è sostenuto. L'elenco potrebbe continuare.

In tale prospettiva, è, invero, proprio la ricerca di un bilanciamento tra le contrapposte esigenze rappresentate che, pur volendo rispondere ad evidenti intenti di ordine pratico, con riguardo alla tutela giurisdizionale non dovrebbe ricevere cittadinanza, in quanto ciò che si deve assicurare nel processo ammini-

strativo non è nient'altro che l'attuazione del rapporto tra potere e cittadino nei termini in cui l'ordinamento l'ha concretamente definito. Solo tenendo presente ciò si può, da un lato, scongiurare il rischio di possibili ingerenze del giudice nelle scelte proprie dell'Amministrazione, così come, dall'altro, evitare possibili deferenze, da parte dello stesso giudice, in ordine al sindacato che questi è tenuto a compiere. In questo senso, anche l'utilizzo di formule dal tenore spesso più evocativo che prescrittivo (effettività della tutela, pienezza del sindacato, ecc.) può invero portare ad oscurare la necessità di una compiuta ricostruzione concettuale dei termini in cui la questione si viene a svolgere.

Ora, a nostro avviso, se una siffatta ricostruzione si vuole invece effettivamente affrontare, risulta necessario partire da due considerazioni. In primo luogo, va evidenziato che, se il processo amministrativo è, salve possibili ipotesi eccezionali³, strutturato dall'art. 7 c.p.a. come un giudizio di natura soggettiva (che concerne “*le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi*”), il suo oggetto non può che rapportarsi ad una situazione soggettiva propria della parte che richiede la tutela. In secondo luogo, poiché, secondo un'impostazione che non deve essere disattesa, il processo deve essere strumentale alla tutela di una situazione giuridica che riceve la propria conformazione dalla normativa sostanziale, è appunto dalla consistenza sostanziale di detta situazione (o, il che è lo stesso, del rapporto in cui detta situazione si inserisce) che si deve ricavare la tutela che l'interesse del privato può (e deve) ricevere nell'ambito del processo amministrativo⁴.

La configurazione della situazione giuridica del privato nei confronti del potere riveste quindi, continua a rivestire, anche nel rinnovato assetto processuale, importanza centrale. Anzi, potrebbe ritenersi che, proprio alla luce della

³Quelle che si riscontrano nei modelli da noi definiti come ‘modelli processuali differenziati’: A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 423 ss.; ID., *Modelli processuali differenziati e legittimazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Conc. merc.*, 2018, p. 43 ss.

⁴In questo senso, ci si pone sulla stessa linea di L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna ad un facere*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 617 ss.

sistemazione e dell'affinamento delle categorie processuali, avvenuta ad opera del Codice del processo amministrativo, si riveli quanto più necessario ricorrere alla descrizione della situazione giuridica in questione non attraverso 'immagini', ma con riferimento ad una sua precisa costruzione concettuale⁵, laddove non si voglia mantenere incerto il profilo della tutela del cittadino rispetto all'esercizio del potere amministrativo.

Sotto tale aspetto, ben può comprendersi allora come l'incertezza denunciata, in ordine a ciò che possa spettare all'esito del processo, si accompagni alla mancanza di una compiuta ricostruzione, pacificamente accettata, dei caratteri della situazione giuridica soggettiva a cui ascrivere l'oggetto del giudizio. È proprio in ragione dell'insicurezza sulla consistenza sostanziale di detta situazione giuridica che si riscontra, non può evidentemente che riscontrarsi, l'incertezza in ordine alla declinazione della tutela giurisdizionale. Si deve dunque ritenere che nessun cambio di paradigma⁶ possa in questo senso realizzarsi, neppure dopo l'adozione del Codice, se non si chiarisce come debba essere intesa la situazione soggettiva in questione, e in cosa consista, quindi, l'oggetto del giudizio, che, come detto, ad essa deve corrispondere.

In questi termini, il tentativo ricostruttivo che si è inteso effettuare, nella più ampia ricostruzione a cui si è già accennato, è risultato rivolto a rispondere alla rappresentata esigenza di certezza della tutela attraverso l'elaborazione della situazione giuridica soggettiva che si ritiene debba rappresentare l'oggetto del processo amministrativo. La struttura di questa, da un lato, e il modello processuale attraverso il quale assurge ad oggetto del giudizio, dall'altro. In questa sede, sarà ripresa la parte di indagine riferita all'esame delle tesi che attualmente si confrontano all'interesse legittimo; si procederà poi, sulla base di argomentazioni di teoria generale, a proporre un mutamento di prospettiva in ordine alla

⁵ Cfr. ancora L. FERRARA, *Domanda giudiziale*, cit., p. 623 ss.

⁶ Secondo la ormai nota espressione di E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Milano, 2010 (op. orig. 2007), p. 65 ss., ripresa in particolare da A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, in *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa? Giornata di studi in onore del Prof. Fabio Merusi*, Napoli, 2011, p. 69 ss.

ricostruzione della situazione giuridica, a rilievo sostanziale, che si confronta con il potere amministrativo, la quale si fonda su un particolare rilievo valoriale che, a nostro avviso, si deve ritenere riconosciuto, da parte dell'ordinamento, alla struttura normativa della funzione, intesa quale struttura normativa in cui si inserisce l'esercizio del potere; da ultimo, si indicheranno le particolari conseguenze che, alla luce della nostra ricostruzione della situazione giuridica, si vengono a verificare nell'assetto processuale, una volta che detta situazione venga posta ad oggetto del giudizio.

2. Le ricostruzioni dell'interesse legittimo. L'interesse legittimo come situazione giuridica caratterizzata, nella ricostruzione comunemente diffusa, da una *strumentalità indiretta* rispetto al proprio oggetto

Nell'elaborazione dottrinale più risalente, non serve ricordarlo, la peculiare connotazione dell'interesse legittimo derivava dall'innesto, nel suo contenuto, dell'aspetto teleologico della funzione amministrativa, di modo che l'interesse materiale del privato risultasse subordinato a quello pubblico e, quindi, soltanto indirettamente protetto dalla norma⁷. Invero, l'impostazione in questione non era riuscita a portare ad una convincente ricostruzione di un rapporto non paritario, all'interno del quale potessero inserirsi le relative situazioni soggettive; al contrario, essa aveva piuttosto condotto alla negazione di un rapporto sostanziale, e alla risoluzione della posizione del privato in termini processuali, corrispondentemente al mezzo di tutela concesso dall'ordinamento⁸. Ad ogni modo, ciò che interessa evidenziare è come la ricostruzione dell'interesse legittimo, in quella accezione, era il prodotto dell'elaborazione di una relazione non paritaria fra gli interessi coinvolti, una relazione ove, cioè, l'interesse del privato risultava funzionalizzato alla tutela dell'interesse pubblico, come soggettivo in

⁷ Si fa riferimento alla rappresentazione dell'interesse legittimo nelle forme dell'interesse occasionalmente protetto e del diritto affievolito, figure entrambe funzionalizzate al perseguimento dell'interesse pubblico, secondo l'impostazione che ne dà O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1912, p. 427 ss.; ID., *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, p. 161 ss., il quale riprende, per l'interesse occasionalmente protetto, la figura proposta da L. MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm.*, 1891, IV, p. 5 ss.

⁸ Sul punto, sulle differenti ricostruzioni, si veda *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 4 ss.

capo all'Amministrazione. In questo senso, la funzionalizzazione, intesa quale afferente al profilo teleologico appena descritto, era ascritta ad elemento strutturale dell'interesse legittimo; il rilievo di quest'ultimo, conseguentemente, sarebbe stato soltanto quello che poteva trovare riferimento nelle norme volte a regolare il potere (norme di azione), non a quelle che pongono un rapporto, o perlomeno che lo pongono nel senso di diritto-obbligo (norme di relazione); la relativa tutela, conseguentemente, sarebbe stata soltanto riflessa; gli strumenti giurisdizionali si sarebbero caratterizzati di conseguenza.

L'evoluzione che ha caratterizzato l'epoca successiva, nella sostanza coincidendo con lo svolgersi del secolo scorso, si è caratterizzata, anche in ragione del dettato costituzionale nel frattempo intervenuto, per la progressiva valorizzazione dell'interesse sostanziale del privato, pervenendo, per tale via, alla compiuta separazione dell'oggetto della situazione giuridica dalla tutela dell'interesse pubblico. Il problema, a questo punto, è stato però quello di mantenere una ricostruzione dell'interesse legittimo quale strutturalmente differenziata da quella propria del rapporto che si configura tra la situazione che in teoria generale rappresenta il substrato contenutistico elementare di un diritto a struttura creditizia (la *pretesa*)⁹ e la situazione che ad essa si rapporta (l'obbligo). Problema, quello appena descritto, reso particolarmente grave dall'affermarsi dell'ottica normativistica volta a svalutare il substrato assiologico della situazione giuridica, così sostanzialmente risolvendo la consistenza di quest'ultima nel riflesso della norma¹⁰.

Le difficoltà prospettate trovano riscontro nell'attuale definizione che dell'interesse legittimo generalmente si assume, e della sua riconducibilità

⁹ Sulla considerazione della figura di teoria generale della *pretesa*, quale figura di qualificazione deontica della posizione giuridicamente tutelata di un soggetto rispetto allo svolgimento di un altrui comportamento (materiale o di un atto precettivo), a cui appunto corrisponde l'obbligo, in capo all'altro soggetto, del comportamento stesso, si veda, ampiamente, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 178 ss.

¹⁰ Sul punto cfr. quanto considerato in *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 216 ss.; nonché quanto si dirà *infra*, par. 5.

all'interno di un rapporto, nel momento in cui se ne prospetta la differenza da una situazione strutturata nel senso di una relazione diritto(pretesa)-obbligo.

A tal proposito, può prendersi in considerazione quella nozione di ordine generale a cui solitamente si fa riferimento nella comune considerazione della figura in esame (quantomeno nel senso di assumerla a concezione di base, rispetto alla quale porsi poi in maniera più o meno critica). Essa può definirsi una versione moderna della classica declinazione dell'interesse legittimo, che, in questa accezione, vedrebbe espunto dall'interesse del titolare qualsiasi legame con l'interesse alla legalità dell'azione amministrativa, e, insieme ad esso, il carattere di occasionalità che sarebbe altrimenti proprio della sua protezione. L'oggetto della situazione giuridica verrebbe individuato nell'interesse materiale del soggetto, il quale, tuttavia, non necessariamente riceverebbe soddisfazione nell'esercizio, sia pur legittimo, del potere¹¹: in particolare, secondo una prima

¹¹ Tra le definizioni più autorevoli e diffuse di quelle appartenenti al filone in esame, vi è quella per cui la specificazione dell'interesse legittimo passerebbe per la sua riconduzione ad una situazione di natura sostanziale, avente carattere dinamico e strumentale, quale posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine ad un'utilità oggetto di potere, consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, cooperando all'esplicazione del medesimo e intervenendo a correggerne le deviazioni (poteri, quindi, di carattere sostanziale e processuale), in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità. È questa la nota definizione, già richiamata, di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, p. 94 ss., secondo cui, se l'interesse legittimo appartiene all'ambito sostanziale, è questo un ambito sostanziale dinamico, strumentale, non statico e di godimento, cosicché è lecito accostare l'interesse legittimo ai diritti soggettivi aventi natura strumentale, come il diritto di credito. In particolare, l'interesse legittimo e il diritto soggettivo sono situazioni giuridiche entrambe costituite da interessi materiali intenzionalmente protetti dall'ordinamento, ma per l'interesse legittimo la soddisfazione sicura di detto interesse materiale non si ha, in quanto essa può avvenire solo eventualmente, e in relazione alla soddisfazione dell'interesse pubblico. Il carattere dinamico della situazione è determinato dalla sua attitudine ad influire sull'azione amministrativa, attraverso (pp. 95-96) l'utilizzo degli strumenti di carattere processuale e procedimentale all'uopo previsti, i quali sono idonei a consentire, con il loro esercizio, la partecipazione del privato alla funzione amministrativa. e la possibilità di influenzarla. In tale prospettiva, l'interesse legittimo viene posto all'interno di un rapporto con il potere amministrativo, quale correlato alle possibilità e alle doverosità dell'Amministrazione nel suo esercizio, conformandosi in relazione ad esse: M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo?, Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, p. 1898.

Tale nota definizione considera dunque l'interesse legittimo quale complesso di poteri attribuiti al soggetto in ordine alla tutela della propria posizione. Rispetto ad essa, si può mettere in luce come, rapportando al contenuto della situazione giuridica di interesse legittimo la tutela processuale normativamente prevista, non si conformi questa al dato sostanziale, ma, al contrario, si assuma da essa la consistenza della situazione giuridica in esame. In una diversa ot-

accezione, oggetto della situazione giuridica in esame dovrebbe essere considerato proprio l'interesse al bene della vita¹²; secondo altra prospettiva, invece, l'utilità oggetto dell'interesse legittimo sarebbe il provvedimento favorevole, il provvedimento, cioè, strumentale alla soddisfazione dell'interesse al bene¹³. In ogni caso, il carattere peculiare dell'interesse in esame, riferito direttamente al bene ovvero al provvedimento, è quello di non ricevere sicura soddisfazione nel rapporto con la situazione giuridica di potere attribuita ad altro soggetto, ogniqualvolta, almeno, quest'ultima situazione si connota per il suo carattere discrezionale: l'interesse legittimo, si dice, non potrebbe consistere in una pretesa rivolta al bene o al provvedimento, (anche) in quanto l'utilità finale non risulta garantita¹⁴.

I caratteri generali, che si ricavano da tale insieme di definizioni di interesse legittimo, sarebbero dunque i seguenti: vi è un interesse materiale del singolo che si rivolge nei confronti dell'esercizio del potere unilaterale altrui; esso riceve la tutela all'uopo prevista da parte dell'ordinamento, che deriva dalla regolamentazione giuridica della situazione giuridica di potere; oggetto della situazione giuridica in questione è detto interesse materiale, ovvero, secondo una differente prospettiva, il provvedimento che tale interesse soddisfa (quindi,

tica, l'interesse legittimo viene invece configurato in relazione alla sua dimensione sostanziale, attenendo, la tutela giurisdizionale, e le forme in cui essa trova esplicazione, alla condizione patologica conseguente alla lesione della situazione giuridica. In questo senso si pone la ricostruzione di chi descrive l'interesse legittimo quale situazione giuridica che si esprime esclusivamente nell'ordine e nell'ambito della realtà dinamica del procedimento: essa rappresenterebbe, infatti, una situazione di carattere dinamico che 'dialoga' con il potere unilaterale altrui; che consente, cioè, di influire sulla formazione della/e scelta/e in ordine all'esercizio del potere in funzione di un proprio interesse materiale protetto, rispetto alla cui lesione è possibile reagire in sede giurisdizionale: F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, p. 25; ID., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, pp. 232 ss., 245 ss. e 453 ss.

¹² M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 96.

¹³ Si veda F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., pp. 313 ss. e 410 ss., ed ivi l'analisi critica della tesi di G. GRECO, *Dal dilemma diritto-soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 483 ss., il quale, all'interno della sua tesi per cui l'interesse legittimo dovrebbe essere costruito come pretesa in senso proprio volta al conseguimento del bene della vita (sulla quale, si veda *infra*, par. 5), ritiene equivalente il riferimento al provvedimento o al bene della vita. Cfr., sulla centralità del provvedimento rispetto al bene, anche F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura*, cit., p. 20 e p. 27 ss., ed ivi invece la critica all'impostazione in questo senso assunta in particolare da Nigro.

¹⁴ F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., p. 413, n. 20.

il comportamento del soggetto a cui il potere è riferito che tale interesse soddisfa); l'interesse considerato non è oggetto di sicura soddisfazione (può non essere oggetto di sicura soddisfazione) a fronte del legittimo esercizio del potere; in tale prospettiva, particolare enfasi è posta sulla possibilità di influenzare, da parte del soggetto che si confronta con il potere unilaterale altrui, l'esercizio del potere stesso, al fine di ottenerne un'esplicazione in senso favorevole alla soddisfazione dell'interesse di cui il soggetto in questione è portatore; il rapporto, tra potere e interesse legittimo, si connota di conseguenza, escludendosi in ogni caso una relazione strutturata sulla base della sussistenza di una pretesa in senso tecnico all'utilità finale.

Rispetto a tale rappresentazione, va preliminarmente precisato come non sembri assumere particolare rilievo, sotto il profilo che ci interessa, la differenza sopra menzionata in ordine all'oggetto, se il provvedimento favorevole o il bene della vita. Poiché il riferimento a quest'ultimo, infatti, è sempre nel senso del mantenimento o nel *conseguimento* di una determinata utilità finale, la situazione a cui si fa riferimento non è direttamente la situazione finale incisa dal potere (ad es., il diritto di proprietà), ma ad una situazione comunque in questo senso strumentale, in quanto il riferimento al bene risulta necessariamente mediato dalla condotta (nel caso del potere, dalla produzione dell'effetto).

Sul punto è poi necessaria un'ulteriore precisazione. Il carattere di strumentalità, che viene ascritto all'interesse legittimo nell'ambito dell'impostazione che fa riferimento al provvedimento favorevole, e che viene contrapposto a quelle concezioni che rappresentano detta situazione giuridica come situazione finale, è termine infatti suscettibile di assumere una pluralità di significati, potendo esso riferirsi sia alla *struttura* della situazione, sia anche al *contenuto* dell'interesse. È quanto si rileva in ordine ai diritti di credito: per quanto concerne il loro contenuto, infatti, la qualificazione del relativo interesse come strumentale o finale (come diretto, cioè, al conseguimento di un'utilità finale in relazione ad un bene ovvero ad un'utilità rispetto ad esso soltanto strumentale)

non può ricavarsi dal punto di vista interno all'obbligazione, giacché in questo senso vi è sempre un risultato da raggiungere, ma deve invece ricavarsi dall'esterno, mettendo in rapporto il risultato dedotto nell'obbligazione con l'interesse materiale del creditore¹⁵. Altro è invece il profilo non attinente al contenuto, ma alla struttura della situazione giuridica: in ordine a quest'ultima, infatti, il diritto di credito avrebbe sempre carattere strumentale, in quanto attiene ad un bene (finale o strumentale che sia) comunque in maniera mediata, ad un bene, cioè, che deve essere conseguito all'interno della sfera giuridica del soggetto creditore attraverso una prestazione che deve essere effettuata da parte del soggetto debitore¹⁶. In questa prospettiva, parrebbe allora che la distinzione tra riferimento al provvedimento e riferimento al bene della vita, nell'interesse legittimo, riecheggi quella che, nel diritto di credito, si ha tra la concezione personale e la concezione patrimoniale della situazione soggettiva: si è sempre al cospetto di una situazione di tipo creditizio, anche se cambia la sua caratterizzazione; ed il riferimento al bene finale deve considerarsi, comunque, un riferimento mediato dalla condotta altrui¹⁷. L'interesse legittimo è,

¹⁵ In questo senso il noto insegnamento di L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"* (*Studio critico*), I-III, in *Riv. dir. comm.*, 1954, ora in ID., *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI, Milano, 2011, p. 141 ss. Per una ricostruzione del problema in ordine all'ammissibilità della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato cfr. poi, tra gli altri, C. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 1 ss.; A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, *ivi*, 2006, p. 797 ss.; F. PIRAINO, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, *ivi*, 2008, p. 83 ss.; ID., *Adempimento e responsabilità contrattuale*, *cit.*, p. 509 ss., ed *ivi* gli opportuni riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

¹⁶ Cfr. in questo senso in particolare A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Eur. dir. priv.* 2014, pp. 1199-1200.

¹⁷ La condivisibilità di tale conclusione appare chiara da quanto affermato da F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura*, *cit.*, p. 29, secondo cui fare riferimento al bene della vita, e non al provvedimento (al comportamento dell'Amministrazione), sarebbe come indicare che l'oggetto del diritto di credito è il bene derivante dalla prestazione del debitore anziché la prestazione stessa; cfr. anche ID., *L'interesse legittimo*, *cit.*, p. 413, n. 21. La contrapposizione richiamata dall'illustre A. è infatti quella tra tesi personale e tesi patrimoniale del diritto di credito: cfr. lo stesso F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura*, *loc. ult. cit.*, che, nel prendere in considerazione la pretesa, fa riferimento alle due impostazioni in ordine ad essa, come situazione diretta al conseguimento del bene, da un lato, e come comportamento idoneo a soddisfare l'interesse del titolare della situazione soggettiva, dall'altro, ritenendo più convincente questa seconda alternativa. Invero, si è visto come la contrapposizione in esame risulti più complessa di quanto potrebbe a prima vista apparire: la tesi patrimoniale, infatti, se pone ad oggetto del diritto di credito il

quindi, comunque rappresentato quale situazione giuridica di carattere strumentale, nel senso che la sua *struttura* ha il carattere strumentale proprio del diritto di credito¹⁸, senza che rispetto a quest'ultimo possa, sotto tale profilo, ravvisarsi alcuna differenza¹⁹.

Rimane allora da chiarire in che cosa l'interesse legittimo, e il relativo rapporto in cui si inserisce, possa trovare un suo profilo di differenziazione. La distinzione, si assume, risiederebbe in ciò, nel fatto che, in relazione all'interesse

bene, comunque ritiene che contenuto dell'obbligo sia la prestazione, descrivendo in tal modo una relazione mediata tra il creditore e il bene.

In questo senso, risulterebbe allora superabile non solo l'obiezione dell'A. di cui si è appena dato riscontro, ma anche quella rinvenibile in F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., pp. 416-417, che – nel rispondere a Greco, là dove quest'ultimo A. equipara il riferimento al provvedimento favorevole a quello al bene della vita (subito *supra*, in nota) – afferma che se si identifica l'oggetto dell'interesse legittimo con il bene, allora esso coinciderebbe, nel caso di interessi oppositivi, con l'oggetto del diritto soggettivo che rischia di essere estinto o ridotto dall'esercizio del potere, e, nel caso di interessi pretensivi, con l'aspettativa del diritto, rendendosi così in entrambi i casi superflua la figura stessa dell'interesse legittimo. La confusione delle due figure sarebbe infatti esclusa, se si considera invece il riferimento al bene come in ogni caso mediato dalla condotta altrui.

¹⁸ Lo stesso F.G. Scoca, che ne *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, p. 130 ss. aveva dato preminenza al carattere della strumentalità, ha successivamente riconosciuto in ID., *Le situazioni giuridiche nel pensiero di Antonio Romano Tassone*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, III, Napoli, 2017, p. 2464 (anche in *Dir. amm.*, 2014, p. 456), che “in effetti il ricorso all'idea che l'interesse legittimo fosse una situazione strumentale, o avesse ad oggetto un interesse strumentale, era stata affacciata in dottrina [*in nota*: da molti studiosi, me compreso] proprio per superare la difficoltà derivante dalla mancanza di garanzia di soddisfazione dell'interesse finale. Ma si deve riconoscere che essa non era idonea alla bisogna, perché anche l'interesse strumentale (avente ad oggetto, almeno secondo la mia ricostruzione, il provvedimento, o, comunque, l'azione dell'amministrazione, incidente sull'interesse sostanziale del privato) non aveva garanzia di soddisfazione; a meno che non lo si intendesse come semplice interesse all'adozione del provvedimento, e non, in senso pregnante, all'adozione del provvedimento favorevole al privato. Nel primo caso la soddisfazione è garantita, ma si spezza il nesso di strumentalità con l'interesse finale; nel secondo si mantiene tale nesso, ma non v'è garanzia di soddisfazione (nemmeno dell'interesse strumentale)”. In questo quadro, il rilievo della strumentalità non viene abbandonato, ma viene ricondotto alla prospettiva ‘dialogica’ dell'interesse legittimo, e alla sua strumentalità, cioè, quale interesse che vive nel procedimento, e che, in quanto tale, cerca di indirizzare la decisione in modo favorevole al suo titolare: cfr. ID., *op. loc. ult. cit.*; ID., *Contributo sulla figura*, cit., p. 25 ss., p. 32; ID., *L'interesse legittimo*, cit., p. 453 ss.; ID., *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 19 ss. La strumentalità, in questo senso, sarebbe quindi attribuito riferibile al carattere dialogico e procedimentale della situazione considerata. Tuttavia, secondo quanto si spiegherà più approfonditamente nel proseguo, neppure la prospettiva appena rappresentata è idonea a risolvere in maniera differente la problematica concernente la riconducibilità dell'interesse legittimo alla pretesa.

¹⁹ Né potrebbe in proposito obiettarsi che, con riferimento ad una situazione di potere, a differenza di quanto avviene nel credito, una siffatta prospettiva non sarebbe accoglibile, in quanto l'assetto di interessi che consente di accedere (mediatamente) al bene non sarebbe attuale, non essendo il potere ancora stato esercitato (per quest'ordine di obiezione, R. VILLATA,

legittimo, l'interesse materiale oggetto della situazione giuridica non riceve sicura soddisfazione anche nel caso in cui siano rispettati i presupposti per il legittimo esercizio del potere; ciò, almeno, laddove l'interesse legittimo si ponga nei confronti di un potere di carattere discrezionale.

Tale carattere, tuttavia, non appare dirimente, in ragione delle seguenti considerazioni. Ammesso, secondo quanto si andrà meglio a specificare successivamente, che il potere possa avere carattere vincolato, va poi ritenuto che qualora, rispetto ad una norma che il potere disciplina, assuma rilevanza giuridica la posizione di un soggetto il cui interesse è volto a che il potere venga, o non venga, esercitato, la situazione di detto soggetto non potrebbe che rivestire, autonomamente considerata, la consistenza della pretesa, qualora la produzione della situazione effettuale sia configurata come doverosa. Una distinzione dell'interesse legittimo dalla pretesa, che si basi sull'impossibilità di far derivare dalla relativa normativa un carattere relazionale (di considerarla, cioè, come norma di relazione, come fonte di un obbligo e non di un mero dovere) anche laddove questa assicuri un'utilità corrispondente alla soddisfazione dell'interesse materiale del soggetto, non pare infatti discostarsi da una rappresentazione in cui la funzionalizzazione alla tutela dell'interesse pubblico, propria del potere, entri nella struttura della situazione giuridica soggettiva del privato caratterizzando quest'ultima come oggetto di tutela solo indiretta (come, cioè, interesse occasionalmente protetto). Se tale rappresentazione non si condivide, si dovrebbe allora coerentemente ammettere che la normativa concernente la situazione giuridica di potere esprima un carattere relazionale in ordine agli interessi coinvolti, senza che sia possibile distinguere in merito ad una presunta direzione a cui essa è rivolta. Non potrebbe, quindi, trovare giustificazione, in caso di attività vincolata, una distinzione strutturale tra l'interesse legittimo e una situazione giuridica avente i caratteri della pretesa.

Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo, in *Studi in onore di A. Amorth*, I, Milano, 1982, p. 717 ss.). Il rapporto a cui in proposito si deve fare riferimento, non è infatti quello relativo alla situazione effettuale prodotta dall'esercizio del potere, ma quello, già attuale, in cui il potere si inserisce come modalità deontica di un atto precettivo: sul punto cfr. *infra*, par. 7.

Una volta accolti i rilievi descritti, peraltro, il passo sembrerebbe breve per addivenirsi ad una compiuta individuazione della situazione giuridica di cui si sta dando riscontro, cioè quella si pone a fronte di un potere altrui, ricavando il suo oggetto da ciò a cui la pretesa può giuridicamente rivolgersi, senza che venga in conto la discrezionalità o la vincolatezza della relativa attività. In questo senso, se assumiamo che la qualificazione normativa dell'interesse del soggetto faccia corrispondere la protezione giuridica assicurata a detto interesse alla regolamentazione a cui il potere è sottoposto, l'interesse legittimo si verrebbe a configurare effettivamente come pretesa, rivolta nei confronti del soggetto a cui è attribuito il potere, rispetto a quanto giuridicamente garantito; e tale configurazione, si aggiunge, varrebbe a prescindere dal carattere vincolato o meno del potere stesso, solo affermandosi che, nell'ipotesi di potere discrezionale, l'interesse materiale del soggetto non coincida con l'oggetto della protezione giuridica (il *contenuto* della situazione giuridica di carattere strumentale sarebbe cioè un interesse da considerarsi strumentale rispetto all'utilità materiale auspicata dal soggetto).

Rimane, a questo punto, un ultimo elemento di possibile differenziazione da valutare, nell'ambito del filone ricostruttivo a cui si sta facendo riferimento. Si deve, cioè, considerare se una possibile distinzione strutturale possa essere ricercata nella c.d. dimensione dialogica dell'interesse legittimo, come pure è stato affermato²⁰.

Tale tentativo merita, sotto un profilo di ordine generale, particolare attenzione, in quanto rivolto, a ben vedere, a ricercare una particolare configurazione dell'interesse legittimo attraverso la correlazione tra situazione giuridica e funzione amministrativa; correlazione che, tuttavia, non farebbe riferimento, come nelle tesi più risalenti, all'elemento della subordinazione all'interesse pubblico, ma scaturirebbe dal rilievo conferito alla connotazione strutturale della

²⁰ In questo senso, cfr. la declinazione assunta dalla tesi di F.G. Scoca, secondo quanto riportato *supra*, n. 18. Per altre posizioni simili, si rimanda all'analisi effettuata in *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 188 ss.

funzione. Si segue così un percorso che, come si vedrà compiutamente nel proseguo, merita di essere valorizzato, ancorché esso, si ritiene, debba essere svolto in maniera differente rispetto al conferimento di rilievo, a tal proposito, alla dimensione dialogica della funzione.

Non sembra, infatti, che il riferimento a quest'ultima consenta di pervenire al risultato auspicato in ordine alla considerazione dell'interesse legittimo, perlomeno non nel senso che da essa possa in sé ricavarsi un carattere strutturale tale da far discostare la figura in esame dalle logiche sin qui descritte. Invece, detta dimensione dialogica in nient'altro si risolve se non nel considerare che la situazione di pretesa del privato è soggetta ad una decisione di verifica di sussistenza delle relative condizioni da parte dell'Amministrazione, in un procedimento in cui lo stesso privato è legittimato a partecipare.

Lo scenario è simile a quanto avviene nel processo giurisdizionale costitutivo, per i casi in cui l'oggetto del giudizio è l'azione concreta, la pretesa, cioè, rivolta al giudice di produrre un determinato effetto²¹. Rispetto ad una siffatta pretesa è sì prescritta, quale adempimento procedurale per poter porre in essere la situazione effettuale, una previa attività di verifica dell'effettiva sussistenza della situazione giuridica stessa: questa prescrizione, tuttavia, non muta la consistenza della situazione giuridica (perlomeno, non la muta sulla base delle considerazioni a cui si sta facendo riferimento), ma semplicemente attribuisce giuridica rilevanza, nelle forme e nei modi stabiliti, ad un'attività (quella volta a verificare che la situazione fatta valere sia effettivamente esistente) che qualunque operatore può porre in essere prima di adempiere una sua obbligazione, solo non assumendo generalmente essa rilievo giuridico. Il profilo della partecipazione, e della possibile influenza dell'autorità decidente, riguarda l'esercizio di un'altra categoria di situazioni giuridiche, quelle afferenti all'azione in senso astratto, solitamente ascritte, in relazione al procedimento amministrativo, alle

²¹ Sul rilievo dell'azione concreta nell'ambito del processo giurisdizionale, si rimanda interamente a *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 97 ss. e 121 ss.

situazioni di ordine procedimentale, a prescindere che le si consideri o meno autonome²².

In questi termini, può dirsi allora che la caratterizzazione dialogica dell'interesse legittimo non sia rilevante né in ordine all'esclusione della considerazione della situazione giuridica del privato nel senso di una pretesa (in senso tecnico) nei confronti del potere, né in merito al declinarsi del suo oggetto. Sia che il potere sia vincolato, per cui si è al cospetto di un'attività di accertamento, sia che il potere sia discrezionale, per cui si è di fronte ad una scelta che esula (si deve considerare esulare) dall'ambito dell'accertamento, la pretesa deve essere rapportata alla regolamentazione normativa del potere stesso. Ciò che rispetto ad essa rileva è quindi la possibilità, la cui consistenza scaturisce dal tenore di detta regolamentazione, di ottenere il provvedimento favorevole; mentre la facoltà di rappresentazione della propria situazione giuridica, atta ad influire sul merito, non connota in maniera differente la pretesa del privato nei confronti dell'esercizio del potere, ma solo rappresenta l'espressione dei poteri procedurali, intesi in senso astratto, ad essa collegati²³.

²² In tale prospettiva, giustamente si è allora ritenuto in dottrina che, con riferimento alla tesi in esame, si dovrebbe in realtà espungere dall'oggetto della situazione giuridica di interesse legittimo, che solo potrebbe rapportarsi a ciò che risulta garantito, il riferito profilo dinamico, e lo si dovrebbe porre direttamente in relazione con le facoltà procedurali, intese nel loro carattere astratto e neutrale. In questo senso, la facoltà procedimentale (ricompresa nell'interesse legittimo, o considerata come situazione giuridica procedurale autonoma, a seconda dell'impostazione che si predilige) è volta, attraverso il suo esercizio, ad influire con la propria rappresentazione sulla scelta amministrativa, ma la garanzia giuridica propria della situazione soggettiva (o della differenti situazioni soggettive, quella sostanziale e quelle procedurali) ha(nno) ad oggetto, da un lato, il rispetto della regolamentazione sostanziale del potere, e, dall'altro, l'esercizio, in sé considerato, delle facoltà stesse. In questo senso la critica di L. FERRARA, *Statica e dinamica dell'interesse legittimo: appunti*, in *Colloquio sull'interesse legittimo, Atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig*, Napoli, 2014, p. 108 ss.

²³ In tal modo, la tesi di Scoca finisce per porsi, nella sostanza, in una prospettiva analoga a quella della Scuola fiorentina, e in particolare di L. Ferrara, che rappresenta l'interesse legittimo come pretesa alla possibilità normativa (la *chance* legale) del risultato favorevole, su cui ci si soffermerà subito *infra*, al par. successivo. Le ulteriori argomentazioni (non riconducibilità del dovere all'obbligo; mancanza di attualità dell'assetto di interessi) che impediscono, secondo F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura*, cit., pp. 29-30; *L'interesse legittimo*, cit., p. 413, n. 20, la riconducibilità dell'interesse legittimo ad una pretesa, infatti, non possono trovare condivisione (cfr., rispettivamente, *supra*, nel testo e n. 19); mentre la formula dialogica della strumentalità si risolve nei termini visti nel testo.

Sotto tale profilo, risulta allora emblematico che lo stesso F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., p. 266 ss., facendo riferimento alla tesi di L. Ferrara sull'interesse legittimo quale diritto

3. La mancanza di autonomia concettuale di quella che si è definita strumentalità indiretta e la crisi della concezione dell'interesse legittimo. La pretesa all'utilità strumentale. L'impostazione della Scuola fiorentina.

La configurazione dell'interesse legittimo come situazione giuridica di carattere strumentale, avente ad oggetto l'interesse materiale del suo titolare a che la situazione effettuale, al potere corrispondente, sia posta o non sia posta in essere, mostra dunque la sua ambiguità in ragione della mancanza di un necessario collegamento diretto tra detto interesse materiale e la regolamentazione normativa relativa alla corrispondente situazione giuridica. Mancando la garanzia giuridica della soddisfazione dell'interesse materiale, la logica che sembrerebbe doversi seguire parrebbe allora, come detto, più semplicemente un'altra: non ricercare una struttura riferibile alla situazione soggettiva di interesse legittimo che non coincida con quella propria della pretesa, ma, piuttosto, individuare un oggetto differente, in ordine ad una situazione giuridica che si ponga appunto nei termini di una pretesa. In questo senso, si deve, cioè, riconoscere che una situazione giuridica di carattere soltanto *indirettamente* strumentale rispetto al proprio oggetto (nel senso, appunto, di un interesse ad una prestazione rispetto alla quale non vi è garanzia giuridica del suo conseguimento) si risolva in una situazione di carattere propriamente strumentale (una pretesa in senso tecnico) rispetto ad un oggetto differente: la rappresentazione dell'interesse legittimo descritta al paragrafo precedente *non avrebbe quindi, nella sostanza, una propria autonomia concettuale* rispetto ad una situazione giuridica configurabile nei termini di una pretesa in senso proprio a ciò che è normativamente previsto, alla quale sarebbero ascritte (o connesse, se considerate come situazioni au-

di credito avente ad oggetto la possibilità normativa del risultato favorevole, la ritenga condivisibile in ragione delle precisazioni effettuate in L. FERRARA, *Statica e dinamica*, loc. ult. cit., nel momento in cui questo A. recupera la fase dinamica, centrale come visto nella ricostruzione di Scoca, nell'ambito delle facoltà procedimentali (cfr. la nota precedente). In questo modo, l'illustre A. sembra infatti implicitamente riconoscere che la Sua tesi non sarebbe differente da quella dell'interesse legittimo come diritto di credito, nel senso fatto proprio da L. Ferrara, e in generale dalla Scuola fiorentina: parrebbe dunque esservi una sintesi con la posizione ora riferita, sintesi che però dovrebbe ragionevolmente portare al risultato da noi esposto nel testo (e, quindi, sostanzialmente, alla negazione dell'autonomia concettuale dell'interesse legittimo come inteso da Scoca).

tonome) le pretese di carattere procedimentale. Non vi può essere, in altri termini, contrapposizione tra una situazione giuridica che si confronta con il potere, avente ad oggetto il provvedimento favorevole in relazione di strumentalità (definibile) meramente indiretta, e una situazione di carattere propriamente strumentale (pretesa), avente ad oggetto un bene strumentale rispetto a detto provvedimento: l'interesse legittimo si risolve comunque in una pretesa, ma il suo oggetto non sarebbe il bene della vita/provvedimento favorevole.

Si viene per tale via a configurare un modello di rapporto che presenta alternative variamente strutturate nella descrizione della relazione tra l'Amministrazione titolare del potere e i soggetti nella cui sfera il potere stesso può incidere, le quali possono riassumersi in questi termini: vi sono obblighi di prestazione a cui sono riconducibili le pretese procedimentali, rispetto ai quali la relazione di carattere sostanziale è estranea e può essere descritta in vario modo (solitamente, da parte della dottrina amministrativistica, nei termini tradizionali dell'interesse legittimo)²⁴; vi è un obbligo di prestazione a cui è riconducibile la pretesa che attiene al rapporto di carattere sostanziale, in ordine al quale il rispetto delle garanzie formali e procedurali attiene agli obblighi secondari di comportamento che caratterizzano il rapporto stesso²⁵; vi è un obbligo di prestazione a cui sono riconducibili tutte le garanzie concernenti l'esercizio del potere²⁶; non vi sono obblighi di prestazione, e tutte le garanzie attengono ad una c.d. obbligazione senza prestazione²⁷.

²⁴In questo senso in particolare M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 557 ss.; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, p. 133 ss.; M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, p. 27 ss. (in relazione all'interesse al rispetto del termine di conclusione del procedimento a fronte di una posizione del privato di carattere pretensivo); F. GAFFURI, *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013, p. 75 ss.

²⁵Questa ricostruzione si ritrova in L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, su cui subito *infra*.

²⁶Come ad es. nell'impostazione A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, p. 153 ss., su cui subito *infra*, in nota.

²⁷Cfr. in particolare l'impostazione di C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, p. 647 ss.; ID., *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 1264 ss.; ID., *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 219 ss., spec. p.

In particolare, il filone dottrinale che, nell'ambito del diritto amministrativo, si è specificamente speso nella ricostruzione della posizione del privato che fronteggia un potere nei termini di un diritto di credito al rispetto della regolamentazione concernente l'esercizio del potere stesso, raffigurando quest'ultima, appunto, nei termini della prestazione a cui la pretesa fa riferimento, si è caratterizzato nel senso di riscontrare, nelle norme che disciplinano l'esercizio del potere, dei vincoli in capo alla P.A., rispetto ai quali si viene a configurare un rapporto, giuridicamente rilevante, tra la stessa Amministrazione e chi ha un interesse al loro rispetto²⁸. Vi è, in questo senso, la considerazione delle regole sull'esercizio del potere non quali attinenti alla disciplina meramente interna dell'azione amministrativa, e come tali inidonee a fondare una relazione di diritto-obbligo, ma come norme di relazione. Al soggetto, portatore di detto interesse, si riconosce dunque una pretesa giuridicamente rilevante (un diritto a struttura creditizia) al rispetto di tali vincoli²⁹. In questa prospetti-

237 ss.; ID., *La "civiltà" della pubblica amministrazione*, in *Eur. dir. civ.*, 2013, p. 637 ss.

²⁸La posizione da cui tradizionalmente si prendono le mosse è quella di E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1980, p. 257 ss.; ID., *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, 1963, ora in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, pp. 111 ss., 125 ss., il quale ha affermato che interesse legittimo e diritto soggettivo non si caratterizzerebbero per l'identità dell'oggetto tutelato a fronte di una diversa intensità della tutela, ma, al contrario, sarebbero entrambe situazioni tutelate direttamente e pienamente, ma volte a garantire un bene diverso. Detto bene, nel caso dell'interesse legittimo, è quello garantito dalle norme di azione, che disciplinano l'esercizio del potere (le quali, nella concezione dell'A., tutelano direttamente, e non solo occasionalmente e di riflesso, l'interesse del privato); e corrisponde, pertanto, ai vantaggi sostanziali assicurati da queste stesse norme (le modalità sostanziali prescritte in relazione all'espletamento di una gara, ecc.). Secondo tale impostazione, quindi, la protezione giuridica dell'interesse legittimo è assicurata dalla condotta legittima dell'autorità amministrativa (come tale, rispettosa delle norme di azione); l'interesse legittimo (p. 133, n. 4) non coincide, però, con l'interesse alla mera legalità degli atti, perché esso si configura solo in ragione della relazione tra un interesse personale del privato e una norma di azione.

²⁹È questa la generale impostazione fatta propria dalla Scuola fiorentina, nelle sue differenti declinazioni.

In particolare, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto*, cit., p. 153 ss., nel rappresentare l'esigenza di ristabilire una netta distinzione tra l'area regolata dalle legge (legittimità) e area riservata all'autonomia dell'Amministrazione (merito, che non discenderebbe tanto dall'assenza della legge, quanto da un'ineliminabile riserva di amministrazione, intesa come area entro la quale si svolge l'autonomia e la responsabilità politica della P.A. in quanto democraticamente legittimata), ha ritenuto che le norme che regolano il potere discrezionale, se da un lato non garantiscono l'utilità finale del soggetto privato, dall'altro neppure riguardano il merito in quanto tale. Se all'area non regolata corrisponde un potere dispositivo libero del soggetto, ri-

va, le regole, a cui l'Amministrazione deve rapportarsi, e rispetto alle quali il privato vanta, nei confronti di essa, una pretesa in senso proprio, sono state peraltro oggetto di una specifica individuazione, volta a depurarle da ogni substrato proprio della struttura pubblicistica: esse consisterebbero nelle prescrizioni normative determinate che disciplinano l'azione amministrativa; nelle clausole generali a questa applicabili, essenzialmente risolte nella buona fede e correttezza, e nei principi speciali dell'attività amministrativa di imparzialità e buon andamento; nella norma di fine, laddove, come nel caso del potere amministrativo, è prescritto che l'atto di esercizio del potere sia volto al perseguimento di una particolare finalità³⁰. All'esterno delle regole, e quindi del rapporto, si situa invece ciò che attiene alla scelta discrezionale in senso proprio, rispetto alla quale non si configura alcun vincolo, essendo stati ascritti, quelli relativi alla funzione, all'ambito delle regole³¹. In questi termini, l'area esterna rispetto alle regole è l'area di libera scelta riservata all'Amministrazione (il merito, insindacabile in sede giudiziaria), che le deriva dalla sua posizione istituzionale: vi è dunque una totale risoluzione della discrezionalità nel merito³². Tale area,

spetto all'ambito del rapporto regolato dalla legge – ricomprensivo dell'area delimitata dal vincolo di scopo, che riguarda i limiti esterni del potere discrezionale, e che non sarebbe fondamentalmente diversa da quella relativa alla causa del negozio giuridico – è configurabile una situazione giuridica volta ad ottenere tutela diretta rispetto a quello che è il suo oggetto: un diritto soggettivo, cioè, *alla legittimità dell'atto*; il quale deve essere inteso, viene aggiunto, non quale interesse indifferenziato alla obiettiva legalità, ma come interesse di uno specifico soggetto, relativamente ad un bene determinato, a che la particolare regola del rapporto venga osservata. In questo modo, il potere si colloca nell'area del merito, mentre vi è sempre un diritto a fronte di ciò che è garantito dalla legge.

³⁰ È la prospettazione di C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, spec. p. 176 ss.

³¹ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca*, cit., p. 153 ss.; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., p. 168 ss.; ID., *Individuo e potere. In un gioco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 73 ss.; C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., *passim*, spec. p. 352 ss. Si veda anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 762 ss., di cui cfr. anche ID., *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006, p. 203, n. 183. Aderisce a questa impostazione, da ultimo, G. POLI, *Autonomia privata e discrezionalità amministrativa a confronto. La prospettiva della ragionevolezza*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 863 ss.

³² Rileva S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo*, cit., p. 767, che nell'impostazione di A. Orsi Battaglini si viene a togliere qualsiasi valenza euristica alla nozione di discrezionalità, corrispondendo, questa, soltanto ad un altro nome che si dà al merito. In altri termini, seguendo l'insegnamento di A. Orsi Battaglini, si ha quindi una *mutua esclusione tra regole e potere*.

corrispondendo, infatti, all'assenza di regole, è estranea a qualsiasi funzionalizzazione degli interessi coinvolti: per tale via, si è allora ulteriormente pervenuti alla completa estromissione delle categorie di validità proprie del diritto amministrativo (l'eccesso di potere), in favore di un modello di sindacato basato invece sulle regole del rapporto, sul presupposto che soltanto il secondo sia idoneo a costituire un canone di valutazione della validità dell'atto amministrativo (e in generale della correttezza dell'azione della P.A.) che non passi attraverso la funzionalizzazione all'interesse pubblico³³.

Il potere, nella prospettiva in esame, viene fatto corrispondere allo spazio di libertà riservato all'Amministrazione, rispetto al quale il privato non può vantare nessuna pretesa giuridicamente rilevante: si riscontra, in questo senso, una mutua esclusione tra regole e potere³⁴. La situazione giuridica, che il privato vanta all'interno del rapporto, a cui il potere è dunque estraneo, è un diritto al rispetto dei vincoli a cui l'azione amministrativa è assoggettata: un diritto, quindi, alla legittimità dell'atto, da intendersi come situazione opportunamente individualizzata in capo ad un soggetto determinato³⁵.

All'interno del filone dottrinale che si sta analizzando, la più compiuta declinazione della situazione giuridica soggettiva che si pone nei confronti del(le regole che circondano il) potere, si è avuta, in particolare, da parte di chi ha considerato l'interesse legittimo quale diritto all'attuazione della possibilità

³³ Si veda C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., spec. pp. XI ss., 3 ss., 161 ss. e 223 ss. Cfr. anche ID., *Appunti sulla discrezionalità amministrativa (nello Stato di diritto)*, in *Colloquio sull'interesse legittimo*, cit., p. 131 ss.; ID., *Eccesso di potere e clausole generali*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2018, p. 63 ss. Una prospettiva simile, pur con riferimento al regime del potere privato (pubblico privatizzato) in rapporto con quello del potere pubblico, si ritrova in A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004, p. 5 ss., spec. pp. 125 ss., 196 ss., 217 ss. e 243 ss.

³⁴ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo*, cit., p. 765, sempre sull'impostazione di A. Orsi Battaglini.

³⁵ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto*, cit., p. 165 ss.; C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 34 ss., p. 44; ID., *Un diritto "non amministrativo"*, in *Dir. pubbl.*, 2006, p. 136 ss.; C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., p. 341 ss.; nonché, ovviamente, L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., p. 139 ss., sul quale subito di seguito, nel testo e in nota.

normativa del risultato favorevole³⁶. L'interesse legittimo, in tale ricostruzione, assume una particolare consistenza rispetto al generico riferimento alla legittimità dell'atto. In questo senso, infatti, le regole sostanziali che vincolano l'azione amministrativa (che disciplinano, cioè, la componente doverosa del potere) vengono considerate come presupposti da cui si ricavano gli elementi del fatto costitutivo della situazione giuridica; l'interesse legittimo, quindi, in tanto sussiste in quanto sia integrato il suo fatto costitutivo corrispondente agli elementi vincolati, di natura sostanziale, che disciplinano l'azione amministrativa³⁷. L'oggetto della situazione giuridica dipende poi dalla struttura normativa della fattispecie concernente il singolo potere. Il contenuto della prestazione muta, infatti, a seconda della natura del provvedimento previsto dalla norma, se vincolato o discrezionale³⁸. La prestazione è rappresentata dall'attribuzione del bene materiale, nel primo caso. Mentre, in caso di attività discrezionale, si fa riferimento all'attuazione della *chance* risultante dalla legge, intesa come possibilità normativa di un risultato favorevole: tale attuazione avviene attraverso la corretta applicazione delle norme sostanziali, elastiche ed essenzialmente di

³⁶ Il riferimento è a L. FERRARA, *Dal giudizio*, cit., spec. p. 105 ss.; ID., *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. pubbl.*, 2010, p. 643 ss.; ID., *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., p. 636 ss.; ID., *Individuo e potere*, cit., p. 53 ss.; ID., *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 723 ss.

In particolare, l'A. è partito dalla negazione del dovere quale situazione giuridica irrelata contrapposta all'obbligo, giacché, si dice, essendo sempre configurabile un destinatario della condotta, quando non determinato, quantomeno determinabile, detta situazione, se sussistente come tale, si risolverebbe sempre nell'ambito di un rapporto: ID., *Dal giudizio*, cit., pp. 107 ss. e 117 ss. Negata la categoria del dovere, l'inconsistenza di quella delle norme d'azione è infatti conseguente (p. 134 ss.): non può configurarsi una norma che, nel regolare l'esercizio del potere, si rivolga soltanto a colui al quale il potere stesso è attribuito, "la norma d'azione ha similmente da essere norma di relazione" (p. 135). L'interesse legittimo, in questa prospettiva, si inserisce all'interno del rapporto che dalla normativa scaturisce, e si declina come diritto ad una prestazione a carico dell'autorità procedente.

³⁷ L. FERRARA, *Domanda giudiziale*, cit., p. 645; ID., *Individuo e potere*, cit., p. 60; ID., *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione*, cit., p. 734 ss. Si badi che l'A. fa riferimento, nella sua ricostruzione, agli interessi legittimi di tipo pretensivo. Per quelli oppositivi, si afferma (L. FERRARA, *Individuo e potere*, cit., p. 56 ss.) che il loro oggetto può farsi corrispondere al bene materiale o finale, così da non rendere distinguibile la situazione giuridica da quella dei più tradizionali diritti soggettivi; in ordine ad essa dovrebbe costruirsi l'oggetto del processo amministrativo, come giudizio sul rapporto.

³⁸ L. FERRARA, *Dal giudizio*, cit., pp. 139 ss. e 150 ss.; ID., *Domanda giudiziale*, cit., pp. 645-646.

principio, che disciplinano il potere discrezionale³⁹. Il diritto all'attuazione della possibilità normativa del risultato favorevole (sussiste, cioè, un interesse legittimo) laddove si ravvisino in concreto i presupposti sostanziali, di natura vincolata, dell'esercizio del potere (il fatto costitutivo dell'interesse legittimo); in mancanza, non vi è un diritto a tale possibilità (non vi è un interesse legittimo). L'attuazione della possibilità normativa, a sua volta, corrisponde all'attribuzione dell'utilità finale, ovvero al corretto esercizio della discrezionalità, a seconda dell'attività che viene in questione. In rapporto all'interesse legittimo, l'Ammi-

³⁹ Cfr. in particolare quanto affermato da L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, cit., p. 643 ss., ove si specifica che la *chance* non deve essere collegata al bene della vita, perché in tal modo dipenderebbe dall'esercizio del potere, riflettendosi sul merito amministrativo (cosicché non potrebbe essere l'oggetto dell'interesse legittimo). Più in generale, la *chance* deve essere collegata non ad elementi di fatto (numero di concorrenti alla gara, ecc.), ma alla disciplina legale a cui si fa riferimento: la *chance* è quindi la (più o meno ampia) possibilità normativa di un risultato favorevole. Gli elementi di fatto rilevanti sono soltanto quelli sussumibili nella disciplina legale della fattispecie, attraverso la quale si determina l'*esistenza* della possibilità di conseguire il risultato, che deve essere certa; mentre l'incertezza riguarda la *consistenza* di tale possibilità, cioè il livello di probabilità di conseguire l'utilità, che dipende dalla completezza della disciplina legale (e quindi, conseguentemente, dall'ampiezza del tasso di discrezionalità). In questo senso, (ID., *Domanda giudiziale*, cit., p. 645-646; ID., *Individuo e potere*, cit., p. 60) la sussistenza della situazione giuridica è data, come detto, dalla presenza degli elementi vincolati della fattispecie, e l'esercizio del potere discrezionale rileva in quanto attraverso di esso avviene l'attuazione della *chance*, in merito alla quale deve farsi corretta applicazione delle norme sostanziali, elastiche e sostanzialmente di principio, che disciplinano l'esercizio del potere discrezionale stesso.

Si superano, in questo modo, i rilievi di F. TRIMARCHI BANFI, *La chance nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 873 ss., spec. p. 880 ss., secondo la quale l'interesse legittimo come *chance*, ancorché sia un'immagine suggestiva, non sarebbe tecnicamente valida: rileva infatti quest'ultima A., da un lato, che alla *chance* è attribuita rilevanza giuridica, quale bene risarcibile, soltanto quando irrimediabilmente perduta, e non anche quando è ancora possibile conseguire l'utilità; dall'altro, che, ancorché in caso di *chance* non vi sia certezza del risultato positivo, vi dovrebbe essere certezza della possibilità del risultato positivo, cosicché, a prescindere dalla consistenza di detta possibilità, vi deve essere sempre la sua esistenza, e non in tutti i casi di violazione di un interesse legittimo ciò sarebbe ravvisabile. Si replica da parte di L. FERRARA, *Individuo e potere*, cit., p. 61 ss., da un lato, che la concezione della *chance* che prende consistenza al momento della lesione si lega ad un contesto di responsabilità extracontrattuale, e non sarebbe dunque quella propria dell'interesse legittimo, il quale si inserisce invece, come visto, all'interno di un rapporto (cfr. anche, in proposito, per la distinzione tra *chance* c.d. interna, propria delle situazioni giuridiche a soddisfazione non garantita e del rapporto in cui si inseriscono, e *chance* c.d. esterna, che va oltre il rapporto, G. VERCILLO, *La tutela della "chance". Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2012, pp. 42 ss. e 70 ss.); dall'altro, che i casi in cui non sussiste la possibilità di un risultato positivo sarebbero quelli, appunto, in cui mancherebbero, in concreto, gli elementi del fatto costitutivo dell'interesse legittimo (i presupposti sostanziali, di natura vincolata, dell'esercizio del potere), cosicché all'inesistenza della possibilità normativa del risultato favorevole conseguirebbe l'inesistenza dell'interesse legittimo; mentre, laddove l'interesse legittimo sussista, e la discrezionalità sia stata male esercitata, allora esisterebbe anche la *chance* legale, di cui, tuttavia, si verrebbe appunto privati in ragione della sua incorretta attuazione.

nistrazione versa in una situazione di obbligo in senso stretto, rispetto al quale rimarrebbe estraneo l'esercizio del potere discrezionale nella sua componente non riferita alle regole sostanziali (la componente non vincolata: il merito)⁴⁰.

Nello scenario complessivamente prospettato dal filone dottrinale in esame, l'oggetto del giudizio risulta idoneo ad essere rappresentato nei termini della situazione giuridica di interesse legittimo del privato, configurata, appunto, come diritto a struttura creditizia⁴¹. L'interesse legittimo, consistendo, quindi, in una pretesa, verrebbe posto ad oggetto dell'accertamento attraverso l'azione di condanna ad un *facere*: più in particolare, detta azione sarebbe il rimedio esperibile nei casi di attività discrezionale⁴²; nell'ipotesi in cui l'attività sia invece vincolata, la tutela dovrebbe essere di ordine costitutivo⁴³, attenendo l'elemento della costitutività degli effetti all'esecuzione di un'attività giuridica prescritta dalla sentenza⁴⁴. La cosa giudicata, in tale rappresentazione, avrebbe così

⁴⁰ Nel binomio diritto di credito-obbligo, infatti, secondo l'impostazione già descritta, non vi è posto per questa relazione, che viene invece a configurare un diverso rapporto tra situazioni giuridiche, consistenti nel potere dell'Amministrazione a fronte del quale si configura la soggezione del privato: il rapporto, in questo senso, concerne sempre una situazione attiva (interesse legittimo, potere) a fronte di una situazione passiva (rispettivamente: obbligo, soggezione), non due situazioni attive in correlazione tra loro (interesse legittimo e potere): L. FERRARA, *Dal giudizio*, cit., p. 168 ss.; ID., *Statica e dinamica*, cit., p. 109 ss.; ID., *Situazioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, pp. 5582-5583.

⁴¹ L. FERRARA, *Dal giudizio*, cit., p. 208 ss.; ID., *Domanda giudiziale*, cit., p. 641 ss. Cfr. anche C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., pp. 341 ss. e 369 ss.; nonché A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto*, cit., pp. 51 ss. e 165 ss., che ha proposto peraltro (p. 175 ss.), quale soluzione costituzionalmente necessitata in relazione al carattere individualistico e all'effettività della tutela nel senso declinato dallo stesso A., un criterio di riparto di giurisdizione che si basi sul *petitum*.

⁴² L. FERRARA, *Dal giudizio*, cit., p. 208 ss.; ID., *Domanda giudiziale*, cit., pp. 652 ss., 659-660: in questo senso, la condanna ha appunto ad oggetto l'attuazione della *chance* legale, rimasta inadempita.

⁴³ L. FERRARA, *Dal giudizio*, cit., pp. 216-217; ID., *Domanda giudiziale*, cit., p. 647 ss.

⁴⁴ Sul punto va peraltro evidenziato che, ancorché la considerazione della forma di tutela costitutiva in tali ipotesi ci trova del tutto d'accordo sotto il profilo teorico (cfr. *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 121 ss.), sussistono al suo riconoscimento nel processo amministrativo (come già avevamo rilevato ne *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, p. 218 ss.; *L'azione di condanna ad un facere Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, Napoli, 2018, p. 129, n. 158) ostacoli di diritto positivo, riscontrabili all'art. 34, lett. d), c.p.a., che limita le decisioni costitutive diverse dall'annullamento alle ipotesi di giurisdizione di merito, cosicché la tutela dovrebbe comunque avere natura di condanna.

ad oggetto la situazione giuridica, individuata nei termini di cui si è dato riscontro. In particolare, il diritto all'attuazione della possibilità normativa, inteso nel senso descritto, coprirebbe tutti gli elementi rigidi del rapporto (più correttamente, i soli elementi che costituiscono il rapporto interesse legittimo-obbligo): si prescinde, dunque, dal vizio dedotto, che, secondo la comune impostazione processualistica, non è parte dell'oggetto del giudizio (e, corrispondentemente, del giudicato), ma soltanto individua il fatto lesivo del diritto di credito.

Tale considerazione della situazione giuridica significa anche che – si badi bene – con riferimento all'attuazione della *chance* legale per le ipotesi di potere discrezionale, le valutazioni discrezionali effettuate non sono coperte dal giudicato, giacché esse non attengono alla situazione giuridica, ma rappresentano le modalità con cui l'adempimento è compiuto⁴⁵ (e quindi integrano l'inadempimento, se attinenti ai vizi di illegittimità riscontrati⁴⁶). Il giudicato, in altri termini, concerne la situazione giuridica oggetto del giudizio (e, corrispondentemente, il relativo rapporto diritto-obbligo), rispetto alla quale la scelta discrezionale risulta estranea. La condanna che deriva dall'accertamento del diritto all'attuazione della possibilità normativa, e della sua lesione, avrà così sempre come oggetto, nelle ipotesi ora in considerazione, il corretto esercizio della discrezionalità⁴⁷: ne consegue che una scelta già effettuata non potrà comunque risultare coperta dal giudicato, e quindi preclusa ad una successiva nuova valutazione

⁴⁵ L. FERRARA, *Domanda giudiziale*, cit., pp. 658-659.

⁴⁶ L. FERRARA, *Domanda giudiziale*, cit., pp. 646-647 e 659.

⁴⁷ La circostanza che le valutazioni discrezionali rappresentino le modalità dell'adempimento rispetto ad un diritto all'attuazione della possibilità normativa (sussistente, si ripete, se sussiste il suo fatto costitutivo, rappresentato dagli elementi rigidi, di natura sostanziale, della fattispecie) significa anche che esse attengono, come tali, ai modi di esecuzione dell'obbligazione. Conseguentemente, dette valutazioni devono essere oggetto di esame del giudice dell'esecuzione (rappresentata, nel giudizio amministrativo, dall'ottemperanza), laddove vengano in questione successivamente all'adozione della sentenza di condanna. In altri termini, qualora si contesti, dopo la condanna, che l'Amministrazione abbia effettivamente adempiuto attraverso la corretta attuazione della *chance* (quindi, qualora si contesti la legittimità del provvedimento adottato dopo la pronuncia del giudice), la relativa questione dovrà essere conosciuta dal giudice dell'esecuzione, attenendo, appunto, alle modalità di esecuzione di un credito già compiutamente individuato nel suo oggetto in sede di cognizione: L. FERRARA, *Domanda giudiziale*, cit., p. 659 ss.

(l'Amministrazione potrà sostituire ad una scelta discrezionale legittima un'altra scelta parimenti legittima)⁴⁸.

4. Inaccogliabilità della tesi dell'interesse legittimo come pretesa all'utilità strumentale in ragione del rilievo che deve essere riconosciuto, in ordine al potere amministrativo, alla struttura normativa della funzione

Ora, alla ricostruzione appena riportata del potere e della situazione che con essa si rapporta potrebbero muoversi dei rilievi di ordine strutturale, laddove non si condivida, come da parte di chi scrive non si ritiene di dover condividere, la configurazione delle situazioni giuridiche sulla base di una distinzione tra potere-soggezione, da un lato, e diritto-obbligo, dall'altro (relazioni che, come si avrà modo di spiegare, non sono distinte tra loro, ma attengono, rispettivamente, al profilo strutturale e a quello deontico di situazioni da considerarsi, sotto il profilo di teoria generale, in senso atomistico⁴⁹); ovvero della negazione, a tale configurazione direttamente correlata, della presenza del potere a fronte di un'attività vincolata.

Poste in queste termini, tuttavia, le obiezioni ad una siffatta teoria non sarebbero dirimenti. Sarebbe infatti comunque possibile recuperare la relativa impostazione, ponendola in maniera compatibile con la differente ricostruzione del potere alla quale si ritiene di dover aderire. In particolare, seguendo la dottrina in esame, sarebbe ravvisabile, ponendoci in un'ottica che si andrà meglio a specificare nel proseguo della trattazione, una situazione giuridica di po-

⁴⁸ Si vuole dire, cioè, che la condanna risulta sempre uguale a se stessa, e ha ad oggetto, a seconda del contenuto della situazione giuridica nelle singole ipotesi, l'attribuzione dell'utilità finale, in caso di attività normativamente vincolata, o il corretto esercizio della discrezionalità, in caso di attività normativamente discrezionale. L'esaurimento della discrezionalità in ragione di una scelta già effettuata (esaurimento della discrezionalità in senso proprio) non potrebbe quindi essere coperta dal giudicato. A ben vedere, poi, anche nel caso ulteriore, in cui vi sia discrezionalità in astratto ma sia possibile nel caso concreto una sola scelta legittima (assenza della discrezionalità in concreto in senso proprio), l'attribuzione dell'utilità finale costituirebbe soltanto una conseguenza pratica della condanna al corretto esercizio della discrezionalità, non risultando, in sé, coperta dal giudicato: potrebbe, quindi, successivamente mettersi in discussione l'effettiva insussistenza di ulteriori alternative legittime, non coprendo, l'accertamento del giudice, tale circostanza.

⁴⁹ Sul punto, cfr. *infra*, par. 7.

tere, che, nell'ipotesi di attività vincolata, corrisponderebbe ad un obbligo a porre in essere un effetto precettivo (sussistente se sussiste il relativo fatto costitutivo), rispetto al quale si pone la relativa pretesa del privato; in caso di attività discrezionale, invece, detta situazione consisterebbe in una facoltà di porre in essere un effetto precettivo (anche in tal caso sussistente se sussiste il relativo fatto costitutivo), in relazione all'esercizio della quale, nella complessità del rapporto, sono presenti determinati vincoli, a cui si viene a rapportare la pretesa del privato⁵⁰. Tuttavia, è sotto un profilo di ordine più generale, riconducibile alla struttura del modello di produzione giuridica a cui è riferibile il potere amministrativo, che l'impostazione considerata non ci pare condivisibile.

La problematica deve prendere le mosse dai presupposti teorici concernenti la concezione del potere, e la posizione del soggetto rispetto all'ordinamento, da cui muove in generale il complessivo indirizzo ricostruttivo appena esaminato. L'impostazione che si è avuto modo di rappresentare è stata infatti sostenuta da chi ha ravvisato la necessità di recuperare la centralità della sfera individuale nel suo rapporto con il potere, nel momento in cui invece il generale processo di funzionalizzazione dell'attività amministrativa ha portato, al contrario, a risolvere i differenti profili soggettivi all'interno di una tendenziale oggettivizzazione della funzione⁵¹. Quest'ultima prospettiva si è inserita nel qua-

⁵⁰ Si rimanda ancora a quanto si dirà *infra*, par. 7.

⁵¹ L'impostazione volta alla tendenziale oggettivizzazione dell'Amministrazione è quella che fa riferimento, nelle differenti declinazioni dei vari autori, in particolare a F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, p. 1117 ss.; ID., *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, ora in *Scritti giuridici*, IV, cit., p. 3467 ss.; ID., *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico*, in *Jus*, 1987, ora in *Scritti giuridici*, V, cit., p. 3927 ss.; ID., *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994, ora in *Scritti giuridici*, I, cit., p. 873 ss., spec. p. 909 ss.; ID., *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, p. 237 ss.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, *passim*; ID., *Il "rapporto amministrativo" nella costruzione giuridica dello Stato*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, II, Milano, 1977, p. 41 ss.; ID., *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Scritti in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975., p. 779 ss.; ID., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. e soc.*, 1980, p. 437 ss.; ID., *Amministrazione e costituzione*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 455 ss.; G. PASTORI, *Introduzione generale*, in ID. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Milano, 1964, p. 7 ss.; ID., *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1996, p. 483 ss.; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, spec. pp. 108 ss. e 224 ss.; ID., *Amministrazione pubblica e costituzione*, Padova, 1996, spec. pp. 1 ss., 100 ss. e 213 ss. (capitoli corrispondenti rispettivamente ai saggi *Amministrazione*

dro della crisi della personalità giuridica dello Stato, nei suoi strascichi novecenteschi dovuti al superamento della forma di Stato monoclasse, rispetto alla quale il tentativo di risposta è stato ricercato attraverso il pieno assorbimento dello Stato persona nello Stato ordinamento. Nel paradigma oggettivistico, la giuridificazione del potere avviene attraverso la procedimentalizzazione dell'attività che esprime la funzione, all'interno della quale si integrano, fino a risolversi, i differenti profili soggettivi e i differenti interessi, nella cui sintesi troverebbe espressione l'interesse pubblico nella sua concreta declinazione: per questa via, il potere pubblico riceverebbe la propria legittimazione⁵².

A tale prospettiva, si oppone, tuttavia, l'irriducibilità dell'intero fenomeno dell'esplicarsi del potere ad un piano prettamente oggettivo, con il necessario permanere di momenti di autoritatività nella scelta (che, di fatto, solo potrebbero essere risolti per la via di una completa co-decisione). Se allora, si dice, l'oggettivizzazione che si esprime nella funzionalizzazione è solo tendenziale, l'autoritatività sarebbe soltanto nascosta, e l'interesse pubblico rimarrebbe l'interesse di una delle parti, mentre la stessa funzionalizzazione non farebbe altro che tradire l'estromissione del soggetto privato, e degli interessi di cui è portatore, facendoli afferire all'interno dello svolgimento della funzione⁵³.

e costituzione, inedito; *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, tratto da *Foro it.*, 1984; *Valori costituzionali e pubblica amministrazione: un nuovo inizio*, da *Valori costituzionali e Pubblica amministrazione*, Firenze, 1994); ID., *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, 2009, pp. 191 ss. (capitolo corrispondente al saggio *La verità e l'assunto. Stato e istituzioni nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Jus*, 2000).

⁵² Sul punto, sia consentito rimandare a *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 48 ss.; nonché ad A. CARBONE, *Prime considerazioni su situazioni giuridiche procedimentali, organizzazione, funzione. A margine della rilevanza dell'art. 6 CEDU*, in *Pers. amm.*, 2019, ora modificato e con il titolo *Considerazioni su situazioni giuridiche procedimentali, organizzazione, funzione. A margine della rilevanza dell'art. 6 CEDU*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, I, Torino, 2021, p. 335 ss.

⁵³ Si veda A. ORSI BATTAGLINI, *L'"astratta e infeconda idea" Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Quad. fior.*, 1989, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2007, p. 1344, secondo cui "prospettare rigenerazioni "sociali" della [legittimità e autorità dello Stato], fino al suo diffuso assorbimento nella istituzionalità dei gruppi ci riconduce, estremizzando, ad un organicismo pre-moderno: contraddice, è vero, la cultura tardo-ottocentesca, ma ci priva di un contributo fondamentale che questa ci ha dato costruendo scientificamente un soggetto determinato titolare dell'autorità, una struttura in cui questa visibilmente si espone, diventa apprezzabile, discutibile, aggredibile nella logica e con gli strumenti del diritto; un contributo irreversibile, perché in definitiva complementare all'unificazione formale del concetto di individuo

Il soggetto privato, in questo modo, sarebbe assorbito dalla funzione, e parcellizzato rispetto alla propria sfera giuridica: non rilevarebbe, cioè, nella sua individualità, come individuo, ma solo in quanto il suo interesse risulta inglobato nel processo di esercizio del potere. La legittimazione del potere attraverso la sovrapposizione tra strutture pubbliche ed espressioni dell'organizzazione sociale tradirebbe, così, un'inclusione dell'individuo stesso nella pubblica Amministrazione che resta sempre, e necessariamente, parziale, e peraltro soltanto eventuale⁵⁴. Il potere pubblico dovrebbe invece trovare legittimazione in quanto conferito ad un soggetto, del cui esercizio è responsabile, che risulta iscritto nel circuito della rappresentanza, e rimane distinto dall'individuo, secondo un modello che risponde al principio di separazione tra Stato e società civile⁵⁵.

La logica della funzione oggettivata risulta invece estranea, ed anzi antitetica, rispetto alla rappresentazione di un rapporto intersoggettivo⁵⁶, che presuppone, appunto, una contrapposizione tra il soggetto privato e l'autorità pubblica, a cui è affidata la responsabilità della scelta riferibile al potere. Se non vi è rapporto, mancherebbe anche la possibilità di limiti al potere che non siano in-

raggiunta nella cultura illuministica" (corsivo testuale). Rileva in tal senso C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., p. 67, che "paradossalmente, è più facile resistere ad un soggetto-autorità che ad una entità funzione, ad una supremazia che si sviluppa cioè senza soluzione di continuità rispetto all'interesse pubblico". Analogamente, C. MARZUOLI, *Recensione ad A. Pioggia, Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 1146, per cui "all'autorità, che è comando, si resiste, ma alla funzione, che è servizio, no" (cfr. anche ID., *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 412 ss.). In linea con tali rilievi anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo*, cit., p. 739 ss., p. 751.

⁵⁴ Si rileva infatti che "non ogni individuo (...) si riconosce nella realtà organizzativa" (L. FERRARA, *Individuo e potere*, cit., p. 38); all'individuo "le sorti dell'interesse pubblico coinvolto nella dinamica del potere non interessano punto" (N. PAOLANTONIO, *Esistenza dell'interesse legittimo (Rileggendo Franco Ledda)*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 32); i cittadini "devono potere esercitare la loro libertà di "pensare ad altro", sapendo che c'è qualcuno che decide anche per loro" (S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo*, cit., pp. 775-776).

⁵⁵ L. FERRARA, *Individuo e potere*, cit., p. 38; A. ORSI BATTAGLINI, *L'astratta e infelice idea*", cit., p. 1343 ss.; F. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., pp. 71 ss. e 164 ss. Cfr. anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo*, cit., p. 772.

⁵⁶ Si veda quanto affermato, nella più radicale considerazione di tale aspetto, da G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 297, per cui se l'atto si ricollega ad una situazione soggettiva, individuata nel diritto soggettivo, allora esso rientra nel relativo ambito di libertà e nel corrispondente rapporto intersoggettivo; se invece l'atto è estraneo ad una situazione, e allora rientra nel potere quale energia attuale che si attua attraverso la funzione.

terni alla sua funzionalizzazione: si afferma allora la necessità di porre, rispetto al fenomeno del potere, la bipolarità del rapporto che oppone il potere stesso, pubblico o privato che sia, all'individuo⁵⁷.

In tale scenario, si aggiunge, l'interesse pubblico rileverebbe non in sé, attraverso il rilievo nel singolo atto della generale funzionalizzazione che connota l'attività amministrativa nel suo complesso, ma solo in quanto ricavabile sotto il profilo delle regole che nel rapporto trovano riscontro⁵⁸. Il recupero dell'individuo consente quindi l'estromissione dell'ottica della funzionalizzazione senza rinunciare al perseguimento dell'interesse pubblico, inquadrato nell'ambito delle regole.

⁵⁷ A. ORSI BATTAGLINI, *L'“astratta e infeconda idea”*, cit., p. 1346.

⁵⁸ Cfr. quanto detto *supra*. Si veda in particolare C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., spec. p. 176 ss., che rileva come la globale funzionalizzazione dell'attività amministrativa non implica che tale carattere si estenda sempre e necessariamente ai singoli atti, diventando paradigma della loro legittimità.

La questione è stata affrontata, più in generale, con riferimento allo statuto dell'azione amministrativa che si svolga attraverso moduli privatistici. In questo senso, nell'ambito del problema della privatizzazione, si veda A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa*, cit., spec. pp. 243 ss. e 270 ss. ma in generale *passim*, che considera quale presupposto di una privatizzazione che possa essere tale anche sotto il profilo sostanziale, e non solo formale, la rappresentazione della funzionalizzazione della complessiva attività amministrativa quale caratteristica che non sia in grado di imporre il vincolo finalistico, in sé considerato, al regime di validità del singolo atto, potendo esso al limite rilevare, sotto tale profilo, in maniera indiretta, attraverso la violazione delle clausole generali di correttezza e buona fede. Sul rapporto tra funzionalizzazione dell'attività e fine del singolo atto in relazione all'attività amministrativa di diritto privato, si vedano poi, in particolare, nelle diverse declinazioni, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, p. 160 ss.; ID., *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995,, p. 42 ss.; ID., *Recensione ad A. Pioggia*, cit., p. 1143 ss.; A. LOLLI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, Milano, 2000, p. 190 ss., spec. p. 221 ss. La rappresentazione generale di tale problematica si ritrova in A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. relaz. ind.*, 1993, ora in, *Scritti giuridici*, cit., p. 1485 ss., per cui vi sarebbero due modelli di funzionalizzazione: uno analitico, in cui il fenomeno caratterizzato dal perseguimento del fine pubblico viene scomposto in una serie di unità elementari, ciascuna definita dalla legge in termini di atto amministrativo, e rispetto al quale il vincolo del fine si ritiene pervadere e incidere ogni momento rilevante del fenomeno stesso; l'altro sintetico, in cui la valutazione sul perseguimento del fine è riferita a complessi di vicende o a risultati, liberando i singoli atti interni a ciascuna vicenda di carattere funzionale, e quindi assumendo come oggetto di valutazione non l'atto ma l'attività. In questo senso (ID., *Recensione a B.G. Mattarella, L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000, in *Dir. pubbl.*, 2001, p. 795), se è indubbio che l'ordinamento considera finalizzata all'interesse pubblico l'intera attività amministrativa complessivamente intesa, non sarebbe affatto scontato che tale carattere si estenda sempre e necessariamente ai singoli atti, diventando paradigma della loro legittimità.

La contrapposizione, netta, con la logica dell'oggettivazione, è resa in qualche modo ancora più evidente dai successivi sviluppi che quest'ultima, nella sua espressione più compiuta, ha conosciuto, rispetto ai quali, alla centralità del potere obiettivo, è stata, per così dire, sostituita la centralità delle libertà della persona⁵⁹.

In tale prospettiva, le libertà si manifestano quale espressione diretta dei valori costituzionali, e, come tali, contengono necessariamente un modo di essere del soggetto e insieme una posizione di responsabilità o solidarietà nei confronti degli altri soggetti⁶⁰; il loro intrecciarsi dà luogo, rispetto ad un particolare momento storico, ad un determinato ordine sociale, quale complesso di valori che si esprime all'interno del quadro costituzionale⁶¹. L'ordine sociale, in questo senso inteso, partecipa direttamente della sovranità, in ragione del ruolo costituzionalmente riconosciuto alle libertà⁶²: esso esprime quindi la sua positi-

⁵⁹ In questo senso il percorso di G. Berti, rispetto alla sua tradizionale impostazione sostenuta ne *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit. (sulla quale si veda quanto da noi ampiamente descritto in *Potere e situazioni soggettive*, I, p. 48 ss.; *Considerazioni*, cit., p. 335 ss.; oltre gli accenni *infra*, par. 8.1). L'evoluzione può riscontrarsi già nella *Nota di chiusura* (1985), in G. BERTI, *Il principio organizzativo*, cit., p. 175 ss., per farsi poi più evidente nel corso delle opere successive: cfr. ID., *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994 (ma varie ediz., antecedenti e successive), spec. pp. 37 ss. e 139 ss.; ID., *La responsabilità pubblica. (Costituzione e amministrazione)*, Padova, 1994, *passim*, spec. p. 357 ss.; ID., *Amministrazione e costituzione*, cit., p. 458 ss. Si ritrova, da ultimo, in particolare, nella sua opera postuma, parzialmente incompiuta, ID., *Diritto amministrativo. Memorie e argomenti*, Padova, 2008, spec. p. 83 ss.

Sulla centralità del concetto di libertà si veda lo stesso F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, cit., p. 877 ss.

⁶⁰ G. BERTI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 101 ss.

⁶¹ G. BERTI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 105 ss. Afferma l'illustre A. che (p. 111) le libertà, perché siano significative e positive nella costruzione dell'ordine sociale, devono essere, nella loro connessione e nella molteplicità delle direzioni dell'agire umano, rese visibili attraverso una trama di valori sociali: "la libertà dell'uomo deve contenere in se stessa, riflettendoli e facendoli in tal modo riconoscere, quelli che in un determinato tempo di storia costituzionale sono i valori della società". In questo senso, soggettivo e oggettivo, libertà e organizzazione, creazione e verifica o falsificazione delle regole della condotta umana, sono tutte facce di un unico nucleo giuridico: "le libertà connesse ai valori oppure i valori sociali colti e interpretati secondo la fondamentale libertà umana". Ne consegue che "solo nell'uomo, come persona libera, noi possiamo cogliere il soggettivo e l'oggettivo del diritto, tra loro intimamente connessi prima di divaricare tra loro nella compiutezza formale dei fenomeni giuridici, cioè delle regole e dei rapporti".

⁶² G. BERTI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 103, per cui "lo sbarramento che la sovranità popolare incontra per realizzarsi nell'organizzazione politica dello stato, quale ricevuta dal passato, impedisce che l'attuazione costituzionale si adempia secondo la propria ragione fondamentale e sia vivificatrice di tutto l'ordine sociale e normativo. La sovranità popolare chiama la

vità senza necessità di intermediazioni organizzative, politiche e giuridiche, dello Stato⁶³. L'Amministrazione, si afferma allora in questo senso, sarebbe una forma della società, non un'immagine dello Stato: è cioè uno spazio all'interno del quale può rilevarsi l'effettivo atteggiarsi dell'ordine sociale⁶⁴, assumendo rilievo, a tale fine, la dimensione procedimentale come sede in cui detto ordine

L'esistenza di un ordine della società, propriamente giuridico, sarebbe in tal modo idoneo a funzionalizzare ad esso tutte le funzioni pubbliche: non po-

libertà individuale e il pieno sviluppo anche politico della personalità umana: l'articolo 2 della costituzione svolge l'articolo 1 secondo un principio fondamentale di libertà personale, che si fa appunto politica, in quanto se la sovranità popolare deve attuarsi su di un impianto di libertà individuali e sociali, deve essere lo specchio di queste libertà nel loro collegamento necessario, nel tessuto continuo che esse intrecciano. Perché questo intreccio avvenga e perché sia possibile che le libertà si coordinino spontaneamente senza che lo stato come organizzazione per così dire se ne impadronisca e le guidi, è necessario che ogni libertà personale comprenda una forte responsabilità del suo titolare nei confronti delle corrispondenti libertà altrui. Il legame tra le libertà è la solidarietà reciproca, ovvero la responsabilità di ognuno singolarmente vissuta nei confronti degli altri. Ciò annuncia invero la costituzione”.

⁶³ G. BERTI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 107 ss., per cui (p. 107) “libertà significa negazione della necessità che, per trasmettere alla dinamica sociale la positività (...) occorra necessariamente la mediazione dell'organizzazione politica e giuridica dello stato”: ed infatti, (p. 111) se l'ordine oggettivo non è altro, come detto, che l'insieme dei valori sociali intesi nel senso della libertà e nel senso della normatività, che deriva a sua volta dalla connessione delle libertà e dei valori, esso può affermarsi anche positivamente senza l'ausilio o l'intermediazione di una organizzazione politica.

⁶⁴ G. BERTI, *Amministrazione e costituzione*, cit., p. 458 ss.; ID., *La responsabilità pubblica*, cit., p. 395 ss. Si veda anche U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e costituzione*, cit., spec. pp. 10 ss. e 221 ss.

Per la nota rappresentazione della coesistenza, all'interno della nostra Costituzione, di tre modelli di Amministrazione diversi tra loro – un'Amministrazione servente il potere politico; un'Amministrazione autocefala; un'Amministrazione comunitaria – che portano ad una continua tensione nella dialettica tra dipendenza politica e autocefalia (oltre che in quella accentramento-decentramento), si veda M. NIGRO, *La pubblica amministrazione tra costituzione formale e materiale*, cit., p. 1845 ss.

⁶⁵ In questo senso, secondo la prospettiva in generale già tracciata da F. Benvenuti: cfr. in particolare in G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., p. 779 ss.; ID., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 437 ss.; ID., *Amministrazione e costituzione*, cit., p. 463 ss.; ID., *La responsabilità pubblica*, cit., pp. 316 ss., 368 ss. e 401 ss.; G. PASTORI, *Introduzione generale*, cit., p. 7 ss.; ID., *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, cit., p. 483 ss.; U. ALLEGRETTI, *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, cit., spec. pp. 281 ss., 303 ss. e 329 ss. (capitoli corrispondenti ai saggi *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in *Dem. dir.*, 2006; *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 2007; *Democrazia partecipativa e controllo dell'amministrazione*, in *Dem. dir.*, 2006); M. BELLAVISTA, *Oggettività giuridica dell'agire pubblico*, Padova, 2001, p. 3 ss., spec. p. 112 ss.; ID., *Procedimento e procedura come processo sostanziale (contraddittorio, cognizione piena e cognizione differenziata)*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, p. 93 ss.; ID., *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 596 ss.; ID., *Il rito sostanziale amministrativo. Par-*

trebbe, quindi, parlarsi di scelte che avvengono nell'ambito di una sfera dell'irrilevante giuridico da parte del soggetto pubblico⁶⁷. Lo stesso processo normativo sostanziale viene così a consistere, in definitiva, in un processo di interpretazione della realtà dell'ordine sociale⁶⁸; in cui, cioè, l'indeterminatezza è colmata dal riferimento all'ordine giuridico della società⁶⁹. Per tale via, è stato

te I. *Contenuto e struttura*, Padova, 2012. Sul punto si tornerà *infra*, par. 8.1.

⁶⁶ G. BERTI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 108, per cui se si parte dalle libertà anziché dal potere, l'organizzazione, così come costruita e immaginata in relazione ai poteri, non può più rappresentare la sede delle elaborazioni dell'ordine giuridico: "questo deve trovare la sua consistenza indipendentemente dall'organizzazione e comunque prima che essa si costituisca: l'organizzazione si costituisce allora come effetto di un ordine giuridico già esistente e dovrà adattarsi al principio di libertà da cui appunto l'ordine stesso ha preso l'avvio. L'ordine basato sulle libertà condiziona dunque l'ordine come espressione di organizzazione. Quest'ultimo, in altri termini, rispecchierà il primo, divenendone la rappresentazione finale e conclusiva, ma essenzialmente fedele". In questo quadro (pp. 121-122) il potere, "cioè la forza dell'ordinamento che assiste il confronto dei diritti tra loro (...), nasce dalla libertà e se ne distingue solo come una specificazione, in quanto la libertà personale si oggettiva nella trama dell'ordinamento": esso è solo "un tramite, sul piano linguistico, tra le libertà in senso assoluto e il diritto (e dovere) del soggetto nell'ambito appunto dell'organizzazione sociale e dell'ordine in cui questa si rispecchia". Il potere, inteso non come figura all'interno dell'ordine di imputazione, ma come 'energia attiva', non è quindi più l'elemento centrale nel riferimento all'organizzazione, come ne *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 369 ss.

⁶⁷ Si veda, nel solco dell'impostazione a cui si sta facendo riferimento, L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 309 ss.; ID., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, p. 119 ss.; ID., *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Dir. econ.*, 2019, p. 43 ss.; ID., *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 850 ss.; nonché ID., *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, pp. 138-139; ID., *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 61 ss.; ID., *Diritto di azione e interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004, p. 241 ss.; ID., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001, pp. 175 ss. e 228 ss. Si afferma, in particolare, che l'Amministrazione apparterebbe all'ordine giuridico della società: rispetto a quest'ultima, infatti, la sovranità si esprimerebbe, in ragione dell'interpretazione che viene accolta del combinato disposto degli artt. 1 e 2 Cost., non solo nella legittimazione democratica di tipo rappresentativo, ma anche trattenendosi nel perimetro della sovranità popolare, senza articolarsi in forme istituzionali ed esprimendosi con l'esercizio delle libertà e dei diritti 'riconosciuti' dalla Costituzione, un ordine della società. Tale ordine, appunto per le caratteristiche appena esposte, è propriamente giuridico, di carattere extralegale: in seno ad esso è dato rinvenire, attraverso l'esplicazione di un moto continuo, la formazione di regole (concretamente conoscibili e verificabili) che i valori dell'ordine giuridico della società esprimono, ovviamente in conformità con gli elementi fondativi dell'ordine stesso (poiché, cioè, ciò che fonda la sussistenza di un siffatto ordine giuridico è il trattarsi delle libertà e dei diritti inviolabili nell'ambito della sovranità popolare, nessuna regola di quest'ordine potrà mai contrastare con libertà e diritti inviolabili che ne costituiscono il

ritenuto possibile sostenere che la posizione del privato nei confronti dell'Amministrazione acceda, in maniera diretta, all'utilità finale⁷⁰.

Molti sarebbero gli aspetti su cui soffermarsi in ordine a tali contrapposte ricostruzioni, anche in relazione al modello di giuridicità da cui si prendono le mosse. Esse, di fatto, esprimono due modi di inquadramento dell'individuo nell'ambito dell'ordine costituzionale, e, quindi, due visioni contrapposte del

fondamento). L'esistenza di un ordine giuridico della società, in cui si continua ad esprimere la sovranità, sarebbe allora idoneo a funzionalizzare ad esso tutte le funzioni pubbliche.

Lo stesso ordine di idee è ripreso da B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013, spec. pp. 241 ss. e 285 ss., il quale, per tale via, nega una connotazione funzionale e uno spazio giuridico significativo al concetto di merito, in considerazione del pieno assoggettamento dell'agire pubblico al principio di legalità.

⁶⁸ Cfr. G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., p. 45 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, cit., p. 90 ss., secondo cui la funzione normativa si esplica come interpretazione del divenire sociale, che viene svolta dai vari operatori giuridici quali, appunto, operatori dell'interpretazione. Si può cogliere una certa similarità nella considerazione della giuridicità che si ha in Mortati, ma, rispetto ad essa, lo stesso G. BERTI, *op. ult. cit.*, p. 104, precisa come nell'idea di costituzione materiale vi sia alcunché di falso e di ingannevole: essa, infatti, evocando i principi affermati dalle forze politiche e sociali prevalenti, si porrebbe in una posizione di palese contrasto, o comunque di difficile conciliabilità, con la sovranità delle libertà.

Sulla generale riconducibilità della sfera della discrezionalità al momento interpretativo della norma anche lo stesso F. BENVENUTI, *Disegno*, cit., pp. 195-196.

⁶⁹ Nella medesima prospettiva si situa anche quella dottrina che, partendo dalla rappresentazione del rapporto tra Amministrazione e società che si sta descrivendo, ha proceduto ad una ridefinizione della discrezionalità: cfr. L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali*, cit., p. 316 ss.; ID., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, cit., pp. 129 ss. e 152 ss. Si afferma, in tal senso, che deve considerarsi irrilevante se l'integrazione della fattispecie normativa, lasciata imprecisa in taluno dei suoi elementi, sia ascrivibile o meno ad un'attività interpretativa: in ogni caso, infatti, l'indeterminatezza, che si esprime nelle clausole generali, contiene un margine di incertezza che richiede un'assegnazione di significato da parte dell'interprete; non vi sarebbe, cioè, in tali casi, un metodo logico attraverso il quale si possa giungere ad un significato univoco. Ciò che rileva, allora, è chi possa procedere all'assegnazione di significato e a cosa detto significato debba fare riferimento. In questo senso, si considera come sia la prospettazione dell'interesse legittimo quale pretesa all'attuazione della possibilità normativa del risultato favorevole, sia la rappresentazione originaria di tale situazione soggettiva, abbiano quale presupposto comune quello di considerare l'integrazione della fattispecie normativa lasciata imprecisa in taluno dei suoi elementi, a cui viene ricondotta la presenza di discrezionalità, quale definizione che proviene da una scelta tra quelle considerate lecite, operata da un soggetto immesso nel circuito in cui si esplica sostanzialmente l'indirizzo politico. Tale ricostruzione, che è appunto quella propria dell'indirizzo dottrinale prima esaminato, ed anzi, come visto, da tale indirizzo fortemente riaffermata, è quella per cui l'Amministrazione è espressione della sovranità, che promana, nell'attuale ordine costituzionale, dalla legittimazione democratica dell'autorità: in quanto tale, lo si è visto, essa si caratterizza come soggetto, separato dalla società, deputato ad amministrare l'interesse pubblico, della cui attuazione è responsabile. L'Amministrazione, nella diversa prospettazione ora in discussione, è invece espressione dell'ordine giuridico della società, e come tale deve procedere all'integrazione del precetto: l'interesse pubblico, infatti, non ap-

rapporto tra Stato e società, così come due modelli di legittimazione del potere⁷¹. La rappresentazione che viene data di quest'ultimo non è nient'altro, allora, che una conseguenza della diversa prospettiva ricostruttiva assunta.

Da parte nostra, pur rimandandosi a quanto si dirà al momento di fornire una ricostruzione della situazione giuridica che si relaziona con il potere amministrativo, possono già anticiparsi taluni aspetti che appaiono rispetto ad esse rilevanti.

In ordine alla prospettiva oggettivistica, si deve ritenere di non potersi accogliere l'idea di una totale espunzione del soggetto dalla dinamica della produzione. Va infatti condivisa la valenza critica assunta nei confronti di un'idealistica concezione dell'unitarietà del soggetto pubblico, e, con essa, la necessità di confrontarsi con una pluralità di centri di interessi all'interno dell'ordinamento complessivo, insieme al generale rilievo che, in tale ambito, viene conferito alla

parterrebbe, non potrebbe appartenere, ad un'autorità amministrativa in questo modo strutturata, ma risulterebbe predeterminato al pieno ed effettivo godimento dei diritti fondamentali. Se, infatti, l'Amministrazione non è una forma fissata dalla Costituzione per l'esercizio della sovranità popolare, ne consegue che la determinazione discrezionale non potrà considerarsi quale scelta libera tra alternative lecite: l'integrazione della fattispecie avverrebbe ricavando la regola dall'ordine giuridico della società, attraverso un'assegnazione di significato in cui l'interesse pubblico sarà interamente (pre)determinato dallo scopo di consentire il più alto grado di godimento dei diritti delle persone. L'operazione di eterointegrazione, in cui consiste la scelta discrezionale, avviene dunque con riferimento a tale predeterminazione: ciò, pur invero non escludendo l'esistenza di spazi di valutazione in capo all'autorità che procede, ne riduce di molto il perimetro, fino a farlo somigliare a quello proprio della giurisdizione, e, per conseguenza, a renderlo pienamente sindacabile.

⁷⁰ Si veda in particolare L.R. PERFETTI, *Le posizioni giuridiche soggettive*, in ID. (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 2007, p. 58 ss., per cui il riconoscimento della titolarità della sovranità in capo al popolo ed il disegno complessivo della relazione tra libertà e autorità (cfr. quanto detto alla nota precedente) renderebbe inaccettabile la perpetuazione della narrazione dell'interesse legittimo quale pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa e tutela solo mediata al bene della vita: in questo senso, si afferma, il riconoscimento della risarcibilità dell'interesse legittimo effettuato dalla sent. Cass., sez. un., n. 500/1999, avrebbe portato correttamente a riconoscere, quale oggetto della pretesa, un interesse materiale al godimento di un bene della vita protetto dall'ordinamento e illegittimamente sacrificato.

⁷¹ Non è un caso che se da un lato si rileva come “la separazione tra politica e amministrazione sino a ora, è un dato di fatto, non abbia funzionato” (L. FERRARA, *Individuo e potere*, cit., p. 74), dall'altro si considera invece che “non sembra difficile convincersi del fatto che – anche grazie all'affermarsi del diritto comunitario – la distinzione netta (pur senza divenire, separazione) tra politica e amministrazione sia ormai divenuta realtà” e come “sia diffusa l'opinione circa la crisi dello Stato rappresentativo come tradizionalmente inteso” (L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali*, cit., p. 370).

processualizzazione dell'attività, e alla conseguente neutralizzazione del processo produttivo (anche ai fini di ricercare una legittimazione del potere che avvenga sotto un profilo obiettivo, nel tradizionale decadimento del valore legittimante rivestito in proposito dalle procedure elettorali)⁷². Tuttavia, pure si ritiene che le esigenze descritte non dovrebbero portare ad una svalutazione del piano del soggetto, ma, al contrario, andrebbero piuttosto incanalate, per così dire, in una più complessa determinazione strutturale del dato soggettivo nell'ambito della globale esplicazione della funzione⁷³. In tale prospettiva, sia aggiunge, si sarebbe anche inserita la procedimentalizzazione dell'attività amministrativa avvenuta con la l. n. 241/1990, consentendo una diversa considerazione del rapporto soggettivo con il momento della produzione⁷⁴, da concepirsi in chiave prettamente procedurale.

Parimenti, in ordine ai successivi sviluppi che la logica dell'oggettivizzazione ha conosciuto, si deve rilevare che, una volta posta in chiave centrale, rispetto all'esplicarsi del potere, le libertà della persona che si svolgono nel quadro costituzionale quale espressione dell'ordine giuridico della società, la riduzione del fenomeno della produzione all'emersione di una scelta valoriale già compiutamente svolta (cioè già in sé predeterminata, in quanto presente, come tale, sul piano normativo dell'ordine sociale), che vada ad integrare il dato legislativo, non può essere accettata se ciò significa eliminare qualsiasi apporto sog-

⁷² Cfr., tra gli altri, F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, cit., p. 873 ss., spec. pp. 883 ss., 909 ss. e 957 ss.; ID., *L'amministrazione oggettivata*, cit., p. 3467 ss.; ID., *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico*, cit., p. 3927 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Ann. Fac. Econ. e comm. Università di Messina*, 1981, p. 449 ss. Sulla legittimazione del potere, si veda più in generale ID., *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 558 ss. Sul punto si rimanda a quanto da noi già considerato ne *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, p. 25 ss., nel testo e in nota, ed ivi ulteriori e più approfonditi richiami bibliografici.

⁷³ In questo senso ad esempio la prospettiva di A. ROMANO TASSONE, *Note*, cit., pp. 435 ss. e 465 ss.

⁷⁴ Sulle implicazioni che la legge sul procedimento amministrativo, e la previsione in essa del responsabile del procedimento, ha avuto rispetto all'assetto organizzativo complessivo e sulla considerazione del concetto di organo, si veda quanto riportato in *Il contraddittorio procedimentale*, cit., p. 204 ss. In generale, tale discorso sarà ripreso *infra*, par. 8.1.

gettivo, da parte dell'organo decidente, in ordine alla determinazione del valore da attuare.

Detto altrimenti, sin tanto che si afferma che qualsiasi scelta compiuta in relazione ad una decisione amministrativa risulta funzionale al perseguimento di un valore espresso dall'ordinamento, per cui non possono propriamente concepirsi spazi liberi di scelta rispetto ai quali l'attuazione dell'ordinamento subisce un'interruzione di giuridicità, si è del tutto d'accordo. Il discorso cambia, tuttavia, laddove si voglia considerare la produzione normativa quale, in ogni caso, attribuzione di un significato già in sé compiutamente dato, in quanto presente nell'ordine giuridico della società: per tale via si dovrebbe infatti pervenire all'eliminazione di qualsiasi apporto dell'autorità procedente nella definizione della regola, consentendosi, in tal modo, alla pretesa del cittadino di accedere direttamente all'utilità finale. Il problema, è evidente, è quello di stabilire cosa debba intendersi quando ci si riferisce ad un'attribuzione di significato, e all'eventuale sussistenza di uno spazio di valutazione in ordine ad essa: sul punto si dovrà tornare, ma può dirsi sin da subito che, se il riferimento è concepito come ad una regola in ogni caso già esistente, esso non si potrebbe condividere, in ragione della concezione che deve assumersi dell'ordinamento, e al modello strutturale di produzione a cui si deve fare riferimento, secondo quanto pure si avrà modo di spiegare⁷⁵.

Tornando, invece, all'impostazione che è ora oggetto di analisi (cioè quella che espunge la funzionalizzazione dal rapporto tra potere e situazioni ad esso correlate), deve dirsi, rispetto a quanto è stato sostenuto da parte dei suoi

⁷⁵Si noti che tale strada non pare invero percorsa sino in fondo dalla dottrina che si sta esaminando, in quanto, come già accennato, viene comunque ammesso che uno spazio di valutazione permanga in capo all'Amministrazione: cfr. L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali*, cit., p. 373; ID., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, cit., p. 158; sembrerebbe anche G. BERTI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 96. Se così fosse, però, la pretesa del privato non dovrebbe poter accedere direttamente al bene materiale auspicato, come invece affermato da L.R. PERFETTI, *Le posizioni giuridiche soggettive*, cit., p. 58 ss. Il problema, come detto nel testo, è quello di stabilire cosa debba intendersi con spazio di valutazione: anche all'interno di un'attività interpretativa, infatti, possono riscontrarsi margini di valutazione da parte dell'interprete, cosicché ciò che rileva sono le condizioni per l'ascrivibilità a detta attività dello spazio valutativo. Sul punto, si veda *infra*, par. 9.

fattori, che la critica all'ottica oggettivistica non può spingersi sino a negare la particolare attenzione che, in relazione alla funzione intesa in senso strutturale (il processo di trasformazione del potere nell'atto), è stata riservata al profilo del suo contenuto sostanziale (il processo di formazione della decisione) all'interno del modello di produzione che trova riscontro in via normativa, anche in relazione all'intersecarsi della complessa determinazione strutturale del dato soggettivo (in una prospettiva, si aggiunge, che non necessariamente porta a risolvere, per tale via, l'individualità di ogni singola entità nel ruolo da ciascuna rivestito ai fini della decisione).

Gli elementi descritti, infatti, non possono *sic et simpliciter* trovare sostanziale estromissione dall'orizzonte della rilevanza giuridica. Più in particolare, non può ritenersi che una raffigurazione dell'aspetto funzionale quale quella appena riportata sia inidonea ad influire sulla rappresentazione delle situazioni giuridiche soggettive.

Si è visto, infatti, come il rilievo conferito alla funzionalizzazione, che abbia riguardo unicamente dell'aspetto teleologico ad essa riferibile, comporti, se condotto alle sue estreme conseguenze, la configurazione di una situazione giuridica la cui tutela è solo indiretta, e correlata al pubblico interesse. Si è aggiunto, poi, che una compiuta oggettivazione, d'altro canto, rischierebbe di condurre ad un assorbimento delle singole posizioni sostanziali nella globalità della funzione, al limite facendo assurgere a situazioni giuridicamente rilevanti quelle prettamente procedurali, e, comunque, a negare la rilevanza di un apporto soggettivo alla scelta compiuta. Si precisa, ora, come una considerazione della funzione sotto il profilo strutturale, che tenga conto, da un lato, della effettiva posizione dei diversi soggetti, e, dall'altro, del rilievo giuridico che riceve lo svolgimento della relativa attività all'interno del procedimento, possa permettere, senza incorrere negli esiti appena descritti, di valorizzare il modello di produzione scelto dall'ordinamento al fine di configurare una situazione giuridica che si rapporti alla situazione di potere evitando la svalutazione dell'aspetto conte-

nutistico della funzione stessa, a cui inevitabilmente si addivene seguendo la via tracciata dall'indirizzo dottrinale ora in esame.

In effetti, nel momento in cui, in adesione a quest'ultimo, si definisce una chiara linea di distinzione tra ciò che rientra nella sfera di libertà a cui è ascritto il potere e ciò che rientra nel rapporto, l'aspetto concernente la procedimentalizzazione dell'attività – la cui dimensione pure si è visto costituire un aspetto di fondamentale importanza per la costruzione della prestazione, o dell'obbligazione senza prestazione, da parte delle tesi in esame – si estranea dal profilo attinente alla struttura della funzione e si viene, per così dire, ad appiattare su quello prettamente sostanziale afferente i termini del rapporto, da cui la sfera di disposizione degli interessi attinente al potere risulta esclusa. Nelle relative ricostruzioni passate in rassegna si riscontrerebbe, in altri termini, in misura maggiore o minore, esplicita o implicita a seconda delle diverse declinazioni, la risoluzione della dimensione procedimentale in quella sostanziale concernente la sfera individuale del soggetto, non invece il contrario.

La critica effettuata nei confronti della funzionalizzazione coglie dunque nel segno se rivolta ad un processo di trasformazione del potere declinato in maniera prettamente oggettivistica, in cui si vengono a perdere le singole soggettività. Coglie parimenti nel segno, si aggiunge, se rivolta all'esplicazione del processo di formazione della decisione, laddove, una volta ridefinito, in questi termini, il caratterizzarsi della funzione, si configura un assetto soggettivo complesso volto, nella sostanza, a neutralizzare il ruolo dell'organo decidente in una tendenziale codecisione: come si vedrà, infatti, si ripropone, in questo modo, la stessa impostazione dell'indirizzo obiettivistico, pur nel diverso impianto ricostruttivo della funzione; e ci si espone, conseguentemente, alle medesime obiezioni che a detta impostazione sono state mosse⁷⁶.

L'impostazione in esame non può invece condividersi laddove porti ad una compiuta estromissione del rilievo che la funzionalizzazione riceve sotto il

⁷⁶Cfr. ampiamente *infra*, par. 8.1.

profilo strutturale del modello di produzione. Tale profilo strutturale, infatti, non può considerarsi neutrale rispetto all'ordinamento; esso, al contrario, risponde ad una precisa scelta di valore, dall'ordinamento stesso compiuta. Non può dunque aderirsi alla descritta negazione della funzionalizzazione: opinando in tal senso, infatti, si verrebbero a risolvere, o per meglio dire ad eclissare, i caratteri appena richiamati, e la scelta di valore ad essi correlata, attraverso una raffigurazione del rapporto di stampo prettamente sostanzialistico.

È allora necessario, a nostro avviso, seguire un'altra strada, e conferire rilievo, nella costruzione delle situazioni giuridiche soggettive, all'elemento della funzionalizzazione del potere, ponendo il corrispondente aspetto teleologico in relazione al suo innestarsi all'interno del piano strutturale della funzione, nella considerazione che questo riceve sotto il profilo soggettivo e oggettivo. Si può così pervenire ad una rappresentazione del potere amministrativo in relazione al suo inquadramento in un determinato modello di produzione: ciò che, come detto, e come meglio si avrà modo di spiegare, non rileverebbe soltanto sotto un profilo eminentemente tecnico-ricostruttivo, ma corrisponderebbe all'assunzione di un determinato modello di giuridicità, al quale si ritiene di dover ricondurre l'esplicazione dinamica dell'ordinamento.

5. La configurazione dell'interesse legittimo come situazione giuridica che rispetto al potere, anche discrezionale, si pone quale pretesa all'utilità finale. Le differenti impostazioni. Rilievi problematici

La ricostruzione dell'interesse legittimo nel senso descritto al paragrafo precedente si vede muovere un'ulteriore critica di carattere generale, che appare, sotto un certo profilo, anche più penetrante. È stato infatti affermato che, opinandosi nel senso descritto, si ridurrebbe, nella sostanza, la situazione giuridica ad un riflesso soggettivo della garanzia di soddisfazione di una qualche, e qualunque, pretesa, non altrimenti rilevante per le proprie caratteristiche intrinseche. Se, come si è detto, la giuridicità del rapporto è riflesso della norma, e, di conseguenza, l'interesse viene a perdere la sua centralità nella concezione della situazione giuridica, è evidente la svalutazione del profilo assiologico proprio di

quest'ultima. In tale prospettiva, si perviene alla negazione della stessa esistenza di vere e proprie situazioni giuridiche soggettive quali modi di essere di un soggetto nel mondo giuridico: queste, infatti, presupporrebbero (dovrebbero necessariamente presupporre) il rilievo pre-ordinamentale del soggetto stesso e dei suoi interessi, mentre in generale ad una prospettiva normativistica ciò che si accompagna è proprio il declino della categoria del soggetto nel riflesso della norma⁷⁷.

Tale rilievo implica evidentemente una critica al particolare modello di giuridicità proprio di un'impostazione prettamente normativistica: in un'ottica a quest'ultima aderente risulterebbe infatti agevole replicare che l'interesse materiale del soggetto, non risultando garantito, semplicemente non entra nell'ambito di protezione della norma; rispetto a quest'ultima, il profilo assiologico da prendere in considerazione sarebbe dunque necessariamente differente, non potendo assumere rilevanza un piano assiologico che non si risolva in quello normativo. Ora, appare chiaro che, nell'attuale concezione del pensiero giuridico generalmente accettata, l'opposizione alla svalutazione dell'interesse materiale perseguito dal privato, sebbene rappresenti un'esigenza di cui, alla luce di quanto sin qui considerato, non si può disconoscere il rilievo, debba comunque risolversi attraverso una soluzione che trovi riscontro all'interno dell'ordinamento normativo. Al pari di quanto rilevato in ordine ai profili attinenti al rapporto tra dimensione dinamica della discrezionalità e situazione soggettiva che si rapporta con il potere, la rilevanza del profilo assiologico deve, quindi, essere perseguita attraverso il ricorso ad un modello strutturale che consenta di individuare una diversa declinazione della situazione giuridica del privato, nella sua configurazione quale pretesa rispetto all'esercizio di un potere. Solo in questo

⁷⁷ In questo senso la critica di A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 279, secondo un ordine di idee in via generale già espresso in ID., *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Agg., II, Milano, 1998, p. 966 ss. Il declino della categoria del soggetto giuridico è questione più volta ripresa da parte di tale illustre e compianto A., a partire dalle *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., ove venivano sottoposte a critica le concezioni che sono pervenute alla completa oggettivizzazione del fenomeno del potere.

modo sarebbe possibile riferire all'oggetto della situazione giuridica l'interesse al bene/al provvedimento favorevole⁷⁸.

In effetti, le difficoltà in cui si sono imbattute le differenti teorizzazioni che hanno tentato una ricostruzione dell'interesse legittimo che si discostasse da una situazione avente la struttura di pretesa, e, al contempo, l'insoddisfazione verso la considerazione di una prestazione declinata come correttezza del comportamento o possibilità normativa del risultato favorevole, hanno portato a due esiti diversi, in contrapposizione tra loro.

Da un lato, vi è chi nega la stessa configurabilità dell'interesse legittimo come situazione, ascrivibile al soggetto, che non si vada a risolvere nella situazione giuridica su cui il potere è destinato ad incidere. In questo senso, si afferma che ciò che si pone, a fronte del potere, è o il diritto soggettivo di cui il privato risulta titolare, o un'aspettativa di diritto al bene della vita a cui lo stesso privato aspira⁷⁹: facoltà e prerogative procedimentali non creerebbero una situazione soggettiva alternativa al diritto o all'aspettativa poiché non modificano

⁷⁸ È ciò che, di fatto, si tenta di fare – invero, lo si è visto, a nostro avviso senza successo – quando si ripropone, nella declinazione attuale, l'impostazione tradizionale dell'interesse legittimo, quale situazione che, come detto, si pone in una strumentalità soltanto indiretta rispetto al proprio oggetto. Ed è ciò che, del resto, tenta di fare anche chi l'obiezione in esame ha sollevato, quando ha proposto la propria concezione dell'interesse legittimo, secondo quanto si vedrà: cfr. *infra*, par. 6.

⁷⁹ In relazione all'aspettativa, la posizione tradizionale è quella secondo cui è possibile ricavare un concetto di aspettativa giuridicamente rilevante (che non si risolva, quindi, in una posizione meramente fattuale) in ragione della scissione tra il momento della rilevanza e quello dell'efficacia. La considerazione della rilevanza giuridica, quale logicamente autonoma, non idonea a risolversi nella relazione di efficacia, consente infatti, qualora la scissione con l'efficacia non si ponga soltanto sul piano logico, ma anche su quello cronologico, di far assumere giuridico rilievo ad una fattispecie parziale della situazione effettuale, al fine di collegare una tutela di carattere conservativo al processo di formazione e determinazione della situazione stessa: in questo senso A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., pp. 29 ss. e 203 ss.; ID., *Efficacia*, cit., p. 480 ss., la cui ricostruzione, come già si è visto, ha appunto messo in rilievo l'autonomo momento della rilevanza giuridica rispetto a quello dell'efficacia.

Cfr. per le varie impostazioni, con posizioni differenziate in ordine alla possibilità e alle condizioni necessarie ad individuare un'aspettativa di diritto, e agli eventuali termini della sua qualificazione come situazione giuridica soggettiva, R. NICOLÒ, *Aspettativa (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988, p. 1 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 75 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 226 ss.; P. RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 797 ss.; A.C. PELOSI, *Aspettativa di diritto*, in *Dig. disc. prin., Sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 465 ss.; M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele. Contributo allo studio degli effetti preliminari nelle situazioni di pendenza*, Milano, 2006, pp. 3 ss. e 135 ss.

la sfera di interesse del privato, la cui sorte è rimessa alla volontà unilaterale della P.A.⁸⁰.

Dall'altro, il diretto riferimento, da parte delle Sezioni Unite nella sent. n. 500/1999, al bene della vita ai fini dell'integrazione della fattispecie risarcitoria, ha fatto proliferare quelle tesi che hanno posto ad oggetto della situazione giuridica tutelata nel giudizio (risarcitorio in generale, o in particolare di reintegrazione in forma specifica, comunque non più soltanto impugnatorio) la 'spettanza' del provvedimento⁸¹. Nonostante, in effetti, l'impianto ricostruttivo della situazione giuridica operato da detta sentenza sia stato da più parti criticato, le sue indicazioni sono state tenute in conto da chi ha tentato di configurare tale situazione (l'interesse legittimo, ovvero, se tale soluzione si continua a concepire in senso tradizionale, la diversa situazione giuridica che all'interesse legittimo

⁸⁰ In questo senso N. PAOLANTONIO, *Esistenza dell'interesse legittimo?*, cit., p. 1 ss., spec. p. 42 ss. L'A., superando la Sua precedente considerazione dell'interesse legittimo come interesse di mero fatto tutelato con un potere di pura azione (ID., *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, 2003, p. 229 ss.), nonché quella successiva, per cui l'interesse legittimo poteva essere considerato come pretesa in senso proprio (ID., *L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo (in margine a Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3)*, in *Giustamm.it*, 2011), viene infine a negare l'autonomia di tale figura rispetto alla situazione che si rapporta al bene finale. Si sostiene in proposito (*Esistenza*, cit., p. 7 ss.) che la caratterizzazione dell'interesse legittimo quale situazione strumentale, in ragione della sua valenza procedimentale, non è idonea a descrivere siffatta figura: il privato che partecipa al procedimento non è infatti interessato a come si forma la funzione, né sotto il profilo giuridico, né sotto quello assiologico, non essendo idonea la partecipazione ad attribuirgli un'utilità (almeno, un'utilità sostanziale, non meramente procedurale), atteso che, qualunque sia la ricostruzione che si voglia dare, nella chiave dialettica del farsi decisionale, all'apporto del privato, la decisione finale non si risolve in una co-decisione, ma è rimessa alla scelta unilaterale dell'Amministrazione, che se ne assume la responsabilità. In questa prospettiva, (p. 42 ss.) non si ritiene opportuno procedere ad una riconduzione degli obblighi di protezione ad obblighi di prestazione, nel senso di far coincidere tale prestazione con la legittimità dell'atto, e si afferma che "parlare (...) di una situazione soggettiva che ha natura strumentale, poiché vuol difendere l'interesse materiale o finale (il bene della vita) attraverso una collaborazione che si è dimostrata scientificamente e assiologicamente improponibile, e si qualifica per inserirsi nella dimensione dinamica dell'esercizio del potere, (...) equivale a definire un diritto soggettivo per i cc.dd. interessi oppositivi, ove il diritto esiste ed è oggetto di attenzione immediata e diretta da parte del suo titolare, e di aspettativa di diritto nel caso dei cc.dd. interessi pretensivi, ove il bene della vita (...) è oggetto di eguale attenzione da parte dell'interlocutore dell'amministrazione". Cfr. anche ID., *Centralità del cittadino ed interesse legittimo (oltre le categorie, per una tutela effettiva: l'insegnamento di Franco Gaetano Scoca)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 1527 ss.

⁸¹ La definizione, come già ricordato, è di G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, cit., p. 287 ss. Va subito avvertito tuttavia che, a parte la declinazione che ne dà tale illustre A., il termine 'giudizio di spettanza' è entrato nell'uso corrente della letteratura amministrativistica per indicare un giudizio che, invero in vario modo, verta sulla valutazione appunto della spettanza dell'utilità finale.

si affiancherebbe) quale pretesa in senso proprio all'adozione del provvedimento favorevole.

Sotto quest'ultimo profilo, va peraltro aggiunto come lo stesso dato positivo del Codice del processo amministrativo, quando fa riferimento alla *pretesa*, e la rapporta all'oggetto del giudizio, pare aver considerato una pretesa rivolta all'utilità finale, risultando invece, le relative previsioni, scarsamente compatibili con una pretesa al corretto esercizio della discrezionalità. In particolare, la considerazione della discrezionalità nel senso individuato dall'art. 31, co. 3, c.p.a. sembrerebbe opporsi ad una rappresentazione della situazione giuridica nel senso fatto proprio dalla dottrina esaminata nei precedenti paragrafi. Tale disposizione, infatti, come meglio si andrà a spiegare, considera la pretesa del privato quale oggetto del giudizio, rapportandola ad una pronuncia di condanna ad un *facere*; e, in proposito, stabilisce un limite espresso alla possibilità del giudice di conoscere *della fondatezza della pretesa*, facendo riferimento alle ipotesi in cui la discrezionalità sia assente o esaurita. Ora, se si ritiene che la consistenza della situazione giuridica del privato che si rapporta con il potere sia quella di una *pretesa al corretto esercizio della discrezionalità*⁸², il dettato della norma non potrebbe trovare esplicazione, in quanto di una pretesa quale quella appena menzionata *il giudice potrebbe sempre conoscere*, secondo quella che è la stessa rappresentazione datane dalla dottrina in questione. Come si è già avuto modo di spiegare, infatti, seguendosi tale orientamento, la condanna risulta sempre uguale a se stessa, e si rapporta ad una pretesa la cui consistenza scaturisce dalla regolamentazione normativa del potere, cosicché il contenuto della pretesa deriva da quanto stabilito da detta regolamentazione: quale che sia questo contenuto, se l'utilità finale in caso di attività vincolata, ovvero il corretto esercizio della discrezionalità in caso di attività appunto discrezionale, il giudice conosce sempre (deve conoscere) della pretesa ad esso corrispondente⁸³.

⁸²La tesi, nella sostanza, appunto di L. Ferrara, su cui *supra*.

⁸³Nell'ipotesi della condanna ad un *facere*, infatti, con riferimento all'art. 31, co. 3, c.p.a., si afferma che il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio “*solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della di-*

Il Codice, nel riferirsi alla pretesa quale oggetto del giudizio (di condanna ad un *facere*), parrebbe presupporre quindi che essa si rivolga all'utilità finale. Più in particolare, sembrerebbe compatibile con il dettato codicistico qualsiasi ricostruzione che possa porre ad oggetto del giudizio una situazione di pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto, in disparte la modalità o i termini entro i quali tale situazione possa trovare riscontro⁸⁴. In questo senso, ciò che viene allora in questione è la configurabilità di una siffatta pretesa quale situa-

*discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione". Ora, secondo quanto detto nel testo, l'oggetto della situazione giuridica a cui la disposizione si riferisce parrebbe essere necessariamente l'interesse materiale del ricorrente: se così non fosse, se, cioè, il suo oggetto fosse determinato dal rapporto che si dispiega nei termini del corretto esercizio del potere discrezionale, il giudice potrebbe in ogni caso valutarne la fondatezza, atteso che i profili attinenti all'esercizio della discrezionalità, concernendo appunto le modalità di adempimento del credito, rimarrebbero estranei alla situazione giuridica a cui l'accertamento fa riferimento. Certamente, si potrebbe obiettare che la previsione faccia riferimento non alla condanna ad un *facere tout court*, bensì alla sola azione volta ad ottenere il provvedimento richiesto e implicitamente o espressamente negato dalla P.A., giusto il rilievo di cui all'art. 34, lett. c), ult. parte, c.p.a.; cosicché la considerazione della pretesa nel senso descritto sarebbe riferibile solo a quell'ipotesi. Tuttavia, l'obiezione sarebbe mal posta, in quanto, a parte quest'ultimo rinvio, la previsione di cui all'art. 31, co. 3, c.p.a. riguarda in via generale l'azione ovvero il silenzio: si dovrebbe allora ritenere che essa presupponga, in ogni caso, il riferimento ad una pretesa rivolta all'utilità finale.*

La tesi di L. Ferrara parrebbe porsi in contrasto anche con l'ulteriore statuizione del medesimo art. 31, co. 3, c.p.a., relativa all'esaurimento della discrezionalità. Secondo quanto si evince espressamente dal suo dato testuale, infatti, la norma richiamata non fa riferimento unicamente ad un'attività in astratto vincolata, ma anche ad ipotesi in cui la discrezionalità, pur sussistente sul piano normativo, sia in concreto esaurita. Ebbene, se la consistenza della situazione giuridica presa in considerazione fosse quella di una pretesa al corretto esercizio della discrezionalità, l'esaurimento della discrezionalità non potrebbe risultare coperto dall'accertamento giudiziale, giacché, come si è spiegato, in quella prospettiva l'effettuazione della scelta attiene alle modalità di esecuzione dell'obbligo, e non avrebbe quindi ripercussioni sulla condanna. La situazione giuridica, e quindi la condanna, si rapporterebbe, infatti, alla regolamentazione normativa del potere: sia nell'ipotesi in cui la P.A. abbia già effettuato la scelta discrezionale e non residuino margini ulteriori di valutazione (discrezionalità esaurita in senso stretto), sia anche, a ben vedere, nel caso in cui, a fronte di una discrezionalità astrattamente presente nel dettato normativo, si presenti una sola scelta validamente perseguibile (assenza di discrezionalità in concreto), la condanna si rivolgerebbe quindi, in ogni caso, al corretto esercizio della discrezionalità, in ragione della consistenza della situazione giuridica presa in considerazione. Salvo, allora, non ammettere un altro genere di preclusione, all'accertamento giudiziale risulterebbe comunque estraneo l'esaurimento della discrezionalità: ciò che porrebbe nel nulla, anche sotto tale profilo, il dettato dell'art. 31, co. 3, c.p.a., che una siffatta ipotesi invece espressamente viene ad enucleare. Il dettato normativo, infatti, nel considerare la possibilità che non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità, si riferisce esplicitamente ad una vicenda ulteriore rispetto ad un'attività vincolata in astratto. Esso prende in considerazione, cioè, da un lato il caso in cui la discrezionalità, astrattamente presente nel dettato normativo, sia in relazione al fatto concreto insussistente, giacché vi sarebbe in quella vicenda storica una sola scelta validamente perseguibile (assenza di discrezionalità in concreto); dall'altro l'ipotesi in cui i profili di

zione giuridica da porre ad oggetto del giudizio; e il problema da affrontare è quello di giustificare la relativa costruzione nel momento in cui si sia al cospetto della discrezionalità amministrativa.

Ora, la costruzione di una situazione giuridica soggettiva, in capo al privato, configurata nel senso di pretesa all'atto favorevole, comporta che, secondo un modello che verrà meglio specificato nel proseguo della trattazione, la situazione giuridica di potere, di cui è titolare l'Amministrazione, possa essere strutturata quale obbligo al corrispondente atto precettivo. Sul punto, possono aversi, sotto un profilo logico, tre differenti alternative.

Secondo una prima prospettiva, si può assumere che il carattere proprio della scelta ascrivibile alla discrezionalità non sia tale da influire sulla determinazione della fattispecie. In altri termini, l'integrazione della fattispecie non comporta la rilevanza, quale suo elemento, della preferenza accordata dall'Amministrazione in ordine alla scelta da compiersi. Per questa via, la questione è risolta, come è evidente, negandosi alla discrezionalità un rilievo differente (ci sia consentito rimanere per ora in questi termini generici) da quello che viene conferito all'interpretazione giuridica; è risolta, cioè, in definitiva, negandosi lo stesso problema della discrezionalità.

esercizio della discrezionalità risultino esauriti in ragione delle scelte effettuate dall'Amministrazione (discrezionalità esaurita in senso stretto). Se tale previsione, così interpretata, viene posta in relazione all'impostazione che vede nella situazione giuridica oggetto del giudizio il diritto all'attuazione della possibilità normativa del risultato favorevole, essa appare allora del tutto incongrua, atteso che l'effettuazione della scelta, attenendo alle modalità di esecuzione dell'obbligo, non avrebbe ripercussioni sulla condanna, la quale solo potrebbe rapportarsi alla situazione giuridica e alla sua lesione, giacché, come si è avuto modo di spiegare, nella prospettiva in esame la situazione giuridica, oggetto del giudizio, e quindi dell'accertamento giudiziale, è quella la cui sussistenza è rappresentata dall'integrazione in concreto dei presupposti normativi sostanziali di natura vincolata, relativi all'esercizio del potere. Non avrebbe allora senso, in tale scenario, enucleare un'ipotesi quale quella dell'esaurimento della discrezionalità, e porla in correlazione con l'accertamento giudiziale della situazione giuridica dedotta in giudizio: l'esaurimento della discrezionalità sarebbe, infatti, comunque estraneo a quest'ultima; mentre esso potrebbe assumere rilevanza laddove si consideri che l'oggetto della situazione giuridica, avente la struttura della pretesa, sia – come appunto individuato, ancorché implicitamente, dalla norma – l'interesse materiale del privato.

⁸⁴ Sul punto, sul fatto che l'art. 31, co. 3, c.p.a., sia, nei limiti individuati, norma 'processualmente neutra', in quanto deve rapportarsi ai termini della situazione oggetto di ricostruzione sotto il profilo sostanziale, cfr. *Potere e situazioni soggettive*, I, p. 345.

In un secondo senso, senza mettersi in discussione il carattere proprio della discrezionalità, si espunge invece il presupposto correlato a tale tipo di scelta dal fatto costitutivo della situazione giuridica di pretesa, e lo si ascrive invece al fatto impeditivo o estintivo della pretesa stessa. In tal modo, la situazione può essere configurata se il fatto impeditivo o estintivo non è fatto valere.

Nessuna di queste possibilità appare condivisibile.

La prima delle due comporta infatti che, a fronte di un particolare caso concreto, in ordine alla produzione o meno di una determinata situazione effettuale (o, il che è lo stesso, di una determinata situazione effettuale invece di un'altra) vi sia *una sola scelta legittima*. Più in particolare, potrà anche essersi al cospetto di una situazione in cui vi siano una pluralità di opzioni plausibili, in cui vi possa essere un disaccordo su quale sia l'opzione preferibile, ma, *al pari di quello che accade in ordine ad una qualsiasi attività interpretativa*, la scelta sull'opzione da preferire competerà all'organo deputato al suo accertamento in via definitiva: la ricostruzione compiuta dall'Amministrazione sarebbe quindi compiutamente sostituibile e riproducibile da parte del giudice, nel senso che – si badi – la scelta sull'opzione che si ritiene di preferire sarebbe *in ogni caso* quella accordata dall'autorità giudiziaria che procede all'accertamento⁸⁵. Ora, in disparte

⁸⁵ Invero, le posizioni che si rinvergono sul punto solitamente non arrivano a tali conseguenze, in quanto spesso rivolte non alla ricostruzione delle situazioni giuridiche soggettive, ma all'analisi di altri profili, quali in particolare quelli attinenti alla natura della discrezionalità amministrativa e al suo sindacato. In molti casi, inoltre, non è neppure chiarissimo il riferimento alla sussistenza o meno di una sola scelta legittima in relazione ad una determinata fattispecie concreta, stante l'utilizzo di formule ambigue in relazione all'operato del giudice amministrativo (quale 'completamente' o 'integralmente' sindacabile, ecc.). La conclusione, tuttavia, non potrebbe essere diversa da quella appena esposta: se, in ordine alla decisione concernente la produzione di un determinato effetto precettivo, si struttura la fattispecie sostanziale di modo che (lo si ammetta o meno espressamente) il margine di scelta venga ascritto all'attività di qualificazione normativa, o comunque sia a questa equiparato nelle conseguenze, allora, tra le differenti scelte opinabili in relazione al singolo caso concreto, la scelta legittima sarà quella effettuata dall'autorità giudiziaria, davanti alla quale la questione è portata all'esame, che potrà sostituirla a quella già compiuta ovvero compierla direttamente, qualora la situazione giuridica soggettiva di pretesa assurga ad oggetto del giudizio.

In effetti, in molte delle ricostruzioni in questione i relativi aspetti non sono chiaramente messi in luce: da un lato, infatti, chi prende in considerazione il processo di annullamento dell'atto presuppone che comunque una scelta sia già stata compiuta dall'Amministrazione, per cui la sostituzione avverrebbe comunque all'esito della sua confutazione; dall'altro, si utilizzano molte volte espressioni ambigue, quali piena o compiuta sindacabilità, senza portarsi l'imposta-

qualsiasi rilievo in ordine al rapporto tra discrezionalità e interpretazione sotto il profilo teorico⁸⁶, una siffatta evenienza risulta esclusa dal diritto positivo: l'art. 31, co. 3, c.p.a. prescrive infatti, come già ricordato, che il giudice non possa pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa, qualora sussistano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità, ovvero non siano necessari adempimenti istruttori riservati alla P.A., così presupponendo la possibilità di una pluralità di alternative legittime, rispetto alle quali viene lasciata all'Amministrazione la relativa scelta.

La seconda impostazione, espungendo, come detto, dal fatto costitutivo l'elemento afferente alla scelta discrezionale, e riconducendolo ad un fatto impeditivo o estintivo, lo configura, nella sostanza, come contenuto di un potere che, sul piano funzionale, consente di restringere la sfera giuridica del titolare della pretesa⁸⁷. Ora, se gli elementi afferenti alla discrezionalità corrispondessero ad un potere sostanziale di carattere estintivo o impeditivo, sul versante processuale dovrebbe sussistere un'eccezione in senso stretto (un'eccezione, cioè,

zione assunta alle sue naturali conseguenze. Cfr. per alcune tesi, in particolare con riferimento a quella di F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa 'non discrezionale'*, Napoli, 1991, pp. 80 ss. e 183 ss.; sembrerebbe nello stesso senso anche M. GIOIOSA, *Amministrazione di risultato e tutela giurisdizionale*, Napoli, 2012, spec. pp. 300 ss., 329 ss., 358 ss. e 370 ss. Differentemente invece, l'approccio di E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, 2008, *passim*, che parla espressamente di piena sostituibilità del giudice nelle scelte dell'Amministrazione, cosicché il giudice potrebbe applicare, al pari di quanto avviene in qualsiasi attività interpretativa, l'opzione che ritiene preferibile (pp. 45-46, p. 133); ma ciò in ragione di una rideterminazione, da parte dell'A., degli stessi confini della discrezionalità amministrativa in senso proprio, la quale sussisterebbe soltanto ove risulti ravvisabile un effettivo legame con la politicità della scelta (l'area essenzialmente riferibile all'alta amministrazione), e quindi una sfera libera-politica riconosciuta all'Amministrazione.

⁸⁶ Su cui si rimanda a quanto detto in *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 417 ss.

⁸⁷ La configurazione di un potere sostanziale è data dalla circostanza che non potrebbe riconoscersi efficacia già in sé al fatto impeditivo o estintivo (fatto a cui, al limite, l'Amministrazione dovrebbe attribuire giuridica rilevanza all'interno del procedimento, quasi una sorta di eccezione in senso stretto auto-sollevata nel procedimento). Se così fosse, infatti, verrebbe meno il valore della scelta discrezionale della P.A. nell'esercizio del potere stesso.

La ricostruzione in questione viene considerata, invero in termini critici, da L. FERRARA, *Dal giudizio*, cit., p. 186 ss., riprendendo e generalizzando un'impostazione che M. CLARICH, *Termine del procedimento*, cit., pp. 106-107, aveva riferito ad una particolare ipotesi di acquisto della cittadinanza. Viene ripresa in termini maggiormente possibilistici in L. FERRARA, *Individuo e potere*, cit., p. 58, in ordine alle libertà garantite dal diritto costituzionale o dell'UE, come quella economica (in tale ultima prospettiva, peraltro, al potere ablatorio parrebbero attenersi tutti gli elementi, anche vincolati, oggetto di valutazione).

da sollevarsi necessariamente su istanza di parte) del medesimo contenuto ⁸⁸. L'art. 31, co. 3, c.p.a., tuttavia, sconfessa tale conclusione. Esso, infatti, nel prevedere che il giudice non debba pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa laddove residuino profili ulteriori di discrezionalità, considera appunto la discrezionalità residua come un fatto di cui il giudice deve valutare la sussistenza: non vi è dubbio, in proposito, che se dalla decisione effettuata in sede amministrativa non possa quantomeno presumersi che la discrezionalità sia esaurita (si pensi al caso in cui non vi sia stata alcuna scelta discrezionale, o addirittura non si sia pervenuti ad alcuna decisione), il requisito di cui alla norma appena richiamata non potrebbe dirsi integrato.

In tale prospettiva, la terza modalità per pervenire alla configurazione di una pretesa ad ottenere l'utilità finale è quella allora che più interessa. Essa attiene alla prospettiva per cui la fattispecie della situazione giuridica di pretesa ricomprende la determinazione della preferenza in ordine alla scelta discrezionale da compiersi, e la discrezionalità mantiene il suo carattere di scelta propria dell'Amministrazione. La considerazione della concreta sussistenza della situazione giuridica può verificarsi, in tale ipotesi, laddove si possa considerare avvenuta la determinazione della preferenza.

Il problema, in tale scenario, è però quello di configurare una situazione giuridica di pretesa che possa qualificarsi come tale anche prima dell'effettiva determinazione della preferenza; che possa, cioè, in questo senso, considerarsi sussistente a prescindere dall'effettiva esplicazione del potere.

Ora, l'impostazione appena descritta, nel riferirsi all'utilità finale, è propria di un ampio filone ricostruttivo, che, come già accennato, ha ricevuto riscontro nella dottrina amministrativistica, il quale ha cercato di configurare una situazione giuridica che avesse la consistenza di una pretesa all'utilità finale/provvedimento favorevole, ponendosi, in massima parte, in continuità con

⁸⁸ Se, infatti, lo stesso fatto che è a fondamento dell'eccezione potesse essere rilevato d'ufficio dal giudice, allora semplicemente non potrebbe configurarsi in capo alla parte un potere nel senso descritto, perché la situazione effettuale corrispondente non dipenderebbe dall'esercizio di detto potere, ma risulterebbe già sussistente nella realtà giuridica.

l'indirizzo della Cassazione di cui alla sent. n. 500/1999. Il riferimento al bene della vita, che in tale pronuncia ha trovato riscontro nell'ammissione della tutela risarcitoria, ha permesso infatti di evocare, come già ricordato, una logica di 'spettanza'⁸⁹. Su tale base, si è potuto procedere ad una ricostruzione della situazione giuridica soggettiva, che fronteggia il potere amministrativo (l'interesse legittimo, o una nuova situazione che ad esso, concepito in senso tradizionale, si andrebbe ad affiancare), intendendola sempre come pretesa rivolta al conseguimento dell'utilità finale, pretesa che deve quindi poter ottenere piena tutela, per equivalente e/o in forma specifica. La situazione giuridica, così configurata, assurgerebbe ad oggetto del giudizio attraverso i rimedi già presenti con la l. n. 205/2000, nel solco del quale il filone in esame essenzialmente si è situato; il riferimento è, in particolare, all'utilizzo dell'azione risarcitoria, anche in forma specifica, esperibile davanti al giudice amministrativo. In questo senso, il giudizio sulla spettanza sarebbe quindi un giudizio di condanna (per equivalente o in forma specifica), ovvero costitutivo in quanto cognitivo ed esecutivo ad un tempo, nel senso già chiarito⁹⁰.

Nell'ambito di questa prospettazione, possono considerarsi due generali indirizzi ricostruttivi. Secondo il primo, che potremmo riferire ad una concezione del rapporto in senso pienamente o compiutamente dinamico, l'accertamento giudiziale dovrebbe comunque pervenire alla definizione della pretesa⁹¹.

⁸⁹ Definizione, come detto, introdotta da G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 287 ss., spec. pp. 298 ss. e 315 ss., ma che invero, come pure si è già avvertito, è stata poi largamente utilizzata, in diverse declinazioni, da parte della dottrina. In particolare, il riferimento, secondo l'illustre A., sarebbe quello ad un rapporto in senso da noi definito (cfr. subito *infra*) 'staticizzato', non invece dinamico. Cfr. anche, a tal proposito, il successivo saggio G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 241 ss., spec. pp. 245 ss. e 252 ss.

⁹⁰ Si vedano in particolare D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, spec. p. 170 ss.; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, Padova, 2001, p. 171 ss.

⁹¹ È la tesi di G. GRECO, il quale, modificando l'originaria impostazione sostenuta ne *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, (ove si faceva riferimento ai soli elementi 'rigidi' del rapporto), è pervenuto alle conclusioni descritte nel testo in varie occasioni: cfr. in particolare ID., *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 481 ss.; ID., *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto un aggiornamento sul tema*, in F. FRANCARIO, M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggetti della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazza*, Napoli, 2017, p. 27 ss.

Per il secondo, a cui potremmo invece ricondurre una definizione del rapporto in senso 'staticizzato', l'accertamento giudiziale copre la pretesa soltanto in relazione ai suoi elementi vincolati e relativi a profili discrezionali in ordine ai quali la scelta è già stata compiuta (elementi 'statici' o 'staticizzati', appunto), cosicché, in mancanza di una piena staticizzazione, si assisterebbe ad un accertamento soltanto parziale della pretesa, e ad una sentenza ad un siffatto accertamento corrispondente. La staticizzazione, a sua volta, sarebbe quella riferibile all'esito del procedimento, secondo un'impostazione ammessa generalmente in dottrina, ovvero, in alcune teorizzazioni, anche quella che può avvenire nel corso del processo: in quest'ultima ipotesi, l'Amministrazione non avrebbe l'onere di far valere in giudizio i profili discrezionali dell'azione, ma le si riconoscerebbe una facoltà nel medesimo senso (che, ovviamente, essa andrebbe ad esercitare qualora lo ritenesse conveniente)⁹².

Invero, non sempre risulta agevole ascrivere le varie tesi dottrinali che si confrontano sul punto all'una o all'altra ottica indicata, né, in definitiva, addivenire ad una compiuta ricostruzione dei due differenti indirizzi concettuali. Non pare, infatti, esservi piena contezza della necessità di giustificare sul piano sostanziale la consistenza della situazione giuridica posta ad oggetto dell'accertamento giudiziale; e del fatto che, appunto dalla consistenza di detta situazione, e dal suo assurgere ad oggetto del giudizio, derivi un onere di dedurre tutti gli elementi idonei a dimostrarne la sussistenza/insussistenza (della pretesa all'utilità finale; della pretesa all'utilità finale in quanto staticizzata), secondo quanto si è avuto modo di spiegare.

In particolare, in merito alla tesi del rapporto inteso in senso staticizzato potrebbe ritenersi che l'impossibilità di accedere al sindacato giurisdizionale per gli elementi 'non staticizzati' della fattispecie, tradisca in realtà l'effettiva consistenza della situazione giuridica, che verrebbe a declinarsi, ancora una volta,

⁹²Nella prospettiva in esame, che la staticizzazione possa avvenire anche nel corso del processo si ritrova, se ben si è inteso il pensiero dell'A., in A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione*, II, cit., p. 358 ss. e 448 ss. Sul concetto di rapporto 'staticizzato' si veda in generale quanto si dirà nel par. successivo.

non come pretesa ad un'utilità finale, ma come pretesa a ciò che è normativamente garantito.

Per quanto concerne la tesi del rapporto inteso in senso dinamico, essa incorre invece nella seguente obiezione. La dinamicità del rapporto è data, come accennato, dalla circostanza che la discrezionalità andrebbe necessariamente esaurita (quantomeno) nel processo, ciò che appunto consentirebbe all'interesse legittimo di qualificarsi come pretesa all'utilità finale. A tal fine, si considera che, ammettendosi che la situazione del privato possa essere posta ad oggetto del giudizio attraverso l'esperimento della corrispondente azione (in particolare, l'azione di adempimento, che potrebbe essere utilizzata, aggiungiamo noi, tanto per gli interessi pretensivi, quanto per quelli oppositivi, come condanna ad un *non facere*), si dovrebbe poi conseguentemente ricavare che, in tale circostanza, se è onere del ricorrente dedurre e fornire la prova di quelli che potremmo definire elementi statici della fattispecie, per quanto concerne gli elementi riferibili alla discrezionalità il privato non potrebbe che richiedere strumenti (ordinanze istruttorie o cautelari) che siano idonee a provocarne l'esaurimento; dal canto dell'Amministrazione, sarebbe suo onere addurre tutti i motivi che si oppongono all'accoglimento della domanda (concernente la pretesa all'utilità finale); il giudice potrebbe comunque, si aggiunge, provvedere all'utilizzo di strumenti (quelli, si deve intendere, richiesti dalla parte o adottabili d'ufficio) al fine di provocare l'esaurimento della discrezionalità⁹³.

Un siffatto ragionamento pare tuttavia evidentemente tautologico. Da un lato, infatti, l'interesse legittimo verrebbe a qualificarsi come pretesa all'utilità finale, nella sostanza, in quanto la discrezionalità dovrebbe comunque esaurirsi in giudizio; dall'altro, l'esaurimento della discrezionalità costituirebbe un onere per la P.A. nel momento in cui l'interesse legittimo, così configurato, è posto ad oggetto del giudizio. Non è un caso la stessa impostazione in esame non porta la tesi dell'onere sino alle sue compiute conclusioni. Ed infatti, se fosse onere

⁹³ Cfr. G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto*, cit., p. 63 ss.

dell'Amministrazione esaurire la discrezionalità in giudizio, ed espletare gli eventuali adempimenti istruttori ad essa riservati al fine di evitare la condanna, non dovrebbe essere onere del ricorrente provarli, né potrebbe il giudice sopperire al mancato assolvimento dell'onere. Più in particolare, se di onere si trattasse, anche nell'ipotesi in cui nessuna difesa sia adottata dalla P.A., e nessuna attività giudiziale sia espletata in tal senso, la discrezionalità – si badi – dovrebbe comunque considerarsi esaurita, e il giudice dovrebbe, conseguentemente, pronunciarsi in ogni caso sulla fondatezza della pretesa: se, infatti, l'accertamento è rivolto alla situazione giuridica soggettiva, nel senso che essa costituisce appunto l'oggetto dell'accertamento giudiziale, e se la stessa si configura quale pretesa all'utilità finale, allora l'accertamento di cui si discorre riguarderà comunque detta situazione giuridica (e quindi la spettanza o meno, in via definitiva, dell'utilità finale), a prescindere dalle difese dell'Amministrazione. L'onere deriverebbe quindi, in ossequio al principio del dedotto e del deducibile, dalla circostanza che, una volta intervenuto l'accertamento, l'Amministrazione si vedrebbe precluso il riesercizio del potere sulla base di ulteriori rilievi (riguardanti o meno profili discrezionali) che possano portare ad un risultato contrastante con detto accertamento.

Non potendo farsi riferimento ad una situazione giuridica che proprio dalla realtà processuale dovrebbe derivare la propria consistenza, mancherebbe, quindi, una base a cui rapportare tale ricostruzione.

Vi sarebbe, invero, un'ulteriore alternativa, attraverso la quale pervenire ad una ricostruzione di una situazione giuridica quale pretesa all'utilità finale. Questa, in realtà, non costituisce una categoria a sé stante, ma è indicativa, piuttosto, di un'ipotesi trasversale, il cui realizzarsi risulta idoneo ad incidere, in sé, sulla consistenza della situazione giuridica del privato. Si può, cioè, configurare una pretesa alla produzione o alla non produzione dell'effetto qualora si individui, al verificarsi di particolari circostanze, una preclusione di ordine sostanziale o processuale (ovviamente, in relazione a quest'ultima ipotesi, differente da

quella che deriva dall'accertamento della stessa situazione giuridica): nel momento in cui la preclusione si realizza, infatti, i profili di discrezionalità diventano irrilevanti ai fini della configurazione del rapporto con il potere nel senso di pretesa-obbligo.

Sotto il profilo processuale, non sembra però potersi dedurre alcuna preclusione idonea a mutare la consistenza della situazione giuridica dedotta in giudizio. Questa, infatti, non potrebbe fondarsi sul principio del dedotto e del deducibile, il quale, secondo la rappresentazione appena fornita, non estende l'oggetto del giudizio, ma, al contrario, determina in relazione a quest'ultimo la sua portata, attenendo alla sua tenuta (concerne, cioè, non il giudicato sostanziale, ma il giudicato formale)⁹⁴. Neppure può farsi riferimento ad altra preclusione processuale, atteso che non soltanto non vi è una previsione espressa in tal senso⁹⁵, ma al contrario è espressamente previsto, all'art. 31, co. 3, c.p.a.,

⁹⁴ In questo senso C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 275 ss. Cfr. anche ID., *Per un giudicato pieno e paritario a prezzo di un procedimento amministrativo all'insegna del principio di preclusione*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, p. 177. Analogamente, sull'ininfluenza del principio del dedotto e del deducibile, inteso in senso tecnico, a restringere o ampliare i limiti oggettivi del giudicato A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 391; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, pp. 64-65; C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, pp. 108-110. Cfr. anche M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Milano, 1989, p. 151; M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, pp. 97-98.

La portata del principio, del resto, è ben chiara allo stesso G. GRECO, *Giudizio sull'atto*, cit., pp. 40 ss., p. 42, secondo cui il problema “non riguarda l'ampiezza che assume detto criterio nel giudizio civile o amministrativo. Esso riguarda viceversa (come sempre avvertito anche in passato) l'oggetto del giudizio amministrativo di annullamento, che può non essere il medesimo rispetto al giudizio civile di annullamento del contratto e, in genere, rispetto alle azioni costitutive di impugnazioni negoziali”.

⁹⁵ Si noti come con l'introduzione dell'azione di adempimento ad opera del Secondo correttivo, non è stata riprodotta quella particolare previsione, contenuta nel progetto originario del Codice del processo amministrativo, e poi espunta insieme alla iniziale eliminazione dell'azione di adempimento dal testo definitivo, ove si disponeva che “*le parti allegano in giudizio tutti gli elementi utili ai fini dell'accertamento della fondatezza della pretesa*”. Tale previsione avrebbe infatti potuto essere interpretata nel senso di predisporre una preclusione processuale in ordine a tali elementi, idonea, come tale, a dare fondamento (in maniera, è evidente, del tutto differente da quanto attiene alla regola del dedotto e del deducibile) ad un accertamento giudiziale che fosse riferibile alla pretesa all'utilità finale, al rapporto, cioè, in senso dinamico (ma su tale conclusione potrebbe anche discutersi: secondo L. FERRARA, *Domanda giudiziale*, cit., p. 650, ed ivi n. 123, la disposizione poteva essere interpretata sia come riferimento a tutti gli elementi del fatto costitutivo di una situazione giuridica intesa quale pretesa alla possibilità normativa del risultato favorevole, sia nel senso di consentire un giudizio avente ad oggetto il rapporto inteso in senso dinamico). In mancanza, non sussisterebbe una previsione normativa a cui ancorare

come più volte ripetuto, che il giudice non possa pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa qualora residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e siano necessari adempimenti istruttori riservati all'Amministrazione. Se, allora, per ottenere una pronuncia che accerti la fondatezza della pretesa all'utilità finale è necessario che la discrezionalità sia esaurita, la discrezionalità non potrà esaurirsi semplicemente in ragione dell'aver posto ad oggetto del giudizio una situazione giuridica soggettiva che dalla normativa dell'azione di adempimento dovrebbe trarre la sua consistenza di pretesa all'utilità finale: si ricadrebbe, infatti, nella tautologia poc'anzi accennata.

La preclusione, quantomeno generalizzata, non potrebbe poi conseguire neppure in via sostanziale. Le preclusioni di carattere sostanziale ipotizzate dalla dottrina e dalla giurisprudenza (peraltro, non tutte riferibili ad un solo episodio di esercizio del potere) non appaiono infatti convincenti ⁹⁶, e, peraltro, devono essere ora rapportate al nuovo art. 10 *bis*, l. n. 241/1990, come modificato dalla l. n. 120 dell'11 settembre 2020.

La nuova previsione ha, in effetti, introdotto una preclusione di carattere procedimentale nel nostro ordinamento. In particolare, è stato stabilito che, nell'ipotesi in cui la dialettica procedurale si sia sviluppata nel senso che, a fronte del preavviso di rigetto comunicato dall'Amministrazione, l'istante abbia presentato osservazioni, nel caso di annullamento in giudizio del provvedimento, la P.A., nell'esercitare nuovamente il suo potere, non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato. Tale preclusione, tuttavia, secondo quanto in altra sede si è avuto modo approfonditamente di spiegare ⁹⁷, pare avere un'impronta piuttosto restrittiva, in quanto risulta strettamente collegata, nella sua portata, nelle sua modalità esplicativa e nei suoi effetti, alla dinamica procedimentale e processuale nella quale

una siffatta preclusione.

⁹⁶ Sul punto, sia consentito rinviare a quanto da noi sostenuto in *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 346 ss.

⁹⁷ Per una compiuta analisi della nuova normativa, sia consentito rimandare ad A. CARBONE, *Prime considerazioni sulla modifica dell'art. 10 bis, l. n. 241/1990. Preavviso di rigetto e preclusioni*, cit.

viene ad essere inserita, da cui quindi ricava necessariamente limiti corrispondenti; in tal modo escludendo anche, per altro verso, la possibilità di ulteriori modalità preclusive in via interpretativa.

6. La distinzione, nella configurazione dell'interesse legittimo quale pretesa all'utilità finale, del rapporto in senso dinamico e del rapporto in senso staticizzato, quali alternative ad essa riferibili. La differenza con il rapporto in senso statico che caratterizza la pretesa all'utilità strumentale. Il rapporto inteso in senso staticizzato come fondamento dell'interesse legittimo quale situazione giuridica strutturalmente peculiare, avente ad oggetto l'utilità finale. Rilievi problematici e spunti ricostruttivi

Invero, quanto detto in ordine alle concezioni che configurano una pretesa all'adozione o alla non adozione di un provvedimento consente di soffermare l'attenzione su un ulteriore aspetto, che costituisce un profilo di importante differenziazione rispetto a quelle tesi, precedentemente analizzate, che configurano invece una pretesa in ragione di ciò che risulta normativamente garantito.

In effetti, se ci si pone nell'ottica del rapporto in senso 'compiutamente dinamico', o 'staticizzato', si presuppone che gli elementi relativi alla fattispecie della situazione giuridica, configurata appunto come pretesa a che la situazione effettuale sia posta o non sia posta in essere, si vengano, per così dire, a 'staticizzare' nel momento in cui la spendita di discrezionalità sia avvenuta (e sempreché, si intende, sia avvenuta legittimamente o non sia toccata dall'illegittimità riscontrata). In questo senso si giustifica il riferimento, effettuato da parte della dottrina, a sentenze di rigetto allo stato degli atti o a sentenze di condanna parziale⁹⁸: si presuppone, evidentemente, un accertamento soltanto parziale della situazione giuridica.

Il punto è rilevante in quanto, secondo pacifica impostazione della scienza processualistica, l'accertamento giudiziale non copre i singoli fatti, ma ha ad oggetto la situazione giuridica (detto altrimenti, i fatti sono oggetto di cognizio-

⁹⁸ Cfr. *supra*, al par. precedente.

ne in relazione alla situazione giuridica, ma solo quest'ultima è oggetto di accertamento). Ora, la concezione di una situazione giuridica configurata nel senso di una pretesa all'utilità finale, il cui accertamento avviene in termini più o meno completi in relazione al grado di 'staticizzazione' della fattispecie, comporta il seguente risultato: ancorché i singoli fatti non siano oggetto di accertamento, l'accertamento stesso riguarderà la situazione giuridica nel suo livello di staticizzazione, e come tale sarà idoneo a coprire le valutazioni discrezionali già effettuate a detta situazione correlate.

Viceversa, si è già avuto modo di evidenziare come concepire una situazione giuridica che abbia la consistenza di una pretesa a ciò che è normativamente garantito, in vario senso declinata, comporta che l'accertamento compiuto dal giudice in ordine alla situazione giuridica sarà comunque estraneo alle scelte discrezionali espletate. Ciò vale con particolare riguardo per l'impostazione che configura l'interesse legittimo come pretesa all'attuazione della possibilità normativa del risultato favorevole, il cui fatto costitutivo è determinato dai presupposti sostanziali, di natura vincolata, dell'esercizio del potere. Salvo infatti che il potere sia vincolato in astratto (mancanza di discrezionalità in astratto, in cui l'oggetto della situazione giuridica consiste normativamente nell'attribuzione dell'utilità finale), l'esaurimento delle valutazioni discrezionali (esaurimento della discrezionalità in senso proprio), ma a ben vedere anche la circostanza che, nel caso concreto, sussista una sola scelta legittima (mancanza di discrezionalità in concreto), sono elementi che non potranno essere coperti dalla decisione di condanna: nessun vincolo deriverebbe dal giudicato, in quanto la condanna sarà sempre uguale a sé stessa, vertendo sulla garanzia normativa accordata all'interesse del privato (il corretto esercizio del potere discrezionale)⁹⁹.

Le considerazioni appena effettuate ben si prestano a spiegare un'ulteriore ricostruzione dottrinale, avanzata da chi, nella sostanza, perviene, attraverso

⁹⁹ Cfr. *supra*, nel testo e in nota.

di essa, ad un tentativo di fornire una compiuta base concettuale a ciò che da parte nostra è stato definito come rapporto ‘staticizzato’.

Tale ricostruzione, partendo dalla necessità, già sopra riferita, di opporsi alla svalutazione del substrato assiologico riferibile alla situazione giuridica, come detto propria dell’ottica normativista di risoluzione nel riflesso della norma delle situazioni soggettive, ha ritenuto necessario ribadire che diritto soggettivo e interesse legittimo debbano essere considerate come situazioni strutturalmente diverse, e potenzialmente attinenti al medesimo interesse di un soggetto, rispetto al quale cambierebbe la relativa modalità di protezione¹⁰⁰. In questa prospettiva, si afferma che se il diritto soggettivo individua una protezione giuridica dell’interesse stabilita *a priori* e in astratto dalla norma sostanziale, l’interesse legittimo, quale posizione che può quindi intendersi come appartenente al piano della teoria generale, trova riscontro ogniqualevolta l’ordinamento non determina la soluzione sostantiva del conflitto sociale, ma si limita a predisporre i congegni per la sua soluzione¹⁰¹. All’esito dell’esperimento di tali congegni (essenzialmente, quelli attinenti alla struttura procedimentalizzata del

¹⁰⁰ È questa la prospettiva di A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, cit., p. 273 ss., già peraltro in via generale rappresentata in ID., *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, cit., p. 981 ss. (ove era presente il riferimento alla funzionalizzazione dell’interesse legittimo all’interesse pubblico, poi non più ripresa). L’illustre A. parte dalla prospettiva secondo cui configurare logicamente una sola situazione giuridica soggettiva favorevole (e, per altro verso, una sola situazione giuridica soggettiva sfavorevole) deriverebbe dalla perdita del valore categoriale della soggettività giuridica, e dalla conseguente emersione di situazioni giuridiche normative, concepite, cioè, quale mero riflesso di una norma, senza che sia tenuta in dovuto conto la consistenza assiologica intrinseca alla pretesa oggetto della situazione giuridica soggettiva stessa. Si afferma dunque (ID., *Giudice amministrativo*, cit., p. 280) che “secondo una ricostruzione assiologicamente orientata *a parte subiecti* delle situazioni giuridiche soggettive, queste ultime sono fondamentalmente impennate su quegli interessi che, promanando direttamente dalla sfera esistenziale del soggetto storico, coincidono in buona sostanza con le utilità “finali” cui esso si presume aspiri (la possibilità di edificare sull’area di cui si ha la disponibilità; la conservazione della proprietà del fondo; ecc.)”, mentre, laddove si riducano le modalità di riconoscimento degli interessi del soggetto a situazioni giuridiche favorevoli strutturalmente identiche, l’oggetto di esse consisterà (p. 279) in “una qualche – e qualunque – pretesa, non altrimenti rilevante per le proprie caratteristiche intrinseche” (non, quindi, necessariamente coincidente con l’utilità finale del soggetto), purché dotata di garanzia di soddisfazione giuridica. In generale, cfr. inoltre ID., *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 1997, p. 48 ss.; ID., *Situazioni giuridiche soggettive e decisioni delle amministrazioni indipendenti*, *ivi*, 2002, p. 461 ss.

¹⁰¹ A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo*, cit., p. 283 ss.

potere, idonei ad inserire l'esercizio di quest'ultimo in un percorso di oggettivizzazione e razionalizzazione), l'astratta possibilità di realizzazione può trasformarsi tanto in necessità di realizzazione, quanto in impossibilità realizzativa, nonché, ancora, nel permanere dell'incertezza¹⁰². La configurazione, in tal modo effettuata, della situazione giuridica, non consente di porre ad oggetto della stessa gli interessi che stanno alla base dei differenti congegni procedurali (gli interessi procedimentali): questi ultimi sono protetti in termini di necessaria realizzazione, ma sono rivolti appunto ad un referente assiologico estraneo al contenuto dell'interesse legittimo, la cui tutela attiene invece alla dissipazione della condizione di strutturale incertezza circa la soddisfazione dell'interesse materiale di base del suo titolare¹⁰³. Il giudice dell'interesse legittimo avrebbe allora il compito di accertare la consistenza dell'aspettativa giuridica di realizzazione dell'interesse materiale di base che viene a concretarsi in capo al titolare in seguito all'esplicazione dei congegni sostanziali; e l'unico limite che incontrerebbe in tal senso sarebbe quello dell'impossibilità di supplire egli stesso alla mancata attivazione di detti congegni sostanziali (non può controllare, in altri termini, la 'discrezionalità non spesa')¹⁰⁴. In tale prospettiva, è possibile configurare un giudizio di 'spettanza'¹⁰⁵, in cui la portata dell'accertamento giudiziale verrebbe a rapportarsi con l'esito dell'esplicazione dei relativi congegni sostanziali¹⁰⁶.

¹⁰² A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, p. 286 ss.

¹⁰³ A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, p. 291 ss., ove si afferma che la violazione delle norme procedurali che tutelano i relativi interessi procedimentali si pone di per sé sola come fatto lesivo rispetto ad essi, mentre la medesima violazione non potrebbe configurarsi come lesiva dell'interesse legittimo ove la possibilità di realizzazione dell'interesse materiale di base a quest'ultimo riferibile in concreto e obiettivamente non sussista. Sul punto cfr. anche A. ROMANO TASSONE, *Vizi formali e vizi procedurali*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007, p. 228 ss.; ID., *I problemi di un problema*, cit., p. 64.

¹⁰⁴ A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo*, cit., p. 288, riprendendo l'espressione di F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, cit., p. 395. Cfr. anche A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, cit., p. 981; nonché ID., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, p. 344 ss.

¹⁰⁵ A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo*, cit., p. 289 ss., per cui, una volta inteso nel senso spiegato la figura dell'interesse legittimo, la "logica della spettanza", precedentemente ritenuta tipica ed esclusiva della tutela di diritto soggettivo, potrebbe ad esso applicarsi.

¹⁰⁶ La configurazione di un giudicato sulla spettanza che si declini non secondo una logica binaria, per la quale il bene oggetto del contendere o compete o non compete a colui che lo

Nella tesi appena descritta, dunque, l'esigenza di porre ad oggetto della situazione giuridica l'interesse all'utilità finale viene risolta facendo riferimento ad una particolare struttura della situazione giuridica: detta situazione, infatti, non consiste in una pretesa in senso tecnico, ma, rispetto ad essa, vi è un tentativo di articolare, appunto su base strutturale, una relazione che non si pone su una logica puramente binaria, ma in una più complessa scansione ternaria. In tal modo, la dottrina in esame è in grado, senza rinunciare alla rilevanza assiologica della situazione giuridica, e senza dover riuscire a giustificare una pretesa in senso tecnico all'utilità finale, di configurare un giudizio, e soprattutto un giudicato, sulla 'spettanza'. Tale ricostruzione, inoltre, pone in evidenza un aspetto di estrema importanza ai nostri fini: la consistenza della situazione giuridica, e, conseguentemente, dell'accertamento giudiziale ad essa riferito, progredisce con l'avanzamento della funzione, e si collega quindi alla funzione intesa sotto il profilo strutturale¹⁰⁷.

Tuttavia, il problema che si presenta rimane quello per cui la necessità di porre ad oggetto della situazione giuridica l'interesse materiale non risulta essere di per sé sufficiente a dare fondamento ad una particolare ricostruzione concettuale; quest'ultima deve infatti trovare un compiuto riscontro sul piano strutturale del contesto normativo, non potendo altrimenti ricevere giustificazione. Ora, il riferimento, effettuato dalla dottrina appena esaminata, a conge-

invoca in giudizio, ma che può in concreto collocarsi anche nel segno della possibilità giuridica di soddisfazione della pretesa del ricorrente al bene della vita, contemplando, cioè, anche la possibilità che perduri l'incertezza sulla soddisfazione dell'interesse materiale del titolare dell'interesse legittimo, viene rappresentata in A. ROMANO TASSONE, *Sulla regola del dedotto e deducibile nel giudizio di legittimità*, in *Giustamm.it*, 2006. In questo senso, nella prospettiva dell'A., ciò comporterebbe che, laddove vengano lamentati vizi formali o procedurali, e il giudice annulli l'atto non ritenendo integrati i requisiti dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, il rapporto amministrativo sostanziale non risulti definito nella determinazione dell'utilità finale, ma sia del pari applicabile, secondo appunto la logica della spettanza, la regola del dedotto e del deducibile in relazione all'oggetto dell'accertamento compiuto: andrebbe così negato che l'attività procedimentale espletata, confluendo, implicitamente o esplicitamente, nell'accertamento giudiziale che non addivene ad una soluzione definitiva sull'assetto degli interessi, possa essere sufficiente a risolvere di per sé la situazione di incertezza circa la pretesa del ricorrente.

¹⁰⁷ Da ultimo, sulla medesima linea, si pone la ricostruzione di M. TRIMARCHI, *Decisione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, in R. URSI, M. RENNA (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021, p. 115 ss., secondo una prospettiva già anticipata ne *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, p. 234 ss., spec. p. 241 ss.

gni sostanziali rispetto alla cui esplicazione si viene a definire la situazione giuridica che si confronta con il potere, e il conseguente legame che si viene a creare tra la stessa situazione giuridica e l'esplicazione della funzione, si pone in questa direzione. Tuttavia, andrebbe specificato in che modo ciò possa incidere sulla fisionomia strutturale della situazione giuridica, tale da modificarne il profilo attinente all'inattualità della pretesa. Se non si definisce questo aspetto, potrebbe sempre sollevarsi l'obiezione che ciò di cui si sta discutendo rilevi in realtà nel senso di un'aspettativa giuridicamente tutelata¹⁰⁸, secondo quanto si è già avuto modo di considerare.

7. Il potere come situazione giuridica soggettiva e il rilievo della struttura normativa della funzione

Secondo l'impostazione che si intende prospettare, il potere, come situazione giuridica soggettiva¹⁰⁹, individua una modalità deontica di un atto precettivo, concretamente sussistente in capo ad un soggetto qualora siano fattualmente integrati gli elementi richiesti dalle norme sulla produzione di carattere sostanziale perché l'effetto precettivo possa essere legittimamente prodotto.

Più in generale, l'inquadramento del potere quale situazione giuridica soggettiva, nell'interazione tra piano statico-astratto e piano dinamico-concreto del relativo fenomeno, deve a nostro avviso procedere nei termini che seguono.

La capacità, quale attitudine ad essere autore di atti giuridici (capacità d'agire) e titolare di situazioni giuridiche (capacità giuridica), attiene a due diffe-

¹⁰⁸ La medesima obiezione può essere espressa anche nei confronti della tesi di M. TRIMARCHI, *opp. loc. ult. cit.*, richiamata alla nota precedente.

¹⁰⁹ In via generale, con il termine di situazione soggettiva può infatti intendersi la posizione del soggetto rispetto ad una norma, e quindi rispetto all'interesse alla cui protezione la norma è rivolta (S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1950, p. 1). La norma, a sua volta, può consistere in una regola ontica, costitutiva quindi di una qualità del soggetto, ovvero in una regola deontica, avente cioè ad oggetto una modalità deontica o un'aspettativa che il soggetto ha rispetto ad un determinato comportamento. Nel primo caso, siamo di fronte a quello che può definirsi tecnicamente come *status*; nel secondo caso si è al cospetto di una situazione giuridica soggettiva in senso stretto (L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 300 ss.). Più in particolare, per quanto concerne la modalità o aspettativa di un comportamento, questa si può qualificare come situazione giuridica semplice, propria della teoria generale, atteso che può invece venire in considerazione, da parte dell'ordinamento positivo, una situazione giuridica complessa o composita, formata da più situazioni giuridiche semplici.

renti *status* (appunto, la capacità d'agire e quella giuridica), che il soggetto si vede attribuiti¹¹⁰. In questo senso, le capacità sono gli *status* dei soggetti dotati di determinati requisiti normativi, a cui, in forza appunto di tali *status*, sono riconosciute le situazioni giuridiche che ad essi fanno capo. Si presuppone, ragionando in questo modo, una concezione della capacità in termini generali, che possa far riferimento, appunto in generale, alle situazioni giuridiche afferenti al soggetto; tuttavia, si è soliti aggiungere, tale capacità generale non si estende a quegli atti espressione di autorità, cioè a quegli atti che sono espressione della cura di un interesse altrui o di carattere generale, ovvero, a seconda dell'imposizione seguita, a quegli atti che producono unilateralmente effetti nella sfera giuridica altrui¹¹¹. È necessaria in questo caso una specifica attribuzione, l'attribuzione cioè di una capacità *speciale* che si affianca a quella generale¹¹². La capacità speciale risulta quindi presupposto per la *titolarità* della relativa situazione giuridica soggettiva di potere e per la sua *attuazione* tramite l'adozione dell'atto corrispondente (più nello specifico, di quelle situazioni di potere che non si ritengono riferibili alla capacità generale).

A fronte dell'ascrizione della capacità speciale al soggetto, la normativa di riferimento individua, in capo ad esso, la situazione giuridica corrispondente,

¹¹⁰ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, I, cit., p. 342 ss. Cfr. A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, pp. 77 ss. e 143 ss.; ID., *Capacità (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 8 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1974, pp. 24 s. e 36 ss.; S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, I, Milano, 1943, pp. 131 ss. e 164 ss.; P. RESCIGNO, *Capacità giuridica*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1958, p. 873 ss.; ID., *Capacità di agire*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 861 ss.; P. STANZIONE, *Capacità. I) Diritto privato*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, p. 1 ss.; V. CERULLI IRELLI, *L'Amministrazione "costituzionalizzata"*, cit., p. 110 ss.

¹¹¹ In questo senso, V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli, 2011, p. 118 ss.; ID., *L'Amministrazione "costituzionalizzata" il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019, p. 74 ss.; A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 627; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, I, cit., p. 588 ss.; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, p. 6 ss.

¹¹² Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo*, cit., p. 122 ss.; ID., *L'Amministrazione "costituzionalizzata"*, cit., pp. 77 ss. e 115 ss.; ID., *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, I, Padova, 1998, p. 560 ss., secondo cui i poteri, che l'illustre A. riferisce a quelle attribuzioni che permettono al soggetto di agire nell'interesse altrui o nell'interesse di una generalità di soggetti, costituiscono capacità speciali che si affiancano alla capacità generale di diritto comune. Per la generale considerazione della capacità generale e di quella speciale, A. FALZEA, *Capacità*, cit., p. 25 ss.

nel senso che si è poco sopra spiegato. La situazione giuridica, nella sua specifica declinazione, risulta caratterizzata da una figura di qualificazione deontica che stabilisce la relazione tra il piano soggettivo e il piano contenutistico della situazione stessa, e un elemento che detto piano contenutistico individua. Quest'ultimo si rapporta all'interesse oggetto di tutela da parte della norma di riferimento, rispetto al quale è sempre strumentale un comportamento¹¹³. Nel caso della situazione giuridica di potere, il comportamento si relaziona ad una norma che non detta la disciplina degli interessi in conflitto, ma regolamenta l'adozione, da parte del soggetto titolare della situazione stessa, di un atto che ponga detta disciplina: una norma definita strumentale, o relativa alla produzione giuridica¹¹⁴. L'individuazione della situazione, a sua volta, fa riferimento alla situazione effettuale a cui si viene a rapportare: nel senso che ad ogni effetto (anche in via ipotetica, qualora esso non sia normativamente predeterminato o non lo sia comunque puntualmente) corrisponde una situazione di potere, la quale, secondo le regole generali, può essere autodeterminata o eterodeterminata a seconda che l'effetto stesso possa prodursi più volte in via cumulativa¹¹⁵.

La situazione giuridica, come detto, si collega ad una figura di qualificazione deontica del comportamento corrispondente, che individua il profilo

¹¹³ Non può quindi convenirsi con F.G. COCA, *Le situazioni giuridiche soggettive. Nozioni generali*, in ID. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, p. 133; cfr. anche ID., *L'interesse legittimo*, cit., p. 443 ss., per cui vi sarebbero talune situazioni che hanno ad oggetto interessi, quelle statiche, e situazioni che hanno ad oggetto comportamenti, quelle dinamiche. Invero, non può dubitarsi che l'interesse sia centrale alla caratterizzazione della situazione giuridica, rispetto al quale sia sempre rapportabile un comportamento, positivo o negativo, volto alla sua soddisfazione, comportamento proprio del titolare della situazione stessa, oppure altrui.

¹¹⁴ Cfr. F. CARNELUTTI, *di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 47 ss.; E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, p. 44 ss.; G. AULETTA, *Poteri formativi e diritti potestativi*, in *Riv. it. dir. comm.*, 1939, I, p. 564 ss.; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, p. 191 ss. Cfr. anche, nell'ambito della ricostruzione propria di questo A., A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, I, p. 43 ss., e II, pp. 173-174.

¹¹⁵ Si pensi, per quanto concerne le situazioni eterodeterminate, ad una sanzione irrogabile ogniquale venga compiuta un'azione vietata ripetibile; ovvero al conferimento di un'onorificenza che può essere ottenuta più volte. In presenza di tale circostanza, l'individuazione della situazione giuridica non può essere determinata unicamente dall'effetto, ma dipende necessariamente anche dal singolo fatto storico in relazione al quale l'effetto stesso si fonda.

concernente la doverosità o meno del suo esercizio all'interno della realtà ordinamentale.

La ricostruzione, nel senso descritto, della situazione di potere, comporta dunque che le due figure, del potere e del dovere, attengono a due piani distinti, concernenti, il primo, la connotazione strutturale della situazione giuridica soggettiva, e, il secondo, la modalità deontica che detta situazione caratterizza. Non vi è quindi, tra esse, contrapposizione alcuna, né possibile commistione; di conseguenza, non vi è alcuna preclusione a configurare poteri a carattere vincolato¹¹⁶.

La correlazione del carattere strutturale a quello concernente la modalità deontica consente di enucleare diverse declinazioni della situazione giuridica in esame. Si può in altri termini distinguere tra poteri che si connotano come facoltà, di cui solitamente si rimarca il loro essere attribuiti nell'interesse del soggetto che del potere stesso è titolare; e poteri rispetto ai quali si ravvisa un più o meno ampio carattere di doverosità (poteri-doveri, o funzioni, secondo le differenti terminologie), la cui attribuzione è sottesa al perseguimento di un interesse altrui o un interesse oggettivo. In questo secondo caso, la relativa funzionalizzazione viene reputata idonea ad incidere, in maniera più o meno marcata a seconda del differente dato sostanziale a cui l'interesse fa riferimento, sull'aspetto correlato al piano della doverosità del potere stesso; cosicché possono aversi, più in particolare, poteri vincolati e poteri discrezionali, a seconda che la produzione dell'effetto precettivo sia dovuta ovvero sia rimessa alla scelta del titolare del potere in correlazione a taluni vincoli dettati in tal senso dalla relativa normativa.

La sussistenza in concreto degli elementi della fattispecie della situazione giuridica in relazione alla quale l'esercizio del potere si qualifica in termini di doverosità (quindi, la sussistenza della situazione giuridica di potere che si caratterizza come doveroso) rende necessario l'esercizio stesso. Se ciò non avvie-

¹¹⁶ In proposito, per più approfondite considerazioni sul punto, si rimanda a *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 73 ss.

ne, se il potere non è cioè esercitato, l'effetto non si produce, ma vi è una violazione sul piano normativo, sanzionabile da parte dell'ordinamento; in particolare, detta violazione, sotto il profilo relazionale, è idonea a rilevare in ordine alle situazioni giuridiche dei soggetti che con il potere eventualmente si rapportino. Mentre, nel caso contrario, se cioè la fattispecie non è integrata nei suoi elementi (compresa l'ipotesi in cui sussista in positivo un requisito richiesto invece in negativo dalla relativa disciplina normativa), e il potere venga ugualmente esercitato, la violazione, che si produce in relazione al piano dell'invalidità dell'atto, rileva ugualmente sul piano della condotta, giacché la mancanza di una permissione positiva che l'ordinamento esprime si traduce automaticamente in un divieto in tal senso; anche tale circostanza risulta peraltro potenzialmente rilevante sul piano relazionale, in ordine ai rapporti che giuridicamente si possono configurare tra situazione giuridica di potere e altre situazioni soggettive

La distinzione tra un potere espressione di discrezionalità, e poteri espressione di una facoltà o di un obbligo, pone invero un problema in ordine al rilievo della modalità deontica sul piano della fattispecie dell'esercizio del potere, in ragione della ricostruzione che della relativa situazione giuridica si è data. Questa, come detto, sussiste in ragione della sussistenza in concreto dei presupposti sostanziali che determinano la corrispondente modalità deontica di produzione dell'effetto precettivo; mentre non rilevano i presupposti formali e procedurali, che, concernendo l'attuazione della modalità deontica di produzione dell'effetto, vanno riferiti all'esercizio della situazione di potere. Nell'ipotesi in cui si sia al cospetto di una facoltà o di un obbligo di produzione di un effetto precettivo, ciò significa che, in relazione alla normativa che disciplina il potere, la relativa situazione giuridica viene ricostruita nel senso che, al verificarsi di determinati fatti (la fattispecie costitutiva della situazione di potere), sussisterà una permissione positiva e negativa (facoltà), ovvero una permissione soltanto in positivo (obbligo), di produrre l'effetto precettivo. Nel caso in cui invece non sia ravvisabile un vincolo puntuale, la questione è più complessa, in quanto

la configurazione di un potere discrezionale presuppone che vi siano taluni elementi sostanziali, non compiutamente predeterminati, i quali sono idonei ad influenzare in maniera più o meno ampia la scelta di esercitare o meno il potere, e che sono posti al di fuori della fattispecie della situazione giuridica di potere, rilevando invece in ordine alla fattispecie del suo esercizio. Se così non fosse, se, cioè, la determinazione degli elementi in questione, nella loro compiuta declinazione, attenesse alla sussistenza della situazione giuridica di potere (di produzione di un determinato effetto precettivo), essi non andrebbero ad influire sulla modalità deontica relativa all'esercizio della situazione stessa. La considerazione di un potere (non vincolato o facoltativo, ma) discrezionale corrisponde dunque all'ascrizione di taluni elementi, in ragione di un vincolo non puntuale in tal senso, alla definizione della scelta, appunto solo parzialmente vincolata, di produrre o meno un particolare effetto precettivo.

In questo senso, in considerazione delle differenti impostazioni precedentemente descritte, possono aversi le seguenti alternative. L'estromissione della funzionalizzazione dall'ottica del rapporto fa sì che gli elementi afferenti alla discrezionalità ricadano al di fuori della modalità deontica della situazione di potere, in sé considerata: si configurerebbe, invece, un rapporto complesso, rispetto al quale il potere consisterebbe in una facoltà di porre in essere un effetto precettivo (sussistente se sussiste il relativo fatto costitutivo), in relazione all'esercizio della quale, appunto nella complessità del rapporto, sono presenti determinati vincoli, a cui si viene a rapportare la pretesa del privato. Al contrario, valorizzando l'ottica della funzionalizzazione sarebbe possibile pervenire ad un risultato opposto, per cui la fattispecie della situazione giuridica soggettiva di potere, al cospetto di profili di discrezionalità, ascriverebbe a sé tutti i profili di scelta che concernono la determinazione discrezionale nella loro correlazione con la produzione di uno specifico effetto precettivo, mentre la modalità deontica risulterebbe essere quella che deriva dalla doverosità della funzione: la situazione di potere consisterebbe, quindi, in un obbligo del relativo atto pre-

cettivo (sussistente, anche in questo caso, se sussiste il relativo fatto costitutivo), a fronte del quale è rapportabile la pretesa del privato alla produzione dell'effetto (più nello specifico, quest'ultima sussiste se sussiste la situazione di potere; sussisterà invece, ovviamente in capo ad altri soggetti, una situazione alla non produzione dell'effetto qualora la situazione di potere non sussista in concreto).

Il problema, tuttavia, è che il secondo ordine di idee non si presta, nelle tesi che sono state proposte, ad inserirsi in una ricostruzione che possa apparire condivisibile. In effetti, una volta negato il carattere di subordinazione dell'interesse privato a quello pubblico, che avrebbe portato, invero in maniera del tutto perplessa, ad un rapporto tra situazioni giuridiche di rango non paritario, non parrebbe più possibile ravvisare una situazione soggettiva, che si confronti con il potere, avente una struttura diversa da quella che si inserisce nel rapporto pretesa-obbligo, il cui oggetto trova il suo riscontro nella regolamentazione propria del potere stesso, quale normativa di relazione.

Ora, a nostro avviso, come nella versione più risalente dell'interesse legittimo la peculiare connotazione di tale situazione derivava dall'inserimento, all'interno del suo contenuto, dell'aspetto teleologico proprio della funzione amministrativa, deve parimenti ipotizzarsi una (diversa) peculiare configurazione della medesima situazione in ragione della capacità di conformazione che su di essa riveste il modello di esplicazione del potere, la funzione, cioè, intesa in senso strutturale.

Il tentativo di mantenere un'autonomia concettuale dell'interesse legittimo che passi per la ricerca di una differente correlazione strutturale tra situazione giuridica e funzione amministrativa, non più connotata dall'elemento della subordinazione all'interesse pubblico, non è invero nuovo: in questo senso si pone la visione dialogica del rapporto tra interesse legittimo ed esercizio del potere, nei termini che si è dato modo di rappresentare. Si è visto, tuttavia, come le soluzioni, che in tal senso sono state proposte con riferimento alle mo-

dalità di esplicazione della funzione, abbiano espresso tale carattere senza tuttavia riuscire a valorizzarlo appieno all'interno di una ricostruzione concettuale che potesse, per tale via, riconsiderare interamente la prospettiva funzionale. Proprio tale aspetto deve invece essere riconsiderato, al fine di pervenire ad un'ottica ricostruttiva che non svaluti, appunto, il profilo strutturale e teleologico della funzione, come avviene invece, lo si è visto, nell'ottica della configurazione di una situazione di pretesa a ciò che è garantito dalla regolamentazione normativa.

In particolare, la peculiare considerazione che si vuole delineare in ordine alla chiave strutturale della funzione non determina una diversa connotazione della situazione giuridica, ma, in conformità con l'impostazione di teoria generale da noi descritta, consente di declinare il piano relazionale del potere come obbligo direttamente rivolto alla produzione della situazione effettuale di carattere precettivo. Conseguentemente, la situazione del privato, che con il potere si pone in relazione, può essere considerata nei termini di una pretesa all'utilità finale, secondo quanto più volte chiarito. Rispetto a quelle impostazioni che propongono una ricostruzione del rapporto in senso (come si è definito) 'pienamente dinamico', ovvero 'staticizzato', ci si pone, si aggiunge, nell'ambito della seconda delle due prospettive: ad essa si tenterà di dare una base concettuale, appunto in ragione dell'approccio che si viene ad assumere in ordine alla considerazione strutturale della funzione.

8. Il modulo procedurale del potere amministrativo. La funzione come farsi della decisione

Secondo quanto descritto al paragrafo precedente, dai poteri attinenti ad una facoltà del soggetto, che sono attribuiti nell'interesse di quest'ultimo, si distinguono poteri caratterizzati da un tasso più o meno ampio di doverosità, attribuiti per perseguire un interesse altrui o un interesse oggettivo, i quali sono stati definiti, secondo le differenti terminologie, poteri-doveri, potestà o appunto funzioni. In questo senso, la funzione indicherebbe il potere il cui esercizio è

volto alla soddisfazione dell'interesse generale o comunque altrui, corrispondentemente connotato in termini di più o meno ampia doverosità.

A fronte di questa diffusa impostazione, che individua il concetto di funzione facendo leva sull'aspetto teleologico del potere¹¹⁷, è nota peraltro la differente rappresentazione che considera la figura in esame sotto un diverso profilo, quello strutturale, e definisce corrispondentemente la funzione quale attività di trasformazione del potere in atto¹¹⁸. In questa prospettiva, quest'ultimo si inserisce nell'ottica della concretizzazione dell'ordinamento che avviene attraverso il processo di produzione normativa. All'interno di essa, la funzione costituisce un'entità, sintesi di tempo e di spazio logico, che assume rilevanza giuridica in quanto idonea a manifestarsi attraverso la corrispondente attribuzione di giuridica rilevanza al processo decisionale che l'esercizio del potere caratterizza¹¹⁹.

Nei suoi termini generali, la prospettazione della funzione come attività di svolgimento del potere può dirsi essere comunemente accettata. Non vi è, del resto, alcuna relazione di esclusione tra i due modi di intendere la funzione, atteso il differente piano nel quale essi si svolgono, e la pluralità di significati che il termine funzione può assumere¹²⁰. Piuttosto, la correlazione tra i due piani considerati fa sì che il piano di doverosità del potere, espressione del profilo

¹¹⁷ Che si è imposta soprattutto in ragione dell'autorevolezza di SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 179 ss. Cfr. in proposito quanto affermato da F. BENVENUTI, *Funzione*, cit., pp. 2-3.

¹¹⁸ Questa la concezione della funzione di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 1117 ss.; ID., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, ora in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 991 ss., spec. p. 1018 ss., ed ivi n. 59 ss.; ID., *Funzione. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, p. 2 ss.; ID., *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987, p. 85 ss.; ID., *Disegno*, cit., p. 176 ss.

¹¹⁹ F. BENVENUTI, *Funzione*, cit., p. 3; ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., pp. 1119-1120; ID., *Eccesso di potere*, loc. ult. cit.

¹²⁰ In generale, per le differenti ricostruzioni del concetto di funzione, nella pluralità di significati che il termine assume, cfr. in special modo F. MODUGNO, *Funzione*, cit., p. 301 ss.; F. BENVENUTI, *Funzione*, cit., p. 1 ss.; G. MIELE, *Funzione pubblica*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, pp. 686-687; G. NAPOLITANO, *Funzioni amministrative*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, cit., p. 2631 ss.; G. MARONGIU, *Funzione. II) Funzione amministrativa*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, p. 1 ss.; F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969, p. 1 ss.; M.A. CARNEVALE VENCHI, *Contributo allo studio della funzione pubblica*, I-II, Padova, 1969-1974.

teleologico che detto potere va a connotare, rilevi, sotto il profilo strutturale, nell'ambito del modello di esplicazione dell'attività che caratterizza la funzione. In tal senso, il perseguimento dei fini che caratterizza il potere emerge, nella sua oggettiva rappresentazione, nella realtà dinamica di attuazione del potere stesso, che dunque si viene così a collocare nel più generale processo di attuazione dell'ordinamento. L'interesse pubblico non si viene infatti più a definire, come era nell'ottica tradizionale, quale entità individuata a priori, contrapposta all'interesse del privato: nell'acquisita consapevolezza dell'incapacità della legge attributiva del potere di svolgere il ruolo di selezione degli interessi rilevanti, esso diviene oggetto di determinazione nello svolgimento dell'azione amministrativa, attraverso la prospettazione di tutti gli interessi in gioco ¹²¹.

Tali considerazioni risultano conseguenti alla definizione della funzione quale concretizzazione del potere all'interno del processo di produzione nor-

¹²¹ Come si è avuto modo di rappresentare in più occasioni in altre sedi, ciò costituisce la rappresentazione della crisi del concetto di interesse pubblico 'astratto' identificato dalla norma, in favore della centralità dell'interesse pubblico 'concreto', che si determina in relazione alle risultanze dell'attività amministrativa: si veda in proposito F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, p. 301 ss., su cui ampiamente *infra*, nel testo e in nota; cfr. anche E. CANNADA BARTOLI, *Interesse dir. amm.*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 6 ss. Si riscontra quindi un'evoluzione dalla concezione di M.S. Giannini (cfr. *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 265) del rapporto tra interesse primario e interessi secondari nell'ambito dell'esercizio del potere discrezionale: si vedano i contributi, già richiamati, di F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1070; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2012, pp. 286-287; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche Una introduzione*, Bologna, 2010, p. 25 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei procedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., p. 284; V. OTTAVIANO, *Appunti in tema di Amministrazione e cittadino, Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, II, Milano, 1988, p. 385; M. STIPO, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, *ivi*, III, p. 913 ss.; G. AZZARITI, *Premesse per uno studio sul potere discrezionale*, *ivi*, III, p. 103; S. COGNETTI, *Normative sul procedimento, regole di garanzia ed efficienza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, p. 124.

In questa prospettiva, è con riferimento alla concezione oggettivistica dell'Amministrazione che tale ottica trova pieno riscontro: cfr. in particolare F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 1131 ss.; ID., *Disegno*, cit., p. 237 ss., nonché gli altri scritti dell'illustre A. già diffusamente citati; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., *passim*, secondo quanto ampiamente riportato *supra*, nonché ID., *Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., p. 782 ss.; ID., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 437 ss.; ID., *La definitività negli atti amministrativi*, in *Arch. giur.*, 1965, p. 99 ss., spec. pp. 107-108; ID., *Connessione e giudizio amministrativo*, Padova, 1970, p. 84 ss.; si vedano poi G. PASTORI, *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, cit., p. 483 ss.; ID., *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano, 1994, p. 1313; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., spec. p. 108 ss. Cfr. anche F.P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e "contrattazione"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, pp. 1505-1506.

mativa. Portando il discorso che si sta effettuando alle sue naturali conseguenze, non può che addivenirsi, allora, alla svalutazione dei caratteri teleologici e contenutistici del potere, i quali, per assumere rilevanza giuridica, devono trovare riscontro all'interno del profilo eminentemente strutturale di esplicazione della funzione. In altri termini, il processo produttivo, in adesione alla prospettiva gradualistica dell'ordinamento giuridico, non conosce una differenziazione che non si fondi sulla presenza di una diversità di elementi strutturali nei vari processi di produzione normativa. Centrale risulta quindi il ruolo della disciplina procedurale in relazione al momento della trasformazione del potere: è attraverso la rilevanza che la funzione assume nel procedimento, in considerazione della struttura propria di quest'ultimo, che essa acquisisce una determinata consistenza contenutistica sotto il profilo giuridico ¹²².

¹²² In questo senso la considerazione del procedimento come la “forma della funzione”, o la “manifestazione sensibile della funzione”, secondo la formula enunciata da F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 1123 ss., rischia di apparire riduttiva, laddove da essa non si faccia conseguire il collegamento della consistenza della rilevanza giuridica della funzione con quella che è la sua struttura procedimentale.

In proposito si veda la posizione di G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 279 ss., per cui la funzione rappresenta il procedimento sostanziale attraverso il quale il potere si trasforma; un modo, cioè, di attuazione del potere, che risponde al *come* il potere si trasforma. Esso non va confuso con la sua forma, cioè con il procedimento in senso formale, che corrisponde invece alla realizzazione della descrizione normativa dello svolgimento della funzione, la quale ha lo scopo di consentire il riscontro della validità del risultato della funzione (l'atto). In questo senso, la funzione (ID., *Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., p. 782 ss., cit. p. 786) “è la sostanza processuale dell'attività”, mentre il procedimento formale atterrebbe all'ordine di imputazione, e quindi appunto all'atto.

Ancora più netta, la posizione di F. BASSI, *Contributo*, cit., p. 123 ss., che abbandona la concezione del procedimento in senso formale contrapposta al procedimento sostanziale, per definire la funzione come un modo tipizzato di attuazione del potere, con un'identificazione, quindi, della funzione nel procedimento.

In generale può richiamarsi anche quanto affermato da G. SALA, *Il principio del giusto procedimento nell'ordinamento regionale*, Milano, 1985, p. 40 ss., p. 42, secondo cui “non è possibile considerare il procedimento come una forma, un recipiente che preesiste indipendentemente dal suo contenuto: la funzione. (...) Non esiste cioè un potere che si manifesta in più forme ma tanti poteri ciascuno con una propria disciplina procedimentale e quindi con una propria configurazione “formale”. La disciplina del procedimento infatti indicando quelli che sono gli interessi da considerare connatura, sul piano materiale, il potere stesso”; in questo senso la formula di F. Benvenuti del procedimento come forma della funzione deve essere intesa (p. 43) come “un modo di percezione e insieme di qualificazione, attraverso il procedimento, del potere nella sua trasformazione, piuttosto che una vera contrapposizione di due realtà, formale e materiale, distinte”.

L'eccessiva connotazione formale che, per tale via, la figura in esame rischierebbe di assumere, risulta stemperata dal successivo sviluppo e specificazione che ha avuto lo stesso concetto di funzione. Una volta, infatti, che inizia ad essere messa in evidenza l'attività amministrativa nel suo svolgersi, il passo successivo risulta essere quello dell'attribuzione di rilievo giuridico alla sua complessiva dimensione sostanziale, in sé considerata¹²³. In questo quadro, la concezione della funzione, come già accennato, rispetto al generale canone del farsi del potere, ha dovuto rispondere alla necessità di porre in risalto l'aspetto contenutistico dell'attività di trasformazione, di modo da caratterizzarne maggiormente l'aspetto sostanziale, senza tuttavia collocarsi al di fuori dell'ottica prettamente strutturale in ordine al rilievo che viene conferito all'attività stessa.

Si è così effettuata una distinzione tra il momento che si riferisce in senso proprio alla modificazione della realtà giuridica (la produzione degli effetti) e il momento che attiene al venir in essere della determinazione ad essa corrispondente. In questo senso, la funzione viene declinata come processo formativo di una decisione¹²⁴, intesa come una scelta tra le diverse alternative che sulla base

¹²³ Si è in particolare evidenziato da parte di F.G. COCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, 2002, pp. 76 ss. e 83-84, come la realtà dell'atto, e quella del procedimento in quanto strumentale all'adozione dell'atto, non siano più riuscite a racchiudere, in sé considerate, la dimensione giuridica dell'azione amministrativa. L'attività amministrativa, infatti, è venuta ad assumere rilievo giuridico in una sua complessiva considerazione sostanziale, quale attività rivolta al raggiungimento di un risultato, rispetto alla quale si valutano le singole azioni e possono venirsi a porre a più procedimenti tra loro connessi (cfr. quanto detto subito di seguito, nel testo e in nota, anche per l'introduzione di una nuova definizione dell'operazione amministrativa). Si viene così ad abbandonare la tradizionale impostazione per cui l'attività come tale non poteva formare oggetto di qualificazione se non attraverso la mediazione degli atti nei quali si manifestava (così M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 988, che pure già rilevava, p. 989, come si ritrovassero "casi nei quali l'agire dell'amministrazione ha rilievo come attività, nel senso stretto di fattispecie legale"), e si considera (F.G. COCA, *op. ult. cit.*, p. 83) come l'attività complessivamente considerata venga ad assumere sempre più in sé rilievo giuridico, "si erge", cioè "a fattispecie, allorché viene globalmente o unitariamente presa in considerazione dal diritto": l'attività amministrativa, in questo senso, non rileva nella sua consistenza materiale, ma appunto in quanto fattispecie, nel modo, cioè, in cui è assunta a rilevanza giuridica dalla norma.

¹²⁴ F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, 1987, ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 242 ss.; ID., *L'attività amministrativa, in Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987, ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 264 ss. Cfr. anche D. SORACE, *Promemoria per una nuova 'voce' "atto amministrativo"*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, cit., p. 756 ss.; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel provvedimento amministrativo*,

dell'indagine compiuta rappresentano altrettanti modi di soluzione del problema amministrativo ¹²⁵.

L'impostazione descritta fa leva sugli studi che hanno valorizzato il profilo di razionalità proprio del processo decisionale ¹²⁶, nella loro applicazione all'attività amministrativa ¹²⁷. Questi hanno considerato come il processo di decisione si caratterizza per l'elaborazione e il confronto di alternative che, a fronte una determinata scala di valori – fissata nel corso dell'attività decisoria

cit., spec. p. 77 ss.

¹²⁵ F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo*, cit., p. 243; ID., *L'attività amministrativa*, cit., p. 263.

Il concetto di decisione che viene ad essere utilizzato, ove centrale è il momento di determinazione della scelta, si viene così a separare da quello a cui tale termine faceva tradizionalmente riferimento, con cui si individuava un atto che risolveva un procedimento (più o meno latamente) contenzioso (cfr. in questo senso M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953, pp. 37 e 49 ss.; ID., *Decisioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 810 ss., spec. p. 812; per la considerazione della decisione amministrativa quale manifestazione di volontà volta a risolvere un conflitto di interessi tra Amministrazione e amministrati si veda M.S. GIANNINI, *Sulle decisioni amministrative contenziose*, in *Foro amm.*, 1949, ora in *Scritti*, III, Milano, 2003, p. 39; ID., *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro it.*, 1952, ora in *Scritti*, III, cit., p. 553 ss., spec. p. 572 ss.; ID., *Decisioni e deliberazioni amministrative*, in *Foro amm.*, 1946, ora in *Scritti*, II, Milano, 2002, p. 607 ss.).

Si è evidenziato ne *Il contraddittorio procedimentale*, cit., p. 49 ss. (a cui si rimanda per tutti gli opportuni riferimenti), come, a seguito della generale recezione dell'indirizzo volto alla processualizzazione dell'attività amministrativa che si è avuta a seguito dell'adozione della l. n. 241/1990, la genericità della considerazione della decisione amministrativa quale atto amministrativo contenzioso, adottato attraverso un procedimento amministrativo contenzioso, è divenuta manifesta, appunto per la generalizzazione di un modello processuale/para-processuale di attività attraverso la legge generale sul procedimento. Ciò ha allora portato, da un lato, ad individuare un'attività giustiziale in senso stretto, svincolandola dal legame con la funzione di amministrazione attiva, e a collegare ad essa il concetto di decisione; dall'altro, appunto, sotto un diverso piano, a valorizzarsi la decisione quale momento di determinazione della scelta, presente in via generale nell'attività amministrativa, pervenendosi ad un corrispondente (diverso) concetto di decisione. In relazione al rapporto tra attività contenziosa e attività giustiziale cfr. ora anche F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2017, p. 98 ss.

¹²⁶ Si veda, sulla logica dell'indagine e sulla posizione del 'problema' da risolvere, J. DEWEY, *Logica, teoria dell'indagine*, Torino, 1974 (op. orig. 1938), p. 131 ss., spec. p. 139. In particolare, con riferimento al modello della razionalità limitata, H.A. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, Bologna, 1979 (op. orig. 1947), spec. p. 119 ss.; ID., *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, 1985 (raccolta di saggi), spec. p. 119 ss.; J.G. MARCH, *Decisions and Organizations*, Oxford-New York, 1988, p. 253 ss.; ID., *Prendere decisioni*, Bologna, 1998 (op. orig. 1994), p. 11 ss.; J.G. MARCH, H.A. SIMON, *Teoria dell'organizzazione*, Milano, 1966 (op. orig. 1958), *passim*, spec. p. 171 ss.

¹²⁷ Cfr. in particolare F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo* cit., p. 242 ss.; ID., *L'attività amministrativa*, cit., p. 264 ss.; M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996, p. 131 ss.; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli,

ovvero già altrimenti predeterminata – consente di superare l'indeterminatezza iniziale e addivenire ad una soluzione del problema amministrativo che concretamente si è venuto a porre nella realtà materiale. Emerge, in tal modo, il substrato contenutistico dell'azione amministrativa, sia con riferimento alla tipologia di attività da porre in essere¹²⁸, sia in relazione al risultato che detta attività deve raggiungere¹²⁹.

Sotto il profilo strutturale, la decisione trova nell'ambito del procedimento amministrativo il luogo di espressione della rilevanza giuridica della formazione della/e scelta/e. Il procedimento costituisce infatti lo strumento che, in relazione alla pluralità di centri decisionali coinvolti nello svolgimento dell'azione, pone in correlazione il farsi della decisione con l'assetto organizzativo amministrativo, nonché con i privati portatori di possibili soluzioni conformi agli interessi da essi rappresentati. Nella sua articolazione, inoltre, il procedimento permette una rappresentazione dei vari momenti, elastici nella loro concreta determinazione, della progressione della scelta amministrativa. La considerazione del procedimento, inteso in questo senso, non assume quindi carattere meramente formale, ma rileva sotto il profilo della funzione, in senso sostanziale, quale mezzo idoneo, cioè, a porre in rilievo la sostanza processuale dell'attività.

1997, p. 77 ss.; ID., *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 276 ss.; A. ROMEO, *L'impugnabilità degli atti amministrativi*, Napoli, 2008, p. 221 ss.; da ultimo, nell'ottica della generale ricostruzione del concetto di comportamento amministrativo, E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino, 2012, p. 215 ss.

¹²⁸ Su cui ampiamente *infra*, par. 8.2.

¹²⁹ Si fa riferimento alla considerazione della categoria del 'risultato' come parametro di valutazione dell'attività amministrativa, e del suo rilievo in ordine alla validità della decisione. Sul punto cfr., oltre in generale ai riferimenti presenti nei contributi, diffusamente citati, in ordine alle decisioni amministrative, anche F.G. SCOCA, *Attività*, cit., pp. 88 ss. e 99 ss.; L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 299 ss.; ID., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 57 ss.; ID., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, II, Napoli, 2001, p. 743 ss.; ID. (a cura di), *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Torino, 2003; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, II, cit., p. 815 ss.; ID., *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, p. 1 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2002; M. GIOIOSA, *Amministrazione di risultato*, cit., p. 1 ss.

La decisione riveste il ruolo corrispondente a tale modello concettuale. Come tale, si differenzia dal provvedimento in cui la decisione stessa si riversa: l'uno rappresenta infatti l'esplicazione del potere, inteso come situazione giuridica produttiva della situazione effettuale; l'altra si collega invece alla funzione, concepita nei termini descritti. Il collegamento tra i due termini è nel senso che il provvedimento, nel porre in essere la situazione effettuale, rappresenta la manifestazione (una delle possibili forme di manifestazione) della decisione¹³⁰.

Il fenomeno amministrativo diviene, per tale via, irriducibile al solo momento provvedimentale; nonché a quello procedimentale, se questo viene considerato unicamente nella sua ottica formale, quale meramente strumentale all'atto. Si è, allora, reputato necessario assumere una considerazione autonoma della decisione nella sua dimensione dinamica, che ha trovato la sua sintesi nella concezione, ad essa corrispondente, della figura del *comportamento*¹³¹.

¹³⁰ In questo senso può considerarsi ancora F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo*, cit., pp. 248-249, che sul concetto di manifestazione richiama l'impostazione di A. FALZEA, *Manifestazione (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 442 ss.

Notava lucidamente A. ROMANO TASSONE, *Il contributo di Franco Ledda alla teoria del provvedimento amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, p. 492 ss., che l'impostazione di Ledda capovolge il rapporto di strumentalità che, nella tradizionale concezione gianniniana, collegava al provvedimento gli atti procedimentali, per cui appunto il luogo in cui si esprimeva l'autorità era il provvedimento, attraverso il quale si puntualizzava nel caso concreto il rapporto fra autorità e libertà (M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 289 ss.; ID., *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 163 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 543 ss.): al contrario, è ora quest'ultimo a porsi in posizione di servizio rispetto alla decisione autoritativa che si concreta nel procedimento.

¹³¹ Si veda in proposito E. ZAMPETTI, *Contributo*, cit., *passim*, spec. p. 222 ss., che rispetto alla categoria di comportamento tradizionalmente utilizzata nel diritto amministrativo, quale contrapposta all'atto, propone l'utilizzo della relativa categoria mutuata dalla teoria generale, quale idonea a ricomprendere dell'intera gamma dell'azione amministrativa, compreso quindi, eventualmente, anche il provvedimento. Ci si situa, in questo modo, nell'ottica fatta propria da A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 209 ss., spec. pp. 220-221, per cui la sempre più ampia funzionalizzazione dell'azione amministrativa conseguente allo sviluppo del procedimento ha condotto "all'offuscamento prima ed all'obsolescenza poi della distinzione "materiale" tra atto e comportamento, mettendo in crisi la stessa traducibilità (di una parte almeno) dell'azione amministrativa nei termini propri dell'atto giuridico, e determinando quindi la tendenziale confluenza delle forme giuridiche di tale azione all'interno di una nozione ampia e omnicomprensiva di comportamento". Cfr. anche, in senso simile ma con un differente ambito ricomprensivo rispetto a Zampetti, A. ROMEO, *L'impugnabilità*, cit., p. 414 ss., che ricostruisce la decisione quale fattispecie comportamentale, ricomprensiva anche dell'atto, ma non esaurentesi in esso, e inclusiva di tutte le espressioni rappresentative di valori sostanziali utili a definire la vicenda amministrativa. Ritiene M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione*, cit., p. 348 ss., che

La rappresentazione che si è data della decisione, quale oggetto a cui si rivolge la funzione, riceve piena affermazione normativa nella legge generale sul procedimento: in via generale, nell'assetto strutturale proprio della l. n. 241/1990, che descrive un'attività appunto improntata al farsi della/e scelta/e; in via puntuale, in particolare nella previsione del suo art. 3, che, nel descrivere i caratteri propri della motivazione del provvedimento, pone l'attività procedimentale in diretta correlazione con la decisione, dando dunque riscontro del suo ruolo centrale nell'ambito della funzione, e della sua autonoma consistenza giuridica all'interno della sua forma di manifestazione provvedimentale.

8.1 La caratterizzazione soggettiva del modello procedurale. La funzione amministrativa come processo volto alla decisione sul porre in essere o meno la relativa situazione effettuale. Negazione della struttura di codecisione. La conseguente caratterizzazione delle situazioni giuridiche

Dall'analisi appena effettuata è dunque possibile prendere le mosse per comprendere l'effettivo declinarsi del concetto di funzione, quale processo dinamico di formazione della decisione, nel suo rapporto con il profilo della situazione giuridica di potere.

Sotto l'aspetto concernente il quadro strutturale di riferimento tra funzione e situazioni giuridiche, si deve rappresentare che, se la situazione giuridica di potere è la modalità deontica di un atto precettivo, e se quest'ultimo, come

la decisione vada considerata come un comportamento della 'coalizione decisionale' (cfr. l'impostazione dell'A., *infra*, in nota), venendo ad assumere i caratteri di un fatto complesso, costitutivo di un nucleo di rilevanza giuridica autonoma all'interno del procedimento, e preesistente al momento dell'adozione dell'atto, che della decisione costituirebbe manifestazione.

Una evoluzione simile si ritrova anche in ordine al concetto di operazione amministrativa, e alla sua correlazione con quello di attività amministrativa, da ultimo delineata quale insieme delle attività necessarie per conseguire un determinato risultato: in questo senso F.G. SCOCA, *Attività*, cit., p. 84; tale prospettiva è stata poi sviluppata da D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005, p. 133 ss., spec. p. 179 ss. Ritiene tuttavia E. ZAMPETTI, *Contributo*, cit., pp. 229-230, che la nozione di comportamento, nel senso chiarito, consenta una migliore descrizione del modello dell'azione amministrativa, in quanto meglio si adatta a ricomprendere anche i singoli fatti in sé considerati, nella loro rilevanza giuridica. Si ritiene anche da parte di chi scrive di doversi adottare il concetto di comportamento a cui in generale si è fatto riferimento, quale maggiormente idoneo ad inserirsi nella realtà rappresentativa delle situazioni giuridiche soggettive, e in quella della loro tutela, come si vedrà nel corso della trattazione.

detto, fa riferimento alla produzione di una situazione effettuale corrispondente ad un precetto, la decisione non può che rapportarsi, a sua volta, alla specifica situazione effettuale che caratterizza il potere. La funzione è quindi il processo attraverso il quale si determina la scelta di produrre o meno la situazione effettuale. Nel quadro strutturale di essa viene pertanto a trovare riscontro in concreto il rapporto di quest'ultima con il profilo deontico proprio della situazione giuridica di potere. La razionalizzazione del processo decisorio che caratterizza la funzione ascrive infatti a sé il rapporto tra soggetto, a cui la situazione giuridica di potere fa riferimento, e la situazione giuridica stessa.

In questa prospettiva, la compiuta determinazione di tutti gli elementi appena riferiti necessita dell'individuazione della loro declinazione sia sotto il profilo soggettivo dello svolgimento della decisione, sia sotto quello oggettivo della consistenza dell'attività decisoria.

Iniziando dal profilo soggettivo, va ricordato che, in ordine ad esso, nonostante una generale tendenza all'oggettivizzazione risulti insita nella considerazione della funzione in senso strutturale, l'originaria elaborazione della funzione come farsi dell'atto non determinava necessariamente la totale espunzione del versante soggettivo dall'ordine di produzione dei fenomeni giuridici¹³². Tuttavia, il successivo sviluppo di tale impostazione ha portato ad estromettere completamente, nell'ottica di una concezione prettamente oggettivistica del potere, il soggetto dall'orizzonte della produzione giuridica, relegandolo al distinto piano dell'imputazione¹³³. La considerazione oggettiva del potere, a cui per

¹³² Si veda quanto affermato in F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 1121 ss., nella cui ottica il soggetto rimane legato alla produzione giuridica della situazione effettuale, giacché, dal punto di vista soggettivo la funzione si risolve nell'attività del "soggetto a cui la funzione va imputata e che ne è, dunque, l'autore?"; mentre, dal punto di vista oggettivo, la funzione è ciò che descrive l'esercizio del potere, la cui manifestazione sensibile avviene nel procedimento, che della funzione rappresenta la forma. Il delicato equilibrio che in tal modo si raggiunge è ben evidenziato da G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, p. 175 ss.

¹³³ Si vedano, in particolare, le posizioni che, prendendo le mosse dall'impostazione di Benvenuti, pervengono a tali conclusioni: in questo senso G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 209 ss., spec. pp. 219 ss. e 253 ss.; e F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello stato*, cit., p. 95 ss., su cui ampiamente *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 48 ss.

tale via si è pervenuti, è saldamente legata ad una concezione della funzione in cui la dinamica dell'attuazione del potere stesso risulta direttamente rivolta al momento produttivo della situazione effettuale. In questo senso, il potere, come 'energia attuale', è energia volta alla trasformazione¹³⁴: nel relativo dinamismo il momento soggettivo è assorbito e si risolve¹³⁵; configurandosi, cioè, all'interno del movimento dinamico, un'entità omnicomprensiva, ad un tempo soggetto ed oggetto dell'esperienza giuridica, nella cui unità verrebbero meno le conflittualità e parzialità proprie delle istanze soggettive¹³⁶.

L'espunzione del soggetto dal versante della produzione si collega quindi, per questa via, alla concezione che si assume della funzione, quale espressione dell'attività di trasformazione del potere nell'atto: è il movimento di trasformazione, unitamente considerato, che consente di risolvere nel suo dinamismo il momento soggettivo.

La generale valenza critica, nei confronti di un'idealistica concezione dell'unitarietà del soggetto pubblico, non ha tuttavia posto in ombra la circostanza per cui la carica di valore dei differenti interessi in gioco all'interno dell'ordinamento complessivo, nella loro conflittualità e contraddittoria complessità, non sia idonea a ridursi ad una aprioristica unità sistematica rappresen-

¹³⁴ È questa la concezione di G. BERTI, *La pubblica amministrazione*, cit., spec. pp. 219 ss. e 253 ss., per cui il potere è energia non potenziale, bensì attuale, che scaturisce dal continuo contatto di un dato normativo con una determinata espressione istituzionale, idonea a reagire al dato normativo stesso. In questo senso, è espunta dal momento della produzione la categoria del soggetto, che rileva solo nel momento dell'imputazione: gli interessi differenziati che si ritrovano nella collettività non si esprimono, dunque, in differenti strutture soggettive, ma sono elementi che, attraverso il contatto tra l'ordinamento istituzionale e la norma, vengono ad inserirsi nel potere, attraverso il quale la pluralità di interessi trova composizione, risolvendosi nell'unità dell'ordinamento normativo.

¹³⁵ Cfr. quanto detto alla nota precedente. Più nello specifico, secondo G. BERTI, *La pubblica amministrazione*, cit., p. 369 ss., poiché l'organizzazione in confronto al momento dell'imputazione è solo un riflesso della vera organizzazione giuridica, che fa riferimento al potere, concepito nel senso già detto, si afferma che l'organizzazione scaturisce dall'idoneità di una realtà istituzionale ad esprimere il proprio valore attraverso una reazione al dato normativo: tale reazione crea il potere, il quale, come tale, nasce dall'organizzazione ed è esso stesso fatto di organizzazione. Nella dinamicità del potere si risolve così il problema della soggettività come riferimento ad una struttura giuridica di interessi differenziati, quale risoluzione della pluralità degli ordinamenti istituzionali nell'unità dell'ordinamento normativo.

¹³⁶ Secondo l'immagine data all'impostazione di Bertì nell'analisi compiuta sul punto da A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., pp. 437-438.

tata dal momento organizzatorio, ma necessari, al contrario, di una traduzione in termini soggettivi¹³⁷. Anche il successivo sviluppo dell'impostazione oggettivistica, nel porre al centro della propria ricostruzione le libertà quali espressione dei valori costituzionali in cui si attua l'ordinamento (elemento idoneo a ricomprendere in sé, risolvendo l'uno nell'altro, il momento oggettivo e soggettivo del diritto)¹³⁸, pur dando una più compiuta risposta all'esigenza contenutistica appena descritta, non si sottrae al rischio di un riferimento a conflitti che si presuppongono già, in sé, risolti all'interno dell'ordine della società, e quindi, nella sostanza, ad una negazione del conflitto stesso come contrapposizione tra soggetti; seguendosi peraltro, per tale via, una ricostruzione dell'assetto ordinamentale che conduce ad una compiuta svalutazione dello stesso concetto di po-

¹³⁷ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Note*, cit., p. 435 ss., per cui (p. 459) "la categoria soggettiva (...) riveste un'importanza fondamentale, consistente nell'attribuzione, che solo tramite essa è possibile operare, di senso e di valore all'interno dell'ordinamento". Si è visto *supra*, esaminando la concezione della situazione giuridica che fronteggia il potere proposta da A. Romano Tassone, come il problema della soggettività giuridica e il declino della categoria del soggetto giuridico è questione più volte ripresa da parte di tale illustre A.: cfr. A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, cit., p. 279; ID., *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, cit., p. 966 ss.

In questo senso, si precisa (A. ROMANO TASSONE, *Note*, cit., p. 441, ed *ivi*, n. 99) come la stessa istanza partecipatoria "non può del resto trovare valida espressione, ove non si inserisca in una trama di relazioni giuridiche procedimentali, che ne precisino contenuto e modalità d'attuazione concreta", ove, cioè, non si subiettivizzano le istanze sociali che in essa trasfondono, marcandosene la separatezza e non dissolvendola in un piatto unanimità: si contesta così l'impostazione assunta da Berti, come espressa in particolare in *Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., p. 792, secondo cui "l'abbracciare il metodo soggettivistico conduce in modo obbligato a presentare l'amministrazione come un complesso organico che non può allacciare relazioni dinamiche, non può insomma aprire le porte ai partecipanti, senza perdere la propria forza e la propria identità".

La perdita di valore della soggettività dell'interesse fatto valere in una dinamica oggettivistica è evidente altresì in E. CARDI, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, I, Rimini, 1983, pp. 31 ss., p. 36, per cui "l'interesse del privato non entra nella struttura dei giudizi rilevatori (di interessi) a titolo proprio e non è portatore di un suo *autonomo valore* giuridico: esso vi fa parte in funzione del fatto manifestato (vale a dire della ipotesi di fissazione dei fatti implicata dalla manifestazione), sicché *la sua rilevanza è dipendente dalla rilevanza di questo fatto*" (corsivo testuale); ciò che rende necessario (p. 51) "sganciare la problematica dell'evidenza degli interessi da visioni soggettivistiche"; cfr. anche ID., *L'istruttoria nel procedimento: effettività delle rappresentazioni ed elaborazione delle alternative*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, 1988, pp. 107-110.

¹³⁸ Cfr. G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., p. 7 ss., spec. p. 56 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, cit., p. 83 ss., spec. p. 101 ss., secondo quanto già visto *supra*, par. 4.

tere nell'ambito della dinamica giuridica¹³⁹, e alla radicale riduzione dell'organizzazione a schermo dell'ordine sociale¹⁴⁰.

In considerazione dei rilievi riportati, le esigenze sottese al superamento di una rappresentazione individualistica del soggetto pubblico sono state allora incanalate nella ricerca di una più complessa determinazione strutturale del dato soggettivo, che, nell'ambito della globale esplicazione della funzione, fosse idonea a portare in evidenza il valore subiettivo sotteso alla conflittualità e frammentarietà degli interessi in gioco, e, per tale via, a recepire le istanze partecipatorie provenienti dalla collettività¹⁴¹.

Una siffatta considerazione del piano soggettivo, a sua volta, si collega all'emersione del dato contenutistico del potere, inteso come scelta di valore in ordine ad un determinato problema amministrativo, attraverso il quale la funzione si verrebbe a separare dalla diretta correlazione con un'attività di trasformazione (l'energia 'attuale'). Se, infatti, la considerazione della funzione come farsi della situazione effettuale comporta la risoluzione del soggetto nella dina-

¹³⁹ G. BERTI, *Manuale*, cit., p. 45 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, cit., p. 90 ss., per cui lo stesso processo normativo sostanziale viene così a consistere, in definitiva, in un processo di interpretazione della realtà dell'ordine sociale. Sul punto si veda anche *infra*, par. 8.2, in nota, quando si analizzerà il modello di produzione sotto il profilo oggettivo.

¹⁴⁰ G. BERTI, *Amministrazione e costituzione*, cit., p. 458 ss.; ID., *La responsabilità pubblica*, cit., p. 395 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, cit., p. 107 ss.; si veda anche U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e costituzione*, cit., spec. pp. 10 ss. e 221 ss.

Secondo questa rappresentazione data da Berti, l'organizzazione, come costruita e immaginata in relazione ai poteri, non potrebbe più rappresentare la sede delle elaborazioni dell'ordine giuridico, ma si costituirebbe come effetto di un ordine giuridico già esistente e dovrebbe adattarsi al principio di libertà da cui appunto l'ordine stesso ha preso l'avvio. In questo quadro (*Diritto amministrativo*, cit., pp. 121-122) il potere è solo "un tramite, sul piano linguistico, tra le libertà in senso assoluto e il diritto (e dovere) del soggetto nell'ambito appunto dell'organizzazione sociale e dell'ordine in cui questa si rispecchia": il potere, inteso non come figura all'interno dell'ordine di imputazione, ma come 'energia attiva', non sarebbe quindi più l'elemento centrale nel riferimento all'organizzazione, come ne *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 369 ss.

¹⁴¹ In questo senso A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, p. 465 ss., che riportava la necessità di adeguare alla positiva realtà della soggettività sociale l'assetto della soggettività giuridica: si riconoscono così, in linea di principio, le prerogative soggettive ad ogni entità che sociologicamente si profili come centro unitario, cioè sufficientemente coeso, di interessi, da indicarsi attraverso il concetto di 'figura soggettiva', secondo la concezione, espressamente richiamata, di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., p. 115 ss., che fa propria una prospettiva di stampo istituzionalistico (su tali considerazioni, sia consentito rimandare a *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 54 ss., n. 45).

mica del potere, la consapevolezza dell'impossibilità di rinunciare ad una trasposizione della carica dei valori su un piano soggettivo corrisponde alla compiuta valorizzazione del profilo contenutistico proprio del potere stesso, in relazione al quale i singoli interessi si vengono a rapportare.

In altri termini, se in un dinamismo che conduce senza soluzione di continuità alla situazione effettuale la conseguenza è che, al suo interno, il soggetto si viene a risolvere, la presenza di un assetto soggettivo complesso comporta invece un'autonoma emersione dei valori espressi dalle singole soggettività, e della loro dinamica concatenazione, che nella funzione trova svolgimento. È in questo senso che assume allora rilievo autonomo il momento della valutazione compiuta dall'ordinamento in ordine alla rispondenza dell'assetto di interessi individuato ai valori giuridici di cui l'ordinamento stesso è espressione; che assume, cioè, rilevanza il momento della decisione, quale appunto separato da quello della produzione della situazione effettuale ¹⁴².

In tal modo, avviene quindi lo spostamento, nella considerazione della funzione, dall'atto alla decisione, per cui il maggior rilievo in cui si pongono gli aspetti contenutistici ad essa inerenti si viene a riconnettere all'emersione della determinazione soggettiva, nella sua complessità strutturale. Nella caratterizzazione dell'attività valutativa, esplicantesi in un processo decisorio quale quello delineato, l'azione amministrativa trova così la sua oggettivizzazione, venendo meno, in relazione ad essa, possibili residui volontaristici e psicologistici; senza che però, per tale via, si ponga nel nulla il ruolo della soggettività, il quale viene invece riabilitato in una più complessa dimensione.

¹⁴² Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Note*, cit., p. 472 ss., che pone in luce come, facendo riferimento alle teorie della fattispecie che hanno separato il momento della rilevanza giuridica da quello della produzione della situazione effettuale respingendo qualsiasi nesso funzionale della fattispecie dall'efficacia giuridica (sul punto, si rimanda a *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 77 ss.), si ricavi la possibilità di attribuzione di un autonomo rilievo giuridico al momento di concreto riconoscimento e valutazione da parte dell'ordinamento dell'assetto di interessi da porsi in essere, in cui appunto consiste la decisione. Cfr. anche ID., *Brevi note sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Scritti per Mario Nigro*, II, Milano, 1991, p. 363 ss., spec. p. 392 ss.

In questo senso, la rilevanza della fattispecie come momento separato dalla produzione dell'effetto assume rilievo sul piano assiologico, oltre che su quello normativo: sul punto, M. TRIMARCHI, *La validità*, cit., p. 47 ss.

Tale rappresentazione, può dirsi aver ricevuto riscontro nell'assetto della l. n. 241/1990, con una nuova considerazione dell'impianto organizzativo e procedurale proprio del momento della produzione¹⁴³, nel suo rapporto con quello dell'imputazione¹⁴⁴, rispetto al quale si vengono ad innestare relazioni di carattere procedurale¹⁴⁵. In effetti, la rappresentazione che, a partire dall'introduzione della legge generale sul procedimento, si è data all'attività decisoria, è stata nel senso della valorizzazione dei contributi derivanti dalle diverse sogget-

¹⁴³ Si vuole dire che la considerazione della funzione, come visto, non sul piano della produzione effettuale, bensì specificamente su quello della decisione, e la valorizzazione dell'elemento contenutistico che a quest'ultima si accompagna, è emersa compiutamente nel momento in cui il tessuto di relazioni che in questo senso si crea (la sostanza processuale dell'attività, detto altrimenti) ha trovato esplicito riscontro nel dato normativo (nella l. n. 241/1990, e nelle successive modifiche della normativa sull'organizzazione): in questo senso, mentre si è denunciato il sostanziale venir meno, o comunque la forte svalutazione, delle relazioni organiche e formali proprie del modello organizzativo precedente, hanno ricevuto un differente rilievo giuridico i rapporti procedurali che è dato riscontrare nell'esplicazione della funzione. In proposito si pensi, in particolare, al ruolo della figura del responsabile del procedimento, rispetto al quale sono state configurate puntuali relazioni giuridiche di carattere organizzativo e procedimentale con i soggetti privati che intervengono nel procedimento, con i soggetti pubblici partecipanti, e con l'autorità decidente, se diversa dallo stesso responsabile; relazioni che hanno posto in discussione il tradizionale assetto organizzativo dell'Amministrazione. Sul punto cfr., con differenti posizioni, M. RENNA, *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 13 ss.; ID., *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 505 ss.; M. RENNA, M. SGROI, *Il responsabile del procedimento*, in G. PASTORI (a cura di), *Legge 7 agosto 1990, n. 241 e ordinamenti regionali*, Padova, 1995, p. 99 ss.; A. MAVELLI, *La responsabilità per il procedimento tra organizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive del privato*, in *Jus*, 1999, p. 977 ss.; M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2001, pp. 11 ss. e 170 ss.; F.G. COCA, *I modelli organizzativi*, in MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERESI MONACO F.A., COCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2005, p. 351 ss.; nonché, più approfonditamente, quanto da noi considerato ne *Il contraddittorio procedimentale*, cit., p. 206 ss., ed ivi più approfonditi richiami bibliografici.

¹⁴⁴ Rileva E. CARDI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1995, p. 5, come il responsabile del procedimento sia idoneo a rispondere all'"esigenza di stabilire i nessi tra la produzione e l'imputazione dell'attività e di stabilire per questa via i centri di responsabilità dell'agire amministrativo, dispersi nei rivoli delle competenze amministrative". Sulla presenza di un nuovo criterio di organizzazione, che mette la parola fine alla separazione tra il momento della produzione del potere e quello della sua imputazione, si esprime G. DI GASPARO, *Il potere nel diritto pubblico*, cit., p. 407 ss.

Che l'impianto della l. n. 241/1990 costituisca un passo in avanti per l'adattamento dell'organizzazione e del procedimento all'ordine sociale che dovrebbero rispecchiare, ma che comunque le nuove figure e strutture di responsabilità, compreso il responsabile del procedimento, siano state sostanzialmente ingabbiate nelle maglie del vecchio modello amministrativo, è sostenuto da G. BERTI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 279 ss.; cfr. già ID., *La responsabilità pubblica*, cit., p. 283 ss., spec. p. 301 ss.

¹⁴⁵ L'impianto strutturale che si è venuto a creare è caratterizzato, infatti, dal rilievo di una pluralità di situazioni giuridiche di carattere procedurale, nel senso che si verrà a specificare nel

tività, comprese quelle dei privati, che si vengono a porre nello svolgimento dell'azione amministrativa, in relazione al loro apporto dialettico nell'elaborazione della decisione¹⁴⁶. L'analisi inerente a tale tematica si è focalizzata in particolar modo sulla posizione delle parti intervenienti nel procedimento rispetto a quella dell'organo decidente¹⁴⁷. In ragione della possibilità, riconosciuta alle parti dalla legge generale sul procedimento, di influire attraverso il proprio apporto al farsi della determinazione amministrativa, si tende, infatti, a porre tutte

proseguo della trattazione. In proposito, può evidenziarsi come lucidamente lo stesso G. BERTI, *La pubblica amministrazione*, cit., p. 300, n. 80, notava come, nel momento in cui “fosse prevista una disciplina della partecipazione del privato all'azione amministrativa, la posizione individuale assumerebbe immediatamente il carattere di situazione soggettiva, giacché si trasferirebbe subito sul piano dei rapporti tipici della procedura. Mancando questa disciplina, non viene meno però la base materiale dell'interesse, che opera quindi come misura obbiettiva nei confronti della trasformazione di potere. La soggettivizzazione dell'interesse, mancando detta procedura, si verifica perciò in un momento successivo, quando l'atto è stato emanato ed è possibile reagire ad esso in sede giurisdizionale. La base materiale resta dunque identica”.

¹⁴⁶ Si veda ad esempio la ricostruzione di M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione*, cit., *passim*, spec. pp. 197 ss., 274 ss. e 343 ss., che, rileva la crisi del ‘soggetto decisore’ come tradizionalmente inteso e lo sostituisce con una ‘coalizione decisionale’ composta dai diversi privati e apparati amministrativi coinvolti. Vi sarebbero, in questo senso, una pluralità di centri decisionali pubblici e privati, dotati ognuno di autonomo rilievo e collocati in posizioni non agevolmente definibili all'interno di uno schema predefinito di rapporti di sovra/sotto-ordinazione, rispetto ai quali la P.A. costituirebbe l'insieme delle strutture e delle condizioni che rendono possibili l'incontro e la relazione fra le diverse posizioni coinvolte: il collegamento che si viene a creare rappresenterebbe un nesso organizzativo dinamico (la ‘coalizione decisionale’, appunto), variabile nel suo assetto specifico, in cui si esprimono gli interessi rilevanti, in cui sono attive, cioè, più posizioni di discrezionalità, che si intersecano in quella che viene definita ‘relazionalità amministrativa’, quale elemento dinamico attraverso cui comprendere e valutare la formazione della decisione, nella rispondenza dell'assetto di interessi da essa espresso al valore ordinamentale che la stessa si propone di realizzare. La decisione dell'Amministrazione costituirebbe, quindi, il prodotto dello svolgimento delle molteplici interazioni tra le diverse componenti di tale coalizione, che si intrecciano in un insieme aperto e flessibile di nessi complementarietà, di criteri di comportamento e di possibili percorsi strategici che di volta in volta si presentano per risolvere il problema che si pone nella realtà (‘campo decisionale’). In tal modo, la decisione si ricollegerebbe non ad una, ma a molte scelte, dirette ognuna alla realizzazione di un interesse specifico, che nella decisione deve trovare un senso comune; verrebbe quindi a presentarsi come la linea di raccordo fra più centri di riferimento di interessi e fra le diverse situazioni soggettive, attive e passive, di cui gli stessi sono titolari; come tale, la decisione non potrebbe essere più concepita come il momento conclusivo di un percorso lineare, ma si verrebbe a definire in corrispondenza di un percorso circolare e complesso, di cui il provvedimento finale non sarebbe che il momento formale riassuntivo.

Tale impostazione conferisce dunque rilievo centrale alla complessità soggettiva nell'ambito del processo decisionale, e la risolve in un'ottica che, sotto il profilo decisorio, si situa nel solco della codecisione: cfr., per le critiche in generale espresse a quest'ultima, quanto subito di seguito riportato, nel testo e in nota. Profili critici nel medesimo senso, nei confronti della tesi di Bombardelli, si ritrovano anche in A. CORPACI, *Recensione a M. Bombardelli, Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996, in *Dir.*

le posizioni considerate in un'ottica di tendenziale parità nei confronti della decisione. In questa prospettiva, in varie e differenti proposte ricostruttive, si afferma che le parti assumerebbero una posizione paritetica sul piano decisorio, per cui l'esercizio della funzione amministrativa si porrebbe in un'ottica di tendenziale codecisione¹⁴⁸.

Si è già spiegato come tale logica non sia condivisibile¹⁴⁹. L'accoglimento della posizione paritaria delle parti ai fini decisorii si scontra infatti con l'obiezione, innegabile, per cui, se può sicuramente affermarsi che le valutazioni compiute durante la fase istruttoria partecipino già della decisione che si verrà a determinare¹⁵⁰, le scelte che intervengono all'interno dell'arco decisionale risul-

pubbl., 1999, p. 301 ss., spec. p. 305 ss.; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini*, cit., pp. 1054-1055, n. 36; M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica*, cit., pp. 164-165, n. 26.

¹⁴⁷ Cfr. in generale *Il contraddittorio procedimentale*, cit., p. 15 ss., a cui in generale si rimanda per una più approfondita analisi della questione e per ulteriori riferimenti rispetto a quelli riportati nelle note seguenti.

¹⁴⁸ Tale prospettiva è portata avanti da diverse ricostruzioni, alcune delle quali si situano nell'ottica di una considerazione garantistica della partecipazione, altre anche in quella della sua funzione collaborativa. L'impostazione maggiormente strutturata in tal senso è quella di A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel provvedimento amministrativo*, cit., spec. p. 77 ss., il quale, dopo aver affermato che il momento politico della scelta si viene a determinare nella fase pre-procedimentale, attraverso una 'proposta di decisione', corrispondente all'atto di iniziativa (sia esso proveniente dall'Amministrazione per i procedimenti da iniziarsi d'ufficio ovvero dal privato per quelli ad istanza di parte), considera la fase successiva (p. 95 ss.), che denomina fase procedimentale in senso stretto, come il luogo in cui avviene la verifica della fondatezza della proposta di decisione (auto-verificazione ovvero etero-verificazione a seconda della differente iniziativa procedimentale). Questa fase (p. 129 ss.) sarebbe caratterizzata dal confronto dialettico tra parte privata e P.A. attraverso cui la decisione si viene a determinare, e coincide, nel suo farsi dinamico, con l'istruttoria: rispetto ad essa non sarebbe ravvisabile una posizione di supremazia dell'Amministrazione, rappresentando l'azione amministrativa che vi si svolge l'estrinsecazione di una capacità di agire, di natura non diversa rispetto a quella che l'ordinamento attribuisce ai soggetti privati in esso presenti e operanti. Attraverso la configurazione di una fase procedimentale in senso stretto, ci si colloca nella prospettiva della funzione come farsi della decisione, nel senso che (p. 124) si distingue tra un agire amministrativo per la decisione e un (diverso) agire per la produzione dell'effetto giuridico: quest'ultimo attiene alla successiva fase 'provvedimentale', ove la decisione assunta nella fase procedimentale viene elevata a regola produttiva di effetti ad opera del soggetto titolare del potere, a dire l'Amministrazione procedente (pp. 76 e 116 ss.).

¹⁴⁹ Cfr. *Il contraddittorio procedimentale*, cit., p. 19 ss., nel testo e in nota.

¹⁵⁰ Sulla continuità delle due fasi cfr. ad es. M. NIGRO, *Relazione introduttiva*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, cit., p. 15; G. PASTORI, *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, cit., p. 488; F. TRIMARCHI, *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 636 ss.; E. CARDI, *Procedimento amministrativo*, cit., p. 2; S. COGNETTI, "Quantità" e "qualità" della partecipazione. *Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000, pp. 97-99. Non mancano, peraltro, autori volti ad evidenziare come la continuità fra momento istruttorio

tano comunque demandate all'autorità procedente¹⁵¹, la quale ne assume la responsabilità¹⁵². Opinare diversamente significherebbe allora riproporre, in relazione all'impianto ricostruttivo ora in considerazione, la stessa impostazione di neutralizzazione del potere portata avanti dagli indirizzi che hanno risolto la funzione, quale farsi dell'atto, in un'ottica prettamente obiettivistica, ed esporsi

e momento decisionale finale non rende impossibile una loro distinzione sul piano logico: S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008, p. 352; M.T. SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1991, p. 73 ss. Ciò che va evidenziato, ad ogni modo, è che anche la rilevanza della continuità dei due momenti non riesce a scardinare l'obiezione che viene rivolta alla logica della contitolarità del potere decisionario riferita nel testo, che, cioè, le scelte vengono comunque compiute dall'autorità procedente.

¹⁵¹ Si veda in questo senso anche A. TRAVI, *Interessi procedimentali e 'pretese partecipative': un dibattito aperto. (A proposito di due contributi di Duret e di Zito)*, in *Dir. pubbl.*, 1997, pp. 543-544, secondo cui "solo all'Amministrazione spetta stabilire la regola del giudizio e l'ordine di prevalenza fra i vari interessi in gioco". Cfr. anche F. FRACCHIA, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, pp. 34-36; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., pp. 13-14 e 33; ID., *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, cit., p. 255 ss. Si veda poi F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, cit., p. 347 ss., che sottolinea (pp. 348-349) che "al partecipante non può (...) riconoscersi la veste di co-autore della decisione", giacché "l'informazione del partecipante non è mai di per se stessa immediatamente utilizzabile ai fini della deliberazione finale" ma è necessaria a tal fine un'attività di controllo e di rielaborazione "riservata all'amministrazione pubblica per un principio di responsabilità giuridica al quale può attribuirsi valore istituzionale": "appunto in quanto giuridicamente responsabile, l'amministrazione si "appropria" di tutti i materiali procurati dall'interventore e da essa utilizzati nel procedimento per la fissazione dei presupposti, per la formulazione delle premesse, per la costruzione delle alternative e per la scelta". Da ultimo, M. TRIMARCHI, *La validità*, cit., p. 153, per cui i fatti possono essere ricercati e introdotti dal privato, ma sono sempre selezionati dalla P.A.

¹⁵² Le considerazioni appena effettuate risultano peraltro suffragate dall'art. 6, lett. e), l. n. 241/1990, come sul punto modificato dalla l. n. 15/2005, il quale fa riferimento alla possibilità, per l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, di discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento. Sul punto, lo stesso A. ZITO, *Brevi riflessioni sul ruolo del responsabile del procedimento nei processi decisionali delle pubbliche amministrazioni dopo la legge 11 febbraio 2005, n. 15*, in *Giustamm.it*, 2005, ora con il titolo *Compiti del responsabile del procedimento*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, pp. 197-198; ID., *Profili funzionali del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 168, di cui si è ricordata subito sopra, in nota, l'impostazione assunta in relazione alla dialettica propria della decisione nell'ambito del procedimento, ha ritenuto che, a seguito della modifica dell'art. 6, lett. e), l. n. 241/1990 ad opera della l. n. 15/2005, sia "necessario riconoscere che la decisione costituisce il prodotto di una competenza divisa tra il responsabile del procedimento e il titolare dell'organo", ove la motivazione rappresenta il momento deputato a segnalare l'eventuale discontinuità tra quanto proposto dal responsabile e quanto deciso dall'organo, pur dovendosi continuare a distinguere

conseguentemente alle medesime obiezioni che, sotto il profilo in esame, contro di essa possono muoversi¹⁵³.

In questo senso, va evidenziato, invece, come in tanto possa aversi una pariteticità delle parti nei confronti della decisione, in quanto l'autorità decidente sia strutturata nel senso non solo dell'imparzialità, ma della terzietà e dell'indipendenza rispetto agli interessi che vengono in questione, e nei confronti delle parti che corrispondentemente ne siano portatrici (non sia, quindi, essa stessa parte, neppure imparziale); in mancanza, l'unica altra alternativa in senso paritario è quella per cui la codecisione si ponga come tale in senso tecnico, nel senso cioè che, perché si possa addivenire ad una determinata decisione, si richieda necessariamente l'accordo delle parti¹⁵⁴.

L'assenza di una siffatta pariteticità non toglie però che i soggetti privati assumano un ruolo, all'interno del procedimento, che si caratterizza per la rappresentazione della propria posizione in termini di contraddittorio con l'autorità decidente¹⁵⁵. Quest'ultima, infatti, se può disattendere, non può anche obliterare l'attività dell'altra parte eventualmente intervenuta, non prendendola af-

la fase decisionale così strutturata dalla successiva fase provvedimentale deputata a rivestire il contenuto della decisione della forma giuridica appropriata.

¹⁵³Non a caso A. ROMANO TASSONE, *Note*, cit., p. 456, appunto con riferimento all'affermazione oggettivistica della funzione, avvertiva come vi fosse il rischio che il ruolo dell'autorità decidente tendesse a scomparire, "a ridursi a quello di un mero trascrittore delle risultanze evidenziate dal procedimento nel suo meccanico articolarsi".

¹⁵⁴Cfr. *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 20 ss. e 54 ss.

¹⁵⁵In particolare, si ritiene che di contraddittorio possa parlarsi anche in relazione al procedimento amministrativo, ma esso andrebbe comunque correlato alla circostanza che l'Amministrazione è in una posizione di supremazia nella fase di adozione della decisione: cfr., oltre a Frediani e Clarich, riportati subito di seguito alle note successive, anche F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Napoli, 1996, p. 248 ss.; in senso non dissimile, ancorché in un'ottica maggiormente improntata alla collaborazione, L. MIGLIORINI, *La giurisdizionalizzazione del procedimento amministrativo*, in B. CAVALLO (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso (legge 7 agosto 1990, n. 241)*, Napoli, 1993, p. 89; mentre A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, *passim*, pur se in via di principio (p. 51 ss.) ritiene applicabile un contraddittorio pieno e paritario tra le parti secondo le garanzie tipiche dell'esercizio della funzione giurisdizionale, giacché paritario sarebbe il relativo rapporto, nel delineare le singole garanzie procedurali (p. 199 ss.) implicitamente le considera atteggiarsi in maniera peculiare in relazione alle modalità con cui si svolge l'azione amministrativa.

fatto in considerazione ovvero non dandone conto¹⁵⁶: il contraddittorio, in questo senso, è limitato sotto il profilo orizzontale (quello, cioè, che riguarda la sua esplicazione tra le parti), ma non lo è sotto quello verticale (il contraddittorio che si esplica tra le parti e il giudice)¹⁵⁷. La presenza di una procedura in contraddittorio consente di qualificare la posizione del soggetto privato quale parte, in senso tecnico, all'interno di un processo¹⁵⁸. Quest'ultimo, infatti, nella prospettiva della funzione, perde la sua connotazione teleologica¹⁵⁹, per assu-

¹⁵⁶ Secondo la nota formula utilizzata da E. FAZZALARI., *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1996, p. 82; ID., *Processo (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 1072; ID., *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, pp. 869-870; ID., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 827.

In proposito, può richiamarsi quanto affermato da E. FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al "preavviso di rigetto"*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 1003 ss., spec. p. 1008 ss., il quale, prendendo le mosse dall'impostazione dello stesso Fazzalari, ha distinto tre diversi modelli di partecipazione procedimentale: una partecipazione soltanto potenziale, come era in generale quella che si aveva prima della l. n. 241/1990, ove non poteva parlarsi di contraddittorio, ben potendo l'autorità procedente non soltanto disattendere, ma anche obliterare l'attività dell'altra parte eventualmente intervenuta, non prendendola affatto in considerazione ovvero non dandone conto; una partecipazione complessa a contraddittorio necessario, come è quella propria della disciplina della l. n. 241/1990, la quale, tuttavia, corrisponde ad una mancanza di pariteticità delle parti sul piano decisorio; una partecipazione a contraddittorio perfetto, capace, cioè, di realizzare un'effettiva paritarietà tra tutti i soggetti che partecipano al processo di elaborazione di una determinata decisione, la quale, nell'ambito dell'azione amministrativa, si avrebbe nel caso di cui all'art. 11, l. n. 241/1990, sugli accordi amministrativi (su tale ultima evenienza cfr. quanto detto subito sopra, nel testo e in nota).

¹⁵⁷ La distinzione a cui si fa riferimento (su cui cfr. ad es. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2013, p. 33) è richiamata da M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 69 ss., trattando dei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti. Si vedano in proposito L.P. COMOGLIO, *Contraddittorio (principio del)*, I *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1997, pp. 16-17; E. FAZZALARI, *La imparzialità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 193 ss., spec. p. 202.

¹⁵⁸ Non si può quindi negare la presenza di un contraddittorio in senso tecnico sulla base della circostanza che l'autorità decidente sia al tempo stesso appunto soggetto che decide e contraddittore, sia, cioè, parte in senso sostanziale, la quale, ancorché imparziale, cura direttamente interessi pubblici coincidenti o in conflitto con quelli dei privati attraverso lo svolgimento dell'azione amministrativa, mentre perché vi sia pariteticità effettiva l'autorità decidente dovrebbe necessariamente essere terza rispetto alle parti: così invece S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, pp. 311-313; A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, II, cit., pp. 939-940; ID., *Procedimento amministrativo*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V, cit., pp. 4512-4513; A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, p. 121 ss.

¹⁵⁹ Secondo quanto già ricordato, infatti, la posizione tradizionale richiedeva, per l'individuazione di un processo, la necessità di un conflitto di interessi, attuale o potenziale: cfr. in particolare F. CARNELUTTI, *Sistema*, I, cit., p. 44; ID., *Sistema*, III, cit., p. 4.

mere rilievo sotto il profilo strutturale: si può allora affermare che vi è un processo laddove vi siano parti che possano rappresentare l'interesse di cui siano portatrici¹⁶⁰, all'interno di una procedura in contraddittorio¹⁶¹, secondo quanto è stato spiegato dalla dottrina processualistica¹⁶². L'azione amministrativa si svolge quindi nella forma di un processo, il cui oggetto, in particolare, si rivolge alla decisione in ordine all'esercizio della situazione giuridica di potere, e la cui struttura è quella propria di un modello fondato sulla mancanza o sull'incompleta separazione tra l'organo decidente e i contraddittori¹⁶³.

Il ruolo del soggetto privato nell'ambito della funzione è quindi il ruolo che da questi può essere esercitato all'interno del processo in cui si esplica il potere amministrativo. Non possono essere invocate letture differenti, che non trovino rispondenza nel dato strutturale proprio del modello procedurale; un dato che, come detto, si pone nel senso per cui la posizione del privato, nella relazione con il potere, è quella di un soggetto che non compie la scelta decisionale amministrativa, ma rispetto ad essa si rapporta, pur nell'ambito di una procedura ove è possibile una rappresentazione della propria posizione in contraddittorio, secondo quanto descritto.

È in questa prospettiva che viene quindi a risolversi il modello 'dialogico' dell'interesse legittimo, proposto da quelle impostazioni che nella possibilità di influire sulla determinazione finale amministrativa hanno rinvenuto il carattere

¹⁶⁰ Secondo la tradizionale ricostruzione di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., pp. 1131 ss.

¹⁶¹ Secondo l'impostazione riconducibile a F. Benvenuti, G. Berti (*Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., p. 782 ss.; ID., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 437 ss.), nonché a G. Pastori (*Introduzione generale*, cit., p. 7 ss.; *Le trasformazioni*, cit., p. 483 ss.). Da ultimo, all'interno del filone dottrinale richiamato, considera il contraddittorio quale elemento fondante del rito-procedura rispetto al mero procedimento M. BELLAVISTA, *Procedimento e procedura come processo sostanziale*, cit., p. 93 ss., spec. p. 105 ss.; ID., *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, cit., p. 596 ss., spec. p. 636 ss.; ID., *Il rito sostanziale amministrativo*, cit., spec. p. 121 ss.

¹⁶² Cfr., ancora, E. FAZZALARI, *Istituzioni*, cit., p. 73 ss., spec. p. 82 ss.; ID., *Processo*, cit., p. 1072; ID., *Diffusione del processo*, cit., p. 868 ss.; ID., *Procedimento e processo*, cit., p. 824 ss., spec. p. 827 ss.)

¹⁶³ Cfr. ancora, oltre a quanto detto alle note precedenti, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., spec. pp. 54 ss. e 202 ss.

di differenziazione di tale figura¹⁶⁴. Non potendo riferirsi, detta possibilità di influenza, ad una scelta nel senso della codecisione, il dialogo si esprime, come già anticipato, nelle varie facoltà e pretese attinenti alla dinamica procedurale, senza che, per tale via, possa risultare intaccata la realtà sostanziale ascrivibile al rapporto tra individuo e potere.

Ora, rispetto a tale scenario, può dirsi che le situazioni giuridiche soggettive configurabili in capo al privato a fronte della situazione giuridica di potere, così come la stessa situazione di potere, assumano la consistenza strutturale che si ricava dal relativo modello processuale: è, cioè, nella prospettiva descritta che dette situazioni devono essere inquadrare; nel carattere procedurale che esse rivestono in ragione dell'esplicazione del potere amministrativo all'interno dell'impianto strutturale proprio della funzione. In questo senso, alla stessa azione procedimentale amministrativa, come rivolta alla decisione, ci si può riferire nei termini di *comportamento procedurale*, rispetto al quale le differenti situazioni vengono a rapportarsi.

Più in particolare, si può specificare come, a seconda che l'interesse del privato si rivolga nei confronti dello svolgimento del procedimento in sé considerato, ovvero dello svolgimento del procedimento considerato in rapporto con una particolare situazione giuridica di potere, ovvero ancora della situazione giuridica di potere che nell'ambito del procedimento si esplica, si sarà al cospetto di situazioni di carattere astratto e indeterminato, di carattere relativamente astratto ovvero di carattere concreto, al pari di quanto avviene nell'ambito del processo giurisdizionale, ove l'azione, intesa in senso astratto, è rivolta alla decisione di merito, mentre, nella sua considerazione concreta, fa riferimento al provvedimento favorevole.

Le prime due tipologie di situazioni, cioè quelle di carattere genericamente o relativamente astratto, sono qualificabili come situazioni di carattere prettamente procedurale, e sono quelle a cui ci si riferisce solitamente con la denomi-

¹⁶⁴ Cfr. quanto detto *supra*, par. 2.

nazione di situazioni giuridiche procedimentali, laddove se ne accolga una configurazione autonoma rispetto alle situazioni sostanziali che con esse vengano in collegamento. La loro concreta declinazione dipende dal modello procedurale corrispondente, per cui, come detto, è al modello che si è visto essere proprio della funzione amministrativa che si deve fare riferimento ¹⁶⁵.

Le situazioni procedurali di carattere concreto attengono invece alla sfera di interessi sostanziali del soggetto, riferendosi alla posizione che, sotto tale profilo, esso assume nel rapporto con la situazione giuridica di potere. In ragione della sede in cui il potere trova esplicazione, anche la situazione sostanziale del privato riveste, infatti, carattere procedurale, attenendo ad un comportamento che l'autorità pone in essere all'esito dell'attività decisoria che trova riscontro all'interno della funzione; sotto tale profilo di carattere generale, essa non è particolarmente differente, in ordine alla sua natura, dall'azione concreta propria del diritto processuale ¹⁶⁶. La sua consistenza dipende dalla fattispecie a cui fa riferimento, nella declinazione che questa assume all'interno della funzione, in ragione dei caratteri strutturali a quest'ultima ascrivibili.

8.2 La caratterizzazione oggettiva del modello procedurale. Il modello procedurale di accertamento e il problema dell'attività discrezionale. La caratterizzazione della situazione giuridica sostanziale

Se la descrizione del piano soggettivo inerente alla funzione è risultata idonea a fornire lo schema generale per procedere alla caratterizzazione delle situazioni giuridiche afferenti ad un rapporto in cui si esprime un potere amministrativo, la valutazione del profilo oggettivo inerente all'attività decisoria consente appunto di vagliare la loro consistenza anche sul piano contenutistico.

¹⁶⁵ Sotto questo profilo, si è da parte nostra ampiamente avuto modo di considerare ne *Il contraddittorio procedimentale*, cit., *passim*, come il nostro assetto ordinamentale delinea un modello procedurale generale dell'azione amministrativa che si ricava dal rilievo teleologico della partecipazione che trova espressione sotto il profilo strutturale: in particolare, tale modello risulterebbe strutturato su un contraddittorio misto collaborativo-garantistico. Le situazioni giuridiche procedimentali si connotano di conseguenza, come si è detto in quell'occasione.

¹⁶⁶ Si è specificato sotto il profilo della sua natura, in quanto, sotto il profilo della struttura, essa non necessariamente si presenta come pretesa che scaturisce dall'esercizio di un'azione/domanda del medesimo soggetto a cui la pretesa stessa è riconducibile.

Per procedersi nella direzione appena descritta, è necessario prendere nuovamente le mosse dalle considerazioni effettuate in ordine alla funzione. Si è detto come essa rappresenti il processo attraverso il quale si determina la scelta di produrre o meno la situazione effettuale, e come la razionalizzazione del processo decisorio ascriva a sé il rapporto tra soggetto, a cui la situazione giuridica di potere fa riferimento, e la situazione giuridica stessa. Se così è, si deve allora concludere che il modello descritto risulta idoneo a ricomprendere in sé tutte le attività che, intervenendo nel processo decisorio, concorrano a determinare la scelta definitiva in ordine alla situazione effettuale. Lo schema si presenta quindi come unitario, all'interno del quale le differenti attività, e le differenti tipologie di scelta, trovano riscontro in rapporto con la considerazione del processo decisorio nella sua interezza.

Quali siano le attività che nel processo di concretizzazione del potere devono essere svolte dipende essenzialmente dal rapporto che si viene a porre tra la funzione e la struttura della situazione giuridica di potere. In via generale, la fattispecie di quest'ultima, come visto, è predisposta in via ipotetica dalle norme che disciplinano la validità sostanziale della produzione dell'effetto, e la sua sussistenza in concreto è determinata dall'integrazione fattuale degli elementi in questo senso richiesti. Ora, poiché la funzione determina la rilevanza giuridica del processo che porta alla decisione di porre in essere o meno la situazione effettuale corrispondente al potere, ne consegue che il processo decisionale va inteso come serie di momenti ove si valutano nella loro sussistenza i presupposti di fatto e di diritto attinenti alla situazione giuridica di potere, in uno con la scelta di porre in essere la relativa situazione effettuale. Il problema, come pure si è già rilevato, è quello di stabilire, nel momento in cui ci si trovi di fronte ad un'attività non interamente, ma solo parzialmente, vincolata, se i profili che attingono alla scelta di produrre o meno una determinata situazione effettuale possano rimanere ricomprendersi nella fattispecie della situazione di potere,

ovvero debbano essere ricondotti a quella relativa al suo esercizio; e quali differenze ciò comporta nell'ambito della funzione.

Se ci si chiede a cosa, nel rapporto tra situazione di fatto e scelta in ordine ad essa, i momenti decisionali effettivamente corrispondano, si deve partire infatti dalla considerazione che il potere amministrativo è normativamente assoggettato ad un vincolo di ordine teleologico: il principio di legalità, secondo quanto trova riscontro nell'art. 1, l. n. 241/1990, si declina infatti nel senso che l'attività amministrativa debba perseguire i fini determinati dalla legge. Ciò significa che è dato riscontrare, nel senso descritto, la presenza di un elemento di ordine teleologico, il quale, in maniera più o meno puntuale, descrive il fine a cui deve essere rivolta l'azione della P.A. (l'interesse pubblico astratto). Tale elemento deve dunque orientare i margini di scelta, laddove presenti, in ordine alla decisione sull'assetto di interessi da assumere a fronte di una particolare situazione di fatto; in ordine, cioè, alla definizione del concreto assetto assiologico (l'interesse pubblico concreto) da perseguire attraverso la produzione di una determinata situazione effettuale. Rapportato a quanto già detto sulle situazioni giuridiche di potere, può dirsi che l'elemento teleologico rilevi in ordine alla decisione di esercitare o meno la situazione di potere, ovvero di esercitare una situazione di potere in luogo di un'altra.

La dottrina, in ragione di tale caratterizzazione del potere amministrativo, ha solitamente incentrato il modello della decisione sulla caratterizzazione discrezionale dell'attività; nel senso che il processo decisionario null'altro costituirebbe se non la rappresentazione, nel senso della funzione, dell'esercizio della discrezionalità amministrativa¹⁶⁷. Nell'ambito di questo modello, il rilievo che, in relazione alla struttura della fattispecie della situazione giuridica di potere, assume la sussistenza di elementi di fatto, ha condotto poi a considerare come,

¹⁶⁷ Cfr. ad es. A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., *passim*, spec. p. 90; M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione*, cit., *passim*; A. ROMEO, *L'impugnabilità*, cit., p. 287 ss.

all'interno del processo decisorio, siano ravvisabili momenti di accertamento riferibili a tali elementi¹⁶⁸.

Il rilievo strutturale dell'attività è destinato tuttavia a porsi in un ruolo di primo piano nel momento in cui i caratteri teleologici e contenutistici della funzione vengono posti in diretta correlazione, appunto, alla sua valenza strutturale. L'impostazione su cui in generale la concezione della funzione si basa – cioè quella della concretizzazione dell'ordinamento quale processo di produzione normativa a cui in generale è riconducibile la funzione stessa – presuppone, infatti, una considerazione unitaria del processo di trasformazione del potere in atto, che solo può differenziarsi in ragione della presenza di una diversità di elementi strutturali. Rapportata la funzione alla decisione, tale considerazione unitaria rimane in generale inalterata, ma assume carattere centrale, sotto il profilo contenutistico, il farsi dell'attività decisoria. È allora dai caratteri strutturali della fattispecie normativa a cui il potere è ascrivibile, nonché da quelli del procedimento attraverso il quale il processo decisorio assume rilevanza (profilo, quest'ultimo, destinato a ricevere particolare valorizzazione con l'introduzione della legge generale sul procedimento), che è possibile ricavare le indicazioni necessarie a descrivere il modello idoneo a caratterizzare giuridicamente l'attività di decisione.

¹⁶⁸Tale aspetto, va peraltro ricordato, tradizionalmente non aveva assunto un'autonomia e compiuta considerazione. Rispetto infatti alla tendenza, di cui si dirà meglio nel proseguo, a considerare l'accertamento in ragione del rapportarsi del profilo della struttura dell'attività svolta con quello degli effetti prodotti, l'accertamento come attività finiva per essere relegato ad una sfera interna, avente valore strumentale nei confronti dell'esplicarsi dell'effetto (in disparte, poi, la natura assunta da quest'ultimo nelle diverse tipologie di atti). Con riferimento al potere discrezionale, l'attività di accertamento avrebbe costituito, quindi, un momento meramente interno e strumentale alla formazione dell'atto di volontà, quale rivolto alla produzione dell'effetto precettivo. In questo senso, si veda M.S. GIANNINI, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, cit., p. 555 ss.; ID., *Accertamento (dir. cost. e amm.)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 219 ss., per cui l'accertamento come attività consisterebbe in un'attività istruttoria interna, avente ad oggetto il reperimento di informazioni e le valutazioni di ordine tecnico: essa sta alla base di ogni provvedimento amministrativo, e non avrebbe rilievo in sé considerata, ma solo con riguardo al suo eventuale influire sulla validità della manifestazione di volontà che si ha nel provvedimento, in ordine ad uno dei suoi elementi. Anche secondo G. CORSO, *L'efficacia*, cit., p. 270 ss., l'accertamento come momento di un atto “costituisce un'articolazione interna del processo di formazione della volizione, che si riscontra nel provvedimento come in qualsiasi atto di volizione, abbia o meno rilevanza giuridica”.

Quest'ordine di idee può ritrovarsi già in quella dottrina che per prima si è posta nella prospettiva della concretizzazione dell'interesse pubblico astrattamente previsto in via normativa, riconducendolo ad un'attività conoscitiva dell'Amministrazione¹⁶⁹. In questo senso, infatti, si è espressamente individuata e valorizzata un'attività di accertamento, il cui espletamento si porrebbe direttamente in correlazione con l'elemento teleologico proprio del potere¹⁷⁰. Rispetto ad essa si è ricostruita la successiva attività decisoria in senso proprio, secondo uno schema che ha permesso in generale alla dottrina successiva, in maniera più o meno pregnante a seconda delle differenti ricostruzioni, di attribuire una maggiore considerazione all'attività di accertamento propria della processo decisionale amministrativo¹⁷¹.

La valorizzazione del rilievo strutturale dell'attività di accertamento si può poi riscontrare in chi, più specificamente, ha cercato di capovolgere il paradigma su cui viene solitamente costruito il modello della decisione amministrativa, cioè, come detto, quello dell'attività discrezionale, per far riferimento direttamente ad un modello fondato sull'accertamento. In particolare, tale approccio è rinvenibile in quella dottrina che ha individuato nella preesistenza di una disciplina normativa da attuare il tratto caratteristico della funzione accertativa: il modello strutturale, quindi, è quello dell'accertamento, rispetto al quale si innestano le valutazioni di opportunità riferibili all'esercizio della discrezionalità

¹⁶⁹ F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., pp. 201 ss. e 237 ss.

¹⁷⁰ In particolare, secondo F. LEVI, *op. ult. cit.*, p. 259 ss., le categorie indeterminabili non indicherebbero un tipo di fatti la cui sussistenza in concreto doveva essere accertata prima dell'emanazione di un provvedimento, ma, concorrendo alla descrizione dell'interesse pubblico specifico che rappresenta il canone fondamentale dell'agire amministrativo, imporrebbero all'autorità procedente di considerare l'intera situazione storica per stabilire se esista qualche fatto a tal fine significativo: i fatti considerati non sono accertati in quanto previamente descritti dalla legge, bensì in quanto in qualche modo connessi con l'interessi pubblico. Quest'attività è un'attività prettamente cognitiva, che quindi si concreta in un accertamento, in un giudizio storico, che consente di determinare quello che l'A. definisce interesse pubblico concreto (p. 301 ss., p. 326 ss.), idoneo a rappresentare il presupposto effettivo (che non potrebbe essere integrato dall'interese pubblico in astratto configurato dalla norma) sulla base del quale si deve esplicitare l'azione amministrativa. Su tali affermazioni si tornerà *infra*, par. 9

¹⁷¹ Accoglie ad es. senza riserve le premesse generali formulate da F. Levi N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, *passim*, spec. p. 157, n. 153, della cui impostazione si dirà *infra*, par. 9, in nota.

amministrativa¹⁷². Più di recente, poi, ha sostanzialmente strutturato nelle forme dell'accertamento il processo decisorio riferibile all'attività amministrativa anche un'altra dottrina, che ha ritenuto in questo senso elemento scriminante la circostanza che il provvedimento amministrativo, al pari di quello giurisdizionale, abbia carattere *concreto*, cioè presupponga un'attività di accertamento e di valutazione di fatti, il quale prescinderebbe dal più o meno elevato tasso di discrezionalità o vincolatezza dell'attività di attuazione demandata all'Amministrazione (così come del resto di quella demandata al giudice), nonché dal tipo di effetti che dal provvedimento scaturiscono¹⁷³.

In generale, può dirsi quindi che si riscontra una sensibilità in dottrina per la considerazione del modello decisorio sotto il profilo strutturale valorizzando l'ottica dell'accertamento, in ragione appunto dei caratteri che si possono rinvenire nello stesso processo di decisione. Sotto, tale profilo, non sembra in effetti potersi discutere sulla possibilità di ravvisare all'interno del processo decisorio un'attività strutturalmente qualificabile come accertamento, un'attività, cioè, ascrivibile ad una verifica, giuridicamente rilevante, avente ad oggetto, quale suo referente, l'esistenza materiale di un fatto, una questione giuridica, ovvero una situazione giuridica nella sua interezza. Da un lato, infatti, sotto il profilo della fattispecie della situazione giuridica, le norme sostanziali sulla produzione prendono in considerazione, quantomeno sotto un profilo generico,

¹⁷² È l'impostazione di B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001, spec. p. 75 ss. In particolare, l'A. ha distinto le funzioni di accertamento autonome, in caso di completezza della disciplina stessa, dalle funzioni di accertamento strumentali, laddove sia necessario invece il completamento della disciplina nel caso singolo. In tal modo, viene concepito un modello decisorio che si colloca nell'ottica dell'accertamento, riscontrabile sulla base del criterio appena descritto, in relazione al quale si viene a collocare anche l'esercizio della discrezionalità: le valutazioni di opportunità ad essa riferibili, orientate dal criterio teleologico normativo, si innestano sulla struttura di accertamento dell'attività svolta in relazione ad una disciplina sostanziale incompiuta, cosicché detta attività si caratterizza per il completamento della disciplina sostanziale nel caso singolo sulla base dell'accertamento compiuto.

¹⁷³ M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, I, *Questioni pre-supposte di teoria del provvedimento*, Padova, 2012, p. 92 ss. In particolare tale caratteristica si ricaverebbe, infatti, dalla fattispecie del provvedimento, che ha al suo interno elementi che implicano la sussistenza di una più o meno determinata realtà fattuale; nonché dalle previsioni legislative che comportano un rilievo giuridico dell'attività in questione (come quelle relative allo svolgimento dell'istruttoria procedimentale) e delle sue risultanze (come quelle attinenti alla motivazione).

elementi idonei a porre in relazione la realtà giuridica della fattispecie normativa con quella fattuale. Sotto il profilo della rilevanza giuridica dell'attività, è prevista, al fine di porre in essere la situazione effettuale corrispondente all'atto precettivo, una procedura all'interno della quale assuma rilievo l'accertamento e la valutazione dei fatti rilevanti, e risulta espressamente la diretta correlazione tra detta attività e la scelta di porre in essere o meno la situazione effettuale stessa: ciò si ricava dalla disciplina sugli adempimenti istruttori di cui agli artt. 6 ss., l. n. 241/1990, nonché da quella sulla motivazione dell'atto, secondo quanto previsto dall'art. 3, l. n. 241/1990, per cui la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria compiuta. Il problema, che a questo punto si pone, è quello allora di valutare in che limiti lo stesso processo decisionario possa essere descritto quale processo di accertamento.

Tale problematica si ricollega direttamente con quanto evidenziato in ordine al profilo di doverosità dell'esercizio del potere amministrativo. Essa concerne infatti il rapporto, sul piano della funzione, di ciò che, sul piano della fattispecie, si è descritto come relazione tra l'aspetto della situazione giuridica corrispondente all'atto precettivo e quello relativo alla figura di qualificazione deontica che caratterizza quest'ultimo. Si tratta infatti di considerare quale debba essere la collocazione, nell'ambito dell'esplicarsi della funzione, degli aspetti propri della/e scelta/e da effettuarsi in ordine alla situazione giuridica di potere. Più in particolare, si deve valutare in che limiti la funzione, intesa nel senso descritto, quale cioè processo formativo di una decisione, possa ricondursi alla verifica dell'integrazione degli elementi della fattispecie della situazione giuridica; in che limiti cioè i richiamati profili di scelta siano in essa ricompresi, ovvero in quale altro modo essi si vengano ad inserire nel processo decisionale, e quale sia il ruolo, in tale ambito, rivestito dalla presenza di un profilo di ordine teleologico. La questione è tanto più rilevante nell'ambito di un potere, qua-

le quello amministrativo, in cui la fattispecie si presenta spesso attraverso una generale indeterminatezza del fatto, nella sua commistione con l'interesse da perseguire¹⁷⁴.

9. Modello procedurale di accertamento e discrezionalità. Scomposizione della discrezionalità in discrezionalità conoscitiva, teleologica e dispositiva. La presenza della discrezionalità teleologica come necessità di determinazione di un criterio di preferenza tra valori

L'espletamento dell'attività di accertamento, qualora, come nell'ipotesi in esame, venga in questione non la mera sussistenza di un fatto, ma il rapporto tra la realtà fattuale e quella giuridica, deve necessariamente avvenire un raccordo tra queste due entità. Esso si ha con l'attribuzione del significato dell'entità normativa all'entità fattuale; si ha, quindi, con una qualificazione della realtà fattuale nei termini della realtà normativa, con un'attività, cioè, di qualificazione giuridica. Come in concreto tale processo si svolga è questione complessa, che evoca una serie di problematiche di estremo spessore concettuale, quali, in particolare, la concezione dell'interpretazione a cui si accede, il rapporto tra questa e l'applicazione della norma, nonché, per quanto viene in questione in questa sede, il ruolo attribuito, in tale ordine di prospettive, a quegli aspetti comunemente riferiti alla discrezionalità amministrativa.

¹⁷⁴ Va peraltro sottolineato che in questa prospettiva deve ritenersi anche inclusa la determinazione della situazione effettuale, laddove sia presente un margine di scelta in ordine a quale misura adottare. Tale possibilità, infatti, viene semplicemente a risolversi in una decisione (non in ordine ad una sola situazione di potere, come avviene nel caso in cui un margine di scelta in tal senso non sussista, bensì) in ordine a più situazioni giuridiche di potere poste fra loro in via alternativa: l'esplicazione della funzione – quale verifica della situazione giuridica di potere, in uno con la scelta di porla in essere – non muta, soltanto rapportandosi a più situazioni giuridiche. Lo stesso vale, si aggiunge, nel caso in cui la determinazione della situazione effettuale possa essere essa stessa oggetto di compiuta definizione da parte dell'Amministrazione procedente: in questo senso, si deve considerare, quale elemento rispetto al quale rapportare la decisione, in generale la/e situazione/i giuridica/he di potere ipoteticamente ricomprese nell'ambito di scelta dell'azione amministrativa; in altri termini, in caso di una pluralità di effetti possibili, anche non compiutamente determinati, si mantengono ferme le ipotetiche situazioni giuridiche corrispondenti e rispetto ad esse si considera la decisione di porre in essere o meno la relativa situazione effettuale

Non è questa la sede per ripercorrere compiutamente tale ricostruzione¹⁷⁵. È sufficiente a tal fine considerare come la problematica generale, a cui i differenti approcci interpretativi danno riscontro, sia essenzialmente quella dell'aspetto creativo dell'attività dell'operatore del diritto in ordine alla struttura necessariamente aperta della fattispecie normativa, e, soprattutto, dell'inquadramento di tale valore creativo all'interno della prospettiva dinamica della produzione del diritto, in uno con la possibilità, direttamente correlata con la considerazione che si ha di detto aspetto creativo, che esso sia riconducibile ad un fenomeno di qualificazione giuridica.

¹⁷⁵ Sia consentito, in proposito, rimandare interamente a quanto considerato in *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 417 ss.

Nell'ambito di quella trattazione, si è anche avuto modo di analizzare la tesi di L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, spec. p. 223 ss., la quale prende le mosse dalla nota concezione ermeneutica di H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Firenze-Milano, 2019 (op. orig. 1960), (su cui si rimanda a *Potere e situazioni soggettive*, I, loc. ult. cit.) considerata idonea a spiegare non soltanto il fenomeno dell'interpretazione, ma anche la dinamica del meccanismo stesso della produzione. In tale scenario, il potere, infatti, ove inteso come elemento dinamico della produzione, dovrebbe essere descritto, nella prospettiva appena riferita, come un processo inesauribile concepito in un'ottica ermeneutica quale riflesso della tematica interpretativa. Si sono allora prese le mosse dalle riferite teorizzazioni della filosofia ermeneutica per fondarvi, parallelamente alla concezione del potere appena descritta, una ricostruzione della discrezionalità nel diritto amministrativo, in relazione alla quale non si assume sussistente una differenza di ordine qualitativo rispetto all'interpretazione. Si afferma, infatti, che il fenomeno della comprensione, nel suo moto oscillatorio, non è divisibile in fasi se non al prezzo di snaturarne il rilievo ontologico ed accedere ad una schematizzazione eccessivamente formalistica, accettabile solo se intesa in modo piuttosto generico: in questo senso, allora, la discrezionalità non potrebbe assumere a manifestazione particolare del processo del comprendere, ma si risolverebbe nell'attuarsi del potere all'interno della problematica della comprensione attraverso il linguaggio, individuandosi solo sulla base della definizione normativa dei limiti dell'azione per il caso concreto. Non si deve ritenere, tuttavia, che tale impostazione comporti una riconducibilità dell'intero fenomeno decisionale ad un'operazione qualificatoria, ad un'attività, cioè, che rientri nell'ambito dell'accertamento. Lo esclude la stessa dottrina in esame, quando afferma che permane comunque la distinzione, pur all'interno della concezione ermeneutica di produzione giuridica appena descritta, tra interpretazione (in senso stretto), il cui oggetto sarebbe l'attività vincolata, e la discrezionalità in senso proprio, in cui vi sarebbe una scelta dispositiva. Più nello specifico, rispetto a questa considerazione di ordine generale, sul piano del diritto amministrativo si propone – in ragione della difficoltà di stabilire l'estensione delle valutazioni discrezionali, nonché dell'esigenza di evitare una ricostruzione eccessivamente rigida e formalistica del meccanismo della comprensione – una nozione allargata di discrezionalità, che vada in sé a ricomprendere la presenza di profili di vincolatezza, riscontrabili in occasione delle singole operazioni interpretative: cfr. L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, p. 81 ss., ed ivi n. 13, ove si ribadisce e si precisa quanto affermato in ID., *La discrezionalità*, cit., pp. 279 ss., 290 ss. e 326 ss.

In effetti, si ritiene ormai pacifico che, per addivenire alla sussunzione, sia necessaria una costruzione giuridica del caso attraverso la selezione dei fatti che si assumono rilevanti e una parallela concretizzazione della norma, e che tali attività siano in rapporto di reciproca interazione e oscillazione tra loro; parimenti non è in discussione che tale modello presupponga una serie di scelte che l'interprete deve effettuare. La presenza di un momento di scelta in capo all'autorità decidente non in tutti i casi, e comunque non in tutte le ricostruzioni, può quindi escludere la riconducibilità ad un'attività di accertamento (la scelta sussiste anche con riferimento alla qualificazione), evidenziandosi anzi come l'univocità del dato normativo sia una circostanza al limite ravvisabile solo in relazione a taluni elementi della fattispecie. Nondimeno, l'indeterminatezza della norma sotto taluni aspetti, o la presenza di differenti possibilità in essa contemplate, può portare ad estromettere i corrispondenti profili di scelta dalla prospettiva del fenomeno qualificatorio. L'oscillazione, nell'uno o nell'altro senso, nelle differenti prospettive adottate, risulta idonea ad incidere, di conseguenza, sulla definizione dei caratteri della discrezionalità amministrativa.

Ora, rispetto a tale scenario, può comprendersi come, una volta rilevato che il dato indeterminato necessita in ogni caso di un'integrazione intesa in senso lato, si sia ritenuto più importante considerare il valore sotteso all'attribuzione, da parte dell'ordinamento, della possibilità di integrare il dato normativo, rispetto al profilo tecnico della sua qualificazione¹⁷⁶.

¹⁷⁶ Si veda in particolare in questo senso l'impostazione, già richiamata (cfr. *supra*, par. 4, in nota), di L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali*, cit., p. 316 ss.; ID., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, cit., pp. 129 ss. e 152 ss., per il quale deve considerarsi irrilevante se l'integrazione della fattispecie normativa, lasciata imprecisa in taluno dei suoi elementi, sia ascrivibile o meno ad un'attività interpretativa: in ogni caso, infatti, l'indeterminatezza, che si esprime nelle clausole generali, contiene un margine di incertezza che richiede un'assegnazione di significato da parte dell'interprete, non essendovi un metodo logico attraverso il quale si possa giungere ad un significato univoco. In tal senso, ciò che rileva è allora chi possa procedere all'assegnazione di significato e a cosa detto significato debba fare riferimento: in particolare, secondo, l'A., come si è visto, poiché l'Amministrazione non rappresenterebbe un potere dello Stato, ma sarebbe espressione dell'ordine giuridico della società (si riprende l'impostazione di G. BERTI, *Amministrazione e costituzione*, cit., p. 458 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, cit., p. 101 ss.), allora la determinazione discrezionale non po-

È in questa prospettiva che è necessario, allora, valutare in che modo possa stabilirsi quando la scelta si collochi all'interno o all'esterno di un'attività di accertamento, e conseguentemente in che limiti, con riferimento alla decisione amministrativa, e quindi ai caratteri propri della relativa situazione giuridica di potere, come sopra considerati, l'attività dell'organo decidente sia ascrivibile ad un modello di accertamento.

rebbe considerarsi quale scelta libera tra alternative lecite, giacché l'integrazione della fattispecie avverrebbe ricavando la regola dall'ordine giuridico della società, attraverso un'assegnazione di significato in cui l'interesse pubblico sarà interamente (pre)determinato dallo scopo di consentire il più alto grado di godimento dei diritti delle persone.

Proprio quest'ultima considerazione ci consente tuttavia di rilevare che, se degli spazi di valutazione vi sono, si deve comprendere come questi debbano essere intesi, se, cioè, essi rientrano o meno in un'attività qualificatoria del diritto, in qualsiasi modo la si voglia tecnicamente configurare. Laddove i margini di scelta ricadano interamente all'interno dell'attività qualificatoria, l'unico modo di evitare una completa sostituzione della scelta effettuata sarebbe quello di ammettere un limite *processuale/procedurale* all'accertamento; in caso contrario, una successiva attività di accertamento, per sua natura, sarebbe sostitutiva in ogni caso della qualificazione giuridica (eventualmente) effettuata in prima battuta dal soggetto. Un limite all'accertamento, tuttavia, non può riscontrarsi in ordine al sindacato del giudice amministrativo sull'operato della P.A. Da ciò consegue che, se alla sussistenza di spazi di valutazione si accompagna l'impossibilità di una completa sostituzione da parte degli altri operatori nella preferenza accordata dall'autorità procedente, allora la predeterminazione supposta non potrebbe essere totale, ma si dovrebbe comunque fare riferimento ad un apporto soggettivo dell'operatore giuridico che derivi dalla consistenza della propria situazione giuridica di potere sotto il profilo sostanziale. Questo punto, invero, non è chiarissimo in relazione alla dottrina che si sta esaminando, nel senso che non è chiaro se alla sussistenza di un margine di valutazione in capo alla P.A. si accompagni la possibilità per il giudice di scegliere quale opzione ritenere preferibile; sembra tuttavia che il riferimento non sia ad un sindacato interamente sostitutivo. Rilievi simili possono essere effettuati nei confronti dell'impostazione, da cui L.R. Perfetti prende le mosse, dello stesso G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., p. 45 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, cit., p. 90 ss., secondo cui, come pure si è visto, la funzione normativa si esplica come interpretazione del divenire sociale, che viene svolta dai vari operatori giuridici quali, appunto, operatori dell'interpretazione.

Nell'impostazione, di E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 1 ss., si evidenzia, invece, come la presenza di un margine di opinabilità o la ponderazione di interessi non siano caratteristiche tali da distinguere una particolare attività dall'applicazione del diritto. La giustificazione di un particolare regime per l'attività amministrativa deve, quindi, trovare un determinato fondamento di natura sostanziale: in questo senso, si ritiene che la discrezionalità in senso proprio debba consistere in una sfera di libertà la cui estensione concernerebbe i soli (e limitati, partendosi dal presupposto della generale separazione tra politica e amministrazione) casi in cui sussista un legame con un'effettiva politicità della scelta, cioè con la sua correlazione ad un apparato amministrativo di carattere politicamente rappresentativo o comunque politicamente responsabile (sfera libera-politica, essenzialmente riferibile all'alta amministrazione), mentre, in tutte le altre ipotesi in cui tradizionalmente si riscontra la sussistenza di discrezionalità amministrativa, non vi sarebbe invece alcun margine di insindacabilità, ma al contrario si sarebbe al cospetto, a prescindere dalla denominazione utilizzata, di un'attività di applicazio-

Per procedere in tal senso, si può partire da quella classificazione di ordine generale che, in relazione al potere amministrativo, fa riferimento alla presenza di un margine di scelta in capo all'autorità decidente, che derivi dall'indeterminatezza di taluni degli elementi della fattispecie normativa, quale discrezionalità (in senso lato), afferente ai differenti profili di una situazione di potere: in questo senso si distingue tra un margine di scelta circa la possibilità di rapportare il *quid* da qualificare alla classe corrispondente al concetto di riferimento (discrezionalità nell'apprezzamento dei presupposti), e un margine di scelta nell'individuazione della conseguenza giuridica con riferimento all'*an*, al *quomodo* o al *quando* della produzione degli effetti (discrezionalità nella misura da adottare)¹⁷⁷.

Tale classificazione generale, si precisa, non coincide con quella relativa alla concezione della discrezionalità amministrativa solitamente utilizzata nel nostro ordinamento. In questo senso, la discrezionalità viene tradizionalmente

ne del diritto pienamente sindacabile (da intendersi nel senso di compiutamente sostituibile da parte del giudice, che applicherà, al pari di quanto avviene in qualsiasi attività interpretativa, l'opzione che ritiene preferibile: pp. 45-46 e 133).

Va rilevato come la base comune di tali teorizzazioni (così come di quella di L. Benvenuti, di cui alla nota precedente) è quella riferibile alla generale impostazione di F. Benvenuti (pur se i vari autori esaminati vi si avvicinano in modo molto differente tra loro, e talora anche critico in relazione alle conclusioni a cui pervengono). In questo senso, lo stesso F. BENVENUTI, *Disegno*, cit., pp. 195-196, riconduce la sfera della discrezionalità al momento interpretativo della norma.

¹⁷⁷ È la distinzione che si ritrova nella dottrina tedesca con la scomposizione della norma di legge nella fattispecie normativa (*Tatbestand*) e nelle conseguenze giuridiche (*Rechtsfolge*). In merito ad essa, la posizione tradizionale ha rapportato la presenza di concetti vaghi nella fattispecie agli *unbestimmte Rechtsbegriffe*, reputandoli interamente riconducibili alla determinazione normativa; mentre a fronte dell'indeterminatezza delle conseguenze giuridiche sarebbero ravvisabili *Ermessensermächtigungen*, rispetto alle quali il margine di scelta sarebbe esterno alla norma, come riconoscimento dell'autonomia della P.A. Tale rigida corrispondenza è stata, tuttavia, in gran parte rivisitata dalla dottrina successiva, che ha sottolineato, in varie e differenti ricostruzioni, come spazi di scelta riservati all'Amministrazione possano rinvenirsi anche nell'ambito della fattispecie astratta, e che, per un certo verso, essi non necessariamente sussistano in tutti i casi in cui vi sia indeterminatezza nelle conseguenze giuridiche. Per una ricostruzione si vedano D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, p. 12 ss.; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, p. 199 ss.; F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, p. 423 ss.; nonché, se si vuole, quanto detto in A. CARBONE, *L'azione di adempimento*, cit., p. 98 ss. La distinzione fra incompletezza della fattispecie astratta e incompletezza delle conseguenze giuridiche è richiamata anche da G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, p. 124 ss.

intesa come ponderazione di interessi, e si distingue dalla c.d. discrezionalità tecnica, che si avrebbe nel caso in cui un elemento della fattispecie faccia riferimento ad un fatto complesso accertabile attraverso conoscenze specialistiche e tendenzialmente caratterizzato per un margine di opinabilità. I due modelli riportati si intersecano tra loro su piani differenti: la discrezionalità amministrativa può essere infatti riferita non solo al momento dispositivo ma anche a quello conoscitivo; la discrezionalità tecnica concerne (una parte del)la discrezionalità nel momento conoscitivo, ma non necessariamente corrisponde ad essa, ben potendo attenersi anche al momento dispositivo¹⁷⁸.

A fronte della distinzione tra discrezionalità nel momento conoscitivo e discrezionalità nel momento dispositivo, si è evidenziato come la presenza di un elemento teleologico nella normativa che disciplina la situazione giuridica di potere¹⁷⁹ renda necessario fare riferimento ad un profilo di discrezionalità an-

¹⁷⁸ In questo senso, nel rapportare espressamente i due modelli, F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità*, cit., p. 426 ss., che sottolinea come anche nel momento conoscitivo si possa far riferimento ad una ponderazione di interessi (si pensi ad es. alla “nuova valutazione dell’interesse pubblico originario” di cui all’art. 21 *quinquies*, l. n. 241/1990). Quanto all’attività tecnica, essa copre tutta l’attività conoscitiva amministrativa se alla tecnica si ascrivono anche la scienza giuridica, la scienza amministrativa, la scienza politica, ecc.; ma giuridicamente queste non vengono qualificate come tecnica, se si intende questa sotto un profilo non solo oggettivo, ma soggettivo, come “l’esercizio di quelle competenze (in quanto sapere soggettivamente specialistico) [che] sfugge alla critica dell’opinione pubblica”: C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, p. 197 ss., cit. p. 205. La scelta tecnica può, poi, intervenire anche sul momento dispositivo, quale modalità per scegliere il modo di comportamento più adeguato rispetto al risultato pratico da raggiungere: cfr. F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull’amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, pp. 390-391; F. CAMMEO, *Commentario leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, s.d. ma 1911, p. 130.

¹⁷⁹ Si afferma in proposito che la norma attributiva del potere amministrativo può essere considerata (sempre, o in taluni casi, a seconda delle differenti rappresentazioni) una norma di fine, non una norma di azione, in cui cioè la prescrizione è diretta non tanto sul comportamento da tenere, quanto piuttosto sullo scopo da perseguire, seguendosi in questo senso la distinzione proposta da M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Illeciti atipici. L’abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, 2004 (op. orig. 2000), p. 14 ss.; M. ATIENZA, *Diritto come argomentazione. Concezioni sull’argomentazione*, Napoli, 2019 (op. orig. 2006), p. 168 ss.: cfr., con differenti sfumature, in particolare F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità*, cit., pp. 48 ss. e 433 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., pp. 109 e 403 ss. Da parte nostra, come si specificherà *infra*, si ritiene che ogni potere sia volto ad attuare un valore, cosicché la differente struttura delle norme rappresenterebbe più una differenza quantitativa in ordine alla sua specificazione, che non una differenza qualitativa. Ciò che può mutare, invece, è il rilievo giuridico che al profilo teleologico attribuisce l’ordinamento, in ragione della considerazione che esso assume nell’ambito della funzione in senso strutturale, quale processo formativo della decisione.

che in relazione allo stesso momento teleologico, laddove sia lasciato all'autorità decidente un margine di scelta circa la determinazione dell'interesse da perseguire in concreto¹⁸⁰. La decisione amministrativa, in ragione appunto del rilievo che il potere assume sotto il profilo teleologico, può allora essere caratterizzata da discrezionalità nel momento conoscitivo, da discrezionalità nel momento dispositivo e da discrezionalità nel momento teleologico.

Partendo da tale rappresentazione, è possibile, a nostro avviso, addivenire ad una ricostruzione che si articoli nei termini seguenti, e in essa inquadrare la struttura del modello decisorio proprio dell'azione amministrativa.

Si consideri, in proposito, come il momento dispositivo si colleghi alla situazione effettuale da porre in essere, e, quindi, come tale, ponga in correlazione il momento qualificatorio con quello effettuale della situazione di potere da esercitare, o di più situazioni di potere da esercitare in alternativa tra loro. A sua volta, il momento teleologico rappresenta un profilo che non si contrappone a quello conoscitivo e a quello dispositivo, ma, al contrario, ad essi si relaziona nell'ambito della fattispecie normativa propria della situazione giuridica di potere/delle situazioni giuridiche di potere che risultano in correlazione tra loro. Da ciò consegue che, laddove non sia ravvisabile discrezionalità nel momento conoscitivo e/o dispositivo (giacché oggetto di individuazione in maniera univoca), allora neppure potrebbe esservi discrezionalità sotto il profilo teleologico.

Si vuole dire, in altri termini, che il margine di scelta in ordine al profilo teleologico risponde alla necessità di una concreta determinazione di quest'ultimo, che non può che derivare da un certo grado di indeterminatezza e non univocità che caratterizza il riferimento ai presupposti e/o la loro correlazione con la produzione degli effetti della/e situazione/i giuridica/he di potere. La discrezionalità teleologica attiene, infatti, ad un margine di scelta in ordine alla definizione, in concreto, del fine per il quale si deve o non si deve provvedere; questo

¹⁸⁰ In questo senso, ancora, F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità*, cit., p. 432 ss.

si determina attraverso il bilanciamento degli interessi coinvolti nella vicenda amministrativa; tali interessi risultano dalla valutazione dei fatti, i quali, in quanto non specificamente definiti a livello normativo, sono assunti come rilevanti, nell'ambito del processo decisorio, per la loro relazione con l'interesse pubblico astratto; la considerazione degli interessi, a sua volta, avviene (non può che avvenire) in ordine al loro rapporto con la produzione di una determinata situazione effettuale o delle differenti situazioni effettuali previste dalla normativa di riferimento. Siamo, in questo senso, all'interno del processo di determinazione dell'interesse pubblico concreto. Ora, se si fa riferimento ad una siffatta ricostruzione, si deve parimenti convenire che, nel momento in cui la definizione degli elementi conoscitivi e dispositivi non lascia alcun margine di scelta all'autorità decidente, la decisione sull'assetto degli interessi, in ordine alla produzione di un determinato effetto, risulta già risolta a livello normativo.

La presenza di discrezionalità nel momento teleologico viene quindi in considerazione in quei casi in cui si ravvisi l'impossibilità di fare riferimento ad un criterio di preferenza tra interessi compiutamente definito dalla norma, in ragione della non univocità dei presupposti e delle conseguenze normativamente considerate. In tali ipotesi, l'indeterminatezza normativa necessita, appunto, della individuazione e determinazione di un criterio di preferenza in ordine agli interessi coinvolti, che consenta di pervenire, nel rapportare il fatto concreto al criterio elaborato, ad una soluzione compiutamente definita, corrispondente alla necessità o meno della produzione di una determinata situazione effettuale, sia questa l'unica ipoteticamente stabilita dalla norma, sia che anch'essa sia lasciata ad una precisa definizione all'interno del processo decisorio, nell'ambito di alternative più o meno compiutamente individuate dalla norma stessa.

Tale criterio di preferenza corrisponde a quella che può definirsi come regola di decisione del caso concreto. Nei termini riferiti, la sua elaborazione prende le mosse dalla valutazione della realtà fattuale che si esplica nello svolgimento della funzione, considerata alla luce del rilievo teleologico desumibile

normativamente (interesse pubblico astratto) e degli altri principi generali (imparzialità, ragionevolezza, ecc.) e regole specifiche che governano l'azione amministrativa. Il bilanciamento e ponderazione degli interessi in gioco, a cui per tale via si perviene, corrisponde ad un criterio di preferenza dell'assetto di interessi (l'interesse pubblico concreto).

La definizione del criterio di preferenza, va evidenziato, non può essere disgiunto dall'apprezzamento dei presupposti e dalla considerazione della/e misura/e da adottare in relazione al suo perseguimento: al contrario, la concretezza che caratterizza tale bilanciamento si esprime attraverso il collegamento di tali entità, per cui il criterio di preferenza si traduce in una regola di azione per il caso concreto.

In altri termini, la regola, che fa riferimento alla concretizzazione dell'interesse pubblico, non può esprimere un criterio di preferenza che non tenga conto anche delle misure da porre in essere. Il criterio di preferenza, la cui elaborazione corrisponde appunto alla concretizzazione dell'interesse, produce quindi una regola, la norma del caso concreto, che mette necessariamente in comunicazione tutti gli elementi a cui fa/nno riferimento la/e situazione/i di potere, quello, cioè, riferibile ai presupposti della fattispecie, quello teleologico e quello concernente la/e situazione/i effettuale/i. La scelta in ordine all'assetto di interessi, non definito a livello normativo, collega quindi fattispecie e conseguenze, rispetto alle quali si rinviene un margine di indeterminatezza (lo si deve necessariamente rinvenire, come detto, perché vi sia discrezionalità anche sotto il profilo teleologico, e quindi un assetto di interessi non compiutamente definito), e crea una regola idonea a risolvere il concreto problema amministrativo¹⁸¹.

¹⁸¹ Ponendoci in quest'ottica, non può accettarsi l'autorevole prospettazione di F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., p. 301 ss. (riportata *supra*, par. 8.2, in nota), per cui l'elaborazione dell'interesse pubblico concreto sarebbe l'esito di un giudizio storico, rispetto al quale si pone poi il momento decisionale dell'Amministrazione. Cfr. in questo senso le obiezioni che a F. Levi muove A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., p. 287, per cui "se (...) si riferisce l'"accertamento" dell'interesse pubblico concreto, come secondo noi imprescindibilmente si deve, non solo all'individuazione dell'istanza maggiormente meritevole di tutela da parte del potere pubblico, ma altresì al temperamento tra la stessa ed altri interessi pur

In questo senso, la regola in esame consiste quindi, secondo quanto detto, nel porre un vincolo deontico tra una determinata qualificazione dei presupposti e una determinata situazione effettuale ipoteticamente stabilita (e quindi, ad una determinata situazione giuridica di potere), ovvero tra differenti qualificazioni dei presupposti e una pluralità di situazioni effettuali (e quindi, ad una pluralità di situazioni giuridiche di potere) in relazione tra loro quali ipoteti-

degni d'attenzione, è evidente come la relativa valutazione non possa non includere le misure adottande a protezione dell'interesse concreto così definito".

Non può quindi neppure condividersi quell'impostazione, che si ritrova in N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità*, cit., spec. pp. 111 ss., 120-121, 130 ss., 142 ss. che, espressamente riprendendo in questo senso le premesse già affermate da F. LEVI, *op. loc. ult. cit.*, separa la concretizzazione dell'interesse dal momento dispositivo, per riferire la prima ad un fenomeno di accertamento e il secondo alla scelta discrezionale. Secondo Paolantonio, la concretizzazione dell'interesse pubblico costituirebbe, infatti, l'esito di un'attività di accertamento; rispetto ad essa deve distinguersi l'individuazione della soluzione concreta maggiormente idonea alla massimizzazione di quell'interesse, espressione di una scelta discrezionale, che sussiste ogniqualvolta un margine di discrezionalità sia in tal senso riconosciuto in capo all'Amministrazione. Ora, rispetto a tale costruzione, va evidenziato che, in essa, l'interesse pubblico concreto non contiene (non può contenere) in sé anche un effettivo criterio di temperamento degli interessi in gioco, che quindi andrebbe a ricadere nel momento decisorio discrezionale: se la concretizzazione dell'interesse ricomprendesse anche la ponderazione degli interessi, infatti, essa non potrebbe che esprimere la scelta di un criterio di preferenza tra gli stessi in ordine ad una determinata situazione effettuale da porre in essere (o, il che è lo stesso, a più situazioni effettuali da porre in essere in rapporto tra loro), risultando, i due elementi, strettamente collegati sul piano concreto. Deve quindi distinguersi, in caso di discrezionalità nel momento teleologico, il criterio di preferenza in ordine alla situazione effettuale astrattamente considerato, e l'accertamento dei fatti che, secondo la logica oscillatoria propria del processo decisorio, ha portato all'elaborazione di quel criterio e quindi alla decisione.

Del pari non si può convenire con le altre dottrine che riconducono il processo di elaborazione dell'interesse pubblico concreto ad un'attività conoscitiva, tenendolo separato dalla definizione del criterio decisorio: cfr. A. ROMEO, *L'impugnabilità*, cit., p. 331 ss., pp. 340-341; M. TRIMARCHI, *La validità*, cit., p. 159 ss. In particolare, secondo quest'ultimo A. (p. 152 ss.) l'interesse pubblico astratto, espresso dalla norma, sarebbe il criterio guida di ordine teleologico nella ricerca dei fatti rilevanti per la determinazione del problema amministrativo. Una volta che quest'ultimo è stato individuato, verrebbe in gioco un nuovo giudizio di rilevanza, avente ad oggetto non più i singoli fatti (fatti parziali), ma il problema nella sua interezza, e finalizzato a decidere se in esso ricorre o meno l'esigenza di attuazione del valore in cura all'Amministrazione: questo secondo giudizio di rilevanza sarebbe anch'esso condizionato dal valore da attuare, che però è ora rappresentato dall'interesse pubblico concreto, cioè la specificazione del valore da attuare quale determinato dai fatti oggetto di selezione. Logicamente separata (p. 161 ss.) risulta la fase in cui si identifica la soluzione da dare al problema ritenuto rilevante, la quale consiste nella determinazione dell'effetto giuridico (giudizio di efficacia). Ora, rispetto a tale impostazione, si deve ripetere quanto sopra detto, che la determinazione dell'interesse pubblico concreto non rappresenta un'attività che si possa tenere separata dal momento relativo alla definizione del criterio di scelta in ordine alla situazione effettuale: esprimendo una sintesi degli interessi ricavati dalla realtà fattuale, l'interesse pubblico concreto non può che contenere in sé un

camente previste, in maniera più o meno definita dalla norma, per la possibile soluzione di un medesimo problema amministrativo.

La regola posta attraverso un bilanciamento degli interessi che risulti validamente composto non è, come è ovvio, l'unica normativamente possibile (non vi è, cioè, un'unica alternativa che la normativa di riferimento consideri valida); o, per lo meno, non lo è necessariamente (è tale laddove il margine di scelta conferito dalla norma risulti assente nel caso concreto). Essa è, invece, una delle alternative che la normativa sul potere considera accettabili in relazione al rilievo teleologico e alle altre regole e principi che governano l'esercizio di quella/e determinata/e situazione/i giuridica/he di potere.

Ora, se si accoglie il ragionamento sin qui descritto, e lo si rapporta alla struttura del modello decisorio, deve concludersi nel senso che la determinazione di un siffatto criterio di preferenza non può risultare riconducibile ad un fenomeno di qualificazione normativa.

L'individuazione della regola presuppone, infatti, una scelta che non consiste nell'inclusione della realtà fattuale in una classe prevista dalla fattispecie astratta, giacché i due elementi di corrispondenza, la classe a cui si fa riferimento e la relazione di preferenza, non si presentano come omogenei¹⁸². Non può, cioè, rapportarsi la regola di preferenza di cui si discorre, che come detto si viene a definire nel collegamento del momento teleologico con quello conoscitivo e con quello effettuale, alla considerazione che viene data, in via normativa, all'interesse pubblico astratto e alle differenti opzioni dispositive dalla stessa normativa contemplate.

Farlo significherebbe negare lo stesso fenomeno della concretizzazione dell'interesse pubblico come bilanciamento degli interessi che avviene all'interno del processo decisorio; significherebbe, in altri termini, fare riferimento direttamente all'interesse astratto quale contenente, in sé, la regola di decisione

criterio di preferenza che si rapporti alle possibili situazioni effettuali da porre in essere.

¹⁸²Condivisibilmente, F. FOLLIERI, *Logica del sindacato*, cit., p. 524 ss.

nel caso concreto¹⁸³. L'elaborazione di quest'ultima deriva, invece, dal risultato di una preferenza accordata in ordine al rapporto fra gli interessi ricavati dai fatti oggetto di selezione nell'ambito di svolgimento della funzione, in ragione del rilievo ad essi attribuito alla luce dell'interesse pubblico astratto desumibile dal relativo dato normativo; consiste quindi nella scelta di un criterio di preferenza, non contenuto nell'interesse pubblico astratto.

In definitiva, la regola decisoria si esprime, lo si ripete ancora una volta, in un criterio di preferenza degli interessi che, a fronte di determinati presupposti, comporta la necessità di porre in essere una determinata situazione effettuale. L'elaborazione di tale regola, cioè della norma del caso concreto, è l'esito di un'attività di scelta, in cui si concreta l'esercizio della discrezionalità che avviene nell'ambito della funzione. La regola elaborata viene così ad integrare la fattispecie normativa della situazione giuridica di potere, permettendo alla realtà fattuale di rapportarsi ad un assetto di interessi definito¹⁸⁴.

9.1 Relatività del criterio proposto. Il potere è sempre funzionale al perseguimento di un valore. La presenza di discrezionalità teleologica non dipende da una scelta meramente tecnica rinvenibile nel dato normativo, ma dalla scelta dell'ordinamento in ordine alla partecipazione del soggetto nella determinazione del valore

¹⁸³ Il che del resto è negato anche da N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità*, cit., p. 135, il quale, come visto, pure considera la concretizzazione dell'interesse un'attività di accertamento: la non riconducibilità a quest'ultima anche della regola di decisione del caso concreto è resa possibile dalla separazione del momento di comparazione degli interessi da quello decisivo-dispositivo (cfr. subito *supra*, in nota); separazione che, tuttavia, come detto, non può considerarsi condivisibile.

¹⁸⁴ Sul punto si veda anche, nei suoi termini generali, e nella differente declinazione che caratterizza la relativa ricostruzione, A. PIRAS, *Interesse legittimo*, II, cit., p. 289 ss., ed ivi nn. 72-73, p. 312 ss., p. 397 ss., ed ivi nn. 54, 57 e 58, p. 410 ss., p. 429 ss. ed ivi n. 83; ID., *Discrezionalità amministrativa*, cit., in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 77 ss., il quale afferma che il fenomeno della discrezionalità si viene a collocare nel momento dell'attività, intermedio tra il potere e l'atto, appunto la funzione, nel quale avviene la scelta di avvalersi o meno dell'effetto che l'ordinamento ha posto nella disponibilità del titolare del potere: la discrezionalità si risolverebbe allora (ID., *Interesse legittimo*, II, cit., p. 409, n. 58; ID., *Discrezionalità*, cit., p. 85 ss.) nella formulazione di una regola per l'agire destinata a fungere da elemento di eterointegrazione dello schema legislativo del rapporto; integrazione necessaria nella ricostruzione di tale illustre A., come pure si è detto, perché in tal modo può configurarsi una situazione giuridica soggettiva di potere in senso proprio. Sull'obiezione, in particolare, di F. Levi a quest'impostazione, *infra*, n. 191; sulla sua superabilità, par. 9.3.

La presenza di discrezionalità nel momento teleologico richiede dunque la definizione di un criterio di preferenza, quale regola di decisione nel caso concreto, espressione del valore teleologico ricavabile dalla normativa che predispose la situazione giuridica di potere, che esula dal contesto qualificatorio e che caratterizza il modello decisorio proprio del potere amministrativo, laddove sussista appunto discrezionalità teleologica.

Ora, una volta pervenuti ad una siffatta conclusione, deve essere evidenziato che, nel momento in cui si fa riferimento ad un particolare ruolo attribuito al rilievo teleologico proprio di una situazione di potere, si deve anche considerare come, nell'ambito dell'ordinamento giuridico, *qualsiasi* potere sia funzionale al perseguimento di un valore, che deve avvenire attraverso la produzione della corrispondente situazione effettuale.

Il valore, in particolare, può essere definito attraverso la previsione esplicita di un fine da perseguire, o può implicitamente ricavarsi dalle regole puntali o dalle clausole generali che il potere disciplinano; ma esso è comunque presente. L'esercizio del potere si colloca, in questo senso, nella promanazione del contenuto assiologico posto a fondamento dell'ordinamento, che si esplica così nella dinamica giuridica pervadendo la dimensione normativa.

La presenza, sotto il profilo teleologico, di un margine di discrezionalità, implica che chi esercita il potere contribuisca non solo all'attuazione, ma anche alla definizione del valore. Il margine di discrezionalità, lo si è visto, si esprime attraverso la determinazione del criterio di preferenza in ordine alla produzione di un effetto. Se infatti tale margine mancasse, come pure si è detto, l'assetto di interessi da attuare troverebbe espressione direttamente nel dato normativo, senza che sia necessaria l'elaborazione di una regola del caso concreto che colleghi il momento teleologico a quello dei presupposti e delle conseguenze.

In questa prospettiva, una specificazione è necessaria in ordine a quanto poco sopra affermato in merito al rapporto tra apprezzamento dei presupposti e determinazione della misura da adottare, da un lato, e profilo teleologico del

potere, dall'altro. Si è detto, infatti, che tali aspetti sono intimamente collegati, nel senso che, mancando qualsiasi margine di scelta in ordine al momento conoscitivo o dispositivo, non potrebbe ravvisarsi discrezionalità nel momento teleologico.

La correlazione dei differenti profili in ordine alla definizione di un criterio di preferenza potrebbe, tuttavia, non essere condivisa da chi considera che, con riferimento alla valutazione dei fatti rilevanti e delle misure da adottare, non sempre la non univocità dell'elemento preso in considerazione dal dato normativo corrisponde ad un legame tra presupposti e bilanciamento degli interessi (si pensi, in proposito, all'ipotesi classica del fatto tecnicamente complesso il cui accertamento porti a risultati opinabili).

Si entra, in tal modo, direttamente all'interno della problematica inerente alla c.d. discrezionalità tecnica. Da un punto di vista logico, ai rilievi appena sollevati si può dare risposta nei termini che seguono.

Indubbiamente, se l'insussistenza di margini di discrezionalità sotto un profilo conoscitivo o dispositivo comporta la mancanza di discrezionalità nel momento teleologico, può non essere vero il contrario; nel senso che, in presenza di discrezionalità conoscitiva o dispositiva, questa può non essere ricollegata al profilo attinente alla determinazione dell'interesse da perseguire, per cui, appunto, non sussisterebbe discrezionalità teleologica.

Nell'ipotesi in cui si ritenga di dover concludere in tal senso, non verrebbe in rilievo un criterio di preferenza in ordine agli interessi coinvolti che colleghi il momento della qualificazione dei presupposti a quello della produzione della situazione effettuale. Si dovrebbe invece ritenere, al contrario, che i profili di scelta in ordine ai presupposti rimangano *interni* al processo di qualificazione normativa, nel loro rapportarsi alla/e misura/e da porre in essere (alla/e corrispondente/i situazione/i giuridica/he di potere), rispetto alla/e quale/i un eventuale margine di scelta verrebbe a corrispondere, in definitiva, all'attitudine tecnica (e al suo possibile grado) della/e misura/e stessa/e allo scopo già deter-

minato, la quale si porrebbe in dipendenza con la determinazione, in concreto, dei presupposti stessi.

Si arriva così al punto nodale della questione concernente la qualificazione di un determinato ambito di scelta, nel senso che la sua definizione non attinge ad un mero profilo di tecnica giuridica, ma si pone in relazione alla rappresentazione che di esso viene effettuata da parte dell'ordinamento.

La scelta del collegamento o meno del margine di scelta al profilo teleologico dipende, infatti, dal rilievo che ad esso si conferisce nella relativa normativa. Ciò, a sua volta, deriva da una scelta di valore compiuta dall'ordinamento. In sé, infatti, un risultato opinabile raggiunto attraverso l'utilizzo di parametri propri di una scienza tecnica può essere ricondotto ad un criterio di preferenza orientato sotto un profilo teleologico (anche, cioè, interno alla stessa disciplina tecnica); così come, all'inverso, la stessa ponderazione di interessi può essere, in sé, valutabile sotto un profilo tecnico (attraverso le scienze dell'amministrazione, politiche, ecc.)¹⁸⁵. La scelta di valore consiste allora nel ritenere rapportabili i margini di scelta riferibili alla situazione di potere alla discrezionalità di ordine teleologico; nel ritenere, cioè, che l'autorità decidente, nel porre in essere la scelta, non si limiti ad attuare il valore definito dall'ordinamento, ma concorra essa stessa alla determinazione del valore da attuare.

¹⁸⁵ Si è in generale sottolineato come qualsiasi attività amministrativa si risolve in un'attività di tipo tecnico, salvo far assumere a quest'ultima un significato, sotto un profilo della rilevanza giuridica, più ristretto: C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., p. 197 ss. È peraltro rilievo comunemente diffuso quello per cui si sta da tempo assistendo ad una sempre maggiore 'tecnicizzazione' dell'attività amministrativa, sia nel senso della sottoposizione dell'attività discrezionale ai criteri propri delle scienze tecniche, sia in ragione del fatto che la P.A. si occupa sempre più di settori governati da regole tecniche: in ordine a tale fenomeno, tra gli altri, V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, p. 116 ss., p. 120; M.S. GIANNINI, *Discrezionalità amministrativa e pluralismo* Intervista a M.S. Giannini, a cura di M. D'ALBERTI, *Quad. pluralismo*, 1984, ora in *Scritti*, VIII, Milano, 2006, p. 126; M. NIGRO, *Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1985, ora in *Scritti*, III, cit., p. 1824 ss.; D. SORACE, *Promemoria*, cit., p. 763; E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata, interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, ora in *Scritti scelti*, Napoli, 2015, p. 441; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 685 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazioni amministrative*, cit., p. 270 ss.; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005, *passim*, spec. p. 104 ss.

In che modo il rilievo che assume il profilo teleologico possa essere ricavato dal dato normativo, a seconda delle differenti ipotesi che vengono in questione, non è una problematica che deve essere affrontata nel presente studio; certamente, esso può derivare da molteplici e differenti ordini di fattori, che vanno dalla considerazione dei principi generali dell'ordinamento a quella delle tecniche utilizzate per la redazione delle norme. In questa sede, ciò che preme piuttosto rilevare è che rapportare alla scelta in ordine al profilo teleologico la discrezionalità conoscitiva o quella dispositiva, e quindi ritenere presente un margine di discrezionalità anche sotto il profilo teleologico, significa far assumere autonoma rilevanza al criterio di preferenza, quale teleologicamente orientato; mentre, ritenere il contrario, comporta l'esclusione di tale autonoma rilevanza.

Il punto ha particolare rilievo in ordine alla sostituibilità della scelta, in quanto, nel momento in cui non si riconosce rilevanza alla determinazione del criterio di preferenza di ordine teleologico, neppure si ritiene esservi una partecipazione del soggetto alla definizione del valore da attuare. Il margine di indeterminatezza, sotto il profilo sostanziale, potrebbe allora essere colmato da chiunque debba procedere, in via qualificata, all'operazione interpretativa, in ragione di quanto si è sin qui rappresentato.

In particolare, nell'ambito del diritto amministrativo, laddove si ritenga assente un margine di discrezionalità nel momento teleologico, sul piano giurisdizionale non potrebbe non ammettersi un sindacato completamente sostitutorio sull'accertamento, anche tecnicamente complesso, compiuto dall'Amministrazione. Va evidenziato, infatti, come nessuna limitazione, di ordine *processuale*, possa ravvisarsi in relazione all'accertamento compiuto dal giudice amministrativo sulla situazione giuridica, dovendo, altrimenti, ammettersi che quest'ultima non riceva piena ed effettiva tutela davanti al giudice amministrativa. La sostituzione giurisdizionale si arresta solo per ragioni di ordine sostanziale, riferibili alla consistenza della situazione giuridica dedotta in giudizio, i quali a loro volta

derivano dal riconoscimento di un contributo valoriale che l'Amministrazione conferisce all'ordinamento¹⁸⁶. In tali ipotesi, come pure si è già avuto modo di spiegare, il rispetto del margine di scelta discrezionale risulta assicurato dall'utilizzo, in ordine ad esso, di un sindacato non direttamente sostitutorio, bensì confutatorio, volto, cioè, alla verifica del rispetto, da parte della P.A., di specifiche previsioni normative o di principi di ordine generale dell'azione amministrativa, senza tuttavia la possibilità di intervento sui margini di opinabilità di una scelta che superi indenne la confutazione¹⁸⁷.

9.2 La rilevanza dell'elaborazione del criterio di preferenza per l'ordinamento. La rilevanza soltanto indiretta attraverso le clausole generali. La rilevanza diretta attraverso la predisposizione di un modello

¹⁸⁶ In questo modo, è a nostro avviso possibile anche rapportarsi alle varie impostazioni che, sotto diversi profili, hanno ritenuto sussistente un ambito in qualche senso riservato di valutazione nella scelta di carattere tecnico compiuto dall'Amministrazione. Ciò che conta, a nostro avviso, è la scelta compiuta dall'ordinamento, nel senso che se si ritiene che il criterio utilizzato, anche interno alla stessa disciplina tecnica, derivi da una preferenza in ordine ai valori sottesi alle differenti scelte possibili, che l'ordinamento reputi rilevanti nel senso già visto (nel senso, cioè, di farli partecipare alla determinazione dell'assetto di interessi che si assume non compiutamente definito a livello normativo), allora si potrà affermare che il giudice debba arrestarsi ad un sindacato che, pur essendo pieno e intrinseco, non risulti compiutamente sostitutivo della scelta opinabile. Ciò che cambia, come è evidente, non è la logica con cui si esprime la scelta, ma il rilievo assiologico conferitogli dall'ordinamento.

In questo senso, possono inoltre spiegarsi anche le differenti impostazioni in ordine alla natura di attività di carattere tecnico particolarmente complesso, come quelle proprie delle Autorità amministrative indipendenti. Così, è noto l'ampio dibattito in dottrina in relazione alla natura del potere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, per cui vi è chi ritiene che esso non sarebbe caratterizzato da profili di discrezionalità amministrativa (cfr. in particolare F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, pp. 181 ss.; F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, *ivi*, 2008, p. 257 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, p. 94 ss., ma già ID., *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 87 ss.; C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, p. 42; L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, *ivi*, p. 55 ss.), a cui si contrappone l'impostazione di chi invece vi ravvisa una discrezionalità in senso proprio (tra gli altri A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, pp. 127 ss. e 245 ss.; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, p. 240 ss.), secondo quanto ora affermato anche da Corte cost., n. 13 del 31 gennaio 2019. È evidente, infatti, che l'oscillazione nell'uno o nell'altro senso dipende dalla risposta che si dà in ordine alla rilevanza del valore espresso dal profilo tecnico su quello teleologico. Per una più ampia ricostruzione, si veda *Poteri e situazioni soggettive*, I, p. 432 ss., n. 110, ed *ivi* i relativi riferimenti.

¹⁸⁷ Sulle tipologie di sindacato indicate, si veda F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità*, cit., p. 446 ss.

procedurale di accertamento. La struttura della situazione giuridica dipende dal modello scelto dall'ordinamento

Le considerazioni sin qui effettuate trovano un preciso inquadramento in ordine al modello di produzione che si ritiene proprio dell'ordinamento giuridico, da cui è possibile prendere le mosse al fine di addivenire alla compiuta definizione del profilo strutturale della funzione amministrativa.

La concretizzazione dell'ordinamento, come detto, è sempre espressione dell'attuazione di un valore, che avviene attraverso la produzione della situazione effettuale a cui è funzionale la corrispondente situazione giuridica di potere. Il valore, a sua volta, promana dal nucleo assiologico idoneo a sorreggere l'ordinamento: in questo senso, l'esplicarsi di quest'ultimo porta con sé, nell'intrinseca essenza della propria giuridicità, il suo fondamento valoriale, che pervade così l'intera dimensione normativa.

L'ordinamento non conosce, in questa prospettiva, un'interruzione di giuridicità nella sua attuazione; anche la partecipazione alla definizione del valore da attuare, quando ammessa in ragione della presenza di un elemento teleologico non compiutamente determinato, si muove nell'ambito del quadro giuridico di riferimento, e del correlato contesto assiologico.

Tuttavia, all'interno dello stesso ordinamento, è possibile riscontrare differenti modelli strutturali attraverso cui la sua attuazione avviene.

Si deve in proposito considerare che, nell'ambito della dinamica giuridica, il ruolo degli operatori si esprime attraverso varie modalità: nel valutare la rilevanza di un determinato complesso di fatti in relazione ad un valore che deve trovare attuazione; nell'attuare un determinato valore, ponendo in essere un determinato effetto; nel partecipare alla determinazione del valore da attuare, che a sua volta si inserisce all'interno della generale dimensione assiologica dell'ordinamento.

Il modello strutturale attraverso cui ciò avviene dipende essenzialmente dalla rilevanza giuridica che viene assegnata al momento di esplicazione dell'attività corrispondente. Si è già considerato, in proposito, come un'attività

di accertamento possa essere sempre compiuta dagli operatori, ma essa non necessariamente risulti rilevante sotto il profilo giuridico.

In particolare, ciò ci interessa ora per quanto concerne la definizione del profilo teleologico. Si è detto che un siffatto profilo è sempre presente: nello specifico, la norma può espressamente prendere in considerazione il fine da perseguire per la valutazione di validità dell'esercizio del potere, in senso positivo o negativo (si deve/non si deve perseguire un determinato fine), oppure, detto fine può rilevare indirettamente dal rispetto delle clausole generali e delle regole puntuali stabilite per il suo esercizio. La presenza di un margine di scelta, afferente a tale profilo, comporta la partecipazione del soggetto alla determinazione del valore da attuare, e si sostanzia nell'elaborazione di un criterio di preferenza che porta ad una regola concreta di azione, come detto. In questo senso, se il potere non è vincolato, esso porta sempre con sé la necessità di specificazione del profilo teleologico di cui è partecipe.

Ciò, tuttavia, non significa che la determinazione del fine da perseguire sia in ogni caso direttamente rilevante, e che si debba quindi accedere necessariamente ad un'ottica di funzionalizzazione, intesa nel senso precedentemente descritto. In altri termini, perché l'elaborazione del criterio di preferenza possa assumere rilievo *in via autonoma e diretta*, possa, cioè, rilevare in quanto tale in sé e per sé, non è sufficiente che l'ordinamento riconosca la giuridica rilevanza del margine di scelta sotto il profilo teleologico, nel senso già chiarito. È altresì necessario che vi sia una specifica considerazione del processo formativo della decisione. L'elaborazione di un criterio di preferenza su base teleologica, che ricolleggi la qualificazione effettuata dalla norma al momento dispositivo del potere, richiede quindi, per assumere autonomo rilievo giuridico nel senso anzidetto, che la stessa attività decisoria, in cui detto criterio si viene ad inserire, risulti connotata dalla giuridica rilevanza dei suoi specifici caratteri strutturali. Quali siano tali caratteri lo si è già iniziato ad accennare, e lo si dovrà vedere più approfonditamente, ma essi possono essere riassunti nella formula, pur di

ordine prettamente generale, della sostanza processuale che caratterizza il farsi della decisione.

Se non vi è, in questo senso, una decisione, se questa, cioè, non rileva giuridicamente come tale, neppure vi sono spazi per dare rilevanza, in via diretta, alla determinazione di un criterio di preferenza che ad essa risulti sotteso. In questa prospettiva, la compiuta definizione del profilo teleologico da parte dell'operatore, l'assunzione, quindi, di un criterio di preferenza, può assumere un rilievo soltanto esterno, estraneo alla funzionalizzazione, nel senso che la determinazione della regola dell'agire attiene ad un profilo di autonomia o libertà di scelta, e il rilievo ad essa attribuito è solo quello, indiretto, che deriva (esplicitamente) dalla norma che pone un vincolo sul fine o (implicitamente) da quelle che comunque hanno ad oggetto clausole generali.

È questa appunto la rappresentazione che è stata data da chi, estromettendo il perseguimento del fine dall'ottica della funzionalizzazione, ha fornito una ricostruzione del potere amministrativo corrispondente ad una siffatta declinazione strutturale¹⁸⁸. Dovrebbe essere chiara, a questo punto, l'obiezione da noi precedentemente sollevata a tale indirizzo dottrinale: concependosi in questo modo il potere amministrativo, si svaluta il rilievo strutturale che ad esso viene invece attribuito dall'ordinamento, in uno con la declinazione del profilo teleologico che all'interno del relativo modello troverebbe riscontro.

La caratterizzazione del modello di produzione deriva, dunque, dalla rilevanza giuridica che viene conferita all'attività in cui si esplica la dimensione dinamica dell'ordinamento.

In reazione ad un potere di carattere vincolato, la valutazione della sussistenza di un fatto, e la sua rilevanza sotto il profilo del diritto, al fine di porre in

¹⁸⁸ Si fa riferimento all'impostazione della Scuola fiorentina, e, in particolare, alla ricostruzione di C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., di cui si è detto *supra*, par. 3. In quest'ottica – che è quella che deve seguirsi nell'ipotesi in cui la sostanza del processo decisorio non assuma rilievo giuridico nel senso anzidetto, secondo quanto si andrà a specificare nel proseguo della trattazione – il profilo teleologico assume quindi valore in relazione alla non sussumibilità dell'interesse concreto perseguito all'interno della categoria dell'interesse pubblico astratto (come, cioè, sviamento di potere in senso stretto), ovvero come violazione di clausole generali o regole specifiche che governano l'esercizio del potere.

essere l'atto che consente la produzione di un determinato effetto, corrisponde alla verifica della sussistenza degli elementi della fattispecie normativa di una situazione giuridica di potere, e, come tale, è riconducibile ad un'attività di accertamento. Se l'ordinamento riconosce ad essa una specifica rilevanza giuridica, tale che l'attività possa articolarsi in una forma procedurale, si sarà al cospetto di un modello procedurale di accertamento.

Nel momento in cui, invece, si assume ricorrere un margine di discrezionalità sotto il profilo teleologico, allora l'attività ad essa collegata, l'elaborazione, cioè, della regola corrispondente al criterio di preferenza in ordine alla produzione o meno di una situazione effettuale (o di una situazione effettuale al posto di un'altra), si pone al di fuori dell'ambito dell'accertamento. La rilevanza giuridica, eventualmente riconosciuta al corrispondente ambito di attività, dovrebbe quindi seguire un modello diverso da quello di accertamento.

Tuttavia, ed è questa la rappresentazione che si vuole sostenere, la previsione di un modello di accertamento, all'interno del quale si viene a collocare l'esplicazione della situazione giuridica di potere, è idonea ad ascrivere al modello stesso anche l'attività, differente, che caratterizza la scelta in ordine all'elaborazione del criterio di preferenza.

Con ciò, si badi bene, non si vuole dire che l'inserimento di tale elaborazione nel modello di accertamento possa portare ad un modello decisorio in cui sia strutturalmente distinguibile una fase di accertamento in ordine ad una regola già posta.

In effetti, dalla rappresentazione effettuata in ordine alla determinazione della regola del caso concreto, potrebbe ritenersi ravvisabile una possibile distinzione tra il momento di definizione di un preciso criterio di preferenza che rapporti la ponderazione degli interessi con la determinazione corrispondente alla situazione effettuale da porre in essere, da un lato, e quello di valutazione in ordine ai fatti in ordine ai quali viene azionata la norma nel caso concreto in tal modo individuata, dall'altro; potrebbe, cioè, considerarsi una fase di individua-

zione del criterio, che è posizione della regola di decisione, e una fase in cui, in relazione alla regola posta, si valuta il problema amministrativo. In questo senso, quest'ultima fase concernerebbe la verifica della sussistenza degli elementi della situazione giuridica di potere in rapporto alla regola specifica, e, come tale, sarebbe riconducibile al fenomeno dell'accertamento, all'interno della struttura della funzione.

Invero, se si tiene a mente quanto detto più volte, che, cioè, la decisione risulta caratterizzata da un moto oscillatorio, il quale si contraddistingue per il continuo passaggio dal piano astratto al piano concreto, e dalla (corrispondente) continua ridefinizione dei termini del 'problema' da risolvere, appare chiaro come la rappresentazione appena riferita non risulti idonea a descrivere il processo decisionario nel suo farsi dinamico, nel momento in cui l'individuazione del criterio e il rapporto ad esso del fatto vengano distinte come due fasi materialmente e cronologicamente separate del processo stesso. Come visto, infatti, l'effettivo rilievo dell'interesse nel caso di specie, nell'ovvia considerazione che ogni interesse trova rappresentazione nel fatto, si individua in relazione alla realtà fattuale di riferimento (l'interesse pubblico concreto), cosicché la scelta, e il criterio di preferenza ad esso sotteso, si viene conseguentemente a determinare nel movimento oscillatorio che caratterizza il processo di decisione.

Va aggiunto peraltro che, nella prospettiva delineata, la necessità di fare riferimento ad un criterio di preferenza idoneo a risolvere in maniera univoca il problema rappresentatosi nel caso concreto non potrebbe essere soddisfatta, in qualsiasi caso si venga a porre, attraverso il ricorso alla predeterminazione amministrativa. Quest'ultima, infatti, esplicandosi come esternazione e graduale fissazione dei valori e dei parametri da assumere nella ponderazione degli interessi¹⁸⁹, non può che risentire anch'essa del modello di rapporto tra astratto e

¹⁸⁹ In questo senso cfr. A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., *passim*, spec. p. 77 ss., che evidenzia come la predeterminazione concerna l'esternazione, attraverso una manifestazione espressa, delle scelte di base e delle scelte parziali compiute dall'Amministrazione nel corso del processo decisionario, concernenti da un lato la fissazione, seguendo come guida la descrizione normativa dell'interesse pubblico astratto, di una scala di valori e di preferenze in base alla quale verranno effettuate le scelte puntuali, dall'altro la valutazione e la selezione delle varie e di-

concreto; cosicché non in tutti i casi sarebbe possibile raggiungere una specificità tale da escludere ogni successivo margine di decisione, circostanza a cui solo potrebbe addivenirsi al termine di una compiuta individuazione dei fatti rilevanti¹⁹⁰.

All'inverso, neppure potrebbe ritenersi che alla considerazione di un criterio di scelta definito rispetto al quale rapportare i fatti rilevanti possa addivenirsi una volta che l'indagine su questi ultimi sia conclusa. Non potrebbe ritenersi, cioè, che i fatti possano essere posti in relazione alla norma del caso concreto nel momento in cui entrambe le entità risultino definite; quindi, una volta terminata l'attività istruttoria. Una soluzione in tal senso comporterebbe un'inutile duplicazione: pare artificioso, infatti, porre una distinzione, una volta che si sia addivenuti ad una compiuta determinazione della realtà fattuale, tra momento di posizione della regola e momento della decisione, quest'ultimo inteso come rapporto della realtà fattuale da cui la regola si ricava alla regola stessa; risulta, al contrario, più ragionevole identificare la fissazione definitiva del criterio di soluzione con la decisione stessa¹⁹¹.

La possibilità, dunque, di fare riferimento ad una regola che determina in modo compiuto la preferenza degli interessi lasciata aperta dal legislatore, regola che si relaziona ad una situazione giuridica di potere (o a più situazioni giuri-

verse alternative decisionali possibili; scelte, quindi, che comportano una spendita di discrezionalità (cfr. subito *infra*, nel testo).

¹⁹⁰ Che il declinarsi del processo decisionario nel senso rappresentato non si coniuga con una compiuta predeterminazione dell'attività amministrativa è ben evidenziato da P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, 1990, pp. 292 ss. e 301 ss.; ma sul punto in generale già F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., p. 336 ss. Si veda anche A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., spec. p. 154 ss., per cui la predeterminazione è l'emersione progressiva di scelte parziali che si succedono nello svolgimento dell'attività istruttoria; lo stesso A., del resto, propone (pp. 96-98 e 130 ss.) una distinzione in fasi del processo decisionario che non si concilia con la previa fissazione definitiva di un criterio di preferenza. Valuta invece il problema sotto il profilo soggettivo della 'coalizione decisionale' M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione*, cit., pp. 264 e 318, secondo l'impostazione esaminata *supra*, in nota.

¹⁹¹ È il rilievo che F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., p. 220 ss., p. 225, poneva in relazione all'impostazione di chi, come ad es. Piras (cfr. *supra*, n. 184), faceva riferimento all'integrazione della disciplina attraverso una norma posta in via autonoma: "è fittizio scindere, nell'*iter* di formazione dell'atto discrezionale, la posizione del criterio specifico della decisione dalla decisione medesima: è più corretto ritenere che il giudizio valutativo e pratico (...) si sovrapponga e si identifichi con la determinazione volitiva".

diche di potere in rapporto tra loro), e che consenta di pervenire, nel rapportare il fatto concreto al criterio individuato, alla determinazione concernente il porre in essere o meno la situazione effettuale di riferimento (o quale delle ipotetiche situazioni effettuali porre in essere, nell'ambito di alternative più o meno compiutamente individuate dalla relativa normativa), non consente di distinguere il momento di posizione di una norma a tale regola corrispondente, e quello relativo alla verifica della fattispecie che a tale norma debba essere riferita, che atterrebbe al fenomeno della qualificazione giuridica. La separazione concettuale appena descritta non risulta infatti idonea a rappresentare quanto avviene nel processo decisorio: la continua oscillazione tra fattispecie astratta e realtà concreta nell'ambito dell'elaborazione della decisione, infatti, non può essere forzosamente ricondotta ad una previa attività di determinazione della regola e ad una successiva attività di accertamento; ciò è possibile solo a posteriori, ai fini della successiva valutazione del processo decisorio.

9.3 L'accertamento, come valore espresso dall'ordinamento nella scelta del modello procedurale, caratterizza la struttura della situazione giuridica soggettiva di potere, quale conseguenza del modello normativo della funzione. Il preservarsi degli spazi sostanziali di scelta discrezionale e l'equiparazione normativa sul piano procedurale

La previsione di un modello strutturale di accertamento, all'interno del quale si viene a collocare la situazione giuridica di potere, se non può richiamarsi al fine di fornire una descrizione della logica del modello decisorio, è però idonea a rilevare in altro senso, quale valore giuridico che l'ordinamento pone in ordine alla considerazione di una modalità di produzione del diritto. Si vuole sostenere cioè che, nel momento in cui risulti possibile rinvenire un modello di produzione incentrato sulla verifica del fatto rispetto alla norma, rispetto al quale riceve rilievo giuridico la sostanza processuale dell'attività, allora anche le ulteriori attività valutative, che rispetto all'accertamento siano strumentali o correlate, devono essere ascritte a tale modello strutturale. Ciò in quanto l'ordinamento, nel porre il modello, ha effettuato una precisa scelta di

valore in ordine alle modalità di esplicazione del potere, fondando su di esse il profilo dinamico al potere afferente.

Che questa sia l'impostazione da seguire deve essere verificato alla luce di precisi elementi di carattere strutturale che caratterizzano la funzione; deve, cioè, trovare riscontro sul piano del modello normativo della funzione.

Per procedere nel senso descritto, viene in aiuto un'impostazione dottrinale affacciata qualche anno fa, e basata appunto sulla prospettiva normativa propria della nostra legge sul procedimento amministrativo, che è idonea a rispecchiare una particolare sostanza processuale propria della funzione.

L'impostazione a cui si fa riferimento vede nella fase pre-procedimentale l'elaborazione di una proposta di decisione, da parte della stessa Amministrazione procedente, ovvero da parte del privato che propone l'istanza, la cui verifica avviene nel corso del procedimento¹⁹²: ciò si ricava dalla circostanza per cui, al momento della comunicazione di avvio del procedimento, debba essere già ipotizzato, per rispettare l'art. 8 della l. n. 241/1990, l'oggetto del provvedimento finale, con riferimento ai suoi effetti¹⁹³: la situazione problematica, comprensiva dell'ipotesi di soluzione, nasce quindi nella fase pre-procedimentale¹⁹⁴, ancorché sia suscettibile di essere emendata nel corso del procedimento. È quindi nella fase pre-procedimentale che l'Amministrazione decide quali fatti mettere sotto osservazione e quali connessioni instaurare tra i fatti medesimi,

¹⁹² A. ZITO, *Le pretese partecipative*, cit., spec. p. 77 ss. Nell'ottica dell'A, come già visto *supra*, par. 8.1, in nota, il momento politico della scelta si viene a determinare nella fase pre-procedimentale, attraverso una 'proposta di decisione', corrispondente all'atto di iniziativa, sia esso proveniente dall'Amministrazione per i procedimenti da iniziarsi d'ufficio ovvero dal privato per quelli ad istanza di parte; nella fase successiva (p. 95 ss.), la fase procedimentale in senso stretto, vi è la verifica della fondatezza della proposta di decisione (auto-verificazione ovvero etero-verificazione a seconda della differente iniziativa procedimentale). Si è già detto come, secondo Zito, questa fase (p. 129 ss.) sarebbe caratterizzata dal confronto dialettico e paritetico tra parte privata e P.A. attraverso cui la decisione si viene a determinare, e coincide, nel suo farsi dinamico, con l'istruttoria; da essa si distinguerebbe a sua volta la successiva fase 'provvedimentale', ove la decisione assunta nella fase procedimentale viene elevata a regola produttiva di effetti ad opera del soggetto titolare del potere, a dire l'Amministrazione procedente (pp. 76 e 116 ss.). Della non accoglibilità della pariteticità sotto il profilo decisorio si è già avuto modo di argomentare *supra*; mentre, sugli altri aspetti della tesi in esame, valga quanto detto di seguito nel testo.

¹⁹³ A. ZITO, *op. ult. cit.*, p. 81.

¹⁹⁴ A. ZITO, *op. ult. cit.*, p. 87.

cosicché, nella presa di cognizione di certi fatti, si verrebbe a consumare quel rapporto tra indirizzi politici e attività amministrativa da cui scaturisce la connessione di senso tra i fatti medesimi e l'interesse pubblico, come pesato e valorizzato in accordo con gli indirizzi medesimi, da cui scaturisce la proposta di decisione¹⁹⁵. La successiva attività è attività di verifica della proposta o delle proposte di decisione formulate, cosicché il procedimento si verrebbe a delineare nella sua essenza come processo decisionale nel quale si confrontano proposte diverse o addirittura alternative di decisione¹⁹⁶.

Ora, nell'intendere l'articolazione della funzione in due fasi, l'una, di posizione dei termini della scelta, corrispondente alla fase pre-procedimentale, che porta alla comunicazione di avvio del procedimento, l'altra, di verifica della scelta stessa, che porta alla decisione che si manifesterà nel provvedimento, questa prospettazione non può stare comunque a significare che la determinazione del criterio di preferenza avvenga in maniera compiuta già nel primo dei due momenti considerati. Oltre ad opporvisi le ragioni di ordine concettuale che si è avuto modo di esporre, è invero la stessa tesi che, per come formulata, non sembra porsi in maniera così rigida, in ragione dello stesso tenore che parrebbe darsi alla proposta di decisione¹⁹⁷.

Va detto poi come, a prescindere dall'accettabilità o meno del modello teorico, sotto un profilo più prettamente pratico la comunicazione di avvio del procedimento, sin dai primi tempi della sua applicazione¹⁹⁸, secondo un ap-

¹⁹⁵ A. ZITO, *op. ult. cit.*, p. 91.

¹⁹⁶ A. ZITO, *op. ult. cit.*, p. 97.

¹⁹⁷ Ciò può evincersi in generale dalla rappresentazione effettuata dall'A., anche con riferimento alla possibilità di riformulazione della proposta di decisione: cfr. A. ZITO, *op. ult. cit.*, p. 91 ss. Si veda poi ad ogni modo la critica di A. TRAVI, *Interessi procedimentali e 'pretese partecipative'*, cit., pp. 544-545, secondo cui un irrigidimento eccessivo della fase pre-procedimentale comporterebbe un impoverimento del processo decisionale e del ruolo della partecipazione dei privati: l'introduzione di valori di ordine politico può infatti ben avvenire anche nella fase procedimentale in senso stretto, atteso che "i valori dipendono dai fatti, e i fatti vengono definiti nel procedimento solo con la conclusione dell'istruttoria".

¹⁹⁸ Lo rilevava già A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., p. 146 ss., facendo riferimento alla costruzione di Zito.

proccio che non è di fatto sostanzialmente mutato nel corso del tempo, non si è rivelata idonea a svolgere un pregnante ruolo di predeterminazione.

Il valore della distinzione delle due fasi in relazione al momento pre-procedimentale, secondo l'intuizione della dottrina sopra riportata, va a nostro avviso invece valorizzato sotto un'altra prospettiva. Non quella, cioè, della concreta esplicazione del processo decisorio, quanto, piuttosto, quella del modello normativo della funzione; del modello, cioè, che si presta ad inquadrare il processo decisorio stesso secondo uno schema delineato dalla legge, da cui ricavare la configurazione normativa che deve darsi alla funzione¹⁹⁹.

In questo senso, non può essere dubbio che le indicazioni legislative sopra considerate, nell'individuare quale referente della comunicazione di avvio del procedimento l'oggetto del provvedimento finale in relazione ad una particolare situazione effettuale, presuppongano avvenuta una fase pre-procedimentale, la cui istruttoria abbia portato all'elaborazione della relativa proposta di decisione. Poiché, come visto, il processo decisorio si determina in relazione all'oscillazione tra la concretezza del fatto e l'astrattezza della norma, al fine della compiuta definizione del criterio di preferenza di cui si è detto, ne consegue che l'attività pre-procedimentale da cui scaturisce l'avvio del procedimento necessariamente presuppone l'individuazione di una o più situazioni effettuali a cui fare riferimento, ancorché la considerazione di un criterio di preferenza in forza del quale definire la determinazione finale sia ancora necessariamente limitato ai fatti sino a quel momento accertati (ai fatti sufficienti all'avvio del procedimento); in altri termini, ancorché la norma del caso concreto sia ancora provvisoria.

¹⁹⁹ Sul punto, può aderirsi all'approccio utilizzato, pur rivolto ad altri risultati, da M. TRIMARCHI, *La validità*, cit., p. 152 ss., spec. p. 157, il quale, nell'analizzare le modalità decisorie prospettate dalla teoria della razionalità limitata, perviene alla conclusione per cui l'utilizzo di quei modelli come strumento di analisi sia sconsigliabile, in quanto, nella misura in cui essi non trovano radicamento nel diritto positivo, non rappresentano niente più che congetture in ordine al modo di operare dell'Amministrazione: l'esigenza di individuazione di un complesso di alternative decisorie tra le quali effettuare la scelta deve, cioè, essere rapportato al modello che trova riscontro *nella prospettiva del diritto*.

Che l'apertura del procedimento non abbia effettivamente portato con sé, in concreto, tali risultati, o che essi non siano stati trasposti nella relativa comunicazione di avvio, o ancora che quest'ultima manchi del tutto, sono circostanze, sotto il profilo ora considerato, prive di rilevanza. Il profilo normativo di inquadramento della funzione rimane immutato.

Se così è, si potrà allora dire che, con l'avvio al procedimento, si presuppone che sia formulata dalla P.A., o sia recepita nel procedimento attraverso l'istanza del privato, una proposta di decisione in ordine alla valutazione di una o più situazioni giuridiche di potere, che alle relative situazioni effettuali da porre in essere sono riferibili. Rispetto a tale proposta, si pone l'attività di valutazione della sua accoglibilità o meno ai fini della decisione.

Tale attività riceve un'unitaria considerazione normativa, e viene strutturata sulla falsariga della verifica propria dell'accertamento, nella correlazione che rispetto ad essa si viene a porre tra dato fattuale e dato normativo. Ciò può chiaramente evincersi dall'analisi della disciplina procedimentale. Si pensi alla possibilità per le parti di far valere la propria posizione attraverso il deposito di *memorie e documenti*, di cui all'art. 10, lett. b), l. n. 241/1990, quale rappresentazione dell'inscindibilità degli interessi e dei fatti oggetto di valutazione²⁰⁰. Si consideri, ancora, il parallelismo tra pareri e valutazioni tecniche di cui agli artt. 16 e 17, l. n. 241/1990, pur nella differenza dei due istituti, e nella ben nota difficoltà di ascrizione del parere ad un unico ruolo chiaramente definito²⁰¹. Inoltre, la previsione in ordine alla motivazione del provvedimento di cui all'art. 3,

²⁰⁰ Sul rapporto tra la rappresentazione nel procedimento dei fatti e quella degli interessi cfr., con differenti declinazioni, A. ZITO, *Le pretese partecipative*, cit., pp. 109-110; S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale*, cit., p. 318 ss.; S. COGNETTI, *"Quantità" e "qualità" della partecipazione*, cit., p. 127.

²⁰¹ Si veda, sulla problematica concernente la considerazione del parere non solo quale istituto proprio della fase consultiva, ma come mezzo di acquisizione di interessi, in particolare A. TRAVI, *Parere nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, p. 613 ss.; M.G. DELLA SCALA, *Attività consultiva e semplificazioni procedimentali*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., p. 528 ss.; ID., *Le valutazioni tecniche nel procedimento amministrativo*, *ivi*, p. 554 ss.; N. AICARDI, *Le valutazioni tecniche*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 843 ss.; A. LALLI, *Parere. Postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 2003, pp. 2-3; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 452 ss., p. 456; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti*, cit., p. 337 ss.

l. n. 241/1990, facendo riferimento ai presupposti di fatto e alle ragioni di diritto che hanno determinato la decisione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria, presume un percorso valutativo normativamente considerato sul modello di quello dell'accertamento.

L'assimilazione rappresentata, va aggiunto, non ha valore puramente descrittivo, ma si presenta del tutto coerente con la logica di concretizzazione propria dell'esplicazione di un potere in cui la correlazione tra fatto e norma assuma rilevanza giuridica²⁰².

In proposito, si è avuto modo di ricordare come, anche in relazione ad un'operazione di qualificazione giuridica, si venga ormai comunque a riconoscere, nelle pur varie impostazioni che si avvicendano sul punto (ancorché, ovviamente, in maniera e grado differente l'una rispetto all'altra), una reciproca influenza e compenetrazione tra fatto da verificare e norma da applicare; e come, in ogni caso, nel fenomeno qualificatorio, siano coinvolti margini di scelta da parte del soggetto decidente. In questa prospettiva, ove incerti tendono

²⁰²La considerazione di un nucleo comune delle attività compiute dall'Amministrazione all'interno di un modello di accertamento, rispetto al quale si rappresenta la necessaria reciproca influenza tra fatto concreto e norma da applicare, si ritrova, come già detto, in quelle dottrine che hanno configurato il processo decisorio amministrativo come appunto modello fondato sull'accertamento. In tale prospettiva, M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo*, cit., p. 98 ss., come si è visto, parte dal presupposto che il provvedimento amministrativo, al pari di quello giurisdizionale, abbia carattere *concreto*, cioè presupponga un'attività di accertamento e di valutazione di fatti, secondo quanto si ricaverebbe dalla fattispecie del provvedimento, che ha al suo interno elementi che implicano la sussistenza di una più o meno determinata realtà fattuale, nonché dalle previsioni legislative che comportano un rilievo giuridico dell'attività in questione (come quelle relative allo svolgimento dell'istruttoria procedimentale) e delle sue risultanze (come quelle attinenti alla motivazione): vi è infatti, in questo senso, l'obbligo imposto all'Amministrazione di ricostruire e qualificare fatti reali, quale processo di applicazione della norma al fatto, e di rapportare il contenuto dispositivo del provvedimento, che manifesta la decisione, alle dette risultanze dell'istruttoria attraverso la motivazione (art. 3, l. n. 241/1990). In questa prospettiva, (pp. 113-114) "il connotato della concretizzazione è presente nei provvedimenti giurisdizionali e amministrativi *a prescindere dal più o meno elevato tasso di discrezionalità o vincolatezza* dell'attività di attuazione demandata al giudice o all'amministrazione" (corsivo testuale). Non pare comunque giungersi, in tale impostazione, sino ad ammettere una considerazione strutturale unitaria, sotto il profilo normativo, dell'attività svolta. Tale risultato non viene raggiunto neppure nella teorizzazione di B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, cit., p. 96 ss., il quale, nel fondare la struttura dell'attività amministrativa sull'accertamento, distingue tra funzioni di accertamento autonome, laddove si sia al cospetto di una disciplina normativa completa, e funzioni di accertamento strumentale, nel caso la disciplina normativa sia invece incompleta. Di entrambi gli Aa. si è esposto in maniera maggiormente esaustiva il pensiero *supra*, par. 8.2.

ad essere i confini dell'attività di accertamento, può comprendersi come ciò che risulti idoneo a connotare il modello strutturale di produzione sia appunto la rilevanza giuridica che, nell'ambito del modello stesso, è conferita al contatto tra realtà fattuale e realtà normativa. È proprio tale relazione ad assumere, cioè, valore centrale nel modello di produzione. Tale carattere tende quindi ad ascrivere al modello di riferimento, sotto il profilo normativo, anche l'attività che dall'accertamento stesso tecnicamente esulerebbe, ma che è comunque partecipe della rilevanza giuridica che al processo di esplicazione del potere viene riconosciuta al rapportarsi fra fatto e diritto.

Si consideri, del resto, come nella rappresentazione da noi suffragata, la rilevanza giuridica dell'elaborazione di un criterio di preferenza tra interessi, e quindi l'estromissione da un'attività riconducibile all'accertamento, costituisca una scelta di valore compiuta da parte dell'ordinamento (certamente, anche attraverso una particolare formulazione del dato normativo sostanziale di riferimento) in ordine al collegamento con i margini di scelta presenti nella norma al profilo teleologico alla norma stesso correlato, secondo quanto si è ampiamente avuto modo di spiegare. È quindi ben possibile che, sul piano della struttura procedurale del modello di produzione, si assista ad una equiparazione normativa in ordine alle due diverse attività, pur nella distinzione del dato sostanziale di riferimento.

Se si condividono i rilievi sin qui effettuati, può allora convenirsi sulla sussistenza di un'equiparazione procedurale, sotto il profilo normativo, tra la valutazione dei fatti, oggetto di verifica in ordine alla fattispecie, e degli interessi, oggetto di ponderazione in ordine all'elaborazione del criterio di preferenza; nel senso che quest'ultima attività viene normativamente ascritta alla prima sotto il profilo procedurale, viene ascritta, cioè, ad una verifica in relazione ad una proposta di decisione. La circostanza, quindi, che ci si trovi di fronte all'elaborazione, o comunque alla presupposizione normativa dell'elaborazione, di una norma, ulteriore rispetto a quella di attribuzione del potere, che

pone un criterio di preferenza (che è o possa essere) soltanto incompiutamente, provvisoriamente e parzialmente definito nella proposta di decisione che si deve valutare, non rileva in ordine alla struttura normativa della funzione: sotto questo profilo, la rilevanza giuridica dell'attività si pone all'interno della considerazione che ne dà il modello di produzione di riferimento.

Si badi, tuttavia, che ciò non sta a significare che l'elaborazione della regola del caso concreto diventi giuridicamente irrilevante, confluendo nell'attività di accertamento. È evidente infatti che, se si opinasse in tal senso, si verrebbe nella sostanza a negare la sussistenza di un margine di discrezionalità teleologica quale carattere proprio della consistenza sostanziale della relativa situazione di potere; si verrebbe, cioè, a negare che al soggetto, titolare del potere, sia stata attribuita la possibilità di apportare un proprio contributo valoriale nella concretizzazione dell'ordinamento.

L'equiparazione, invece, avviene a livello normativo in ordine al particolare assetto procedurale di riferimento; avviene, cioè, sul piano, appunto, procedurale, mantenendo intatta la considerazione sostanziale del potere.

La considerazione di una proposta di decisione da verificare, rispetto alla quale il criterio di preferenza è definito (o comunque si presuppone normativamente definito) in via provvisoria, comporta che la norma avente ad oggetto il criterio di preferenza debba essere considerata come giuridicamente già sussistente, nel suo assetto definitivo, ai fini della struttura normativa della funzione. L'attività successiva, l'attività procedimentale, è, sempre sul piano di detta struttura normativa, attività di verifica della sussistenza della situazione giuridica; tale verifica avviene sulla base di quella norma, i cui elementi sono però, sul piano del concreto esplicitarsi del processo decisorio, suscettibili di modificazione in relazione all'effettivo tenore degli interessi emersi durante l'istruttoria procedimentale.

In questi termini, il modello normativo inquadra in una struttura di accertamento il processo di decisione, la quale viene ad assumere particolari ca-

ratteri, in ragione del rapportarsi tra la struttura normativa della funzione e l'effettiva esplicazione del processo decisorio²⁰³.

10. I caratteri della situazione giuridica di potere in relazione al modello procedurale. La connotazione del modello procedurale amministrativo quale modello processuale di accertamento

La struttura normativa del procedimento nell'ambito del quale si svolge il processo decisorio consente dunque una separazione tra la definizione, nella ponderazione degli interessi coinvolti, del criterio di scelta in ordine alla produzione o meno dell'effetto (o alla produzione di un effetto invece di un altro), e il momento dell'accertamento degli elementi della fattispecie che risulta ascrivibile alla regola così posta; tale separazione, ancorché non sia idonea a descrivere l'effettivo esplicarsi del processo decisorio, non riveste utilità unicamente a posteriori, nell'analisi effettuata al fine di sindacare l'effettiva rispondenza della decisione ai canoni legislativi, ma è invece espressione del modello normativo della funzione. A sua volta, ed è questo il punto su cui interessa ora focalizzarsi, tale modello è idoneo ad influenzare la struttura normativa delle situazioni giuridiche coinvolte, atteso che, come si è già detto e come si avrà ora modo di specificare più compiutamente, l'effettivo declinarsi di queste deriva appunto dal loro inserirsi nel processo formativo della decisione.

Si può infatti affermare che la situazione giuridica di potere si viene a caratterizzare – più correttamente, si può venire a caratterizzare, nei casi in cui non sia ravvisabile nella fattispecie normativa un criterio di preferenza tra inte-

²⁰³ Dalla descrizione effettuata, dovrebbe quindi risultare chiaro come l'inquadramento proposto non possa incorrere in critiche attinenti all'artificiosità del modello stesso o alle forzature che da esso scaturirebbero. Non si deve, infatti, confondere, lo si ripete ancora una volta, il modello di descrizione del processo di decisione con la considerazione che tale modello riceve da parte della normativa di riferimento, rilevante nel senso da questa previsto. La rappresentazione appena fornita non descrive, cioè, la modalità di svolgimento del processo decisorio: sotto il profilo dell'effettiva esplicazione di tale processo, il momento di elaborazione della regola non può essere compiutamente separato da quello di valutazione dei fatti; così come, sotto diverso profilo, l'elaborazione della regola di preferenza non deve essere fatta in concreto confluire nell'attività di accertamento, negandosene così l'autonomo rilievo giuridico sotto il profilo sostanziale. Vi è soltanto, nella prospettiva assunta, un inquadramento del processo decisorio effettuato in relazione alla struttura normativa della funzione (a cui, come si vedrà, deve anche rapportarsi il declinarsi delle situazioni giuridiche coinvolte).

ressi compiutamente definito in merito alla situazione effettuale da porre in essere – per relazionarsi ad una norma la cui effettiva definizione, nell'elemento concernente il rapporto tra criterio di preferenza degli interessi e determinazione della situazione effettuale, avviene nell'ambito dello stesso processo decisorio; essa, tuttavia, è considerata normativamente già presente nel momento in cui la funzione si viene ad esplicare, in ragione della connotazione strutturale della funzione stessa.

In tale ipotesi, la stessa struttura della situazione giuridica di potere si presenta in maniera peculiare, in quanto si individua, all'interno della sua fattispecie, un elemento 'elastico', che si viene a definire compiutamente nel processo decisorio. In altri termini, gli elementi concernenti la scelta discrezionale, nel senso chiarito, sono ascritti alla situazione giuridica di potere, che si presuppone normativamente già sussistente; la loro effettiva definizione avviene, tuttavia, nel corso dello svolgimento della funzione. Tale rappresentazione è la logica conseguenza di un'attività che viene ricondotta, sotto il profilo procedurale, al modello strutturale dell'accertamento, ma che, sotto il profilo sostanziale, mantiene intatta la rilevanza giuridica del conferimento di un margine di discrezionalità in ordine al valore da attuare.

Più in particolare, possono effettuarsi le seguenti considerazioni.

Il legame strutturale che si è visto sussistere tra situazione giuridica e funzione comporta che il potere debba essere concepito in quanto esercitabile a seguito di un processo nel quale venga verificata l'effettiva sussistenza in concreto della relativa situazione giuridica, nella (eventuale) staticizzazione dell'elemento elastico della fattispecie. Tale modello è quindi valido a prescindere dalla circostanza che, nel rapporto tra momento teleologico e determinazione della situazione effettuale, sia conferito dalla normativa di riferimento un margine di scelta dell'autorità decidente; a prescindere, cioè, dalla vincolatezza o meno della fattispecie della situazione giuridica di potere in ordine al criterio di preferenza che regga una siffatta determinazione.

Nello specifico, perché possa addivenirsi a tali conclusioni, i caratteri strutturali che devono essere presenti, secondo quanto è già stato oggetto della nostra analisi, sono i seguenti.

In primo luogo è necessario che venga in rilievo un'attività di accertamento, ciò che si verifica in presenza di determinate condizioni. Da un lato, sotto il profilo della fattispecie normativa astratta della situazione giuridica, le norme sostanziali sulla produzione devono prendere in considerazione elementi idonei a porre in relazione la realtà giuridica della fattispecie normativa con quella fattuale (deve trattarsi, cioè, di una norma ipotetica), in caso contrario mancando in astratto i presupposti materiali per lo svolgimento di un'attività di verifica. Dall'altro, sotto il profilo del rapporto tra la situazione giuridica di potere e la funzione, le norme formali sulla produzione devono consentire di far assumere all'attività di verifica rilevanza giuridica, attraverso la previsione di una procedura all'interno della quale venga in rilievo l'accertamento e la valutazione dei fatti, e risulti la diretta correlazione tra detta attività e la scelta di porre in essere o meno la situazione effettuale corrispondente all'atto precettivo.

In questo senso, devono sussistere specifici caratteri procedurali perché la sostanza della funzione possa emergere nel senso che si è rappresentato. La funzione deve, in altri termini, presentarsi nella sua sostanza processuale, nel senso che la sua forma strutturale deve corrispondere alla sostanza dell'attività.

Si deve, in proposito, riprendere la considerazione dell'esplicazione del potere amministrativo attraverso un processo, la quale deve ora essere riguardata non solo sotto un profilo soggettivo, come fatto in precedenza, ma anche sotto un profilo di tipo oggettivo; sussistendo i relativi caratteri, può allora parlarsi di un modello processuale di accertamento.

Quali siano questi caratteri lo si è accennato nel corso della trattazione. In primo luogo, vi deve essere un'attività di accertamento, opportunamente disciplinata in ordine alla sua rilevanza giuridica nella procedura, come avviene da

parte degli artt. 6 ss., l. n. 241/1990. Tale attività deve, poi, essere inquadrata all'interno di un modello processuale corrispondente, che consenta di rapportarla alla relativa decisione. A quest'ultimo proposito, rileva, in particolare, la possibilità di individuare un momento formalizzato di proposizione della proposta decisoria (di proposizione o auto-proposizione della domanda), come si è detto: rispetto ad essa, si pone infatti la necessità di verifica della proposta formulata, in cui la relativa attività si esplica²⁰⁴.

Inoltre, l'atto che esprime la decisione, ponendo in essere la relativa situazione effettuale, deve rapportare la decisione stessa alle risultanze dell'attività svolta. Ciò avviene attraverso la previsione della necessità di motivazione in relazione a tali profili, secondo quanto appunto si riscontra nella norma di cui all'art. 3, l. n. 241/1990. In questo modo, infatti, il risultato dell'attività decisoria, appunto la decisione, viene riferito ad un contesto di giustificazione in ordine ai presupposti fattuali e alle ragioni giuridiche che la sorreggono; questi a loro volta derivano da quelle che sono le risultanze dell'istruttoria: vi è così un collegamento tra accertamento come attività e accertamento come contenuto della decisione.

Sussistendo i caratteri indicati, può dirsi che il potere non venga esercitato in via prettamente sostanziale da parte del suo titolare, ma attraverso un processo volto a verificarne i corrispondenti elementi²⁰⁵.

²⁰⁴ Si precisa, solo per inciso, che non è necessario, al fine dell'individuazione di tale momento, che sia prevista, per qualsiasi genere di procedimento, la comunicazione di avvio (si veda in particolare l'art. 7, l. n. 241/1990, che ne esclude la necessità per le misure urgenti). La disciplina di quest'ultima, infatti, è rilevante in quanto individua il momento di proposizione della proposta decisoria, ma, in sé, rappresenta solo la manifestazione all'esterno di esso. Piuttosto, la mancanza *fisiologica* della comunicazione di avvio del procedimento (cioè l'esclusione *ex lege* della sua necessità) implica una diversa modalità di esplicazione del contraddittorio procedimentale: cfr. *Il contraddittorio procedimentale*, cit., p. 252 ss., nonché quanto si dirà nella parte II del lavoro.

²⁰⁵ In particolare, nei procedimenti ufficiosi ciò si risolve in un auto-proposizione della domanda da cui scaturisce l'accertamento e l'esercizio del potere. Con riferimento ai procedimenti ad istanza di parte, si sarebbe di fronte ad un modello processuale fondato sulla situazione giuridica procedurale che, nell'ambito dell'elaborazione processualistica, è riferibile all'azione concreta, per cui è ravvisabile una pretesa di rilievo sostanziale che si fa valere nei confronti della situazione di potere dell'organo decidente.

Il modello così rappresentato costituisce una scelta di valore effettuata da parte dell'ordinamento, di conferimento di rilievo giuridico, in generale, all'attività di correlazione tra fatto e diritto. Tale rilievo, nel momento in cui è suffragato dai caratteri strutturali descritti, nel momento in cui, cioè, emerge in ragione della struttura processuale del procedimento decisorio, rende idoneo a ricomprendere nell'accertamento, sotto il profilo normativo della funzione, anche attività di valutazione che dall'accertamento stesso tecnicamente esulerebbero. In quest'ultima ipotesi, il rapporto strutturale, che si crea tra la situazione giuridica e la funzione, consente di considerare l'elasticità dell'elemento afferente alla discrezionalità teleologica appunto nella logica strutturale corrispondente a tale rapporto, non cioè nel senso che l'elemento stesso si viene a formare nel corso dell'attività decisoria (il che significherebbe obliterare il rilievo strutturale proveniente dal modello di produzione in cui la situazione giuridica si inserisce), né che esso si debba ritenere equiparabile, nella sua consistenza fattuale, agli altri elementi che integrano la fattispecie della situazione di potere (il che, invece, vorrebbe dire porre nel nulla il dato sostanziale concernente il riconoscimento della presenza di discrezionalità sotto il profilo teleologico); ma nel senso che l'elemento in questione è considerato già sussistente sul piano normativo, pur nella sua elasticità. Nella prospettiva descritta, il procedimento decisionale si pone, quindi, come processo di accertamento di una situazione giuridica (la verifica della sua sussistenza), il cui elemento elastico si viene a 'staticizzare' nel corso del processo stesso, ancorché, appunto, normativamente esso venga considerato come già presente all'interno della relativa fattispecie.

La formazione della regola²⁰⁶, che si pone all'interno di tale processo, si situa allora nell'ottica, appunto, della staticizzazione dell'elemento elastico della situazione giuridica. La staticizzazione deriva dall'esplicarsi del processo decisio-

²⁰⁶ Si ripete, al fine di evitare fraintendimenti, che la regola a cui si fa riferimento non è quella corrispondente alla situazione effettuale posta in essere con l'atto precettivo, cioè la norma da quest'ultimo creata, ma costituisce invece una regola, elaborata sulla base di un criterio di preferenza di interessi individuato dall'autorità decidente, in rapporto alla quale si determina la sussunzione del fatto, dal cui esito dipenderà la decisione in ordine alla produzione della situazione effettuale stessa.

rio che si esprime nell'attività di verifica (l'accertamento), quale presupposto della verifica stessa: in altri termini, ricordando sempre che il modello che si prende in considerazione non descrive le modalità con cui si esplica il processo decisorio, ma la sua struttura normativa, può dirsi che la formazione della regola, sotto il profilo appunto strutturale, deriva quale conseguenza dell'accertamento compiuto, costituendone il presupposto implicito.

10.1 La situazione giuridica di potere e la situazione che con il potere si confronta. La sua caratterizzazione come situazione giuridica procedurale a rilievo sostanziale, che si connota quale pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto. Conseguenze ulteriori

Rapportando le considerazioni effettuate sul modello strutturale della funzione alla situazione giuridica di potere, può quindi ritenersi che quest'ultima consista nella modalità deontica di una situazione effettuale di carattere precettivo, la quale, in ragione del modello di produzione in cui si inserisce, è caratterizzata dall'eventuale staticizzazione dell'elemento elastico della fattispecie, attraverso la definizione del criterio di preferenza. La fattispecie della situazione giuridica viene a ricomprendere, in questo senso, anche gli elementi afferenti alla discrezionalità, che rilevano nel modo di cui si è detto. Quanto alla modalità deontica della situazione, questa è quella che si correla alla doverosità della funzione²⁰⁷; poiché, come appena spiegato, la situazione di potere sorge con l'avvio (ufficioso o su istanza di parte) del procedimento, la sua modalità non potrà che risultare collegata al profilo della doverosità della funzione che fa riferimento all'obbligo di conclusione del procedimento.

Vi è, dunque, sotto il profilo della relazione che si dispiega sul piano procedurale (non astratto, ma) concreto, quello, cioè, a rilievo sostanziale, una situazione di potere corrispondente all'obbligo di produrre l'effetto precettivo,

²⁰⁷ Si vedano in proposito, in particolare, F. LEDDA, *Il rifiuto*, cit., p. 75 ss., spec. p. 126 ss.; A. MELONCELLI, *L'iniziativa amministrativa*, Milano, 1976, p. 27 ss.; nonché A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005, p. 9 ss., spec. p. 89 ss., sulla distinzione del dovere di provvedere come dovere di iniziare il procedimento, dovere di concludere il procedimento e dovere sostanziale di adottare il provvedimento. Da ultimo, cfr. anche S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, p. 71 ss.

sussistente laddove sussistano tutti gli elementi della relativa fattispecie (compresi quelli afferenti alla discrezionalità, nel senso chiarito della staticizzazione del criterio di preferenza).

Ora, rispetto a tale situazione giuridica, si deve considerare la posizione degli altri soggetti, in capo ai quali è possibile individuare una situazione soggettiva che si ponga su un piano relazionale con la situazione di potere, secondo i termini generali che si è già avuto modo di chiarire. La struttura e i caratteri dell'una non possono infatti che ritrovarsi nella struttura e nei caratteri dell'altra: entrambe le situazioni, ponendosi in rapporto tra loro, fanno riferimento alla medesima fattispecie di produzione dell'effetto, rispetto alla quale viene in rilievo il modello procedurale definito dalle norme formali sulla produzione che si è avuto modo di descrivere.

Sotto tale profilo, si è già evidenziato che le situazioni giuridiche soggettive configurabili in capo al privato a fronte della situazione giuridica di potere assumono la consistenza strutturale che si ricava dal relativo modello processuale. In particolare, esse trovano inquadramento, all'interno dell'impianto strutturale proprio della funzione, partecipando, nei modi e nei termini anzidetti, al dato soggettivo complesso che la funzione stessa esprime. Più nello specifico, si è visto come, a seconda che l'interesse del privato si rivolga nei confronti dello svolgimento del procedimento in relazione all'esplicazione della funzione, ovvero della situazione giuridica di potere che nell'ambito del procedimento si esplica, si sia al cospetto, al pari di quanto avviene nell'ambito del processo giurisdizionale, di situazioni di carattere astratto, ovvero di carattere concreto, afferendo, le prime, al piano strettamente procedurale, le seconde al piano sostanziale dell'interesse.

È su queste ultime che la nostra attenzione si deve in questa sede soffermare (tenendosi presente che, a fronte di esse, a fronte di situazioni cioè, a ri-

lievo sostanziale, si pongono poi situazioni distinte, di carattere prettamente procedurale, strumentali a far valere le prime nell'ambito del procedimento²⁰⁸).

Ora, nel momento in cui la situazione giuridica di potere assume una particolare connotazione strutturale in ragione del profilo procedurale ad essa attinente, tale connotazione viene ad investire anche la situazione che ad essa si rapporta, appunto per la partecipazione del medesimo profilo procedurale. La situazione giuridica concernente l'interesse sostanziale del privato si pone quindi quale pretesa in senso proprio, che si rivolge all'esercizio del potere nel modo che deriva dai caratteri strutturali propri del modello di produzione proprio della funzione.

A fronte del riconoscimento del rilievo giuridico dell'interesse di un soggetto che si pone nel senso della produzione dell'effetto riferibile al potere, sussisterà, quindi, una situazione di pretesa alla produzione di quell'effetto laddove sussistano in concreto i presupposti sostanziali per la produzione dell'effetto, e sia corrispondentemente integrato il relativo obbligo in capo all'Amministrazione. Rispetto, invece, ad un interesse che si ponga nel senso della non produzione dell'effetto in questione, riconosciuto giuridicamente rilevante rispetto ad un soggetto, sussisterà, in capo a quest'ultimo, una pretesa alla non produzione dell'effetto, qualora il fatto costitutivo della situazione di potere non sia integrata, così venendosi a configurare, in capo alla P.A., secondo quanto precedentemente spiegato, un obbligo di non produrre quell'effetto²⁰⁹. Tale rappresentazione, si aggiunge, varrebbe anche con riferimento a quelle situazioni in cui il criterio di preferenza tra interessi non sia normativamente determinato, rispet-

²⁰⁸ Sulle situazioni prettamente procedurali, cfr. quanto da noi rappresentato ne *Il contraddittorio procedimentale*, cit., spec. p. 281 ss.; ID., *Considerazioni su situazioni giuridiche procedurali, organizzazione, funzione*, cit., p. 335 ss.

²⁰⁹ Rimane fermo che, in entrambe le ipotesi, gli elementi della fattispecie della situazione giuridica del privato potrebbero non essere limitati a quella propria della fattispecie del potere, in termini corrispondenti o inversi a seconda che si stia considerando, rispettivamente, una situazione di carattere pretensivo ovvero di carattere oppositivo; la fattispecie di dette situazioni potrebbe, infatti, fare riferimento anche a quegli ulteriori elementi necessari per l'individualizzazione della relativa posizione, intesa in senso astratto, in capo ad un determinato soggetto, la cui sussistenza, ai fini dell'integrazione della situazione giuridica di pretesa, pure deve averi in concreto.

to alle quali l'attività da svolgersi da parte dell'organo decidente non può configurarsi quale unicamente di accertamento: ciò appunto in ragione di quanto considerato in ordine alle conseguenze, sul piano della fattispecie, del rilievo giuridico che assume la funzione in presenza dei caratteri che si è ampiamente avuto modo di spiegare, per cui è possibile pervenire alla determinazione, nell'ambito del procedimento, di una norma all'interno della cui fattispecie è ravvisabile un elemento 'elastico', a cui rapportare l'attività di accertamento. In tale evenienza, infatti, il relativo elemento, seppur non ancora 'staticizzato' in concreto, viene considerato, come si è detto, normativamente già sussistente, così consentendo di configurare una pretesa in senso proprio alla produzione/non produzione dell'effetto.

Più in particolare, la configurazione, che tale situazione soggettiva assume, trova la sua caratterizzazione all'interno del modello strutturale di riferimento, quale situazione giuridica procedurale. La sua consistenza deriva, quindi, dalla concezione della funzionalizzazione intesa nel senso da noi prospettato. In questo modo, può parlarsi di una pretesa all'utilità finale, laddove si tenga presente che la tecnicità del relativo riferimento concettuale (il riferirsi, cioè, ad una pretesa in senso tecnico, giuridicamente rilevante come tale) deriva dall'inserirsi, la pretesa stessa, nel modello strutturale della funzione declinato nei termini più volte ripetuti, di cui quindi le situazioni giuridiche coinvolte vengono a partecipare.

Si delinea così una situazione giuridica soggettiva, di carattere procedurale, avente la struttura della pretesa, direttamente rivolta al conseguimento dell'utilità finale, da individuarsi nella situazione effettuale di cui si ha interesse alla produzione o alla non produzione. Le obiezioni, sopra prospettate, in ordine all'inattualità di una pretesa così configurata, vengono superate all'interno del dato strutturale della funzione che si è avuto modo di delineare. Non pare possibile negare una siffatta conclusione: ciò significherebbe, infatti, porsi in contrasto con la funzionalizzazione del potere, il cui carattere troverebbe

espressione nel modello normativo che si è avuto modo di delineare, a sua volta corrispondente ad un particolare scelta di valore effettuata dall'ordinamento in ordine ad una specifica modalità di esplicazione della dinamica della produzione.

Nell'impostazione assunta, non si viene a perdere il profilo assiologico del modo di essere del soggetto rispetto alla situazione effettuale, come invece avverrebbe laddove, nella costruzione della situazione giuridica, l'elemento soggettivo fosse del tutto appiattito all'interno della dimensione normativa. Al contrario, la costruzione che si è proposta valorizza detto profilo, ma lo fa, si aggiunge, proprio all'interno del dato normativo, quale conseguenza della riconduzione della struttura delle situazioni giuridiche alla struttura normativa della funzione, nel senso da noi riferito. Si perviene dunque ad una ricostruzione ove il piano della norma e il piano assiologico non segnano una distanza l'uno con l'altro²¹⁰.

Nella prospettiva adottata, si è quindi inserito nell'ambito della realtà procedurale il rapporto che si dispiega tra Amministrazione e privato sotto il profilo sostanziale, ma si è negato che tale realtà potesse attenersi unicamente alla sua dimensione 'dialogica', come tale destinata a risolversi nelle situazioni procedurali di carattere astratto. Al contrario, ciò che rileva è la struttura della funzione: considerazione, questa, che ha consentito non solo di evitare una

²¹⁰ L'ordine di idee prospettato in questa sede, si pone, del resto, nel quadro fatto proprio dal diritto positivo: come già considerato, infatti, il Codice, nel richiamare più volte il concetto di pretesa, lo inserisce all'interno di un quadro normativo le cui conseguenze sembrano presupporre che l'oggetto della pretesa stessa vada riferito alla situazione effettuale la cui produzione o non produzione è auspicata. È la stessa considerazione che della situazione giuridica coinvolta del processo mostra di avere il diritto positivo che, allora, consente di porre le basi per una ricostruzione nel senso descritto. Sul punto, cfr. *supra*, par. 5, nel testo e in nota, in ordine a quanto si è detto analizzando l'art. 31, co. 3, c.p.a., per cui l'oggetto della pretesa, con riferimento a tale disposizione, non potrebbe che riferirsi all'utilità finale, non riuscendo altrimenti a trovare giustificazione le conseguenze che scaturirebbero dalla sua applicazione. In particolare, si è evidenziato come di una pretesa al corretto esercizio della discrezionalità il giudice possa *sempre* conoscere (secondo quella che è del resto la stessa rappresentazione datane dalla dottrina che ha configurato l'interesse legittimo come diritto all'attuazione della possibilità normativa del risultato favorevole, cioè la tesi di L. Ferrara), mentre la norma appena richiamata limita espressamente la possibilità del giudice di conoscere *della fondatezza della pretesa* alle ipotesi in cui la discrezionalità sia assente o esaurita.

rappresentazione della situazione giuridica che dalla funzionalizzazione, intesa nel senso più volte descritto, prescinda del tutto, relegandone la consistenza ad un piano soltanto esterno rispetto all'esplicarsi della decisione, ma anche di declinare la stessa situazione giuridica nei termini che si è avuto modo di esporre.

Opinando nel senso descritto, si aggiunge, ci si situa accanto a quelle ricostruzioni che fanno riferimento ad una configurazione del rapporto amministrativo in senso 'staticizzato', e si fornisce uno specifico fondamento alla corrispondente rappresentazione²¹¹.

In particolare, nella prospettiva delineata, può considerarsi che la staticizzazione dell'elemento elastico della fattispecie si determina in relazione all'accertamento compiuto nello svolgimento della funzione, costituendone il presupposto implicito. In questi termini, l'attività decisoria, che si esplica nel corso della funzione con l'adozione dei relativi atti, comporta la staticizzazione della regola afferente al criterio di preferenza, che, facendo riferimento ad un'attività normativamente considerata di accertamento, viene quindi a costituire, sotto il profilo strutturale, una conseguenza dell'accertamento compiuto; la staticizzazione, in tal modo, viene correlata all'accertamento quale contenuto della decisione.

²¹¹ Procedendo in questo senso, ci si è posti, in definitiva, nel solco tracciato da A. Romano Tassone, il quale, come si è già rappresentato, appunto nel contrapporsi alla svalutazione del profilo assiologico che la considerazione degli obblighi di protezione come fulcro del rapporto amministrativo porta con sé, ha affermato che la situazione giuridica del privato che si confronta con il potere amministrativo andrebbe costruita nel senso che l'interesse sostanziale, a cui la dimensione assiologica consentirebbe di fare riferimento, dovrebbe trovare protezione attraverso una modalità di tutela che, senza ledere le attribuzioni discrezionali della P.A., permetta di pervenire alla valutazione della possibilità di soddisfare o meno l'interesse stesso alla luce dello svolgimento della relativa attività decisoria. Questa impostazione, di cui si è ampiamente dato riscontro, non è tuttavia riuscita, a nostro avviso, a porre gli importanti risultati a cui è pervenuta all'interno di una compiuta ricostruzione strutturale, rimanendo in qualche modo sospesa tra un modello strumentale di protezione dell'interesse, che pur espressamente rifiutava, e un modello di tutela diretta dell'interesse stesso, a cui invece tendeva. Rispetto ad essa, si è cercato dunque di individuare l'elemento strutturale che consentisse di rapportare, in via diretta, l'interesse materiale alla situazione effettuale ad una situazione giuridica soggettiva configurata nei termini di pretesa nei confronti del potere: tale elemento è stato rinvenuto nella considerazione che si è data alla struttura normativa della funzione, nel senso che si è ampiamente considerato.

Si deve poi ritenere che tra gli effetti prodotti dall'atto – sempre in ragione del suo inserirsi in un modello processuale di accertamento, ancorché la correlazione che si viene ora a rappresentare non si ponga su un piano logico, bensì unicamente funzionale – sia ricompreso un vincolo all'accertamento stesso (l'effetto di accertamento), e quindi a considerare sussistente (o insussistente) la situazione giuridica, nella sua staticizzazione. Tale vincolo deriva dalla situazione effettuale, e rimane in piedi fin tanto che non è rimossa l'operatività dell'atto. In sé, quindi, non comporta una preclusione al riesercizio del potere se l'atto viene annullato, ma non consente all'Amministrazione di riesercitare il potere sin tanto che l'atto rimane in piedi (la P.A. può, infatti, soltanto far venir meno l'atto attraverso l'utilizzo dei poteri di secondo grado, poteri *differenti* da quello originario). Il vincolo in questione può comunque essere sostituito da quello prodotto dall'accertamento giurisdizionale, cioè dal giudicato sostanziale.

11. Conclusioni. Considerazioni ulteriori sul declinarsi del processo amministrativo a fronte della concezione della situazione giuridica fatta propria in questa sede

Le considerazioni effettuate nel presente studio consentono, dunque, aderendosi alla nostra ricostruzione, di pervenire alla ricostruzione della situazione giuridica del privato, che si pone in rapporto con la situazione di potere dell'Amministrazione, quale situazione procedurale a rilievo sostanziale, che si caratterizza, in ragione della connotazione che riveste sotto un profilo normativo, quale pretesa all'utilità finale; quale pretesa, cioè, a seconda dei casi, alla produzione dell'effetto ovvero alla non produzione dell'effetto che al potere fa riferimento. L'equiparazione, che si ha sotto questo profilo, assume rilievo, come si è spiegato, sotto il profilo procedurale, senza che venga ad essere intaccata la considerazione sostanziale dell'attribuzione, da parte dell'ordinamento, di un margine di scelta rilevante sotto un profilo teleologico, e quindi quale partecipazione (non solo all'attuazione, ma anche) alla definizione del valore da attuare attraverso l'esercizio del potere.

La descritta rappresentazione della situazione giuridica, insieme alle precisazioni da ultimo effettuate, permettono di fornire una specifica ricostruzione anche della declinazione del giudizio in cui essa viene a trovare rappresentazione, nei termini che seguono²¹².

I) La situazione giuridica del privato, concepita come pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto, è idonea ad essere posta ad oggetto del giudizio. Ciò, tuttavia, non può avvenire per mezzo della (sola) azione di annullamento, che il Codice mostra ancora di collegare alla sua tradizionale considerazione di azione concreta, quale pretesa, cioè, rivolta al giudice, all'annullamento dell'atto. L'impugnazione dell'atto si deve allora accompagnare all'esperimento, ai sensi dell'art. 34, lett. c), c.p.a. di un'azione di condanna ad un *facere* (per le situazioni di carattere pretensivo) o ad un *non facere* (per quelle di carattere oppositivo)²¹³; all'esperimento, cioè, di quella forma di tutela il cui oggetto è rappresentato dalla situazione giuridica soggettiva in base alla quale è doverosa l'assunzione di un comportamento, lesa dall'inadempimento del soggetto obbligato. Tale è appunto una situazione di pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto, lesa dal mancato adempimento del relativo obbligo da parte dell'Amministrazione.

II) L'accertamento giudiziale copre la sussistenza/insussistenza situazione giuridica, senza possibilità di rimetterla in discussione, sulla base di qualsiasi motivo. Non vengono infatti in rilievo direttamente i fatti o le singole questioni giuridiche prese in considerazione dal giudice: poiché l'entità a cui l'accerta-

²¹² Le considerazioni di seguito riportate sono sviluppate nel secondo volume dell'opera, *Potere e situazioni soggettive*, II-1, cit.

²¹³ Va sottolineato, in questo senso, come la necessità di esperire, al fine di porre la situazione del privato ad oggetto del giudizio, l'azione di condanna, non debba essere considerata un mero formalismo. Essa risponde, invece, al rispetto del principio della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato; evita domande e pronunce implicite che creano problemi nella loro esecuzione e nel corretto sviluppo nel contraddittorio processuale, come in proposito evidenziato dalla dottrina processualcivile. Si intende, peraltro, che la proposizione dell'azione di condanna ad un *facere* non debba comunque considerarsi in termini formalistici, potendo in tal senso comunque interpretarsi la domanda che risulti espressamente rivolta all'accertamento della sussistenza della situazione a rilievo sostanziale del ricorrente, di pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto, e alla sua tutela attraverso la sanzione della doverosità della relativa condotta da parte dell'Amministrazione.

mento giudiziale fa riferimento è quella della situazione giuridica, la portata precettiva della pronuncia copre qualsiasi rappresentazione difforme da quella oggetto della dichiarazione nella sentenza, a prescindere dai fatti o dalle ragioni volte a sorreggerla.

La circostanza che l'oggetto del giudizio sia la situazione giuridica di pretesa comporta, peraltro, la possibilità di allegare in giudizio gli elementi ad essa riferibili, a prescindere (per quanto concerne la P.A.) dal fatto che questi siano stati indicati o meno nel provvedimento adottato. La possibilità di far valere elementi ulteriori, infatti, non attiene al riesercizio del potere in giudizio, ma soltanto alla difesa giudiziale della parte²¹⁴.

a) L'accertamento giudiziale, va però evidenziato, si rivolge nei confronti della situazione giuridica al suo concreto livello di staticizzazione.

Nel momento in cui la situazione giuridica è portata al cospetto del giudice, lo si è spiegato, non è infatti a questi consentito procedere alla diretta elaborazione del criterio di preferenza che consente la staticizzazione dell'elemento elastico della fattispecie: se procedesse in questo senso, si sostituirebbe all'Amministrazione nella determinazione della scelta valoriale ad essa demandata; mentre la situazione soggettiva, nel rappresentare la consistenza giuridica della tutela dell'interesse materiale del suo titolare, non potrebbe ledere l'attribuzione discrezionale dell'Amministrazione. In questi termini, la caratterizzazione procedurale della situazione, se consente di ascrivere a sé il carattere strutturale della funzione, e, come tale, di configurarsi normativamente come pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto, non consente tuttavia di obliterare il dato sostanziale riferito alla presenza di discrezionalità teleologica.

L'accertamento giudiziale si rivolgerà allora alla situazione giuridica nel riferimento alla parte 'staticizzata' della propria fattispecie; nel riferimento, cioè,

²¹⁴ Nello stesso senso anche M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità*, cit., p. 252 ss.

a tutti gli elementi afferenti ai profili vincolati della fattispecie e a quelli concernenti i margini di discrezionalità esaurita²¹⁵.

All'interno della rappresentazione appena svolta, deve poi aggiungersi, va letto anche l'art. 31, co. 3, c.p.a., e i limiti da tale norma all'accertamento della situazione giuridica, per cui il giudice non potrebbe conoscere della sua fondatezza rispetto alla discrezionalità non esaurita. Detti limiti vanno infatti considerati, in generale, in relazione alla caratterizzazione della situazione giuridica che si ritiene di dover assumere²¹⁶. Essi, in altri termini, nient'altro rappresentano se non il corrispettivo processuale della considerazione della discrezionalità che si ha in relazione alla situazione soggettiva oggetto del giudizio. Per cui, venendo in questione una situazione giuridica quale quella da noi rappresentata, il disposto di cui alla norma richiamata si verrà a declinare nella maniera anzidetta: quale limite cognitorio all'accertamento giudiziale della parte di fattispecie non 'staticizzata'. La considerazione della discrezionalità non esaurita quale limite (normativamente considerato come) di carattere processuale consente, peraltro, di porre il fondamento per il suo superamento all'interno dello svolgimento dell'attività di cognizione del giudice (e di rapportarvi coerentemente il disposto dell'art. 31, co. 3, c.p.a., per le ragioni appena esposte). Ciò potrebbe realizzarsi, infatti, utilizzando un mezzo procedurale che permetta di superare il limite processuale senza intaccare l'essenza sostanziale (l'attribuzione discrezionale conferita dall'ordinamento) a cui esso fa riferimento. Sul punto, si tornerà fra poco.

b) Nel senso descritto, perché l'accertamento giudiziale possa coprire interamente la situazione giuridica, la regola di preferenza afferente alla scelta discrezionale deve presentarsi e permanere nella sua compiuta staticizzazione, o comunque risultare automaticamente rideterminata all'esito del sindacato giudi-

²¹⁵ Si intende, peraltro, che il riferimento in questione comunque prescinde dagli elementi, relativi a tale parte di fattispecie, fatti in concreto valere in giudizio: l'accertamento è, infatti, comunque rivolto alla situazione giuridica, pur con riferimento alla sua parziale staticizzazione. Sul punto cfr. *infra*, sub III, b).

²¹⁶ Cfr. *supra*, n. 84.

ziale, non potendo altrimenti procedersi ad un accertamento completo sulla situazione giuridica dedotta in giudizio. In questo quadro, perché la discrezionalità risulti esaurita, si devono avere le seguenti condizioni. In primo luogo, si deve essere pervenuti ad una compiuta determinazione della regola di preferenza (ciò che non potrebbe riscontrarsi se non vi è stata alcuna decisione, o se questa risulti strutturalmente non affrontare il profilo attinente alla scelta discrezionale, perché non si è pervenuti all'eventuale fase procedurale corrispondente, o perché vi è una limitazione a punti preliminari, pregiudiziali o comunque espressamente assorbenti). Inoltre, tale regola di preferenza deve rimanere intatta all'esito della confutazione effettuata in ordine ad essa.

Tale ultima circostanza si verifica quando si è al cospetto di un'unica alternativa perseguibile. A tal fine, va però anche aggiunto, devono essere tenute presenti tutte le opzioni già considerate, comprese quelle da reputarsi implicitamente ricomprese nella decisione originariamente effettuata, in ragione della sua insita esaustività. Il giudice amministrativo, dinnanzi al quale l'atto è contestato, prende infatti in considerazione non un esercizio del potere in via meramente sostanziale, ma un accertamento compiuto dall'Amministrazione quale decisione portata al suo esame; questa, in quanto appunto decisione, si presume esaustiva rispetto al suo oggetto, cioè alla sussistenza o all'insussistenza della situazione giuridica di potere (nel senso descritto, e nel suo svolgimento relazionale con le altre posizioni coinvolte). Solo nel caso in cui, tenuto conto di ciò, nella ridefinizione della decisione si apra, in ragione della invalidità rilevata, più di una possibilità rispetto a quelle (da considerarsi) già vagliate nell'originaria staticizzazione della regola, la discrezionalità non potrebbe allora dirsi esaurita. Ciò che avverrebbe, qualora ad una nuova decisione sulla situazione giuridica non possa pervenirsi senza un'attività istruttoria ulteriore, che risulti correlata alla necessità di staticizzazione della regola, giacché in tale scenario, la scelta discrezionale non potrebbe dirsi esaurita all'interno della precedente determinazione.

Rimane peraltro fermo che, nell'ambito dell'oggetto del relativo giudizio, debba essere concesso alle parti dimostrare in concreto, facendo valere i profili e gli elementi a ciò correlati, la mancanza di compiuta staticizzazione della regola di preferenza (quindi, la concreta mancanza di esaustività della decisione), e con essa l'impossibilità di pervenire all'automatica rideterminazione della regola discrezionale. L'esaustività della decisione, infatti, rappresenta una qualità insita nella decisione in quanto tale, nel senso, cioè, che la decisione, in sé, si presume esaustiva rispetto al suo oggetto, ma non comporta l'impossibilità di contestazione della decisione stessa, anche in relazione ad elementi ulteriori, nel momento in cui rispetto ad essa non sussista un vincolo, ovvero laddove si rimanga all'interno dei limiti e delle modalità in cui il vincolo può essere messo in discussione; soltanto, l'organo giudicante presuppone, nel momento in cui il contenuto della decisione viene al suo esame nell'ambito dell'accertamento giudiziale, l'esaustività insita nella decisione, qualora non vi sia una contestazione che dimostri il contrario. In questo quadro, l'impossibilità di un'automatica rideterminazione della regola discrezionale può allora conseguire, di necessità, dal tenore della censura riscontrata come fondata rispetto alla determinazione precedentemente svolta, secondo quanto si è detto; oppure può derivare da un'apposita contestazione che appunto dimostri la mancanza di esaustività della decisione in concreto, e quindi l'impossibilità, per la regola, di risultare compiutamente staticizzata all'esito del sindacato giudiziale.

La considerazione in ordine all'attribuzione discrezionale non consente, invece, alle parti di ricercare, e al giudice di pervenire, ad una diretta ed effettiva (ri)definizione del criterio di scelta in un determinato senso, corrispondente alla rispettiva rappresentazione suffragata. In sé, infatti, tale evenienza si porrebbe fuori dei limiti degli ordinari poteri propri dell'accertamento giudiziale, se considerata all'interno della dinamica processuale sin qui descritta. Tuttavia, poiché, come più volte ripetuto, la discrezionalità non esaurita viene normativamente considerata quale limite cognitorio all'accertamento giudiziale, per tale

via, per la via, cioè, degli strumenti della cognizione giudiziale, e attraverso modalità che consentano di mantenere intatto il valore sostanziale dell'attribuzione discrezionale, ne può essere possibile il superamento (si veda subito di seguito, al punto successivo)

III) Laddove la discrezionalità non risulti esaurita, l'accertamento andrebbe a coprire la situazione giuridica nel suo concreto livello di staticizzazione. In questo senso, ciò che la parte viene ad ottenere è (non il mero riesercizio corretto della discrezionalità, ma) il conseguimento dell'utilità finale, al netto dell'esaurimento della scelta discrezionale.

Rispetto a quanto affermato al punto precedente, va peraltro ulteriormente evidenziato come la circostanza per cui l'equiparazione ad una pretesa all'utilità finale avviene in chiave procedurale, in ragione del particolare significato attribuito al modello di produzione, mantenendo tuttavia intatta la rilevanza giuridica del conferimento di un margine di discrezionalità in ordine al valore da attuare, non sia senza conseguenze in ordine all'esplicarsi dell'accertamento sulla situazione giuridica nell'ambito del processo giurisdizionale.

Nel senso descritto, infatti, la situazione giuridica è caratterizzata da una sorta di duplicità dimensionale, che giustifica la rappresentazione che di essa se ne è data. Tale duplicità dimensionale comporta che il riferimento alla discrezionalità non esaurita (l'impossibilità, cioè, per il giudice di sostituirsi all'Amministrazione nella determinazione del criterio di preferenza in ordine all'assetto teleologico da attuare), ancorché, come si è visto, rappresenti un limite di carattere sostanziale, venga ad essere trattato, nell'esplicazione del processo, quale invece limite di carattere procedurale, quale, cioè, limite cognitorio alla possibilità di procedere all'accertamento.

Ciò rileva sotto molteplici profili.

a) In particolare, nell'ambito della dialettica processuale, non si dovrebbe ritenere che la possibile definizione della scelta discrezionale in giudizio comporti un'estensione dell'oggetto dell'accertamento giudiziale; essa rileva soltan-

to nel senso di consentire l'accertamento in via integrale della sussistenza della situazione giuridica. In questo senso, quindi, si dovrebbe considerare la possibilità per l'Amministrazione di far valere la propria valutazione discrezionale, nel senso, cioè, che tale attività corrisponde alla modalità attraverso la quale si può pervenire al superamento di (ciò che viene normativamente considerato come) un limite cognitorio per il giudice amministrativo.

In tale prospettiva, si ha quindi, in primo luogo, che la duplicità dimensionale alla quale detta attività accede faccia sì che se essa, sotto il profilo della sua consistenza sostanziale, rappresenta la definizione del criterio di preferenza afferente ad una partecipazione, conferita dall'ordinamento, alla partecipazione della determinazione del valore, e, come tale, dovrà essere espletata dagli organi corrispondenti (non può essere sopperita dall'attività difensiva erariale); in ragione della sua considerazione normativa, essa, però, confluisce in quello che, sotto il profilo procedurale di riferimento, assume il rilievo di un documento processuale di carattere istruttorio, che non può, come tale, considerarsi espressione dell'esercizio di un potere sostanziale in giudizio (neppure, si badi, quale integrazione di una duplicità di fattispecie, l'una riferibile al potere sostanziale, l'altra al potere processuale, atteso che, nella rappresentazione che si è data, la duplicità è invece interna alla struttura normativa della situazione di potere che viene in considerazione).

In secondo luogo, il giudice, nello svolgimento della sua attività di accertamento, deve poter 'provocare', d'ufficio o su istanza di parte, l'espletamento di tale attività, proprio in quanto (normativamente considerata quale) modalità di superamento di un suo limite cognitorio (in maniera non differente da quanto si verifica nel caso di attività tecnicamente complessa, con ricorso alla consulenza tecnica).

Poiché, tuttavia, di un limite cognitorio si tratta, deve anche ritenersi possibile, per il giudice, non procedere in tal senso, ogniqualvolta via sia, del pari, un'esigenza procedurale in senso contrario; ogniqualvolta, cioè, le attività in

questione debbano reputarsi eccessivamente complesse e gravose sotto il profilo procedimentale. In tale ipotesi, deve considerarsi quindi consentito al giudice di limitarsi a fare riferimento ad una particolare consistenza della situazione giuridica in questione (non andando oltre, cioè, il suo livello di staticizzazione, quale portato in giudizio), e adottare, corrispondentemente, una sentenza parziale su di essa.

Inoltre, per gli stessi motivi, l'eventuale inadempimento dell'Amministrazione non potrà essere valutato come mancata soddisfazione di un onere della prova addossato dal giudice, di cui non vi sarebbe alcuna corrispondenza sostanziale. Nell'evenienza descritta, semplicemente, il giudice dovrà procedere ad un adempimento coattivo, attraverso un commissario *ad acta*.

Tali considerazioni, si aggiunge ulteriormente, consentono di ottenere un collegamento tra la preclusione al riesercizio del potere e l'accertamento in ordine alla situazione giuridica del privato, e quindi della corrispondente situazione di potere. In questo modo, da un lato la preclusione può essere pienamente esaustiva; dall'altro, per il raggiungimento di tale scopo non è necessario ricorrere a meccanismi preclusivi che, risultando svincolati dall'accertamento, risultano essere più la conseguenza di una sanzione comminata all'Amministrazione (è questo il caso, evidentemente, della preclusione introdotta all'art. 10 *bis*, l. n. 241/1990), che non l'effettiva corrispondenza, in chiave processuale, di ciò che effettivamente spetta nella realtà sostanziale.

b) Si noti peraltro, a proposito dell'esaustività dell'accertamento, che, anche nell'ipotesi in cui rimanga parziale, esso sarebbe comunque rivolto (ancorché, appunto, in maniera parziale) alla situazione giuridica, e non invece ai singoli fatti che vengono in esame davanti al giudice. L'accertamento riguarda, cioè, come detto, la situazione giuridica nel suo livello di staticizzazione, e come tale risulta idoneo a coprire gli elementi vincolati della fattispecie, ed eventualmente quelli afferenti ai profili discrezionali già 'staticizzati'. Tali aspet-

ti, pertanto, non potranno essere rimessi in discussione, in quanto coperti dal giudicato, rispetto al quale vale la regola del dedotto e del deducibile.

Rispetto ad un accertamento parziale va anche evidenziato come la duplicità dimensionale a cui si è fatto riferimento rivesta particolare rilievo in ordine all'esecuzione della relativa sentenza. Sotto l'aspetto sostanziale, infatti, non vi è dubbio che l'attività successiva al giudicato possa considerarsi quale attività di esecuzione della situazione accertata al suo livello di staticizzazione; come tale, essa ben può essere demandata ad un commissario *ad acta*, quale ausiliario del giudice nell'esecuzione, senza incorrere nelle tradizionali problematiche che si registrano sul punto. Sotto il profilo della considerazione procedurale che riceve la discrezionalità non esaurita, la medesima attività viene però a consistere in un accertamento che porta all'ulteriore staticizzazione dell'elemento elastico della fattispecie, rendendo possibile l'accertamento giudiziale della relativa situazione giuridica.

In questo senso, la consistenza normativa di detta situazione, nella caratterizzazione più volte spiegata, rende quindi possibile una soluzione che consente una duplice connotazione dell'attività successiva alla sentenza. L'attività successiva dell'Amministrazione, tanto se riferita ai profili coperti dall'accertamento parziale (profili vincolati e spazi esauriti di discrezionalità), quanto se afferenti ai profili relativi alla considerazione sostanziale dell'attuazione della situazione parzialmente accertata (profili discrezionali non spesi), sarà infatti conoscibile dal giudice dell'ottemperanza, in quanto concernente, in ogni caso, appunto l'attuazione della situazione giuridica parzialmente accertata riguardata sotto il profilo eminentemente sostanziale. Il sindacato giudiziale su detta attività rileverà, poi, anche quale accertamento giudiziale sulla parte della situazione non coperta dal precedente accertamento parziale, in considerazione della caratterizzazione procedurale della situazione in questione. Tale soluzione, in ragione appunto della duplicità dimensionale in cui si inserisce, può così ricevere riscontro senza esporsi ad ibridismi, che invece necessariamente caratterizze-

rebbero una ricostruzione che rimanga ancorata ad una prospettiva monodimensionale, come quella tradizionale.

In conclusione, può dirsi dunque che la consistenza normativa della situazione giuridica che viene in questione, nella ricostruzione che si è ritenuto di dover effettuare, seguendo argomentazioni di teoria generale e di diritto positivo, risponda ai quesiti posti all'inizio della trattazione, e consenta, per tale via, un più congruente inquadramento delle situazioni giuridiche dei privati rispetto al potere amministrativo. Attraverso la compiuta individuazione dei termini e della consistenza di queste ultime, risulta così possibile pervenire anche ad una più precisa declinazione dell'assetto processo amministrativo, e quindi all'effettivo dispiegarsi della tutela giurisdizionale nei rapporti tra potere amministrativo e privati.