

ANDREA CARBONE

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

A MO' DI PRIME CONCLUSIONI. SULLA RIFLESSIONE SU POTERE E SITUAZIONI SOGGETTIVE NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

FIRST CONCLUSIONS ON ADMINISTRATIVE POWER AND SUBJECTIVE POSITIONS

SINTESI

Il presente contributo rappresenta un primo tentativo di riflessioni conclusive a valle del dibattito instauratosi sul nostro scritto *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, II-1 e II-2, Torino, 2020-2023, che è stato ospitato, tra l'altro, nella presente *Rivista*.

ABSTRACT

This paper represents a first attempt to draw conclusions on the debate about the Author's approach on the conception of administrative power and its relation with individual legal positions, as held in *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*.

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.

INDICE: 1. Profili riepilogativi generali. La struttura procedurale della funzione amministrativa e la corrispondente considerazione delle relative situazioni giuridiche. – 2. La considerazione procedurale della discrezionalità all'interno della struttura normativa della funzione. – 3. Il rapporto tra l'ordine procedurale amministrativo e l'ordine procedurale giurisdizionale. – 4. Rilievo delle situazioni prettamente procedurali nella struttura normativa della funzione. – 5. Considerazioni sistematiche conseguenti. – 6. Primi profili conclusivi generali.

Introduzione

Il presente contributo rappresenta un primo tentativo di riflessioni conclusive a valle del dibattito instauratosi sul nostro scritto *Potere e situazioni sogget-*

*tive nel diritto amministrativo*¹, che è stato ospitato, nella presente Rivista, nei vari contributi insieme ad una versione in forma sintetica della nostra tesi²; e che è poi continuato, da ultimo nel convegno di Siena organizzato all'interno degli eventi promossi della Rivista stessa³ (di tali spazi e attenzione chi scrive, non serve sottolinearlo, non può che essere particolarmente grato). È nostra intenzione, in questa sede, fornire alcune indicazioni e precisazioni delle posizioni da noi sostenute, scaturite anche in ragione del confronto instauratosi in tali occasioni.

1. Profili riepilogativi generali. La struttura procedurale della funzione amministrativa e la corrispondente considerazione delle relative situazioni giuridiche

La trattazione da noi condotta, nell'arco delle diverse parti che hanno contraddistinto l'elaborazione proposta, è pervenuta alla ricostruzione delle situazioni giuridiche che caratterizzano la posizione del privato rispetto al potere amministrativo, e alla rappresentazione della loro tutela giurisdizionale.

In questo senso, la trattazione effettuata ha rappresentato, come si era ivi avvertito, l'espressione di un'esigenza di complessiva rielaborazione delle categorie all'interno delle quali si muove il diritto amministrativo, al fine di proporre un compiuto reinquadramento dei relativi rapporti, e, conseguentemente, una corrispondente declinazione in ordine alla loro tutela.

In tale prospettiva, si è presentata necessaria una ridefinizione, in primo luogo concettuale, delle categorie teoriche generali in cui il fenomeno delle relazioni amministrative potesse collocarsi. La considerazione del potere nel senso di una situazione soggettiva, e il suo conseguente inserimento nell'ambito di un rapporto, individuato in una tipologia di relazione di pretesa-obbligo, è stato il

1 *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, Giappichelli, 2020; II-1, *La situazione giuridica a rilievo sostanziale quale oggetto del processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2022; II-2, *Le situazioni giuridiche (prettamente) procedurali*, Torino, Giappichelli, 2023.

2 Il riferimento è a *Riflessioni su potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. Una proposta di confronto*, in *questa Rivista*, 2021, 2, p. 359 ss., a cui seguono i saggi di Franco Gaetano Scoca, Vincenzo Cerulli Irelli, Michele Trimarchi ed Enrico Zampetti, che si ringraziano per i loro contributi e per l'attenzione dedicata alla nostra proposta ricostruttiva.

3 Il convegno tenutosi all'Università di Siena il 24 marzo 2025, che ha visto la partecipazione di Gian Domenico Comperti, Massimiliano Bellavista, Alberto Clini, Pierpaolo Forte, Simone Lucatini, Massimo Monteduro, Luca Perfetti, Simone Torricelli ed Enrico Zampetti, a cui pure vanno i nostri ringraziamenti.

punto di partenza da cui la presente ricostruzione ha preso le mosse.

Il passaggio successivo, quello che ha consentito di stabilire compiutamente i termini della nostra impostazione, è stato rappresentato dalla caratterizzazione di tale relazione in senso procedurale, in forza di una visione strutturale della funzione, come farsi della decisione, che viene a connotare in senso corrispondente i relativi rapporti giuridici, che in essa si considerino inclusi.

Si è visto, infatti, come la funzione amministrativa risulti, in via generale, normativamente strutturata su un modello procedimentale fondato su canoni che assumono, in termini soggettivi e oggettivi, i caratteri propri di un processo, per come a suo tempo specificati. In questo senso, sotto il profilo soggettivo, è stato rilevato come, pur non ponendosi i soggetti partecipanti su un piano di parità rispetto al momento decisorio, né assistendosi, sotto tale profilo, ad una compiuta separazione tra contraddittori e autorità decidente, si sia comunque in presenza di una procedura che, nella definizione della decisione, consente ai soggetti, nella cui sfera giuridica la decisione stessa dispiegherà i suoi effetti, di partecipare all'attività strutturalmente volta alla definizione del contenuto del relativo atto, senza che il decisore possa obliterare tale attività, pur potendosi discostare dalle relative posizioni, dandone conto⁴. Sotto il profilo oggettivo, poi, la considerazione normativa, che riceve l'attività procedimentale, è improntata ad un'ottica processuale, per come avente carattere di accertamento: si prevede la proposizione di una domanda da parte del privato istante o la sua auto-proposizione dalla P.A., con l'avvio del procedimento; e viene corrispondentemente regolamentata un'attività di verifica della sussistenza degli elementi fattuali e della integrazione della relativa fattispecie normativa, ai fini della definizione della decisione concernente l'esercizio o il non esercizio del potere nel caso concreto; di tali risultanze procedimentali, è prescritto debba darsene conto nell'apposita motivazione dell'atto, nel momento, quindi, di manifestazione della decisione assunta, che ad esse deve appunto essere rapportata⁵.

Il modello di produzione, che viene in questione in relazione al potere amministrativo, viene ad essere dunque strutturato nel senso di un processo che

4 Cfr. *Potere e situazioni soggettive*, cit., I, cap. V, par. 2.1; II-2, cap. III, sez. I, parr. 3 e 3.1.

5 Cfr. *Potere*, cit., I, cap. V, parr. 2.2 ss.

incentra la formazione della decisione sull'accertamento; di una procedura, cioè, volta ad accertare, nella complessità soggettiva che si esplica attraverso il contraddittorio tra le parti, la sussistenza della/e situazione/i giuridica/he che assurgono ad ipotesi da verificare.

La rilevanza del dato procedurale non è stata peraltro intesa quale idonea a conferire un apporto meramente descrittivo alla caratterizzazione del potere amministrativo e del suo esercizio. Essa, al contrario, è stata ritenuta in grado di connotare in maniera conseguente la stessa consistenza dei rapporti giuridici che vengono in questione.

Nel senso descritto, infatti, le relazioni tra entità soggettive, che si rapportano in relazione all'esercizio del potere, siano esse rivolte ad utilità a rilievo sostanziale, ovvero ad utilità (prettamente) procedimentali, si sono dette assumere comunque carattere procedurale, per come interne alla struttura processuale dell'azione amministrativa. Le situazioni giuridiche soggettive configurabili assumono, in altri termini, la consistenza strutturale che si ricava dal relativo modello processuale.

In tal modo, si è potuto sostenere che l'interesse del soggetto che si rivolge nei confronti dello svolgimento del procedimento individua le situazioni giuridiche *procedurali astratte, prettamente procedimentali*, che si vengono a configurare in relazione al rapporto tra (interesse appunto del) soggetto e norme sulla produzione di carattere formale (esplicazione del contraddittorio, svolgimento delle attività di verifica, requisiti formali dell'atto, ecc.), attinenti agli elementi della fattispecie della situazione effettuale. Allo stesso modo, l'interesse del soggetto che si rivolge alla situazione giuridica di potere (di produzione di un effetto precettivo) che nell'ambito del procedimento si esplica individua, invece, le situazioni *procedurali concrete, a rilievo sostanziale*, che traggono la loro configurazione nel rapporto tra (interesse del) soggetto e norme sostanziali sulla produzione, per come considerate insieme con le prescrizioni procedurali volte alla definizione della modalità deontica dello svolgimento e della conclusione della procedura, e per come rapportate al modello normativo della funzione fatto proprio dal nostro ordinamento. In tale scenario, la stessa azione procedimentale amministrativa, quale agire rivolto alla decisione, è stata dunque considerata nei termini di un *comportamento procedurale*, rispetto al quale le differenti

situazioni vengono a rapportarsi, e, con esse, anche la relativa validità dell'atto (rispettivamente, per ragioni formali o sostanziali)⁶.

La struttura normativa della funzione, nel fornire la definizione strutturale delle situazioni giuridiche in questione, risulta inoltre, al contempo, idonea a definire, sulla base del medesimo dato normativo, anche la consistenza delle situazioni stesse.

La circostanza per cui, nel processo formativo della decisione, l'attività decisoria risulti connotata dalla giuridica rilevanza dei suoi specifici caratteri strutturali, si deve infatti ritenere rappresentare una precisa scelta di valore da parte dell'ordinamento, relativa all'esplicazione della dinamica della produzione. Tale scelta di valore ha conseguenze in ordine all'emersione del profilo teleologico a cui il potere (ogni potere) è rivolto, nel senso che tale profilo, e l'eventuale elaborazione di un criterio di preferenza che si accompagna alla sussistenza di discrezionalità nella sua definizione, risulta idoneo, per tale via, ad assumere rilievo in via autonoma e diretta⁷. In ciò, si è detto, consiste l'essenza della funzionalizzazione, nella sua commistione tra profilo teleologico e profilo strutturale.

Vi è, in questo senso, l'espressione di un valore procedurale proprio della struttura normativa del modello di produzione, che si accompagna al valore sostanziale consistente nell'attribuzione della definizione della regola di preferenza discrezionale propria della situazione di potere. Entrambi i profili si pongono su un piano normativo, ed entrambi risultano idonei a caratterizzare la consistenza della situazione giuridica di potere, e di quelle che vi si pongono in rapporto.

L'essenza strutturale della funzionalizzazione, a sua volta, consente di ascrivere proceduralmente all'accertamento anche l'attività, differente, che caratterizza la scelta in ordine all'elaborazione del criterio di preferenza, pur mantenendone inalterata la connotazione sostanziale. Il modello di accertamento, costituendo, come detto, una scelta di valore effettuata da parte dell'ordinamento, di conferimento di rilievo giuridico, in generale, all'attività di correlazione tra fatto e diritto, fa sì che, per tale ragione, il modello stesso si deve re-

⁶ Cfr. *Potere*, cit., I, cap. V, par. 2 ss. e II-2, sez. I, cap. III, par. 2 ss.

⁷ Cfr. *Potere*, cit., I, cap. V, par. 3.4.

putare in sé idoneo a ricomprendere, sotto il profilo normativo della funzione, laddove suffragato dai caratteri strutturali corrispondenti alla sostanza processuale del procedimento decisorio, anche attività di valutazione che dall'accertamento tecnicamente esulerebbero.

Nel momento in cui, in altri termini, risulta 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, si deve ritenere che anche le ulteriori attività valutative, che rispetto all'accertamento siano strumentali o correlate, debbano essere ascritte a tale modello strutturale, appunto in ragione della compresenza, accanto al valore sostanziale di definizione della scelta in ordine alla definizione della regola di preferenza, di quello procedurale proprio del modello strutturale della determinazione stessa⁸.

La conseguenza, a cui si perviene accedendosi a tale ricostruzione, è dunque quella per cui deve scindersi l'operatività della regola di preferenza discrezionale sul piano sostanziale e su quello procedurale, giacché, rispetto a quest'ultimo, la regola in questione si deve considerare già normativamente esistente nel suo profilo di rilevanza. In questo modo, essa risulta infatti idonea, come tale, a porsi come referente dell'accertamento.

Risulta così a sua volta possibile, senza disattendere l'attribuzione discrezionale dell'Amministrazione, che permane sul piano sostanziale, configurare la situazione a rilievo sostanziale (procedurale concreta) quale pretesa rivolta all'utilità finale (alla produzione o alla non produzione dell'effetto), integrata qualora concretamente sussistenti tutti gli elementi (vincolati e discrezionali) della fattispecie. In questo modo, la situazione giuridica del privato risulta direttamente correlata al profilo assiologico ad essa corrispondente, cioè al bene della vita individuato nella situazione effettuale idonea a soddisfare l'interesse materiale del soggetto titolare della relativa situazione (la produzione/non produzione dell'effetto)⁹.

⁸ Cfr. ancora ivi, par. 3.6.

⁹ Secondo il rilievo esplicitato da A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 273 ss.; ID., *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Agg., II, Milano, 1998, p. 966 ss., su cui si veda *Potere*, cit., I, cap. III, par. 9. Si è visto ivi, come tale A. abbia cercato di porre al centro il dato assiologico indicato negando cittadinanza alla configurazione dell'interesse legittimo quale pretesa alla possibilità normativa del risultato favorevole (secondo l'impostazione della Scuola fiorentina, in particolare nella declinazione di L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse*

La rispondenza al dato assiologico, per la via indicata, è avvenuta su un piano essenzialmente normativo, riconoscendosi al modello di produzione proprio della funzione amministrativa, per come ricavabile dalla normativa generale sul procedimento, specifica rilevanza in ordine alla ricostruzione delle situazioni giuridiche coinvolte. Il legame con il profilo assiologico, attraverso l'impostazione proposta, riesce, in altri termini, a porsi anche su un piano normativo, in quanto il dato normativo di riferimento, al fine della configurazione della situazione, non sarebbe soltanto quello sostanziale, ma, come detto, quello

legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa, Milano, Giuffrè, 2003, spec. p. 105 ss.; ID., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna ad un fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 636 ss.: cfr. *Potere*, cit., I, cap. III, par. 3.2); questa, infatti, viene a sacrificare, come spiegato, proprio il dato assiologico riferito al soggetto (all'utilità che questi persegue), a fronte del profilo inerente al risultato della garanzia normativa. La configurazione, a tale fine, dell'interesse legittimo quale situazione la cui realizzazione non è assicurata in via normativa, ma acquisisce rilevanza nel corso della funzione, non si è però reputata idonea a sorreggere l'esigenza assiologica rappresentata, finendosi per pervenire, per tale via, nella sostanza, alla considerazione di un'aspettativa rispetto ad una situazione non ancora venuta ad esistenza.

Le medesime logiche della ricostruzione di Romano Tassone (come detto sempre ivi, n. 269) sono state fatte proprie dal Suo allievo, M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, ETS, 2013, p. 234 ss., spec. p. 241 ss.; nonché, da ultimo, in ID., *Decisioni amministrative e situazioni giuridiche soggettive*, in M. RENNA, R. URSI (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, pp. 115 ss., spec. pp. 130 ss. In particolare, secondo tale A., l'interesse legittimo non sarebbe da collocarsi nell'ambito delle situazioni efficaci, ma rappresenterebbe una situazione di rilevanza. Più nello specifico, si ritiene che sarebbero configurabili due modelli strutturali, quello del diritto, che corrisponde ad un interesse efficace; e quello dell'interesse legittimo, che corrisponde ad un interesse soltanto rilevante. In questa prospettiva, l'interesse legittimo sarebbe allora una situazione di rilevanza, non efficace, che si rapporta non al potere (inteso, cioè, in senso stretto, quale situazione rivolta alla produzione dell'effetto), ma alla funzione (al farsi della decisione, intesa, da parte dell'A., quale espressione unicamente di un'attività discrezionale, per come volta a formare la regola di preferenza): essa tutelerebbe la possibilità che l'interesse sia realizzato, non la necessità della sua realizzazione; non esprimerebbe quindi una pretesa in senso proprio (nella terminologia dell'Autore, un diritto), salvo il caso in cui la discrezionalità sia esaurita con l'esercizio della funzione. Ora, secondo quanto si è avuto modo di spiegare in *Dialogo sul potere con Michele Trimarchi*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, pp. 268 ss., ove la tesi in questione è stata ripresa e compiutamente analizzata, per la via indicata, a ben vedere, al pari di quanto accadeva per la tesi di A. Romano Tassone, non si andrebbe comunque oltre all'evocazione della figura dell'aspettativa. Rispetto a quest'ultima, peraltro, si è evidenziato (sempre ivi) come la dottrina che si è occupata dell'argomento (cfr. A.C. PELOSI, *Aspettativa di diritto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, Torino, UTET, 1987, 465 ss.; M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele. Contributo allo studio degli effetti preliminari nelle situazioni di pendenza*, Milano, Giuffrè, 2006, 151 ss.) abbia riportato la possibilità di realizzazione dell'interesse, rispetto all'aspettativa stessa, ad espressione del canone generale del rispetto della buona fede: se si tiene presente, allora, che l'evoluzione dottrinale sugli obblighi di protezione ha portato a configurare, anche in caso di mancanza di una prestazione, una pretesa rivolta al corretto esercizio del potere, che può esprimersi nella conservazione e nel ripristino della sequenza procedimentale (cfr. *Potere*, cit., I, cap. III, par. 3.1), si comprende come, per tale via, si finisca per configurare una situazione già effettuale, che a nient'altro corrisponde se non alla pretesa alla possibilità normativa del risultato favorevole, di cui invece si sarebbe voluto, tutt'al contrario, negare cittadinanza. Non ci pare, quindi, che il percorso ricostruttivo seguito sia idoneo a dare seguito al dato assiologico invocato, in quanto debole ci sembra il dato normativo al quale, quantomeno nella nostra

sostanziale nel suo legame con quello proprio della struttura procedurale attraverso la quale la situazione di potere si deve esprimere.

È, allora, per tale ragione che non può invece venire in rilievo una situazione configurata come pretesa all'utilità strumentale (la possibilità normativa del risultato favorevole, cioè la c.d. *chance* legale, sussistente se fattualmente esistenti gli elementi vincolati della fattispecie), insieme con la considerazione del potere che essa porta con sé¹⁰. Questa, infatti, risulterebbe espressione di un confronto con la discrezionalità che si realizzerebbe su un piano normativo unicamente sostanziale, svalutando il rilievo, sul punto, della struttura processuale del modello di produzione¹¹.

Nella prospettiva proposta, può dirsi dunque assumere effettiva rilevanza la sostanza procedurale dell'attività – a cui, se si vuole, può ascriversi la formula dialogica dell'interesse legittimo, purché in questo senso intesa¹² – quale idonea

concezione dell'ordinamento giuridico, esso dovrebbe ancorarsi.

10 La tesi della Scuola fiorentina, in particolare nella declinazione di L. Ferrara; su cui cfr. *Potere*, cit., I, cap. III, par. 3.2.

11 Si veda *Potere*, cit., I, cap. III, par. 4 ss.

12 La formula dialogica dell'interesse legittimo, propria della tesi di F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 25 (su cui cfr. *Potere*, cit., I, cap. III, par. 2.1-2.2), contiene infatti in sé, lo si è visto a suo tempo, l'intuizione del rilievo della struttura normativa della funzione (si veda pure ivi, par. 4.2). Tuttavia, da ciò non viene fatta scaturire, come pure si è spiegato, una costruzione della situazione giuridica in rapporto con il potere che si possa reputare ad essa strutturalmente corrispondente, non potendosi ammettere la configurazione di una situazione a strumentalità *indiretta* (o a duplice strumentalità strutturale) rivolta ad un'utilità non garantita.

Il rilievo fondamentale del pensiero dell'illustre A. sull'interesse legittimo risiede, del resto, su un profilo ulteriore rispetto a quello della Sua tesi in sé considerata; risiede, cioè, sulla commistione, storica e teorica che riveste la Sua impostazione (non a caso titolo della Sua opera finale sull'argomento, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017). La prima ricostruzione di F.G. Scoca è stata infatti quella che, pur nell'ambiguità del riferimento alla strumentalità, ha consentito di superare la centralità della legittimità dell'atto propria delle tesi precedenti; l'impostazione dialogica attuale, e il rilievo procedurale dell'interesse legittimo, è ciò su cui invece ci si deve venire necessariamente a confrontare per pervenire ad una ricostruzione della situazione giuridica che si confronta con il potere. In questo senso, si è spiegato da parte nostra come la non risolutività della concezione della strumentalità indiretta, propria del filone ricostruttivo in cui si inserisce la dottrina in esame, è ciò che rischia di tradire, da un lato, qualora non si accetti la configurabilità di una pretesa nei confronti del potere, il sottordimento di una concezione ancora processuale, e non sostanziale, dell'interesse legittimo; ovvero, dall'altro, se invece la configurabilità della pretesa viene accettata, la sua coincidenza con la struttura di una pretesa alla possibilità normativa del risultato favorevole, cioè alla *chance* legale (l'impostazione della Scuola fiorentina, su cui cfr. *Potere*, cit., I, cap. III, par. 3.2). Per quanto concerne, poi, l'impianto dialogico, il rapporto con la sua considerazione è ciò che ha caratterizzato il terreno di confronto delle impostazioni più recenti sull'interesse legittimo: così se si nega la sua rilevanza nella costruzione dell'interesse legittimo, che solo atterrebbe al piano statico di riferimento, e si assume, per tale via, una connotazione prettamente sostanzialistica, del pari assorbendo in essa anche il rilievo dinamico dell'esercizio della relativa situazione, pervenendosi conseguentemente alla costruzione, di nuovo, di una

a caratterizzare le situazioni che si confrontano con il potere. Tale profilo non rimane, infatti, su un piano meramente evocativo, ma si presenta idoneo ad incidere sulla consistenza delle situazioni giuridiche soggettive espressione del relativo modello di produzione, evitandone una loro relegazione ad un piano meramente sostanzialistico¹³.

2. La considerazione procedurale della discrezionalità all'interno della struttura normativa della funzione

La discrezionalità amministrativa, nel senso da noi descritto, pur mantenendo intatto il suo carattere sostanziale, si declina quindi in chiave procedurale, e consente di essere vista nella duplicità dimensionale, appunto procedurale e sostanziale, che caratterizza le relazioni che si situano nell'ambito della funzione amministrativa, per come da noi rappresentata. In tal modo, la definizione della regola ad essa afferente partecipa della duplicità dimensionale propria della struttura del modello di produzione in cui trova collocazione, e viene considerata, come si è spiegato, quale già normativamente sussistente sul piano procedurale.

Nel momento in cui, in altri termini, il modello procedurale amministrativo si esprime nel senso di una considerazione normativa della relativa attività, complessivamente intesa, quale improntata sull'accertamento, si viene a ritenere sussistente un'equiparazione normativa — rivolta, si badi, unicamente al piano procedurale — tale per cui l'attività di ponderazione degli interessi in ordine

pretesa alla *chance* legale (sempre la rappresentazione della Scuola fiorentina, su cui si veda *Potere*, cit., I, ivi, e in particolare il riferimento a L. FERRARA, *Statica e dinamica dell'interesse legittimo*, in *Colloquio sull'interesse legittimo. Atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig*, Napoli, Jovene, 2013, pp. 112 ss.); ancora, se la si rapporta ad un piano di rilevanza, idoneo a configurare, in ragione del suo riferimento assiologico all'interesse finale, una situazione giuridica di rilevanza, essenzialmente coincidente con un'aspettativa positiva o negativa (la tesi di A. Romano Tassone, poi ripresa da M. Trimarchi, forse il più contiguo sviluppo in questo senso dell'impostazione scochiana: cfr., oltre a quanto detto su di essa subito sopra, in nota, ampiamente *Potere*, cit., I, cap. III, par. 9; nonché *Dialogo sul potere con Michele Trimarchi*, cit., pp. 268 ss.); infine, se la si considera quale indice di rilevanza della struttura normativa della funzione, idonea a far assurgere a valore normativo il relativo piano procedurale, fondato sull'accertamento, e, con esso, il riferimento, sul piano procedurale stesso, della pretesa all'utilità finale, costruendosi in tal modo la situazione giuridica del singolo (la nostra ricostruzione). In tale prospettiva, può dirsi dunque che il pensiero di Scoca sull'interesse legittimo ha costituito il punto di arrivo delle tesi precedenti, e il punto di partenza di quelle successive, sull'istituto in esame; e rispetto ad esso, la tensione non risolta tra la strumentalità strutturale sostanziale e il rilievo procedimentale della situazione nient'altro rappresenterebbe se non, in tutta la sua gravità, la stessa problematica propria dell'interesse legittimo (sul punto, cfr. *Potere*, cit., I, par. 2.1, n. 42).

13 Cfr. *Potere*, cit., I, cap. III, parr. 4.1-4.2, e cap. V.

all'elaborazione del criterio di preferenza verrebbe normativamente ascritta, appunto sotto il profilo procedurale, a quella di verifica dei fatti in ordine all'integrazione della fattispecie. Tale equiparazione procedurale si verificherebbe, come detto, in quanto l'ordinamento, nel porre il modello strutturale di accertamento quale modalità di esercizio del potere, ha effettuato una precisa scelta di valore in ordine alle modalità di esplicazione del potere stesso, fondando su di esse il profilo dinamico afferente al potere¹⁴.

Il meccanismo tecnico, attraverso il quale è possibile avere tale risultato, è quello per cui la regola di preferenza discrezionale si considera già operativa sul piano procedurale, ancorché non lo sia su quello della dimensione prettamente sostanziale. La circostanza che la regola di preferenza, afferente al profilo teleologico del potere, non risulti normativamente definita sul piano sostanziale, non preclude, infatti, ad una sua considerazione già effettuale, per come operativa sul piano procedurale, in ragione della componente normativa riferibile al piano procedurale stesso. L'indefinitività contenutistica, relativa al contenuto della regola, passa così, sul solo piano della rilevanza procedurale, dal profilo di definizione della regola stessa a quello di verifica rispetto ad una regola assunta come già definita.

In questo senso, la distinta operatività di una situazione effettuale (quella afferente alla regola di preferenza discrezionale, propria della fattispecie del potere), sul piano procedurale e su quello (prettamente) sostanziale, è il carattere ricostruttivo su cui si fonda la nostra impostazione, possibile in ragione del riconoscimento della duplicità dimensionale che, sul piano normativo, viene conferita, sotto tale profilo, al modello di produzione proprio della funzione amministrativa.

Il fenomeno descritto in ordine all'operatività della situazione effettuale non è, del resto, sconosciuto nell'ottica processuale generale, e in particolare in quella del processo giurisdizionale, ove l'operatività di un fatto, pur già effettuale su un piano sostanziale, potrebbe non occorrere su quello procedurale se non a seguito dell'esercizio di un particolare potere processuale: è questo, nello specifico, il fenomeno riconducibile all'eccezione in senso stretto (cioè non rileva-

¹⁴ Cfr. ancora *Potere*, cit., I, cap. V, par. 3.6.

bile d'ufficio dal giudice)¹⁵. Rispetto a tale evenienza, cambia il contenuto dell'effetto, e risulta invertito il rapporto di operatività tra i due piani, ma il presupposto logico è il medesimo: si considera, in altri termini, che il piano di rilevanza processuale è scisso da quello sostanziale, e da ciò si fanno derivare le relative conseguenze¹⁶.

La scelta di valore effettuata dall'ordinamento risulta così, in definitiva, idonea a tenere distinti, sotto il profilo che viene in rilievo, il piano di rilevanza giuridica sostanziale da quello procedurale con riferimento all'ambito dell'attività amministrativa. La struttura normativa della funzione si determina, cioè, nel fornire una distinta rilevanza al piano procedurale rispetto a quello sostanziale, la quale, in questi termini, si pone all'interno di una specifica e corrispondente visione della dinamica giuridica¹⁷.

15 L'eccezione in senso stretto è, infatti, un potere processuale volto, attraverso la richiesta di applicazione dell'effetto giuridico corrispondente a determinati fatti allegati, ad attribuire rilevanza a detti fatti, già produttivi di effetti giuridici nella realtà sostanziale, anche sul piano processuale; come tale, essa si è detta distinguersi sia dall'eccezione in senso lato, rilevabile d'ufficio (rispetto alla quale si ricadrebbe nella più generale problematica dell'allegazione dei fatti e del relativo onere di provarli), sia dall'eccezione costitutiva (la quale individua, nell'ambito delle eccezioni in senso stretto, l'eccezione diretta ad attribuire rilevanza a fatti che non sono autonomamente produttivi di effetti giuridici; e rappresenta, come tale, un potere processuale dal cui esercizio scaturisce la costituzione del dovere del giudice di attuare la modificazione giuridica richiesta). L'eccezione in senso stretto (non costitutiva) è dunque il corrispettivo, a piano processuale e piano sostanziale invertiti, di quanto si viene a verificare, nella nostra ricostruzione, in ordine alla regola di preferenza discrezionale nella fattispecie della situazione giuridica di potere. In proposito sia consentito, su tale istituto, rimandare a *Potere*, cit., I, cap. II, sez. III, par. 3.4, n. 310; II-1, cap. II, par. 9.1, n. 286; ivi i relativi riferimenti.

16 La nostra tesi rappresenta, cioè, una diretta conseguenza della scissione tra piano di rilevanza sostanziale e piano di rilevanza processuale delle situazioni giuridiche, presente nella generale considerazione del diritto a partire dall'elaborazione della concezione dell'azione quale situazione autonoma rispetto al diritto sostanziale ad essa collegata (sul punto, si può rinviare a *Potere*, cit., I, cap. II, sez. II, par. 3, nel testo e in nota). Una volta, dunque, accettate le premesse da cui la tesi muove, della consistenza procedurale della funzione amministrativa, e del rilievo normativo che si collega alla corrispondente scelta di valore effettuata da parte dell'ordinamento, risulta del tutto consequenziale accedere alla nostra considerazione della discrezionalità, e scindere l'operatività della regola di preferenza discrezionale tra piano sostanziale e piano processuale. In tale prospettiva, in effetti, negare cittadinanza alle premesse concettuali della nostra tesi, e così alle sue conseguenze, sarebbe possibile, ma solo negando lo stesso dualismo tra diritto sostanziale e diritto processuale; seguendosi un'impostazione che, seppur in passato autorevolmente avanzata (è questa la ricostruzione, non serve ricordarlo, di S. Satta), non ha mai ricevuto positivo riscontro.

17 La visione indicata muove direttamente dalla considerazione del rapporto tra diritto e potere (su cui cfr. *Potere*, cit., I, cap. II, sez. II, parr. 1 ss.; cap. III, parr. 1 ss.), per come idoneo a rappresentare, nella sua evoluzione, il rapporto tra statica e dinamica giuridica. In questo senso, volendo riprendere il discorso a suo tempo effettuato e portarlo ad un livello ulteriore, si può considerare che il passaggio, da una concezione del potere ricondotto all'alveo del diritto soggettivo, quale elemento concorrente alla definizione di tale situazione giuridica, ad una situazione giuridica autonoma, rispetto alla quale è lo stesso concetto di diritto a non fornire una precisa specificazione concettuale, nient'altro rappresenta se non il passaggio da una concezione del diritto oggettivo fondato su un profilo di rilevanza essenzialmente statico, ad

Nella prospettiva indicata, infatti, una volta riconosciuto il rilievo autonomo della situazione di potere, e quindi incentrato l'ordinamento nella chiave dinamica costituita dalla rilevanza di una situazione giuridica corrispondente alla modalità deontica (obbligo/facoltà) di un atto precettivo, ne scaturisce che il medesimo piano dinamico acquisisce rilevanza in sé considerato, venendo a ricevere attribuzione un particolare valore alla struttura normativa della funzione, e il profilo procedurale che ad esso si collega. La scissione dei piani di rilevanza, che di tale considerazione della realtà giuridica è conseguenza, fa sì, a sua volta,

una concezione del medesimo in chiave, invece, sostanzialmente dinamica. Più nello specifico, può dirsi che la contrapposizione in questione nasce dall'ambiguità che il concetto di diritto soggettivo riveste in ambito pandettistico, in ragione della contrapposizione tra il significato da esso assunto nella chiave ideologica dell'epoca rispetto alla necessità di un suo inquadramento all'interno di categorie giuridiche di carattere teorico-generale. Si assiste così, lo si è visto a suo tempo, ad elaborazioni del tutto contrapposte tra loro, ove il termine diritto poteva escludere le situazioni di carattere creditizio, o a ricomprendere, tutt'al contrario, unicamente situazioni di carattere potestativo (quindi, poteri in senso proprio); conseguentemente si è detto venirsi a delineare il concetto di potere, e la difficoltà nell'acquisire una propria autonomia concettuale. La scomposizione delle relazioni giuridiche in situazioni di carattere elementare (pretesa/obbligo; facoltà/non pretesa), e la considerazione di situazioni composite formate da una pluralità di situazioni elementari, ha consentito un inquadramento dei rapporti giuridici tali da conferire piena cittadinanza al potere quale situazione soggettiva, quale modalità deontica di un atto precettivo, nei termini chiariti. Ma, come pure si è ivi considerato, tale operazione non è frutto unicamente di un maggior rigore concettuale, idoneo a consentire una più precisa ricostruzione delle situazioni giuridiche soggettive; esso rappresenta, piuttosto, l'adesione ad una precisa visione del diritto oggettivo, fondato su un modello di rilevanza in chiave essenzialmente dinamica, nei termini di seguito indicati.

Nella prospettiva rappresentata, è infatti possibile delineare un modello giuridico fondato su una rilevanza statica del diritto, ove il diritto soggettivo è quello regolato da una norma bilaterale già data, rispetto alla quale il potere è relegato nell'irrilevante giuridico. Conseguenza diretta di ciò è la piena cittadinanza, in tale visione, del concetto di diritto latente, e, quindi, della concezione del potere di Piras (su cui si veda ampiamente *Potere*, cit., I, cap. II, sez. III, par. 3.1). Esclusa, infatti, la rilevanza del potere nel senso descritto, potrebbe convenirsi con A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 192 ss., n. 183, che "l'essenza formale, se non anche la struttura" del diritto soggettivo e delle situazioni giuridiche soggettive di potere sarebbe la medesima, essendovi per entrambe una prevalenza già attuata dell'interesse che costituisce il substrato di fatto della qualificazione normativa, "prevalenza che nell'un caso si attua mediante la definizione della posizione di un soggetto rispetto a un *bene* normativamente predeterminato, mentre nell'altro si realizza attraverso la produzione stessa, da parte della norma, del *mutamento giuridico*, di cui il titolare del potere è lasciato libero di scegliere se avvalersi o meno": così come l'atto di esercizio di un diritto, anche l'atto di esercizio di un potere non atterrebbe, dunque, al piano della produzione di effetti giuridici, ma sarebbe qualificabile solo come manifestazione della facoltà di disporre del fine tutelato con l'attribuzione della situazione di potere.

La visione 'statica' del giuridico non è tuttavia quella che è risultata prevalere nell'attuale concezione dell'ordinamento. In questo senso, può dirsi che il modello ricostruttivo adottato sia passato da una chiave essenzialmente statica, dell'assoluta centralità del diritto, ad una sostanzialmente 'dinamica', ove centrale è la considerazione del potere. Più precisamente, sotto tale profilo, può rilevarsi come non vi sia mai stata, in effetti, una piena considerazione di un modello logico-giuridico in chiave di rilevanza prettamente statica, così come non si è del pari assistito neppure ad una considerazione di un modello logico in chiave di rilevanza prettamente dinamica; è stata, piuttosto, proprio la non compiuta attuazione dei relativi modelli logici, nell'un senso o nell'altro, a rappresentare il substrato concettuale su cui si è mossa l'evoluzione

che la regola di preferenza, pur non sussistendo ancora nella realtà sostanziale, possa essere normativamente considerata come già operativa sul piano procedurale¹⁸.

Nella maniera descritta, il modello procedurale, e la relativa attività, non si pongono dunque in chiave determinativa rispetto alla definizione della scelta sulla produzione o meno dell'effetto precettivo, ma vengono ad essere unitariamente considerati quale espressione di un modulo processuale di accertamento¹⁹. L'attività di definizione della regola, sul medesimo piano procedurale, cor-

della teoria generale del diritto sotto il profilo in esame. Senza necessità di riprendere quanto già ampiamente rappresentato, nel corso dell'intera trattazione, in ordine a tali aspetti, e alle correnti dottrinali che nella relativa evoluzione si inseriscono (si veda diffusamente *Potere*, cit., I, *passim*), può evidenziarsi, in ogni caso, come risulti a questo punto evidente che lo stesso concetto di interesse legittimo sia rappresentativo del passaggio dall'un modello all'altro: ed infatti, in una concezione originariamente statica della rilevanza giuridica, la norma rappresentava una regola bilatera, regolatrice il diritto, mentre il potere era il movimento libero di questo, a fronte del quale nessun rapporto poteva conseguentemente assumere rilevanza; rispetto a tale scenario, l'introduzione della giurisdizione di annullamento creò però una rigidità oggettiva, che rilevava in ordine al movimento del potere, pur non ancora portando all'emersione un rapporto di tipo soggettivo (salvo non adottare una visione istituzionista dell'ordinamento); l'evoluzione successiva, della concezione sostanziale dell'interesse legittimo, rappresenta l'evoluzione della rigidità oggettiva in rapporto intersoggettivo, sulla base di una visione dell'ordinamento in chiave di rilevanza dinamica, con l'emersione, quindi, nell'ambito del rilevante giuridico, di rapporti pretesa-obbligo, in cui l'interesse legittimo viene a trovare riscontro; in tale prospettiva, il potere si risolve quindi in questo rapporto, e in esso assume la propria giuridicità.

La chiave di rilevanza dinamica dell'ordinamento, intesa nel senso descritto, è così, come detto di seguito nel testo, ciò che porta ad attribuire un particolare valore alla struttura normativa della funzione, e al profilo procedurale che ad esso si collega. In una considerazione, infatti, del modello di rilevanza dell'ordinamento in chiave dinamica, non può non ammettersi che la struttura della funzione rivesta centrale rilevanza per l'attribuzione di particolari conseguenze, sul piano normativo, alle posizioni rispetto ad essa coinvolte; da ciò, è possibile quindi muovere in ordine al suo rilievo al fine di incidere sulla struttura stessa della situazione di potere, nei termini da noi rappresentati.

¹⁸ Si comprende, in questi termini, come solo in tal modo, solo, cioè, scomponendo i due piani di rilevanza, sostanziale e processuale, sia possibile concepire una situazione già effettuale ma non operativa, così come proposta nella tesi di Piras (già ricordata nella nota precedente), senza per questo incorrere alle obiezioni che alla tesi stessa sono state mosse, relative all'impossibilità di considerare, rispetto al potere, un effetto già prodotto ma non operativo (su cui cfr. *Potere*, cit., I, ivi), in un modello del giuridico a rilevanza dinamica (cfr. la nota precedente). In quest'ultimo, infatti, l'unico modo di accedere a tale ricostruzione è risolvere la duplicità in questione nella distinzione dei due piani di rilevanza giuridica (si noti, solo per inciso, che, nella tesi di Piras, l'effetto a cui si fa riferimento è quello riconducibile al potere, come creazione/incisione di una situazione finale; mentre, nella nostra ricostruzione, a venire in rilievo è la regola di preferenza discrezionale, quale norma che definisce la fattispecie dell'effetto creativo/incisivo di una situazione finale; ma, ad ogni modo, la tipologia di correlazione è quella indicata).

¹⁹ La considerazione da noi assunta di un modello procedurale di accertamento può, infatti, essere meglio compresa, sotto il suo profilo oggettivo, attraverso un suo confronto con il diverso modello procedurale di tipo *determinativo* (la questione era stata affrontata in *Potere*, cit., I, cap. V, par. 2.2). In quest'ultimo modello, si assume la necessità di produzione o meno dell'effetto precettivo, oggetto della procedura, che si venga a determinare (e non semplicemente ad accertare) a seguito dei singoli passaggi procedurali, che dunque vengono ad

risponde, in questo senso, ad un accertamento, sia pure, per così dire, discrezionalmente complesso, da parte dell'organo precedente a ciò deputato.

Del pari, di fronte ad un organo di revisione della decisione, che appartiene ad un ordine procedurale differente da quello che la decisione ha adottato, o a cui comunque non è attribuita la definizione della regola, il carattere sostanziale della discrezionalità viene a declinarsi, sempre sul piano procedurale che caratterizza l'azione dei differenti organi in questione, quale limite procedurale all'accertamento, che può essere superato nei termini in cui la regola venga definita nel corrispondente piano procedurale, ammissibile proprio in ragione della consistenza della situazione giuridica, nella duplicità dimensionale che la caratterizza²⁰.

Il concetto di 'staticizzazione' della regola di preferenza discrezionale²¹,

essere costitutivi non unicamente della fattispecie dell'effetto, ma della fattispecie dell'obbligo di produrre l'effetto stesso. Nel modello di accertamento, invece, vi è una situazione giuridica assunta come già esistente all'apertura della procedura, la quale deve essere soltanto oggetto di verifica da parte dell'organo procedente, attraverso adempimenti che concernono le modalità procedurali di esercizio della situazione stessa. Il modello determinativo è quello che viene comunemente collegato ad un'attività di carattere discrezionale (cfr. ancora i riferimenti in *Potere*, cit., I, ivi; tale modello si ritrova, inoltre, delineato in M. TRIMARCHI, *Decisioni amministrative e situazioni giuridiche soggettive*, cit., pp. 115 ss., spec. pp. 127 ss., ove la decisione viene considerata espressione unicamente di un'attività discrezionale che forma la regola di preferenza). Il modello di accertamento, invece, viene accostato ad un'attività di tipo vincolato, soggetta a verifica. Non mancano, ovviamente, ricostruzioni volte a presentare una commistione dei due modelli, in ragione della considerazione di entrambe le attività.

Rispetto a tale rappresentazione, deve tuttavia evidenziarsi che la correlazione descritta, e con sé l'eventuale commistione di modelli, ha carattere unicamente funzionale, non logico. Non è infatti logicamente in sé contraddittorio considerare, a fronte di un'attività vincolata, un modello procedurale determinativo, tale per cui l'obbligo di produrre l'effetto precettivo si viene a determinare con la decisione (è, questa, una particolare considerazione, prettamente procedurale, dell'azione concreta, come tale non idonea ad essere considerata quale situazione a rilievo sostanziale da porre ad oggetto del processo giurisdizionale, di accertamento). Del pari, è possibile logicamente considerare un modello di accertamento a fronte di un'attività discrezionale, attraverso il meccanismo da noi proposto nel corso della trattazione, e poco sopra descritto, nel testo; e può così conseguentemente ritenersi che, ogniqualvolta l'ordinamento predisponga un modello di produzione fondato sull'accertamento, tutte le attività vengano ad esso ricondotte, in ragione della scelta di valore che, per tale via, viene effettuata dall'ordinamento stesso.

20 Si veda *Potere*, cit., I, cap. V, parr. 3.6 ss.; II-1, cap. II, parr. 9 ss.

Più nello specifico, può dirsi che, in una differente realtà procedurale rispetto a quella di appartenenza, quale quella del processo giurisdizionale, la situazione oggetto dell'accertamento, la quale viene in rilievo (non può che venire in rilievo) mantenendo intatte entrambe le dimensioni di rilevanza giuridica, è conosciuta dall'organo decidente corrispondente (il giudice) quale effettuale nella realtà procedurale di appartenenza, ma la cui cognizione non è consentita rispetto alla parte di fattispecie non staticizzata. La limitazione è riferita quindi solo alla cognizione del giudice, ma non concerne l'operatività della regola (sul piano procedurale); ne consegue che la limitazione stessa viene corrispondentemente intesa come processuale (e come tale superabile nei modi corrispondenti): cfr. subito *infra*, al par. successivo.

21 Nel corso della trattazione da noi effettuata si era avuto modo di distinguere, in maniera essenzialmente descrittiva, al fine di rappresentare il rapporto tra discrezionalità ed

per come da noi definito, si risolve dunque, in questo senso, in un accertamento rispetto ad una realtà normativa già effettuale in ragione della sua rilevanza sul piano procedurale, che ha quale conseguenza quella di rendere operativa la norma stessa (e quindi il fatto rispetto alla norma) anche sul piano di rilevanza giuridica della dimensione prettamente sostanziale proprio della situazione giuridica di potere²².

3. Il rapporto tra l'ordine procedurale amministrativo e l'ordine procedurale giurisdizionale

La caratterizzazione della funzione, e dei rapporti ad essa afferente, nel senso rappresentato, comporta che realtà amministrativa e realtà giurisdizionale costituiscano due ordini di funzioni, le quali si presentano entrambe normativamente caratterizzate da una struttura di accertamento, nelle relative declinazioni rappresentate.

In tale prospettiva, vi è quindi un rapporto tra due ordini strutturalmente procedurali. Vi sarebbero, cioè, due ordini procedurali differenti, tra loro, al-

accertamento processuale del giudizio amministrativo, tra rapporto pretesa-potere di tipo statico, di tipo 'staticizzato' e di tipo 'dinamico: nel primo la discrezionalità è estranea all'accertamento, e la pretesa ha ad oggetto, conseguentemente, la possibilità normativa del risultato favorevole (l'impostazione della Scuola fiorentina, esposta in *Potere*, cit., I, cap. III, par. 3.2); nel secondo la discrezionalità è oggetto di accertamento, una volta 'spesa', e quindi 'staticizzato' il corrispondente elemento nella fattispecie della situazione giuridica di potere, e corrispondentemente in quella della relativa pretesa; nel terzo si ha la medesima ricostruzione che si riscontra nel secondo, con la differenza che la discrezionalità deve necessariamente esaurirsi in giudizio (cfr., sul punto, *Potere*, cit., I, cap. III, par. 8.2, 8.3 e 9). Si era pure rilevato come l'elaborazione dottrinale – ed essenzialmente anche il dato normativo, con il riferimento, da parte dell'art. 31, co. 3, c.p.a., all'esaurimento della discrezionalità – propendesse o presupponesse la seconda rappresentazione, senza tuttavia riuscire a fornirle un fondamento giustificativo convincente. Proprio tale profilo è ciò che può trovare riscontro nella nostra ricostruzione, la quale, per tale via, è idonea a conferire valore concettuale ai termini, altrimenti come detto soltanto descrittivi, di rapporto 'staticizzato' e di 'staticizzazione', quali rappresentativi di un rapporto pretesa-obbligo rispetto ad un potere e ad un modello di produzione che si caratterizzano in chiave processuale di accertamento: in particolare, la loro declinazione tecnica è quella che riceve espressione nel senso descritto subito di seguito, nel testo e in nota.

22 La staticizzazione rappresenta, cioè, l'esito dell'attività, compiuta dall'Amministrazione nel procedimento, attraverso la concreta definizione della regola di preferenza (cfr. *Potere*, cit., I, cap. V, par. 5 ss.), ovvero dal giudice nel processo giurisdizionale, in ragione dell'attività processuale dell'Amministrazione corrispondente alla concreta definizione della regola di preferenza (cfr. *Potere*, cit., II-1, cap. II, par. 9.3, nel testo e in nota, spec. n. 334), che si sostanzia nel contenuto della relativa decisione. Detta attività, in ragione della considerazione normativa già effettuale della regola di preferenza, per come operativa sul piano procedurale, si qualifica come attività di accertamento, e corrispondentemente dichiarativo risulta il contenuto della decisione; la quale, a sua volta, ha la conseguenza di rendere operativa sul piano di rilevanza giuridica della dimensione prettamente sostanziale della situazione giuridica di potere la regola di preferenza la cui rilevanza viene considerata normativamente già effettuale sul piano della dimensione procedurale della situazione stessa.

trettanto proceduralmente, collegati²³. In questo senso, sul versante procedurale, il rapporto tra ordini presenta una caratterizzazione analoga a quella che, all'interno di uno specifico ordine procedurale, si verifica tra i vari gradi del medesimo ordine. La differenza è che in merito a quest'ultimo, il raccordo si esprime necessariamente in maniera interna e diretta, tale per cui esso è risolto, non potrebbe che essere risolto, in seno all'ordine stesso, che correlativamente si presenta in maniera unitaria; in relazione, invece, al rapporto tra ordini differenti, il raccordo si esprime in diversa maniera, e può esplicarsi in vario modo e

23 In generale, il rapporto tra ordini procedurali non è un fenomeno sconosciuto nel nostro ordinamento. È possibile, infatti, che vi siano ordini processuali differenti che presentino tra loro un collegamento, più o meno compiuto, l'uno con l'altro. Tale collegamento si esprime attraverso un mezzo di raccordo, idoneo ad evitare un contrasto tra la decisione espressa in un ordine di accertamento rispetto a quella espressa da un altro (un mezzo d'impugnazione in senso tecnico). Peraltro, va aggiunto, non sempre un compiuto sistema di raccordo è presente, causando appunto un possibile contrasto tra decisioni: sotto tale profilo, può evidenziarsi come, tra ordini procedurali espressione di un accertamento, il mezzo idoneo a mettere direttamente in discussione il provvedimento di accertamento, espressione di un particolare ordine, sia sempre un'impugnazione di carattere straordinario, che ponga in connessione la decisione dell'ordine recessivo (o parzialmente recessivo, sotto taluni profili) con quello superiore, il quale per tale via esprimerà una sua decisione, compiutamente o parzialmente sostitutiva (qualora invece l'impugnazione fosse ordinaria, saremmo all'interno dei gradi del medesimo ordine, che complessivamente esprime un unico provvedimento di accertamento; ferma ovviamente la corrispondenza non biunivoca, nel senso che nulla vieta mezzi di impugnazione straordinari, all'interno di un ordine procedurale, che non facciano riferimento ad un ordine procedurale ulteriore); se il mezzo di raccordo in questione manca, si può verificare un contrasto di decisioni, la cui risolvibilità è data, essenzialmente, dalla presenza di un mezzo di impugnazione, anch'esso di carattere straordinario, ma 'indiretto', cioè un mezzo di impugnazione presente nell'ordine procedurale recessivo, e attivabile attraverso una situazione di carattere processuale che si formerebbe a seguito della decisione di accertamento adottata nell'ordine procedurale superiore; in mancanza anche di tale mezzo di raccordo, e salve possibilità di specifiche eccezioni all'effetto di accertamento, il contrasto può permanere, non essendo risolutive altre modalità di collegamento.

In proposito, si pensare, ad es., al rapporto tra ordine giurisdizionale nazionale e ordini giurisdizionali europei, rispetto al quale in *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 456 ss., si è da noi posto in correlazione il sistema di ordini sovranazionali con quello dei rispettivi ordini giudiziari, e si è sottolineato come le modalità attraverso le quali i differenti ordini giudiziari trovano collegamento possano essere diverse (si pensi ai differenti modelli di raccordo, quali il rinvio pregiudiziale ovvero il ricorso successivo al giudicato, propri del rapporto tra giudice nazionale e giudice UE, da un lato, e giudice nazionale e giudice CEDU, dall'altro), rappresentando diversi gradi di integrazione tra gli ordini giudiziari stessi (e, conseguentemente, tra i vari ordini sovranazionali). In particolare, sotto tale profilo, non vi è, né con l'ordine del giudice UE, né con quello CEDU, un mezzo di raccordo che possa garantire l'effettiva preminenza dell'ordine procedurale sovranazionale su quello nazionale: non vi è, infatti, né un mezzo di impugnazione 'diretto', idoneo a mettere direttamente in discussione la sentenza; né, almeno in via generale, un mezzo 'indiretto', cioè, come detto, attivabile solo a seguito di un contrasto della decisione sovranazionale con il giudicato nazionale (è questa l'ipotesi a cui si fa riferimento quando si discute dell'introduzione di un motivo di revocazione specifico per violazione del diritto UE o del diritto CEDU, attualmente limitato, al di fuori della materia penale, a quanto previsto, per le sole sentenze CEDU, dall'art. 391 *quater* c.p.c., di cui è peraltro discussa l'applicabilità alle sentenze del giudice amministrativo); il contrasto può quindi permanere, non essendo risolutive altre modalità di

secondo varie possibilità (oltreché non presentarsi sempre in maniera compiuta)²⁴.

Nello specifico, il rapporto tra ordine procedurale amministrativo e ordine procedurale giurisdizionale assume una generale considerazione procedurale nel senso descritto, seppur nei termini del rilievo sostanziale dei rapporti che vengono in questione, idoneo, in quanto tale, a porre in maniera specifica la relazione fra le due funzioni. In questo senso, si è considerato come la situazione giuridica del privato, configurata nel senso di una pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto, venga ad essere posta ad oggetto del giudizio nel suo rilievo sostanziale, ma mantenendo intatto il suo carattere procedurale²⁵.

La caratterizzazione appena ricordata comporta, come pure si è spiegato, che la declinazione del processo amministrativo, nell'attuazione dei differenti istituti processuali, venga a configurarsi di conseguenza, mantenendo la rilevanza di entrambe le dimensioni, ognuna nei termini che le sono propri.

In particolare, in senso corrispondente è stata letta la proposizione della domanda, e il conseguente rapporto tra azione di annullamento e azione di condanna ad un *facere*. Queste sono state considerate in maniera unitaria, e con la prima strumentale alla seconda, appunto nel raccordo del piano procedurale a quello sostanziale, per come fondato sulla doverosa attuazione di un comportamento, procedurale anch'esso²⁶.

La situazione giuridica a rilievo sostanziale, in ragione del suo carattere procedurale, viene dunque ad essere posta ad oggetto del giudizio, nella sua

collegamento, come il rinvio pregiudiziale, se questo non può essere in ogni caso garantito nel suo effettivo espletamento (al contrario, se questo fosse invece garantito, si dovrebbe avere o un rinvio automatico che può sempre evitare la formazione del giudicato, o un mezzo straordinario di impugnazione per il caso in cui il rinvio, non automatico, non sia stato effettuato).

²⁴ Si veda quanto detto alla nota precedente.

²⁵ Cfr. *Potere*, cit., II-1, cap. II.

²⁶ Cfr. *Potere*, cit., II-1, cap. II, par. 4, 5 e 5.1. In questo senso, si è detto che l'azione di annullamento rappresenta, essenzialmente, il mezzo che pone in comunicazione P.A. e giudice amministrativo con riferimento ai rispettivi ordini procedurali, quale idonea a mettere in discussione la realtà fatta propria dall'atto impugnato, e a farne venir meno i relativi effetti; per tale via, essa si presenta in maniera del tutto strumentale alla condanna (rispetto alla quale, e all'esigenza di tutela di cui si fa nel caso concreto portatrice, gli effetti dell'annullamento devono poter anche essere, se del caso, modulati). L'azione di condanna ad un *facere* è ciò che, invece, pone i rapporti tra P.A. e giudice amministrativo nel rilievo sostanziale della relativa situazione giuridica, strutturando corrispondentemente l'oggetto del giudizio e i relativi istituti.

Peraltro, come pure si è visto (*Potere*, cit., II-1, cap. II, par. 5.1, n. 117), nulla vieterebbe di strutturare, da parte del legislatore, le corrispondenti azioni in maniera integrata e unitaria, così riconducendo l'impugnazione dell'atto, e le sue conseguenze, alla disciplina di un'unica azione.

consistenza di pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto, in ragione di quanto si è spiegato²⁷. Allo stesso modo, nel senso descritto è stata rappresentata la declinazione dei vari istituti processuali, con riferimento ai profili oggettivi (situazioni ricomprese nell'oggetto del giudizio)²⁸ e soggettivi (le parti del giudizio)²⁹.

La discrezionalità, che può caratterizzare la situazione di potere, si inserisce del pari in una corrispondente caratterizzazione procedurale, nel senso che si è spiegato, rappresentando un limite processuale all'accertamento giudiziale. Più precisamente, essa viene ad essere considerata, sempre sotto il profilo procedurale, un limite alla cognizione del giudice sugli elementi della fattispecie della situazione oggetto della domanda giudiziale, non invece un limite all'ammissibilità di una domanda sulla pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto³⁰. L'oggetto del giudizio è quindi comunque la pretesa a rilievo sostanziale, ma il giudice non può sostituirsi all'Amministrazione nell'accertamento della fattispecie corrispondente alla definizione della discrezionalità non esaurita.

Il sindacato giudiziale, rispetto alla decisione amministrativa discrezionale, si pone in corrispondenza del carattere appena indicato, per come correlato all'eshaustività propria della decisione stessa³¹. In questo modo, nei termini a suo tempo spiegati, si declina un sindacato confutatorio, non invece sostitutorio, rispetto alla decisione³².

L'oggetto della dichiarazione giudiziale, in relazione all'attività discrezionale, segue la medesima caratterizzazione. L'oggetto dell'accertamento è, infatti, comunque la situazione giuridica, ancorché questa possa, in ragione del rilievo della sua dimensione sostanziale rispetto al limite cognitorio di carattere procedurale proprio della discrezionalità, essere accertata in maniera parziale³³. L'esecuzione della portata precettiva della sentenza, del pari, deve rapportarsi a tale situazione, per come, eventualmente, parzialmente 'staticizzata'³⁴.

La rappresentazione, che si è appena fornita in ordine alla declinazione del giudizio amministrativo, può trovare, anch'essa, uno specifico parallelismo,

²⁷ Come ricordato, subito sopra nel testo e alla nota precedente, attraverso l'azione di condanna ad un *favere*. Vi sono, tuttavia, taluni casi, in cui ciò avviene attraverso un'azione di mero accertamento: cfr. *Potere*, cit., II-1, cap. II, par. 6 ss.

²⁸ Cfr. *Potere*, cit., II-1, cap. II, par. 8.2 e 8.3.

²⁹ Cfr. *Potere*, cit., II-1, cap. II, par. 8.4.

sotto vari profili, ponendo in rapporto la relazione tra ordine procedurale amministrativo e l'ordine giurisdizionale con quella relativo ai gradi dell'ordine procedurale giurisdizionale.

In primo luogo, per quanto concerne l'oggetto del giudizio, l'integrazione dell'azione di annullamento con quella di condanna ad un *facere*, nel giudizio amministrativo, pone in primo piano il ruolo, a tal fine, dei motivi di ricorso, il cui rilievo si ritrova, in maniera analoga, anche in ordine al rapporto tra giudi-

In proposito, con riferimento alla specifica questione concernente i cointeressati in giudizio, non ci pare siano condivisibili i rilievi che, seppur indirettamente, ci sono stati posti da G. TROPEA, *L'intervento volontario nel processo amministrativo di primo grado*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, pp. 3 ss., spec. pp. 44 ss., per cui nella nostra ricostruzione non si innoverebbe di molto in materia di parti e di intervento, con riferimento ai cointeressati. Nella sostanza, secondo l'A., perché il giudizio possa essere compiutamente 'sul rapporto', i cointeressati dovrebbero essere processualmente considerati parti necessarie; si richiama, a tal proposito, l'insegnamento di Piras, che appunto li inquadrava in questo senso; poiché, tuttavia, la disciplina codicistica non dispone nella medesima direzione, il giudizio rimane a metà tra giudizio 'sull'atto' e giudizio 'sul rapporto', e l'unica possibilità rimane quella di valorizzare le forme di intervento, quale l'intervento *iussu iudicis*. Ora, rispetto a tale rappresentazione, non si condividono invero le premesse da cui muove, e, conseguentemente, le relative conclusioni. In primo luogo, si deve partire dal rilievo che rispetto al riferimento ad un giudizio 'sul rapporto' si devono specificare i termini del rapporto stesso, rischiando altrimenti di rimanere, il riferimento in questione, una formula vuota. Nella ricostruzione di Piras (su cui *Potere*, cit., I, cap. II, sez. III, par. 3.1), come visto a suo tempo, la particolare considerazione del potere, quale scelta di fruizione di un effetto già prodotto, consente di far coincidere il rapporto inteso quale situazione giuridica finale con il rapporto considerato come situazione che invece si relaziona con l'esercizio del potere; in tale ipotesi, il riferimento alla situazione giuridica finale consente, del tutto coerentemente, di considerare i cointeressati parti necessarie del giudizio (cfr. A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I, Milano, 1962, Giuffrè, pp. 194-195). Se, tuttavia, una tale ricostruzione del potere non si accetta (e, non serve a questo punto ripeterlo, una ricostruzione di questo tipo, intesa rigorosamente nel suo senso tecnico, non ha trovato pressoché condivisione: cfr. ancora *Potere*, cit., I, ivi), allora si deve ammettere che la situazione che si pone in rapporto con il potere non ascrive a sé anche la situazione finale; conseguentemente, è in relazione alla prima che deve essere indagato il problema delle parti (l'unica alternativa, infatti, sarebbe quella di porre ad oggetto direttamente la situazione finale, il che tuttavia nel nostro caso è comunque escluso, corrispondendo quest'ultima ad un diritto soggettivo; si noti, ad es., come, nel processo civile, S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile. Struttura e poteri delle parti*, I, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 414 ss. e 455 ss., consideri oggetto del giudizio di impugnazione, di delibere assembleari o di contratti plurilaterali, appunto la situazione finale incisa dal potere, e da ciò coerentemente fa scaturire l'esigenza del litisconsorzio c.d. unitario – volontario, cioè, nella sua instaurazione, ma necessario nella relativa trattazione – e l'estensione degli effetti della sentenza). Ora, con riguardo ad un giudizio avente ad oggetto la situazione che si rapporta con il potere amministrativo nei termini da noi accolti, si è avuto modo di spiegare che, mentre per i controinteressati la relazione, intesa in termini procedurali, di opposto contrario con la situazione fatta valere dal ricorrente, consente di estendere l'oggetto del giudizio anche alle loro situazioni giuridiche, nei limiti della relazione stessa, ciò non si verifica invece per i cointeressati, ove la relazione si pone in termini di omogeneità, rilevando quindi solo sotto il relativo profilo sostanziale. In tale prospettiva, i cointeressati sono nella condizione di creditori in solido rispetto alla prestazione dell'Amministrazione, con le conseguenze che da ciò discendono nell'esclusione della loro qualità di parti necessarie (anche se la prestazione è indivisibile: cfr. S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile*, cit., pp. 549 ss.), della necessità di proporre ricorso (sopperita, al limite, dall'intervento volontario nei termini corrispondenti, ai

zio di primo grado e giudizio di appello.

Si è detto a suo tempo, infatti, come, nel giudizio amministrativo i motivi specifici di impugnazione fanno riferimento all'allegazione degli elementi di cognizione del giudice, non all'oggetto del giudizio, e, in questo senso, concorrono nella natura strumentale dell'azione di annullamento rispetto a quella di condanna ad un *facere*, concernendo l'ammissibilità della domanda composita sulla situazione oggetto del giudizio³⁵. Allo stesso modo, nel rapporto tra primo grado e appello giurisdizionale, l'accesso al giudizio successivo è mediato dai

sensi dell'art. 28, co. 2, c.p.a.), e nella mancanza di estensione dell'accertamento proprio del giudicato (ancora, S. MENCHINI, *op. loc. ult. cit.*). Sul punto, si veda quanto detto in *Potere*, cit., II-1, cap. II, par. 8.3, n. 239, e par. 8.4, nel testo e alle nn. 244 e 255, ed ivi anche i relativi riferimenti.

30 Come ampiamente rappresentato in *Potere*, cit., I, cap. IV, sez. I, par. 4.3, non può stabilirsi a priori se il limite della discrezionalità non esaurita, di cui all'art. 31, co. 3, c.p.a., faccia riferimento all'ammissibilità o al merito della domanda (con un'inversione che cercherebbe di ricavare il dato sostanziale da quello processuale); la definizione, nell'uno o nell'altro senso, deriva invece dai caratteri che si attribuiscono alla situazione giuridica posta ad oggetto della condanna ad un *facere*. In questo senso, rispetto alla nostra ricostruzione, essa si viene a rapportare al merito dell'accertamento.

31 Su cui si veda *Potere*, cit., I, cap. V, par. 7, e *Potere*, cit., II-1, cap. II, par. 9.3.

Sul punto, va peraltro ricordato come la circostanza che la decisione si presuma in sé esaustiva rispetto al suo oggetto significhi soltanto che la dichiarazione della sussistenza o insussistenza della situazione giuridica è prefigurata dalla legge come compiuta sulla base della ricognizione di ogni elemento che, alla stregua della norma giuridica che prevede l'effetto giuridico azionato, ha rilevanza in ordine alla sua sussistenza. La presunzione, sotto questo profilo, non soltanto può essere vinta in concreto, ma si esplica in sé sotto un mero profilo logico-astratto, nel senso che non comporta, in sé, che sussista necessariamente un onere dell'autorità procedente di ricercare tutti i fatti, né un onere dell'autorità decidente di decidere su tutti i fatti. Vi può essere un obbligo in tal senso, il quale può essere, ma può anche non essere, sanzionato con l'illegittimità dell'atto (in sé, qualora, cioè, ovviamente, non influisca sul contenuto della decisione, che, altrimenti, l'illegittimità deriverebbe da tale profilo; si pensi alle questioni assorbite). Vi possono essere, del resto, questioni che, quale loro natura, non possono essere prese in considerazione, in ragione dell'accoglimento/rigetto di un'altra questione (assorbimento in senso proprio).

La circostanza, quindi, che l'accertamento è prefigurato dalla legge come compiuto sulla base della ricognizione di ogni elemento rilevante non vale a creare un vincolo sul concreto atteggiarsi dell'*iter* decisorio. Tale aspetto, tuttavia, non va ad intaccare l'esaustività della decisione, in quanto tale profilo si rivolge alla determinazione nella sua astratta considerazione, non all'*iter* decisorio svolto. È proprio nella correlazione dei due profili (pur invero negandone il rilievo), che non può condividersi quella dottrina che ha rivelato i caratteri dell'esaustività della decisione, correlandovi, tuttavia, una preclusione che non potrebbe ricevere in tal modo fondamento (la tesi di M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, p. 229 ss., da noi esaminata in *Potere*, cit., I, cap. IV, sez. II, par. 1.3).

La tenuta dell'esaustività della decisione dipende, a sua volta, dalla tenuta di quest'ultima: nel momento in cui la decisione può essere contestata, e venga effettivamente contestata, oppure possa anche semplicemente esservi una nuova decisione sullo stesso oggetto (logica dell'abrogazione, ovvero eccezione rispetto al vincolo), allora il riferimento all'esaustività non ha ragion d'essere. L'esaustività può rimanere comunque intatta in ordine alle parti di decisione non contestate, se rispetto ad esse si presuppone l'esplicazione di un vincolo di carattere identico rispetto alla decisione finale, ma interno rispetto ad essa (è ciò su cui si basa il giudicato interno).

motivi di impugnazione, previsti a pena di inammissibilità; questi, tuttavia, non costituiscono l'oggetto del giudizio di appello che, in virtù del carattere rinnovatorio del rimedio, ha ad oggetto la medesima situazione giuridica del primo grado (/quella tra le situazioni giuridiche di primo grado fatta oggetto dell'appello), limitandosi a delimitare, o meglio a concorrere a delimitare, l'ambito di cognizione del giudice di secondo grado³⁶.

La differenza, tra il rapporto tra ordine procedurale amministrativo e or-

L'aspetto considerato assume peraltro ulteriore rilievo in una particolare circostanza, cioè qualora, rispetto ad una nuova decisione con lo stesso oggetto, sussista un limite alla cognizione diretta, da parte del nuovo organo decidente, su di essa. Il limite cognitorio a cui ci si riferisce è quello di carattere astratto, non concreto (come nell'ipotesi di decisione parziale non contestata, secondo quanto detto appena sopra). Il limite cognitorio astratto può a sua volta riguardare due profili: un profilo esterno ovvero un profilo interno. Il profilo esterno attiene all'estensione della verifica (ad es., una decisione parziale non contestabile, il divieto di addurre nuovi elementi in secondo grado, ecc.), e non desta particolari problemi: semplicemente, la presunzione di esaustività rimane intatta in relazione a quei determinati profili (il contenuto della decisione parziale, l'insussistenza di quegli elementi, ecc.).

Il profilo interno è invece più complesso, e concerne, essenzialmente, un limite cognitorio all'accertamento che non riguarda l'estensione dell'attività di verifica, ma il suo esplicarsi. In particolare, il riferimento potrebbe essere rivolto alla non necessità di ulteriori accertamenti di fatto (è ciò che si verifica per il giudizio di cassazione, qualora si acceda alla tesi che esso abbia comunque lo stesso oggetto di quello precedente: cfr. subito *infra*, nel testo e in nota), ove l'organo decidente conosce in questi limiti dell'oggetto del giudizio; ovvero alla discrezionalità dell'organo precedente non esaurita (come, appunto, il giudizio di condanna ad un *facere* davanti al giudice amministrativo), ove, del pari, l'organo decidente deve rapportare in quest'ultimo senso la propria cognizione sull'oggetto del giudizio. In tali ipotesi, l'organo decidente non ha cognizione diretta sul profilo inerente al limite, ma la contestazione si potrebbe rivolgere ad un profilo che coinvolge quel limite: violazione di una norma procedurale che lo contempla; violazione di una norma che regola il giudizio su di esso (a seconda della tipologia di limite: erronea verifica della sussistenza del fatto; erronea definizione del criterio di preferenza, sia o meno connessa ad un'erronea verifica sulla sussistenza di un fatto ad essa inerente); mancata contemplazione di un elemento ad esso inerente (a seconda della tipologia di limite: un elemento di fatto; un profilo di preferenza, sia esso o meno connesso ad un elemento di fatto non contemplato). Inoltre, a seguito di una censura, potrebbe essere necessario procedere ad un'ulteriore attività in ordine al profilo in questione (ancora, a seconda dei casi e della tipologia di limite: acquisizione di ulteriori fatti; nuova valutazione sulla sussistenza di un fatto, sia stato o meno detto fatto precedentemente considerato; nuova definizione del criterio di preferenza sulla base di un determinato profilo, si basi o meno su un fatto precedentemente considerato).

In questo scenario, il limite interno alla cognizione diretta da parte del giudice fa sì che la presunzione di esaustività rimanga intatta nei termini seguenti. Preliminarmente, si deve considerare come l'esaustività non possa esplicarsi, o comunque non possa rimanere intatta, se la definizione del profilo di cui l'organo decidente non ha cognizione diretta non sia proprio avvenuta: quindi, se la decisione è mancata, ovvero se vi è stata una decisione pregiudiziale, preliminare o comunque espressamente assorbente. In secondo luogo, si deve valutare cosa accade nell'ipotesi in cui vi sia stata la definizione del profilo in questione: ed infatti, a fronte di una censura che, in ragione dell'affermazione della sussistenza della situazione giuridica oggetto del giudizio, faccia valere, in vario modo, l'erroneità del precedente giudizio, la rideterminazione della regola di preferenza (o dell'accertamento del fatto, qualora fosse questo il limite cognitorio, come si è detto, e si vedrà meglio di seguito, avvenire nel giudizio per cassazione, ma non in quello davanti al giudice amministrativo), all'interno dell'esaustività della decisione, potrà avvenire nei termini dell'esplicazione di un sindacato confutatorio, secondo

dine procedurale giurisdizionale, e quello tra gradi del medesimo ordine giurisdizionale, sta piuttosto nella circostanza che la prima delle due relazioni si pone comunque, come detto, sul piano sostanziale: è il comportamento dell'Amministrazione che è portato in giudizio rispetto ad una pretesa, sia pur procedurale, nei suoi confronti. Conseguentemente, l'organo decisorio, dell'ordine procedurale amministrativo, è parte in quello giurisdizionale; con quanto da ciò consegue nel fondamento del processo sulla condanna ad un *face-*

quanto si vedrà subito di seguito, nel testo e in nota.

32 Cfr. *Potere*, cit., II-1, cap. II, parr. 9 ss.

In particolare, può evidenziarsi come, secondo quanto più volte rappresentato nel corso della presente trattazione, ed espressamente considerato in *Potere*, cit., I, cap. IV, sez. I, par. 4.1, e II-1, cap. II, par. 9.3, la non sostituzione dell'Amministrazione in ordine alla discrezionalità non esaurita sia garantita dal rivolgersi, il sindacato giudiziale attinente alla regola discrezionale, ad un modello di tipo confutatorio, nell'ambito del quale la regola di preferenza posta dall'Amministrazione viene ritenuta corretta da parte del giudice qualora il ricorrente non sia riuscito a dimostrare il contrario attraverso apposita confutazione (sul punto, si veda in generale F. FOLLIERI, *La logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, CEDAM, 2017, p. 442 ss., spec. p. 528 ss., ed ivi anche i relativi riferimenti). Nello specifico, la confutazione può avvenire su due piani. Il primo è quello strutturale, e concerne le regole procedurali di azione amministrativa, quali idonee ad influire, nella loro esplicazione, sul contenuto della decisione (in particolare, l'insufficienza o l'erroneità dell'istruttoria); la relativa violazione, se inserita all'interno del giudizio avente ad oggetto la situazione giuridica di pretesa sostanziale del privato (per quanto è possibile: si veda, sui vizi procedurali che concernono il contraddittorio, quanto detto in *Potere*, cit., II-2, cap. III, sez. I, parr. 5.1 ss., e sez. II, par. 3, già considerato ne *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 246 ss., per come ricordato subito di seguito, par. 4), consente di riportare la violazione stessa alla verifica della sussistenza della situazione giuridica. Il secondo piano è quello del contenuto della decisione, e consiste, essenzialmente, nella proposizione e dimostrazione di un'asserzione incompatibile, sotto il profilo sostanziale, con la correttezza della regola di preferenza affermata dall'Amministrazione. Ora, tanto considerato, si deve rilevare come, in via generale, la confutazione sia idonea ad essere diretta, oltre appunto a confutare la tesi contro cui è rivolta, anche ad affermare una differente tesi, rispetto alla quale l'enunciato confutatorio, non ammesso dalla tesi oggetto di censura, risulta invece ammesso dalla, e può essere quindi portato a giustificazione della, tesi che si intende proporre. Può dunque prospettarsi il seguente scenario. La confutazione del ricorrente, per come rivolta al piano strutturale (si è detto del riferimento ad un'istruttoria manchevole), non consente di fare riferimento ad una differente regola di preferenza senza necessariamente presupporre una previa considerazione di profili ed elementi ulteriori, estranei alla precedente determinazione appunto in ragione della violazione; in questo senso, afferendo la confutazione al profilo della definizione della scelta discrezionale, non è consentito al giudice di accedere alla sua ridefinizione, opponendovisi il limite (normativamente considerato di carattere cognitorio) proprio della discrezionalità non esaurita. La confutazione del ricorrente, per come rivolta invece al contenuto del giudizio, non impedisce l'automatica rideterminazione di una differente regola di preferenza, favorevole al ricorrente stesso, da individuarsi in una regola idonea a sorreggere l'affermazione della situazione giuridica contenuta nella domanda. In questo senso, il carattere di esaustività proprio della decisione, per come si viene a riportare alla scelta discrezionale (si veda la nota precedente), è ciò che consente alla regola di preferenza, nell'ipotesi appena descritta, di poter essere automaticamente rideterminata nel senso (quantomeno implicitamente) ipotizzato (il giudice, ad ogni modo, può reputare di escludere la rideterminazione in favore del ricorrente in considerazione del rapporto della/e confutazione/i accolta/e con gli ulteriori eventuali

re (rispetto all'annullamento con/senza rinvio), e della relativa declinazione del regime processuale³⁷.

In secondo luogo, quanto al rapporto tra discrezionalità non esaurita, non conoscibile dal giudice, ed oggetto del giudizio amministrativo, il parallelismo può essere riferito alla relazione intercorrente tra il grado di appello e il giudizio per cassazione.

In merito a quest'ultimo, infatti, si è discusso se l'oggetto del giudizio sia effettivamente da riscontrarsi nell'impugnazione dell'atto, ovvero se l'impugna-

enunciati, presenti nel discorso giustificativo di cui alla motivazione della decisione, che non siano stati censurati o di cui non è stata accolta la confutazione; in tale prospettiva, le argomentazioni portate dalle parti in proposito, quali rivolte a confutare o a difendere, in tutto o in parte, il discorso giustificativo, rappresentano il piano su cui si svolge il sindacato del giudice). Lo scenario appena rappresentato, va peraltro aggiunto, non viene in considerazione qualora ci si ponga al di fuori del limite proprio dell'esaurimento della discrezionalità: in questo senso, se le parti propongono argomentazioni che non possono essere ricondotte al discorso motivazionale, adducendo, come possibile, profili ed elementi ulteriori rispetto alla decisione contestata, potenzialmente influenti sul contenuto della decisione, allora l'astratto carattere dell'esautività della decisione risulta vinto in concreto; conseguentemente, la discrezionalità non potrà considerarsi esaurita, e sarà necessaria, in proposito, una nuova valutazione dell'Amministrazione per potersi pervenire all'accertamento giudiziale, secondo quanto spiegato alla nota precedente.

33 Cfr. *Potere*, cit., II-1, cap. II, parr. 8.1 e 10.2, ove si è spiegato come l'accertamento parziale non sarebbe riferito a singoli fatti o questioni, ma alla situazione giuridica, rimodulata nei termini della relativa staticizzazione, così da coprire il dedotto e il deducibile rispetto ad essa, escludendo solo la discrezionalità residua.

34 Cfr. *Potere*, cit., II-1, cap. II, par. 10.3, ed ivi la considerazione, in ordine ad una condanna parziale, della successiva attività amministrativa quale espressione, nel dualismo che contraddistingue la situazione giuridica accertata, di un'attività di esecuzione rispetto alla dimensione prettamente sostanzialistica della situazione stessa, parzialmente accertata.

35 Sul punto, si veda quanto considerato in *Potere*, cit., II-1, par. 9.1, nel testo e alle nn. 291 e 294, in ordine alle modalità di allegazione degli elementi del fatto costitutivo della situazione giuridica oggetto del giudizio. In proposito, si è specificato, come ricordato nel testo, che la previsione dei motivi specifici ai fini di inammissibilità del ricorso non va ricondotta all'oggetto del giudizio, ma all'ammissibilità della domanda, secondo quello che il ruolo dell'azione di annullamento quale strumentale a quella di condanna ad un *facere*: essa, infatti, lo si è ripetuto più volte (cfr. *Potere*, cit., II-1, cap. II, parr. 4, 5.1 e 6.1; nonché quanto riportato subito *supra*, n. 26) costituisce lo strumento idoneo a superare, e far venir meno, l'effetto di accertamento proprio dell'atto amministrativo, secondo quanto si ritrova all'art. 34, co. 2, seconda parte, c.p.a., per cui il giudice non può conoscere, salva l'eccezione del giudizio risarcitorio, della legittimità degli atti che avrebbero dovuto essere impugnati con l'azione di annullamento.

36 Sul punto, si vedano, nelle varie declinazioni, A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, CEDAM, 1973, pp. 121 ss., 195 ss., 249 ss., 385 ss. e 573 ss.; N. RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, Jovene, 1996, pp. 214 ss.; C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, CEDAM, 2012, pp. 174 ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 447 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Joene, 2014, pp. 485 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 382 ss. Ivi anche le modalità attraverso le quali può avvenire l'allegazione di elementi al di fuori dei motivi di impugnazione dell'appello principale o incidentale.

37 In questo senso, dunque, come poco sopra ricordato, nel testo e alla n. 26, l'intero giudizio amministrativo, per come rivolto all'accertamento della situazione giuridica a rilievo sostanziale del privato, è stato da noi essenzialmente costruito, in *Potere*, cit., II-1, appunto

zione non debba essere considerata soltanto strumentale a porre ad oggetto del giudizio di cassazione il medesimo oggetto dei gradi precedenti³⁸. Accolta la seconda delle due impostazioni, il giudice procederebbe all'accertamento sulla/e relativa/e situazione/i giuridica/he con il solo limite, di carattere processuale, nella cognizione, che gli è preclusa, sul fatto semplice o complesso, di cui non sia stata previamente verificata la sussistenza³⁹.

Aderendosi alla prospettiva appena indicata, si avrebbe dunque una rap-

come giudizio di condanna ad un *facere*, non invece come giudizio di annullamento con/senza rinvio; e conseguentemente sono stati declinati i relativi istituti processuali, inclusa l'esauribilità della discrezionalità in via processuale. In tale prospettiva, tuttavia, si è sono pure evidenziati gli elementi procedurali della medesima situazione giuridica che influiscono nella considerazione della declinazione dell'azione giurisdizionale; ché, altrimenti, la situazione verrebbe considerata unicamente nella sua dimensione prettamente sostanziale, contrariamente alla sua consistenza di situazione comunque procedurale.

Per quanto invece concerne le situazioni prettamente procedurali, per i medesimi motivi, l'azione di annullamento rimane centrale ai fini della loro posizione ad oggetto del giudizio, nel momento in cui può comportare un annullamento con rinvio: cfr. *Potere*, cit., II-2, cap. III, sez. II.

38 Sulla questione, cfr., tra gli altri, in via generale, M. BOVE, *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, pp. 947 ss.; ID., *La decisione nel merito della Corte di cassazione dopo la riforma*, *Il giust. proc. civ.*, 2007, pp. 765 ss.; A. PANZAROLA, *La cassazione civile giudice del merito*, I-II, Torino, Giappichelli, 2005, spec. II, pp. 457 ss. e 647 s.; G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 580 ss.; C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., pp. 300 e 356 ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., pp. 537 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., pp. 523 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, cit., pp. 476 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Art. 384 c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile*, II, Milano, WK, 2013, pp. 1131 ss.; ivi ulteriori e più approfonditi riferimenti.

39 È questa, nella sostanza, la tesi di M. BOVE, *op. cit.*, *loc. cit.*, il quale, interpretando l'art. 384 c.p.c., sui casi di decisione di merito della Corte di cassazione, non come norma residuale, bensì come fondamento del sistema, ritiene, essenzialmente, che la Suprema Corte sia comunque giudice del merito, con il solo limite dell'impossibilità di autonoma acquisizione del fatto. In tale prospettiva, il limite stesso andrebbe interpretato restrittivamente: in primo luogo, sarebbe sempre possibile una nuova valutazione di fatti già acquisiti, cioè provati, sia pure ai fini dell'integrazione di una differente fattispecie normativa, ciò che include la possibilità di nuove eccezioni di merito in sede di cassazione; in secondo luogo, per quanto concerne i fatti non acquisiti, l'assunzione di una diversa prospettiva giuridica da parte della Corte sarebbe idonea a comportare il rinvio non ogniqualvolta sia astrattamente possibile l'acquisizione di nuovi fatti, ma solo in quanto questi siano allegati dalle parti, quali direttamente conseguenziali alle censure proposte dal ricorrente, principale o incidentale; per questa medesima ragione, poiché, cioè, il rinvio non si porrebbe in chiave meramente ipotetica, tutte le questioni in cui vi sia stata soccombenza teorica, o siano state assorbite, devono essere riproposte in Cassazione. Ponendosi in questo senso, si sposta dunque l'oggetto del giudizio di Cassazione dai vizi dell'atto al medesimo oggetto del giudizio di appello (M. BOVE, *La Corte di cassazione*, cit., p. 981; ID., *La decisione nel merito*, cit., p. 777). Da ciò l'A. perviene alle medesime conseguenze da noi a suo tempo prospettate, e qui ricordate (cfr. *supra*, nel testo e alla nn. 31-32), proprie dell'esaurività che la decisione impugnata porta astrattamente con sé, in ordine alla definizione del giudizio: il giudice, si afferma infatti, dovrebbe rinviare non ogniqualvolta vi possa essere, in astratto, un'ipotetica possibilità di decisione differente, ma solo qualora, rispetto ai profili e agli elementi sollevati dalle parti, tale possibilità sussista effettivamente in concreto. Lo stesso può

presentazione analoga dell'oggetto dell'accertamento a quella da noi accolta per il processo amministrativo. La differenza, rispetto al rapporto tra ordine amministrativo e ordine giurisdizionale, risiederebbe nella circostanza per cui il limite cognitorio, per il giudice amministrativo, non è il fatto non verificato, ma la discrezionalità non esaurita, la quale, nella nostra impostazione, è però appunto idonea a porsi sul medesimo piano procedurale della verifica del fatto.

Il parallelismo descritto si esplica dunque, sotto il duplice profilo rappresentato, nei termini indicati⁴⁰. Rimanendo fermo, da un lato, che il limite cognitorio, per il giudice amministrativo, è la discrezionalità non esaurita, nella

dirsi per l'eventuale definizione della causa, qualora il limite procedurale non sia, nel senso descritto, superato, con una sentenza soltanto parziale (per come da noi intesa, su cui cfr., nei limiti che si diranno subito di seguito, in questa nota, *Potere*, cit., II-1, cap. II, par. 10.2), che comporta l'annullamento con rinvio. Nel medesimo senso, può aggiungersi, si pone la considerazione del rigetto del ricorso con correzione della motivazione, di cui all'art. 384, co. 4, c.p.c., per l'ipotesi in cui il dispositivo sia corretto, ma sia errata la relativa argomentazione giustificativa: la decisione – in generale comunque considerata, pur nei differenti limiti in cui si ritiene che la Cassazione possa decidere nel merito, una decisione di rigetto (sul punto, cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., p. 535; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, cit., pp. 471 s.; M. DE CRISTOFARO, *Art. 384 c.p.c.*, cit., pp. 1155 ss.; G. F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., pp. 619 ss.) – andrebbe direttamente collegata alla massima estensione propria dell'oggetto del giudizio a cui si aderisce.

L'impostazione appena rappresentata può dirsi, dunque, analoga a quella da noi adottata in merito alla norma di cui all'art. 31, co. 3, c.p.a., sul limite della discrezionalità esaurita, nei termini ricordati poco sopra, nel testo; ne segue una considerazione della sentenza della Cassazione analoga, sotto tale profilo, a quella da noi delineata in ordine al processo amministrativo (anche per quanto concerne il particolare profilo del rigetto per erroneità della sola motivazione: sul punto, si veda quanto considerato in *Potere*, cit., II, cap. III, sez. I, par. 5.4, n. 212). La differenza, come detto nel testo, risiede nella circostanza che il limite procedurale inerente il giudizio in Cassazione è quello concernente l'acquisizione dei fatti, mentre nel processo amministrativo esso è rappresentato dalla discrezionalità non esaurita, quale idonea a porsi, nella nostra impostazione, sul medesimo piano procedurale della verifica del fatto. Inoltre, poiché il rapporto tra ordine procedurale amministrativo e ordine procedurale giurisdizionale si pone non in termini prettamente procedurali, come nel caso dei gradi del processo giurisdizionale, ma in termini sostanziali (lo si è ricordato subito sopra, nel testo), l'Amministrazione è parte in causa, con quanto da ciò consegue.

40 Sotto tale profilo, il confronto tra ordini procedurali, amministrativo e giurisdizionale, può dirsi riprendere la considerazione che, agli albori della nostra giustizia amministrativa, caratterizzava l'impostazione originaria del giudizio dinanzi alla IV Sezione, quale giudice, interno all'ordine amministrativo, di 'cassazione', e talvolta anche di merito, rispetto alle decisioni delle autorità amministrative inferiori. In tale quadro di riferimento, l'evoluzione verificatasi da un lato ha posto, sin da subito, il giudice amministrativo al di fuori dell'ordine procedurale amministrativo, e ha configurato il rapporto tra i due ordini, nello sviluppo successivo, in termini sostanzialistici, per cui ciò che rileva, secondo quanto spiegato, è il comportamento, sia pure di rilievo procedurale, della P.A., che in quanto tale viene assunto in sede giurisdizionale, ciò che trova espresso riscontro nel riconoscimento legislativo di una condanna ad un *facere* (sul punto, si veda anche quanto rappresentato in *Potere*, cit., I, cap. IV, sez. II, par. 1.3, n. 165). Dall'altro, il giudizio amministrativo, in questo senso assunto tra i due ordini procedurali, non si delinea più come essenzialmente cassatorio, ma si è venuto a configurare in termini di 'appello' (o se si preferisce, purché sia chiaro il termine di riferimento giudiziale, di merito), con il solo limite procedurale, che nel rapporto tra ordini è però espressione di una dimensione sostanziale, della discrezionalità non esaurita.

sua valenza procedurale; e, dall'altro, che il rapporto tra i due ordini procedurali, amministrativo e giurisdizionale, avviene comunque nel rilievo sostanziale della situazione giuridica, con quanto da ciò consegue in ordine alla considerazione della condanna ad un *facere* rispetto all'annullamento con/senza invio, e sulla relativa declinazione del giudizio.

4. Rilievo delle situazioni prettamente procedurali nella struttura normativa della funzione

La situazione giuridica di potere, che in via generale è stata qualificata come modalità deontica di un effetto precettivo, si è venuta dunque a declinare, con riferimento al diritto amministrativo, su un piano procedurale, quale obbligo di produzione/non produzione dell'effetto precettivo corrispondente al potere attribuito all'Amministrazione. La fattispecie della situazione giuridica, in ragione del rilievo in questo senso della struttura normativa della funzione è costituita, corrispondentemente, dagli elementi, discrezionali e vincolati, idonei a definire l'obbligo stesso, caratterizzando quest'ultimo in positivo, in caso di loro sussistenza, ovvero in negativo, in caso di loro insussistenza.

Le norme che definiscono la fattispecie della situazione giuridica di potere, in questo senso intesa, sono le norme sostanziali sulla produzione. Non vengono in conto, invece, a tali fini, le norme formali/procedurali, che non concernono la sussistenza della situazione di potere, ma ineriscono al suo esercizio⁴¹. La produzione dell'effetto rispetto alla sussistenza dell'obbligo di non produrlo, così come la non produzione dell'effetto rispetto alla sussistenza dell'obbligo di produrlo, a loro volta, ledono la corrispondente pretesa rispettivamente alla non produzione e alla produzione dell'effetto; l'erroneità nelle modalità formali di esercizio del potere non incide invece su tali profili, cosicché, rispetto all'interesse sostanziale del singolo, la lesione formale/procedurale non può determinare l'annullamento dell'atto⁴².

Non può ritenersi, però, che un vizio formale, ancorché non incidente sul contenuto sostanziale della decisione, non rivesta alcuna rilevanza. Le norme formali sulla produzione caratterizzano il modello di produzione quale mo-

⁴¹ Cfr. *Potere*, cit., I, cap. II, sez. I, par. 3.1, e II-2, cap. III, sez. I, par. 2.

⁴² Cfr. *Potere*, cit., II-2, cap. III, sez. I, parr. 5.2 e 5.4, nel testo e in nota, e sez. II, par. 3, n. 261.

dello processuale di accertamento, il quale, come detto è ciò che determina il carattere procedurale delle stesse situazioni giuridiche, con quanto da ciò consegue.

L'interesse del soggetto che si appunta sulle norme formali sulla produzione si è detto allora caratterizzare situazioni di carattere procedurale astratto, prettamente procedurali, rivolte alla correttezza formale della decisione. La loro lesione prescinde dal contenuto della decisione, che può essere corretta pur se non viene osservata una norma formale; e dall'eventuale sussistenza o lesione di una situazione a rilievo sostanziale, che può mancare. La relativa violazione attiene cioè, in sé, solo al piano procedurale astratto.

Ciò si è detto caratterizzare anche l'erroneità della motivazione. In merito ad essa, infatti, si è spiegato come, pur se il singolo motivo riguardi la sussistenza o meno di un elemento sostanziale, la motivazione, in sé, concerne sempre la relativa rappresentazione: ancorché quest'ultima sia erronea, se è corretta la decisione sulla sussistenza/insussistenza della situazione giuridica (perché sussistono altri elementi alternativi/mancano altri elementi cumulativi della fattispecie), l'erroneità del motivo non incide sulla correttezza sostanziale della decisione stessa, e viene in rilievo sotto il profilo formale della sua rappresentazione⁴³.

La rilevanza, e l'effettiva consistenza, delle situazioni giuridiche prettamente procedurali dipendono poi, a loro volta, dal modello di produzione a cui si fa riferimento, il quale, in relazione alla funzione amministrativa, si è detto essere costituito da un modello processuale di accertamento, fondato su un contraddittorio collaborativo-garantistico.

In ordine ad esso, in particolare, si è detto doversi distinguere tra gli elementi che attengono a profili relativi alla non obliterabilità dei caratteri essenziali della funzione e gli elementi formali e procedurali a cui è estraneo tale carattere.

Secondo i canoni processuali rappresentati, gli elementi relativi alla non obliterabilità sono, sotto il profilo soggettivo, l'esplicazione nei propri confronti, e nei modi a suo tempo chiariti, del contraddittorio procedimentale, per come potenzialmente influente sul contenuto della decisione, nei termini propri

⁴³ Cfr. *Potere*, cit., II-2, cap. III, sez. I, par. 5.4, ed ivi le relative specificazioni. Si veda inoltre quanto detto *supra*, par. 3, n. 39, sul paragone con il ruolo della motivazione nel giudizio di cassazione.

di un modello processuale collaborativo-garantistico⁴⁴; sotto il profilo oggettivo, la sussistenza della motivazione dell'atto, quale esprime il collegamento tra verifica e decisione, che mancherebbe, come visto, nel caso in cui l'enunciato corrispondente alla motivazione non sia presente, oppure si risolva in una formula di stile, non indicante alcun presupposto di fatto e alcuna ragione di diritto che possa astrattamente porsi, rispetto ad una correlata attività verificativa, a fondamento della decisione, senza che le ragioni della decisione stessa siano state rappresentate, in quanto tali, in altri atti del procedimento⁴⁵. Gli altri vizi procedurali, invece, non parteciperebbero del medesimo ruolo rispetto alla funzione.

In questi termini, solo per i primi, e non anche per i secondi, viene assicurata in ogni caso un'autonoma tutela di invalidazione dell'atto⁴⁶. Per gli altri elementi, la rilevanza va così limitata alla possibilità di integrazione di una pretesa risarcitoria, nell'ipotesi della loro lesione⁴⁷.

La tutela di invalidazione, in particolare, si esprime nelle seguenti modalità. Per i vizi inerenti al contraddittorio, essa risulterebbe definita dal secondo periodo dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, il quale – per come differente dal primo, riferibile invece agli altri vizi formali o procedurali, che segue al contrario la logica opposta – non consente alla potenziale influenza sulla decisione di sfociare nell'effettiva verifica di un contenuto differente della decisione stessa: non potrebbero essere adottati, infatti, motivi ulteriori rispetto a quelli fatti propri dalla motivazione dell'atto ai fini della dimostrazione, e l'oggetto del giudizio non potrebbe essere esteso, in questo senso, alla situazione sostanziale; l'accoglimento della doglianza comporterebbe, di conseguenza, l'annullamento dell'atto, con eventuale rinvio all'ordine procedurale amministrativo⁴⁸. L'assenza di motivazione configurerebbe, invece, un'ipotesi di nullità dell'atto per mancanza di un elemento essenziale, di carattere formale, a norma dell'art. 21 *septies*, l. n. 241/1990; anche tale evenienza, in ragione del rilievo sulla funzione, consentirebbe poi di ottenere il rinvio all'ordine procedurale amministrati-

44 Cfr. *Potere*, cit., II-2, cap. III, sez. I, parr. 5.2 e 5.4.

45 Cfr. *Potere*, cit., II-2, cap. III, sez. I, par. 5.4.

46 Cfr. *Potere*, cit., II-2, cap. III, sez. I, par. 5.3.

47 Cfr. *Potere*, cit., II-2, cap. III, sez. II, par. 5.

48 Cfr. *Potere*, cit., II-2, cap. III, sez. I, par. 5.2-5.4, e sez. II, par. 3.

vo⁴⁹.

Nel senso rappresentato, la distinzione delle prime due parti del co. 2 dell'art. 21 *octies*, per come da noi valorizzata nei termini più volte spiegati, si è visto così proporre una differenziazione che, oltre a trovare applicazione con riferimento alla specifica ipotesi considerata – concernente la declinazione, in rapporto con il relativo trattamento dell'invalidità degli atti, della rilevanza, e della consistenza, delle differenti tipologie di situazioni giuridiche espressamente contemplate dalla norma, nell'ambito procedurale di riferimento – risulta idonea ad assumere anche un ruolo di maggiore pregnanza all'interno della nostra ricostruzione. La distinzione presente nella disposizione in esame può, cioè, ritenersi espressione di un principio più generale, di non obliterazione dei caratteri essenziali della funzione, che si esplicherebbe nel senso di evitare tale obliterazione, attraverso la necessaria possibilità di rimessione all'ordine procedurale amministrativo, per l'ipotesi in cui manchi la riconoscibilità della funzione quale modello processuale di accertamento. In questo più ampio senso, il principio in questione si è reputato trovare applicazione non solo per l'obliterazione del rilievo strutturale della funzione sotto il profilo soggettivo, coincidente, come detto, con la violazione della situazione concernente l'esplicazione, nei propri confronti, e nei modi chiariti, del contraddittorio procedimentale; ma anche sotto quello oggettivo, rappresentato, come pure si è ricordato, dall'assenza completa di motivazione del provvedimento, per cui, in ragione dei caratteri che a quest'ultima si sono riconosciuti, non risulterebbe garantito, nella manifestazione della decisione, il collegamento tra accertamento come verifica e accertamento come contenuto dell'atto. Ciò, va aggiunto, a prescindere dalla considerazione che riceve, nelle relative ipotesi, il trattamento dell'invalidità del provvedimento⁵⁰.

Nella nostra ricostruzione, pur incentrata sulla situazione a rilievo sostanziale che si pone in rapporto con il potere amministrativo, e sulla possibilità che essa sia posta ad oggetto del giudizio, non viene quindi negata la rilevanza delle situazioni di carattere procedurale, e delle esigenze collegate alla correttezza procedimentale. Nella prospettiva rappresentata, infatti, dette situazioni ricevo-

⁴⁹ Cfr. *Potere*, cit., II-2, cap. III, sez. I, par. 5.2-5.4, e sez. II, par. 3, ed ivi le relative specificazioni.

⁵⁰ Cfr. *Potere*, cit., II-2, cap. III, sez. I, par. 5.5.

no rilievo in diretta correlazione con l'espressione del valore sotteso al modello strutturale della funzione, giacché il profilo in questione, per rimanere intatto, implica un limite alla possibilità di sopperire, in via giudiziale, all'obliterazione del modello processuale di accertamento proprio della funzione amministrativa. Mentre, sotto un profilo più generale, ed esterno alla funzione, il rilievo delle situazioni procedurali è assunto in ogni caso dal sistema in ragione della circostanza per cui la violazione di una delle situazioni in questione comporta comunque conseguenze, in ordine alla responsabilità del relativo comportamento lesivo.

Anche tale aspetto della nostra impostazione, si può a questo punto aggiungere, definisce il rapporto tra ordini procedurali differenti, quello amministrativo e quello giurisdizionale, in maniera analoga a quanto avviene ai gradi interni dell'ordine processuale giurisdizionale, conformemente al rilievo strutturale che viene da noi conferito ad entrambe le funzioni, quali modelli processuali di accertamento.

Nel rapporto tra gradi interni al medesimo ordine, va invero avvertito, ciò che viene investito non è, in via generale, la struttura della funzione, atteso che questa deve essere riguardata, per definizione, quale unitariamente intesa. I medesimi profili, nondimeno, assumono rilevanza anche per l'autonoma considerazione del singolo grado procedurale, la quale si presenta piuttosto definita, quantomeno con riferimento al processo amministrativo. Tale considerazione, dunque, può essere utilizzata, in questa sede, come termine generale per un'analogia di carattere funzionale, quale quella che si propone⁵¹.

Nel senso descritto, si può rilevare, infatti, come anche il rapporto tra

51 Va ricordato, infatti, che gli elementi da noi considerati idonei ad esprimere i caratteri essenziali della funzione, se, per come riferiti al rapporto tra ordine procedurale amministrativo e ordine procedurale giurisdizionale, riguardano in sé la funzione, quale espressa in un particolare ordine procedurale, con riferimento, invece, all'ordine giurisdizionale, fanno riferimento a tale ordine complessivamente considerato, in sé potendo prescindere, in caso di violazione, dai vari gradi per la loro attuazione. La considerazione di un annullamento con rinvio (quale ricavabile in via di principio, ovvero per espressa previsione in tal senso) dipende, quindi, dall'autonoma rilevanza che l'ordinamento ritiene di dover conferire al singolo grado all'interno di quell'ordine procedurale. Così, ad es., lo si vide a suo tempo, la questione rilevata d'ufficio e non rimessa alle parti, non è reputata integrare un'ipotesi di rimessione al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 354 c.p.c., mentre lo è nel processo amministrativo: cfr. subito di seguito, in nota. Sul punto, cfr. ampiamente *Potere*, cit., II-2, cap. III, sez. II, par. 3, n. 254.

L'analogia, che si propone nel testo, ha dunque carattere generale, ed esprime il collegamento, comunque di carattere funzionale, tra i caratteri essenziali della funzione e il rilievo conferito ai singoli gradi di giudizio nel processo giurisdizionale, con particolare riferimento a quello amministrativo.

giudizio di appello e giudizio di primo grado non comporti, in ogni caso di nullità della sentenza per motivi processuali, un annullamento con rinvio (art. 105 c.p.a.): questo viene invece in particolare stabilito, per quanto qui interessa⁵², nell'ipotesi in cui è mancato il contraddittorio o è stato violato il diritto di difesa⁵³; ovvero per la nullità radicale della sentenza, che viene fatta coincidere, essenzialmente, con il difetto assoluto di motivazione⁵⁴.

Ora, in disparte la differente declinazione che tali vizi vengono ad avere, o le modalità del loro rilievo, nell'ambito del processo giurisdizionale, che dipendono dalla struttura prettamente garantistica del relativo modello proces-

52 Non è escluso, infatti, che il diritto positivo possa prevedere, all'interno di un'ottica di generale sostituzione del grado successivo a quello precedente, anche specifici motivi di rinvio, ulteriori rispetto a quelli propri dell'essenzialità della funzione/del grado ad essa relativo a cui si vuole conferire autonoma rilevanza.

In proposito, una particolare menzione merita il problema dell'incompetenza. In tale ipotesi, infatti, non si è al cospetto di un vizio che, in sé considerato, manifesta i caratteri essenziali della funzione; un annullamento con rinvio, di conseguenza, dovrebbe necessariamente essere previsto da una norma espressa. Con riferimento al procedimento amministrativo, lo si è detto a suo tempo (*Potere*, cit., II-2, cap. III, sez. I, par. 4.2, nel testo e in nota), venuti meno, con il Codice del processo amministrativo, l'art. 45, co. 1, T.U. C.d.S., e l'art. 26, co. 2, l. TAR, che tale rinvio prevedevano, non è presente nessuna disposizione, di carattere sostanziale o processuale, che stabilisca in tal senso. Nel processo giurisdizionale, poi, fermo restando comunque il riferimento ai gradi interni dell'ordine procedurale, la questione è risolta in maniera differente dal diritto positivo a seconda del processo a cui si fa riferimento: nel processo civile, l'art. 353 c.p.c., anche prima della sua abrogazione da parte del d.lgs. n. 149 del 1 ottobre 2022, aveva visto eliminato qualsiasi riferimento alla competenza; nel processo amministrativo, invece, l'art. 105, co. 5, c.p.a. prevede un caso espresso di annullamento con rinvio nel caso di riforma della sentenza o dell'ordinanza che ha pronunciato sulla competenza.

53 Cioè, essenzialmente, nelle ipotesi da noi ricondotte, in via generale, con riferimento al processo amministrativo, alla violazione del contraddittorio. Per i vari casi, si veda, tra le altre, Cons. St., ad. plen., n. 15 del 28 settembre 2018; pacifico è, peraltro, che nella violazione del diritto di difesa sia ricompresa l'ipotesi in cui la questione posta alla base della decisione è stata rilevata d'ufficio dal giudice senza sottoporla al contraddittorio delle parti: cfr. *ex multis* Cons. St., ad. plen., n. 14 del 5 settembre 2018; sul punto si veda quanto da noi specificato in *Potere*, cit., II-2, cap. III, sez. II, par. 3, n. 254.

54 Cfr. ancora, in particolare, Cons. St., ad. plen., n. 15/2018, cit., che esclude invece rilevanza, in questo senso per il semplice difetto o scorrettezza della motivazione.

Non si condivide, in proposito, Cons. St., ad. plen., n. 16 del 20 novembre 2024, che, prendendo espressamente le distanze dalla corrispondente ricostruzione processualcivilistica, ha incluso nelle ipotesi di nullità della sentenza per esclusione della legittimazione o dell'interesse a ricorrere (intesi nel senso tradizionale del processo impugnatorio, a suo tempo rappresentato) che sia frutto di un palese errore, per effetto del quale è mancato l'esame della totalità dei motivi di ricorso. Non vi è, infatti, un base normativa idonea a giustificare tale estensione. Ad ogni modo, tale profilo non è rilevante rispetto alle nostre considerazioni, atteso che ciò che qui interessa è piuttosto che i profili attinenti ai caratteri essenziali della funzione determinino comunque il rinvio (circostanza che peraltro, essendo rapportata alla relazione tra gradi di giudizio, come detto, assume un ruolo unicamente in ordine al rilievo conferito al singolo grado procedurale in sé considerato, e funge quindi unicamente da termine generale di paragone per l'analogia funzionale descritta nel testo); non invece che vi possano essere, all'interno di un'ottica di generale sostituzione del grado successivo a quello precedente, specifici motivi ulteriori di rinvio (i quali, però, dovrebbero essere espressamente previsti dal diritto positivo).

suale, può evidenziarsi il ruolo analogo che, nel processo giurisdizionale, viene conferito agli elementi da noi considerati idonei ad esprimere i caratteri essenziali della funzione, comportanti, come tali, se viziati, un annullamento con rinvio. Si pone dunque – sia pure con riferimento interno ai relativi gradi – un profilo di corrispondenza che, in sé, pare rinsaldare la nostra ricostruzione, conferendosi analogo rilevanza ai medesimi elementi da noi individuati come concernenti profili essenziali della manifestazione della funzione, ai fini della valutazione della obliterazione del grado di giudizio e dell'esigenza, per tale ragione, di un suo rinnovato svolgimento.

5. Considerazioni sistematiche conseguenti

La generale ricostruzione che si è data del potere e della funzione ha dunque consentito una rappresentazione dei rapporti che ineriscono alla funzione amministrativa, e, nella sostanza, un complessivo inquadramento dell'intero sistema proprio del diritto amministrativo.

La struttura normativa della funzione, nel rilievo che si è ritenuto di doverle conferire, è, in tale prospettiva, il profilo su cui viene a fondarsi il sistema amministrativo. Il potere, e le posizioni che rispetto ad esso si correlano, costituiscono il fulcro da cui, sotto un profilo metodologico, la ricostruzione di detto sistema è dovuta partire, e la nostra proposta è stata quella di ricondurre la loro caratterizzazione alla struttura della funzione, interpretandola nei termini più volte rappresentati, e da ultimo qui ricordati.

La situazione giuridica di potere, nella sua caratterizzazione procedurale, che connota corrispondentemente le situazioni che con esso si pongono in rapporto, sotto un profilo concreto, a rilievo sostanziale, ovvero astratto, prettamente procedurale, insieme con la caratterizzazione della discrezionalità, che sul medesimo piano procedurale trova la sua definizione, rappresentano la compiuta espressione dell'impostazione da noi adottata. La declinazione degli istituti giurisdizionali segue di conseguenza, quale aspetto che completa, sotto il profilo patologico, la ricostruzione sostanziale.

L'intero sistema, a questo punto, può essere inquadrato nella chiave di lettura proposta, anche rispetto ai profili ulteriori che sono idonei a completare la rappresentazione.

Procedendo in questo senso, si è, in primo luogo, delineata in maniera corrispondente anche la determinazione dal piano prettamente sostanziale dell'agire amministrativo, che può comunque assumere, sotto taluni profili, una sua autonoma rilevanza. Così si sono descritte le situazioni, che come tali si caratterizzano in chiave residuale, esterne alla funzione, che possono dare rilievo alla buona fede e alla correttezza nel diritto amministrativo⁵⁵. Ancora, come pure si è visto, la responsabilità amministrativa, quale responsabilità da attività procedurale, può trovare, in questo modo, una sua compiuta, e più precisa, collocazione, prescindente dalla tradizionale dicotomia responsabilità contrattuale/extracontrattuale⁵⁶. La distinzione dei piani, per tale via, ha anche potuto chiarire la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, qualificandosi questi ultimi quali situazioni procedurali, di carattere astratto o concreto, a fronte dei primi, che invece sarebbero comunque situazioni prettamente sostanziali, ancorché possano presentarsi come mediamente collegati all'esercizio del potere (e, quindi, come tali, assoggettabili dal legislatore alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo)⁵⁷.

In secondo luogo, la caratterizzazione della funzione in chiave processuale ha consentito anche di distinguere le tipologie di funzioni proprie, su un piano strutturale, della generale azione amministrativa, così definendo compiutamente il quadro complessivo di riferimento. In questo senso, accanto alla funzione ordinaria, avente contenuto di accertamento rispetto alla sussistenza di una o più situazioni di potere, oggetto specifico della nostra trattazione, si sono potute individuare le seguenti tipologie generali di funzioni. Da un lato, una funzione che può dirsi *di secondo grado*, ove l'oggetto del procedimento è costituito dall'accertamento della situazione di potere di secondo grado, attraverso la quale è possibile porre in discussione l'effetto di accertamento prodotto dall'atto amministrativo esercizio del potere di primo grado, oppure far venir meno l'effetto costitutivo prodotto da detto provvedimento, in ragione di una soprav-

⁵⁵ *Potere*, cit., II-2, cap. IV, par. 3; nonché, per un ulteriore approfondimento della questione, il nostro saggio *Considerazioni generali su buona fede e responsabilità nel diritto amministrativo*, in *questa Rivista*, 2023, 2, pp. 603 ss.

⁵⁶ *Potere*, cit., II-2, cap. IV, par. 3.1; anche su questo tema, si veda, per un approfondimento, *Considerazioni generali su buona fede e responsabilità*, cit., pp. 656 ss.

⁵⁷ *Potere*, cit., II-2, cap. IV, par. 3.

venienza che supera l'accertamento precedente⁵⁸. Dall'altro, una funzione *esecutiva*, in cui l'esercizio del potere si pone come conseguenza non dell'esercizio della medesima funzione, ma di un accertamento contenuto in una differente decisione⁵⁹.

Infine, nei medesimi termini, può evidenziarsi come la stessa Amministrazione, intesa nella sua valenza di apparato organizzativo, possa ricevere una sua caratterizzazione nel medesimo senso procedurale, quale espressione della linea di continuità tra struttura organizzativa e attività. Essa, in particolare, in ragione dell'impostazione ricostruttiva adottata, che non consente la risoluzione del momento soggettivo in quello oggettivo⁶⁰, dispiega detta linea di continuità senza sfociare in una compiuta commistione tra piano statico dell'organizzazione e piano dinamico dell'attività, che oblitererebbe la distinzione tra i due profili. Su tali basi, risulta quindi possibile ripensare il profilo soggettivo dell'Amministrazione, tentando, così, di edificare su più rigorose fondamenta teoriche l'intera struttura dei rapporti organizzativi, attualmente oggetto di rappresentazioni che tradiscono un'adesione asettica, non sempre consapevole, a modelli tradizionali, fondati su presupposti in parte non più attuali, e basati su categorie spesso marcate da una certa indeterminatezza concettuale⁶¹.

6. Primi profili conclusivi generali

La ricostruzione svolta risponde anche alla necessità di superare l'inversione metodologica tra sostanza e processo, che si era denunciata all'inizio della nostra trattazione in *Potere e situazioni soggettive*⁶². Si era detto, allora, che la problematica principale, che si riscontra nella generale considerazione della tutela giurisdizionale amministrativa, è determinata dal tentativo di prescindere da una precisa definizione del dato sostanziale di riferimento, per l'indubbia difficoltà con cui ci si verrebbe per tale via a confrontare.

La nostra ricostruzione, nel riportare la/e situazione/he giuridica/he del

⁵⁸ *Potere*, cit., II-2, cap. IV, par. 2, *sub b*).

⁵⁹ *Potere*, cit., II-2, cap. IV, par. 2, *sub c*).

⁶⁰ Si veda in proposito quanto sostenuto in *Potere*, cit., I, cap. V, par. 2.1.

⁶¹ Tale ulteriore profilo è stato da noi approfondito nel saggio *Considerazioni generali sull'organizzazione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 2024, a cui si rinvia per i relativi approfondimenti.

⁶² *Potere*, cit., I, cap. I, par. 1.

privato che si confronta/no con il potere amministrativo all'accertamento giudiziale, si pone invece su un piano eminentemente sostanziale, avendo, lo si ripete ancora una volta, come punto di partenza metodologico, il potere come situazione giuridica, e, quale suo svolgimento, la rilevanza attribuita alla struttura della relativa funzione. Il rapporto con l'accertamento giudiziale, e il corrispondente esplicarsi del processo giurisdizionale, rappresentano, per tale via, solo il profilo successivo, idoneo a definire, in quanto tale, la corrispondente declinazione del sistema.

L'inversione denunciata deve quindi essere abbandonata, rappresentando nient'altro che un retaggio storico del nostro sistema; retaggio che, per tale via, tradisce la sua perdurante influenza sul quadro attuale di riferimento del diritto amministrativo.

Riportata la questione nei termini che le sono propri, può allora concludersi nel senso che la ricostruzione da noi effettuata, prendendo le mosse dalla problematica concernente l'esigenza di tutela del cittadino, ha voluto darvi risposta affrontando la considerazione del potere e delle situazioni giuridiche, e, più in generale, dello stesso fenomeno dell'azione amministrativa, rispetto ai differenti ordini di rappresentazioni che, più o meno compiutamente, trovano riscontro nel quadro attuale dell'ordinamento, nella loro raffigurazione e nelle relative conseguenze.

Nel far ciò, si aggiunge, ci si è venuti a collocare all'interno di una specifica contrapposizione, la quale, nel medesimo quadro attuale di riferimento, ha, a nostro avviso, assunto rilievo centrale. Ci si riferisce, in questo senso, all'alternativa tra la valorizzazione del dato prettamente sostanziale, che contrappone, nelle loro sfere sostanziali, l'individualità dell'Amministrazione all'individualità del cittadino⁶³; e la valorizzazione della funzione in termini strutturali, dell'azione amministrativa come formazione della decisione, nel cui ambito si colloca il rapporto tra le situazioni giuridiche dei soggetti coinvolti, declinandosi in termini corrispondenti⁶⁴.

⁶³ L'impostazione della Scuola fiorentina, con cui ci si è più volte confrontati.

⁶⁴ Che si riscontra anche nella Scuola oggettivistica, ma che da noi è stata assunta nei termini specifici che si è avuto modo di rappresentare, da un lato, e meno radicali, dall'altro, con riferimento all'oggettivizzazione dell'azione amministrativa.

In proposito, che l'impostazione da noi proposta consenta di superare una visione normativamente asettica del potere (propria di uno strenuo sostanzialismo, come detto), senza per questo sfociare in una negazione del dato soggettivo, attraverso la valorizzazione di una

In tale prospettiva, al cospetto della scelta tra considerazione dell'Amministrazione come soggetto di diritto comune e considerazione dell'Amministrazione come ordine processuale rispetto al quale avviene la contrapposizione tra posizioni (o, quantomeno, tra preminenza dell'una considerazione rispetto all'altra), si è da, parte nostra, aderito alla seconda delle due prospettive, e si è cercato di darne una lettura che fosse idonea a porsi in una sua specifica declinazione; più in particolare di darne una lettura in quegli specifici termini che si ritiene caratterizzino la struttura della funzione pubblica all'interno della nostra visione dell'ordinamento giuridico.

Tale connotazione sostanziale è stata poi riversata nella realtà del processo giurisdizionale, traendone la relativa declinazione. In questo senso, è stato così possibile un approccio alla disciplina del Codice del processo amministrativo che, senza scadere nell'inversione metodologica denunciata, ha consentito di non perpetuare le (incerte) categorie proprie della tradizione nel rinnovato dato legislativo, ma di valorizzare appieno la portata esplicativa che a quest'ultimo deve essere riconosciuta⁶⁵.

Si spera, in tal modo, di essere riusciti a fornire un contributo che sia stato idoneo a suscitare, sia sotto un profilo metodologico, sia sotto quello della peculiarità della ricostruzione, quantomeno uno spunto di riflessione, in chi ha avuto la pazienza di confrontarsi con la nostra elaborazione.

concezione processuale dell'azione amministrativa che ha il suo fulcro nella decisione (pur vista in termini 'radicali', in ragione della considerazione normativa da parte nostra conferita all'accertamento, sulla cui condivisibilità o meno l'A. lascia aperta la questione), è riconosciuto, da ultimo, da G. TROPEA, *Potere giuridico e diritti indegradabili*, in *Dir. e proc. amm.*, 2025, p. 47 ss. (che rileva pure, come, in quest'ottica, ci si ponga nella medesima direzione che a suo tempo era stata indicata da A. Romano Tassone: sul punto, cfr. quanto detto *supra*, par. 1, n. 9, nonché in *Potere*, cit., I, cap. V, par. 2.1).

⁶⁵ Di guardare al Codice con quegli "occhi nuovi" di cui parlava A. ROMANO TASSONE, *A proposito del Libro II del progetto di Codice del processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, p. 1131 ss., cit. p. 1147, richiamato in *Potere*, cit., I, cap. III, par. 9, n. 165, così da superare l'apparente preminenza del modello del giudizio di impugnazione, che potrebbe ritenersi ancora segnare il dato legislativo, e adottare una lettura della disciplina codicistica relativamente aperta, pienamente consentita dal relativo referente normativo, che permetta di riportare, finalmente in maniera diretta, il dato sostanziale a quello processuale.