

'SOSTENIBILITÀ' DEL DIFETTO DI GIURISDIZIONE NELL'OTTICA DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO.

IMPLICAZIONI DI UNA RIFLESSIONE DI DOGMATICA INTORNO AI PRINCIPALI CRITERI FONDANTI IN PUNTO DI 'RIPARTO'

*'Sustainability' of the jurisdictional defect from the perspective of administrative proceedings.
Implications of a reflection on dogma regarding the main foundational criteria concerning 'distribution'*

Paolo Cotza *

Abstract (Italiano). Lo studio prende le mosse dal rilievo basilare (dell'accertamento) del difetto di giurisdizione rispetto agli altri vizi processuali, per rilevare il problema di convivenza del principio del 'giudice naturale precostituito per legge' con quelli del 'divieto di abuso del processo' e (segnatamente) del 'giusto processo'. Quindi, mediante un discorso di 'rivisitazione' di sistema e concettuale, con particolare riguardo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive, si opera un duplice collaudo a beneficio: del meccanismo di riparto di giurisdizione e di 'sostenibilità' del relativo 'giudicato implicito'.

Abstract (Inglese). *The study begins with the basic observation (of the determination) of the defect of jurisdiction in relation to other procedural defects, to highlight the problem of the coexistence of the principle of the 'natural judge established by law' with those of the 'prohibition of abuse of process' and (specifically) of the 'right to a fair trial'. Therefore, through a discourse of 'revisiting' both systemically and conceptually, with particular attention to the theory of subjective legal situations, a dual test is carried out for the benefit of: the mechanism for the distribution of jurisdiction and the 'sustainability' of the related 'implicit judgment'.*

Parole-chiave Giurisdizione (unicità, specialità e riparto) - Difetto di giurisdizione - Giudicato implicito - Principio del 'giudice naturale precostituito per legge' - Principio del 'giusto processo' - Gerarchizzazione e confinazione sistemiche - Diritto soggettivo - Interesse legittimo.

Keywords *Jurisdiction (uniqueness, specialty, and distribution) - Lack of jurisdiction - Implicit judgment - Principle of 'natural judge established by law' - Principle of 'due process' - Systemic hierarchization and confinement - Subjective right - Legitimate interest.*

SOMMARIO: Premessa. - (I) 1. Rilievo processuale del difetto di giurisdizione e prime implicazioni. - 2.1. Convivenza del principio del 'giudice naturale precostituito per legge' con quelli del 'giudicato esterno' e del 'giudicato interno' ('divieto di abuso del processo' e del 'giusto processo'). - 2.2. Ragione di studio. - (II) 3. Prime annotazioni di dogmatica. - 4. 'Rivisitazione' di metodo dei discorsi tradizionali sul potere amministrativo e di teoria delle situazioni giuridiche soggettive. L'orientamento giurispru-

denziale in punto di 'riparto': prime annotazioni. - **4.1.** Rilevanza del 'potere pubblico' per via delle sue dinamiche. - **4.2.** Dalla legittimazione del potere a quella dell'interesse ('pubblico concreto' / 'legittimo'). - **4.3.** Primato del dovere(-obbligo) sul diritto soggettivo e riflessi teoretici in punto di situazioni giuridiche. - **4.4.** Ritra-scrizione 'in positivo' delle situazioni giuridiche, soggettive ... - **4.5.** ... e residue pre-compressioni in punto di riparto di giurisdizione. - **(III) 5.1.** Collaudo di un 'approc-cio' dogmatico: in punto di 'riparto' ... - **5.2.** ... nonché, di difetto di giurisdizione.

Premessa

Lo scritto intende rappresentare lo sviluppo 'specialistico' di certa letteratura, mossa da un diffuso quanto persistente disagio (sopravvissuto a pur incisivi interventi di riforma): nel definire un criterio (se non inequivoco quantomeno) dal ragionevole impatto operativo, onde segnare i termini di confine della giurisdizione amministrativa¹. Negli studi assunti a fonte d'ispirazione, veniva manifestato l'intento di offrire un contributo correttivo e riparatorio, intervenendo sul piano dogmatico stanti: certa ambiguità riscontrata nel dato di diritto positivo; nonché, i limiti palesati dal contributo di giurisprudenza forense. Ne era così scaturita una 'rivisitazione', in chiave sistematica, di ciò su cui (di volta in volta) ha finito col vertere la comprensione-applicazione del pertinente dato normativo: dalla correlazione 'diritto-fatto', in quanto conosce il suo precipitato ideale nella sede del processo, fra l'altro incidendo sul rapporto tra condizioni dell'azione e questioni di merito; ai concetti d'"interesse legittimo" e di 'potere (autoritativo)' nonché, a quelli correlati, di 'diritto soggettivo' e d'"interesse pubblico'. Così, tracciando una sorta di filo conduttore per un discorso che intendeva ricercare il proprio epilogo in connessioni tendenzialmente di agevole dominio: nel fermo convincimen-to che il problema giuridico affrontato, per la priorità rivestita in un contesto processuale im-prontato ai canoni della giurisdizione soggettiva e dell'impulso di parte nonché, per la sua dignità di rango costituzionale (essendo sotteso alla garanzia di pienezza-effettività della tu-tela), debba rendersi accessibile ai cittadini prima che agli studiosi ed agli operatori del dirit-to. D'altronde, quella strategia trova favorevole sponda in una precisa scelta valoriale, nel senso di prevalenza dell'ordinamento giuridico sostanziale sugli assetti (e le 'strette' di quello processuale, come da tempo chiarito dalla stessa Corte costituzionale². Non per caso,

¹ * Paolo Cotza - ricercatore confermato in Diritto Amministrativo presso l'Università di Cagliari (Dipartimento Giurisprudenza) - paolo.cotza@unica.it - tel. 070/43975

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

² Così Corte cost., 14 ottobre 1986, n. 220, secondo cui: «il giusto processo ... vien celebrato non già per sfociare in pronunce procedurali che non coinvolgono i rapporti sostanziali delle parti che vi partecipano - siano esse attori o convenuti - ma per rendere pronuncia di merito rescrivendo chi ha ragione e chi ha torto: il processo ... deve avere per oggetto la verifica della sussistenza dell'azione in senso sostanziale di chiovendiana memoria, né deve, nei limiti del possibile, esaurirsi nella discettazione sui presupposti processuali, e per evitare che ciò si verifichi si deve adoperare il giudice». Quanto alla giurisprudenza di merito, che, nell'interpretazione delle norme processuali (ferma restando la preferenza per il criterio letterale - Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2009, n. 2149 -), vadano privilegiate le soluzioni esegetiche che agevolino la tutela dei diritti e degli interessi dei cittadini, ed invece ripudiate le opzioni ermeneutiche che la ostacolano o addirittura la precludano: Cons. giust.

tale soluzione risulta complementare con quanto predicato in perspicui ed ancor più risalenti scritti di autorevole dottrina: benché riferito all'ambito civilistico, dall'intatta freschezza e dal valore assoluto (di 'diritto comune') in quanto espressione di un principio ermeneutico condiviso *in apicibus* dall'ordinamento vigente. Si tratta, prima di tutto, della celeberrima tesi, in punto di tutela giurisdizionale, per cui «*il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*»³. A quella stessa dottrina (come noto) ha corrisposto, in chiave di effettività, la concezione moderna dell'azione in senso stretto (ad intendere, in vece della liceità di determinati contegni diretti, l'ulteriore ambito del potere giuridico di provocare dati meccanismi, da parte dello Stato, consistenti nell'attuazione giurisdizionale della legge in ordine ad una *ragione* che si fa valere⁴): come "diritto" (al processo propriamente inteso cioè, non quale mera prerogativa d'impulso decisorio, bensì) al "giusto processo"; avuto riguardo (oltreché all'indipendenza dei giudici ordinari e speciali, come all'esclusione dall'"immunità" giurisdizionale dell'amministrazione pubblica) agli artt. 3 cpv., 24 co. 1-2-3, 25 co. 1, 111 co. 1, 113 co. 1 Cost., all'art. 47 co. I della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nonché, agli artt. 1, 2 co. 1, 7 co. 7 e 32 co. 2 c.p.a.⁵.

Con quel che ne è derivato, in termini di speciale declinazione, per il processo amministrativo: di "spettanza" (a partire dalla sua azione fondamentale - che resta quella impugnatoria -), quantomeno nel senso di garantire non in astratto ciò che spetta a ciascuno dei soggetti coinvolti, bensì il "risultato del giudizio sull'esercizio del potere" (in definitiva, sul corretto esplicarsi della discrezionalità amministrativa)⁶; per cui la disposizione che

amm. reg. Sic., 11 dicembre 2017, n. 544. In dottrina, ha recentemente ribadito tale assetto, E. PICOZZA, *Il difficile equilibrio tra le giurisdizioni*, in *Il processo*, 2021, p. 47 s.

³ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960, I, n. 12, conformemente a ID., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1912 (1923), pp. 81-83.

⁴ E. BETTI, *Ragione e azione*, in *Riv. Dir. proc. civ.*, 1932, pt. I, p. 205 s., segn. pp. 217-218; A. PEKELIS, *Azione* (teoria moderna), (già in *Nuovo Dig. it.*, II, Torino, 1938, col. 91 s. e da ultimo) in *Nov.mo Dig. it.*, Torino, 1957, II, p. 29 s., segn. p. 36. In *Appendice* a tale voce enciclopedica, a cura di E.T. LIEBMAN, si rinviene la seguente definizione: «l'azione come un diritto (o potere) processuale a un provvedimento sulla domanda e quindi, nel processo di cognizione, a una sentenza sul merito, perciò come un diritto condizionato all'affermazione di una situazione antiggiuridica, dalla quale sorge il bisogno e l'interesse alla tutela giurisdizionale, ma indipendente da presupposti di diritto sostanziale. Concepita l'azione in questo modo, ossia come diritto *astratto* e rivolto verso lo Stato, ma nello stesso tempo collegato ad una determinata situazione obiettiva che viene enunciata come *causa petendi* e presuppone precisi requisiti (= *condizioni dell'azione*, cioè interesse ad agire, legittimazione e ammissibilità in astratto del provvedimento domandato), l'azione si precisa come il diritto soggettivo strumentale consistente nella facoltà di assumere l'iniziativa per provocare l'esercizio della giurisdizione, come il diritto alla giurisdizione, e si definisce come "la situazione soggettiva che consiste nel potere di porre la condizione, in virtù della quale l'organo giurisdizionale deve porsi in movimento in obbedienza alle regole interne che disciplinano la sua funzione"» (*ivi*, p. 46, ma cfr. pure, del medesimo a., *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Scritti in onore di Carnelutti*, II, Padova, 1950 ed in *Riv. trim. Dir. Proc. civ.*, 1950, p. 47).

⁵ Senza contare che l'art. 14 co. 1° del Patto internaz. ONU sui diritti civili e politici (adottato il 16 dicembre 1966, entrato in vigore il 23 marzo 1976, e reso esecutivo in Italia con L. 25 ottobre 1977 n. 881) sancisce il «diritto [dell'individuo] ad un'equa e pubblica udienza dinanzi [per l'appunto] a un tribunale competente, indipendente e imparziale, stabilito dalla legge».

⁶ G. FALCON, *La responsabilità dell'Amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, pp. 246-247, a precisazione di quanto già esposto in ID., *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 287 s.

regola quel meccanismo giurisdizionale va intesa secondo un'ottica di "garanzia della possibilità di ottenere una sentenza favorevole"⁷.

Onde suffragare quest'ultimo ordine di asserti, basterebbe aver riguardo al particolare valore che acquista, in senso assoluto (come qualificazione astratta), la giurisdizione: identificandosi, proprio a partire dal dato costituzionale testé riferito ed in aderenza al "comune sentire", con la *giustizia*⁸; di tal fatta, assurgendo ad autentico sinonimo dell'*ordinamento*, inteso per l'appunto nella sua "consustanzialità"⁹.

In tale contesto valoriale, risponde al vero che l'art. 103 Cost. non risulta di per sé d'ostacolo al conferimento al Giudice ordinario, da parte del Legislatore statale, della giurisdizione su di una intera materia, consentendogli di conoscere d'interessi legittimi, di annullare atti amministrativi eppertanto, d'incidere sui relativi rapporti secondo le diverse tipologie d'intervento giurisdizionale appaiechiate dall'*ordinamento*¹⁰. Nondimeno, per via del fondamento costituzionale del relativo riparto, non solo non è ammessa la derogabilità della giurisdizione, benché 'convenzionalmente pattuita'¹¹; ma addirittura, come osservato da Corte cost., n. 204/2004, neppure allo stesso Legislatore sarebbe dato di affidare al giudice ordinario, senza preclusioni di sorta, controversie in punto d'interessi legittimi¹². Ciò, tenuto conto di una maggior 'adeguatezza' del giudice nel dare risposta alla domanda di giustizia¹³.

Da qui, una condizione di disagio (per violazione della garanzia della tutela giurisdizionale - art. 24 Cost. -), stanti le insidie 'di riflesso' derivanti da conflitti che s'instaurino, sulle questioni di riparto, fra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato, sul presupposto che la configurabilità o meno di un interesse legittimo, suscettibile di tutela giurisdizionale dinanzi al Giudice amministrativo, integra un problema di giurisdizione, in quanto attiene ai limiti

⁷ A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 284.

⁸ In disparte i casi in cui nelle leggi si faccia uso del termine giurisdizione con riferimento ad una concreta attività, disciplinata nel suo svolgimento (così, laddove il codice civile si occupa della "tutela giurisdizionale dei diritti" - art. 2907 -, allo stesso modo il codice di procedura civile tratta della "giurisdizione dei giudici ordinari" - art. 1 - piuttosto che dei "conflitti di giurisdizione" - art. 362 - ed analogamente dispongono sia il codice di procedura penale - artt. 1, 28-32 - sia il codice del processo amministrativo - artt. 1, 7, 9-11 -); a ciò che la dottrina denomina in senso assoluto come giurisdizione può farsi corrispondere il termine *giustizia*: a partire dalla Costituzione, laddove si afferma che "la giustizia è amministrata in nome del popolo" (art. 101); per arrivare al R.D. 30 gennaio 1941 n. 12 sull'*ordinamento giudiziario* (a proposito sia dei giudici chiamati ad amministrare la giustizia nelle materie civile e penale - art. 1 -, sia della Corte di Cassazione quale "organo supremo della giustizia" - art. 65 -, del pubblico ministero chiamato a "vegliare sulla pronta e regolare amministrazione della giustizia" - art. 73 -, sia delle "relazioni" e "comunicazioni" istituzionali da rendere periodicamente sull'amministrazione della giustizia - art. 86 -).

⁹ Per un ampio sviluppo delle implicazioni, di tale discorso, in punto di legittimazione all'azione in seno ad un 'giusto processo amministrativo', può rinviarsi a P. COTZA, *Sulla valutabilità dell'interesse pubblico da parte del giudice amministrativo*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2017, p. 509 s.

¹⁰ Cfr. Cass., sez. un., 14 aprile 2011, n. 8487 a proposito dell'art. 152, D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 126 in tema di protezione dei dati personali.

¹¹ Cons. Stato, sez. VI, 28 aprile 2023, n. 4271.

¹² Per una dettagliata ricostruzione critica di quella disputa può rinviarsi a R. VILLATA, *Scritti in tema di questioni di giurisdizione. Tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, Padova, Cedam, 2019.

¹³ In tal senso va letto l'orientamento della Corte costituzionale nell'intendere il 'diritto di accesso alla giurisdizione' (per cui cfr. 12 marzo 2007, n. 77): dal momento che le 'disposizioni processuali non sono fine a sé stesse, ma funzionali alla migliore qualità della decisione di merito; per cui il Legislatore, pur dovendo tutelare 'il rispetto della garanzia costituzionale del giudice naturale', non deve sacrificare 'il diritto delle parti ad ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al *bene della vita* oggetto della loro contesa'.

esterni delle attribuzioni di detto giudice eppertanto, è deducibile con ricorso alle Sezioni Unite del Giudice di legittimità¹⁴. Ci si riferisce innanzitutto a certo condizionamento dalla prima esercitato nel modificare l'assetto (costituzionale - art. 103 cit. -) in senso monista (giurisdizione funzionalmente unica), avvalendosi della sua prerogativa di sindacare le sentenze del secondo; in ispregio al limite strutturale (rappresentato dall'art. 111 Cost., comma 8) dei motivi inerenti alla giurisdizione e facendo leva sulla sua interpretazione 'evolutiva'¹⁵. Ma l'accento cade altresì sulla 'singolare' concomitanza, di certo incremento di quell'"offensiva'

¹⁴ A norma dell'art. 362 c.p.c. Così Cass. civ., sez. un., Ord. 9 gennaio 2024, n. 786.

¹⁵ Beninteso, quanto testé perorato attiene al problema del riparto, rispetto al quale diversamente va impostata e trattata la questione dei motivi inerenti alla giurisdizione che pure investe (ma sotto altro profilo) il relativo concetto. Tale distinguo è ben reso dalla stessa Corte di Cassazione (Ord. 19 settembre 2020, n. 19598) laddove, nel rinviare in via pregiudiziale, alla Corte di Giustizia dell'U.E., la questione dei limiti del proprio sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato nei casi in cui queste non applichino correttamente il diritto europeo, così puntualizza (con ampio richiamo di precedenti): «nella giurisprudenza delle Sezioni unite è da molto tempo acquisito il principio secondo cui i motivi inerenti alla giurisdizione corrispondono, non solo, alle ipotesi in cui il giudice amministrativo si sia pronunciato su una controversia o materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale (cosiddetto difetto relativo di giurisdizione), ovvero abbia negato di esercitare la giurisdizione sull'erroneo presupposto che essa appartenga ad altri giudici o non possa formare oggetto di cognizione giurisdizionale, ma anche alle ipotesi del cosiddetto difetto assoluto di giurisdizione che si verifica quando il giudice amministrativo, pur avendo la giurisdizione su una determinata controversia, emetta una decisione finale che invada le attribuzioni di altri organi giurisdizionali o del legislatore (quando eserciti un'attività di produzione normativa che non gli compete) o della pubblica amministrazione, quando compia valutazioni di opportunità e convenienza dell'atto amministrativo»; «alla luce di una nozione evolutiva del concetto di giurisdizione e della conseguente mutazione della nozione (e del giudizio) sulla giurisdizione - la cui interpretazione è riservata alle Sezioni Unite (art. 111 Cost., comma 8) - nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, che comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento, si è ritenuto che è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. Rientra pertanto nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, la eroghi concretamente». Cfr. pure le puntualizzazioni recate da Cass. civ., sez. un., Ord. 6 giugno 2023, n. 15934 secondo cui «il controllo esercitabile dalla Corte di Cassazione sulle decisioni dei giudici speciali ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, è circoscritto alle sole questioni inerenti alla giurisdizione, cioè al controllo dell'osservanza delle norme di diritto che disciplinano i limiti esterni della giurisdizione stessa, ovvero all'esistenza di vizi che attengono all'essenza stessa della funzione giurisdizionale, senza estendersi al modo del suo esercizio, con la conseguenza che con il ricorso per Cassazione avverso le decisioni del giudice amministrativo o del giudice contabile non possono essere dedotti altri eventuali errori, in iudicando o in procedendo». In altri termini, osserva Cass. civ., sez. un., Ord. 19 maggio 2023, n. 13791 che «l'accertamento di "errores in iudicando" come di "errores in procedendo" rientra infatti nell'ambito del sindacato afferente i limiti interni della giurisdizione, trattandosi di violazioni endoprocessuali rilevabili in ogni tipo di giudizio, e non inerenti all'essenza della giurisdizione o allo sconfinamento dai limiti esterni di essa, ma solo al modo in cui la relativa potestà è stata esercitata dal giudice speciale». Pertanto, aggiungono (rispettivamente): Cass. civ., sez. un., Ord. 2 maggio 2023, n. 11444, «il controllo del limite esterno della giurisdizione che l'art. 111 Cost., comma 8, affidato alla Corte di cassazione, non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare errori "in iudicando" o "in procedendo", senza che rilevi la gravità o intensità del presunto errore di interpretazione, il quale rimane confinato entro i limiti interni della giurisdizione amministrativa, considerato che l'interpretazione delle norme costituisce il "proprium" distintivo dell'attività giurisdizionale»; Cass. civ., sez. un., Ord. 5 giugno 2023, n. 15706, «in tema di impugnazione delle sentenze dei

della Cassazione, con l'ampliarsi dello spazio attribuito alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo¹⁶.

È, infatti, intuitivo che i termini di quel sindacato, quando si tratti di accertare la possibilità di cognizione giurisdizionale di una data controversia, dipendono largamente dalla Corte di Cassazione e dal modo in cui la medesima intende: sia la figura dell'interesse legittimo (il labile confine fra accertamenti, in astratto ed in concreto, di tale situazione giuridica)¹⁷; sia (in forma complementare) il confine fra discrezionalità e merito (per via dei principi e delle norme che regolano l'esercizio del potere discrezionale, implicando la definizione di 'spazi liberi' dell'attività amministrativa)¹⁸; sia la distinzione fra applicazione e creazione di norme giuridiche che, a sua volta, dipende (a monte) da come s'intende l'operazione interpretativa¹⁹.

Va riconosciuto che tutto ciò ha indotto ad ipotizzare soluzioni di armonizzazione delle funzioni nomofilattiche, del tipo di quella d'integrare la composizione delle Sez. Un. con magistrati del Consiglio di Stato, ogniqualevolta quelle siano chiamate a pronunciarsi su questioni di giurisdizione. Salvo obiettare che l'art. 106 Cost. non consente di adottare consimili 'ripieghi', dal momento che limita la possibilità di chiamata all'ufficio di 'Consigliere di Cassazione' ai soli professori ordinari di università in materie giuridiche nonché, agli avvocati iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori, vantanti almeno quindici anni di servizio.

Sulla medesima falsariga si muove il presente lavoro, nella (rinnovata) consapevolezza che i problemi attinenti alla giurisdizione del giudice amministrativo (stante il difficile equilibrio di riparto con quella del giudice ordinario) vanno trattati: nel contesto di una più gene-

giudici speciali per motivi di giurisdizione, sia l'omessa pronuncia su un motivo di appello, sia l'omesso esame di circostanze di fatto, costituiscono - rispettivamente - erroes in procedendo o in iudicando, e non certo un travalicamento dei limiti esterni della giurisdizione»; Cass. civ., sez. un., Ord. 27 gennaio 2023, n. 2497, «la nozione di eccesso di potere giurisdizionale non ammette letture estensive neanche se limitate ai casi di sentenze "abnormi", "anomale" ovvero di uno "stravolgimento" radicale delle norme di riferimento; tale vizio non è configurabile per "erroes in procedendo", i quali non investono la sussistenza e i limiti esterni del potere giurisdizionale dei giudici speciali, bensì solo la legittimità dell'esercizio del potere medesimo»; Cass. civ., sez. un., Ord. 24 gennaio 2023, n. 2196, «l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera riservata al legislatore, è configurabile solo allorché il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete. Tale eccesso non sussiste, invece, nel caso in cui detto giudice si sia limitato al compito interpretativo che gli è proprio, anche se tale attività ermeneutica abbia egualmente dato luogo ad un provvedimento "abnorme o anomalo" ovvero abbia comportato uno "stravolgimento" delle norme di riferimento»; Cass. civ., sez. un., Ord. 16 gennaio 2023, n. 1157, «l'eccesso di potere giurisdizionale nei confronti del legislatore è configurabile solo ove il giudice amministrativo (o contabile) applichi non già la norma esistente, bensì una norma da esso stesso creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete; invece, la mancata o inesatta applicazione di norme di legge, non comporta la creazione di una norma inesistente, con conseguente invasione della sfera di attribuzioni del legislatore, giacché il controllo sulla giurisdizione non è in alcun caso estensibile alla prospettazione di pure e semplici violazioni di legge da parte del giudice speciale».

¹⁶ F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, p. 1 s., segn. p. 8 s.

¹⁷ D. PALAZZO, *I motivi inerenti alla giurisdizione tra diritto europeo ed effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, p. 93 s., segn. p. 121.

¹⁸ PALAZZO, *op. ult. cit.*, pp. 123-124.

¹⁹ Sempre PALAZZO, *op. ult. cit.*, pp. 125-126.

rale riflessione del sistema delle tutele del cittadino nei confronti della pubblica Amministrazione²⁰; avuto riguardo al rapporto fra limiti esterni, principio di effettività e giusto processo.

1. Rilievo processuale del difetto di giurisdizione e prime implicazioni

«Il giudice amministrativo, in qualsiasi stato e grado di un giudizio, ha il potere e il dovere di verificare se ricorrano le condizioni cui la legge subordina la possibilità che egli emetta una decisione nel merito»²¹.

In tale contesto, «per il principio di legalità in materia giurisdizionale, che vuole che il Giudice eserciti i soli poteri che la legge gli conferisce, non può il Giudice che non ha (in ipotesi) giurisdizione, prendere alcun provvedimento, se non pronunciarsi in limine negativamente sulla giurisdizione medesima. È regola generale dello Stato di diritto che ogni organo pubblico verifichi anzitutto l'esistenza del potere che va ad esercitare»²². Segnatamente, la rilevazione d'ufficio del difetto (relativo) di giurisdizione (*id est*, per erronea individuazione del giudice), lungo tutto il corso del giudizio di primo grado, è pacificamente intesa, dalla giurisprudenza amministrativa, come esercizio non di una mera facoltà, bensì di un obbligo (s'intende, quando l'autorità giurisdizionale adita se ne avveda; e pur quando sia già intervenuto un provvedimento cautelare²³). Tant'è che, in mancanza: s'integra un vizio della sentenza, tale da convertirsi in motivo di gravame; correlativamente, la parte intimata (costituitasi o meno nel giudizio di prime cure), allorché constatati che la questione di giurisdizione non è stata rilevata (o, comunque, correttamente decisa) in sentenza, può dedurla quale motivo di gravame²⁴.

Quando non operi l'anzidetta rilevazione d'ufficio, in entrambi i gradi di giudizio l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice adito va esaminata prioritariamente rispetto alle eventuali eccezioni ulteriori, ancorché sia stata avanzata solo in via graduata²⁵. Ciò si spiega agevolmente, in considerazione della circostanza per cui il difetto di giurisdizione priva il giudice adito della prerogativa di esame di qualsiasi profilo della controversia, sia in rito che nel merito²⁶.

Così, da tempo è stato chiarito che alla questione di giurisdizione va riconosciuta precedenza sulle altre, di ricevibilità ed ammissibilità dei ricorsi di primo grado, per due ordini di ragioni. Innanzitutto, un pronunciamento, benché attinente al solo profilo processuale, postula che il giudice chiamato a renderlo sia munito di giurisdizione (essendo illogico di esigere l'osservanza di regole in radice non pertinenti, in quanto si è al cospetto di un giudice non corrispondente a quello 'naturale precostituito per legge' - ai sensi degli artt. 25, comma 1, 102, 103 e 111, ult. comma, Cost. -). In secondo luogo: premesso che il meccanismo della

²⁰ F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, p. 1 s.

²¹ Cons. Stato, sez. III, 27 settembre 2018, n. 5551.

²² Cons. Stato, sez. V, 4 gennaio 2017, n. 10.

²³ «La sospensione decisa in via cautelare è basata su un esame sommario delle risultanze processuali e non determina un vincolo irrevocabile sull'indagine di giurisdizione al momento della decisione definitiva» (Cass. civ., sez. un., Ord. 5 novembre 2024, n. 28474).

²⁴ *Ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 24 novembre 2022, n. 10355.

²⁵ Già Cons. Stato, sez. IV, 16 novembre 2007, n. 5831.

²⁶ Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2013, n. 5786.

translatio iudicii (come recepito dal dato 'positivo'²⁷), comportando la salvezza degli effetti (sostanziali e processuali) della domanda avanzata nanti il giudice sfornito di giurisdizione (a condizione di non essere già incorsi in decadenza)²⁸, assicura la possibilità, per colui che promuova l'azione, di vedersi riconosciute le pretese dal giudice dotato di giurisdizione; una pronuncia in rito diversa dalla declaratoria di difetto di giurisdizione, pregiudicherebbe la *translatio*²⁹.

Alla sola declaratoria d'incompetenza del Tribunale amministrativo regionale viene riconosciuta priorità: il difetto di giurisdizione dovendo essere dichiarato dal giudice competente³⁰. Mentre è risultato controverso se analoga priorità vada ravvisata anche con riguardo all'esame della questione relativa all'estensione del contraddittorio³¹.

2.1. Convivenza del principio del 'giudice naturale precostituito per legge' con quelli del 'giudicato esterno' e del 'giudicato interno' ('divieto di abuso del processo' e del 'giusto processo')

I menzionati riferimenti sono sintomatici del rango basilare riconosciuto alle questioni di giurisdizione. Nondimeno:

mentre la trattazione di quest'ultime non può andare disgiunta dai principi, non solo del 'giudicato esterno', ma altresì del 'giudicato interno' quale compendiabile nel 'divieto di abuso del processo' nonché, nel 'giusto processo' (come stavolta declinato in quelli di 'unitarietà', 'economia' e 'ragionevole durata' del medesimo);

²⁷ Ricorda Cons. Stato, sez. IV, 18 dicembre 2023, n. 10978 che «l'istituto della *translatio iudicii* tra giudice ordinario e giudice amministrativo ha trovato ingresso nel nostro ordinamento fin dalle pronunce della Corte Costituzionale (12 febbraio 2007 n. 77) e della Corte di Cassazione (sez. un., 22 febbraio 2007, n. 4109), che hanno superato il precedente principio di incomunicabilità tra ordini giurisdizionali, incompatibile con una pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale. Successivamente, sul piano legislativo, l'istituto della *translatio iudicii* è stato disciplinato dall'art. 11, comma 1, cod. proc. amm. secondo il quale il Giudice amministrativo, quando declina la propria giurisdizione, indica, se esistente, il giudice nazionale che ne è fornito».

²⁸ L'istituto consente soprattutto di superare il problema del termine decadenziale entro il quale promuovere la domanda nanti il giudice amministrativo, purché il primo sia stato osservato nel promuovere l'azione nanti il giudice sfornito di giurisdizione, come recentemente ribadito da Cons. Stato, 2 ottobre 2023, n. 8599.

²⁹ Cons. Stato, ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10. Con particolare riguardo alla priorità da riconoscere all'esame dell'eccezione di difetto di giurisdizione rispetto a quelle relative all'ammissibilità del gravame quanto alla carenza d'interesse alla contestazione, già Trib. amm. reg. Molise, 4 dicembre 2013, n. 722.

³⁰ Trib. amm. reg. Lazio, Roma, sez. III quater, ord. 18 dicembre 2013, n. 10922.

³¹ In senso favorevole, Cass., 15 maggio 2001, n. 6666 e 14 gennaio 2003, n. 432 (rimettendo le parti nanti il giudice di primo grado, ai sensi dell'art. 354, comma 1, c.p.c., onde trattare della questione di giurisdizione solo a contraddittorio integro). Di diverso avviso Cass., sez. un., 23 aprile 2008, n. 10462: sia perché la soluzione in ordine alla giurisdizione può condizionare quella relativa al contraddittorio; sia perché sarebbe inutile rinviare al giudice di primo grado l'esame della domanda, quando il giudizio debba poi concludersi con una pronuncia di difetto di giurisdizione. Quest'ultimo opinamento è stato però rivisto da Cass., sez. un., 13 aprile 2012, n. 5873 e 12 dicembre 2012, n. 22776, alla luce della novella introdotta con riguardo all'istituto della *translatio iudicii*, per via degli effetti che nel suo ambito risultano attribuiti alla declaratoria di difetto di giurisdizione, benché formulata dal giudice di merito, una volta che la domanda venga riproposta nanti il giudice indicato come munito di giurisdizione.

l'interpretazione invalsa vuole che non valga altrettanto a riguardo della rilevanza *ex officio* della sussistenza degli ulteriori presupposti processuali e delle condizioni dell'azione, cui la legge subordina la possibilità che il giudice emetta una decisione nel merito.

Così, corrispondentemente al principio del 'giudicato esterno', «pur ribadendo il principio secondo cui le uniche sentenze sulla giurisdizione vincolanti sono quelle delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione; tuttavia anche le sentenze di altri giudici sono suscettibili di acquistare autorità di giudicato esterno in tema di giurisdizione, e di spiegare i loro effetti anche al di fuori del processo nel quale siano state adottate, quando la decisione, sia pure implicita, sulla giurisdizione si rapporti, ad essa collegandosi, con la statuizione di merito»³²; per cui, «il passaggio in cosa giudicata di una pronuncia del giudice, recante statuizioni sul merito di una pretesa attinente ad un determinato rapporto, estende i suoi effetti al presupposto della sussistenza della giurisdizione di detto giudice su tale rapporto, indipendentemente dal fatto che essa sia stata o meno oggetto di esplicita declaratoria»³³. Da qui, la conclusione per cui «la necessità di avere stabilità tra giudicati (*alias* la necessità di garantire in modo effettivo la non contraddizione tra giudicati), comporta che deve escludersi che l'eccezione di giudicato sia sottoposta alle preclusioni (anche documentali) previste per le fasi processuali. Inoltre, l'esistenza del giudicato esterno, al pari di quella del giudicato interno, non costituisce oggetto di eccezione in senso tecnico, ma è rilevabile in ogni stato e grado anche d'ufficio, senza che in ciò sia riscontrabile alcuna violazione dei principi del giusto processo. Pertanto, non possono esservi preclusioni processuali (ai sensi dell'art. 104, comma 2, D.Lgs. n. 104/2010), dovendo prendere atto del giudicato *medio tempore* intervenuto, con riguardo sia al profilo della giurisdizione che al merito della pretesa»³⁴.

Circa il principio del 'giudicato interno':

premesso che, ai fini della corretta introduzione della questione di giurisdizione in appello, è sufficiente che sia stato proposto specifico motivo di censura avverso il capo della sentenza di primo grado che (implicitamente od esplicitamente) abbia statuito sulla giurisdizione³⁵; a prescindere dalla circostanza che l'appellante, in primo grado, non abbia sollevato la

³² Cons. Stato, sez. III, 13 aprile 2023, n. 3754. Cfr. pure Trib. amm. reg. Calabria, Catanzaro, sez. I, 4 gennaio 2021, n. 5 («Le sentenze dei giudici ordinari di merito, o dei giudici amministrativi, che statuiscono sulla sola giurisdizione, diversamente da quelle delle sezioni unite della Suprema Corte, alla quale, per la funzione istituzionale di organo regolatore della giurisdizione, spetta il potere di adottare decisioni dotate di efficacia esterna, non sono idonee ad acquistare autorità di cosa giudicata in senso sostanziale ed a spiegare, perciò, effetti al di fuori del processo nel quale siano state rese, salvo che la decisione, sia pur implicita, sulla giurisdizione si rapporti con una statuizione di merito»). Laddove, secondo certo orientamento, andrebbe escluso che possa formarsi il giudicato implicito sulla giurisdizione ogniqualvolta la decisione non contenga statuizioni che implicano l'affermazione della giurisdizione: come nel caso in cui l'unico tema dibattuto attenga all'ammissibilità della domanda; o quando, dalla motivazione della sentenza, risulti che l'evidenza di una soluzione abbia assorbito ogni altra valutazione (es., per manifesta infondatezza della pretesa) ed abbia indotto il giudice a decidere 'per saltum', non osservando la progressione logica stabilita dal Legislatore, quanto alla trattazione delle questioni di rito rispetto a quelle di merito (Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883).

³³ Cass. civ., sez. un., 12 novembre 2021, n. 33846.

³⁴ Cons. Stato, sez. III, 13 aprile 2023, n. 3754, secondo cui, «l'eccezione di giudicato esterno è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio e, al pari di un giudicato interno, anche nell'ipotesi in cui il giudicato si sia formato successivamente alla pronuncia della sentenza impugnata».

³⁵ Cons. Stato, sez. IV, 24 novembre 2022, n. 10355.

relativa eccezione³⁶; quanto esclude l'ammissibilità di una mera ed anodina sollecitazione al rilievo officioso contenuta in note defensionali³⁷;

premessò altresì che (correlativamente), quando la questione sia sollevata, dalla parte vittoriosa nel merito, che abbia visto implicitamente od esplicitamente disattesa la propria eccezione pregiudiziale di rito, la riproposizione nelle fasi di gravame postula il promovimento mediante ricorso incidentale³⁸;

«l'attore che abbia incardinato la causa dinanzi ad un giudice e sia rimasto soccombente nel merito non è legittimato a interporre appello contro la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui prescelto»³⁹; altrimenti, integrandosi «l'abuso del processo che, per un verso, arreca un irragionevole sacrificio alla controparte, costretta a difendersi nell'ambito del giudizio da incardinare innanzi al nuovo giudice, adito secondo le regole della "translatio iudicii" (art. 11 c.p.a.), e per altro verso contrasta con l'obiettivo, fissato nell'art. 111 Cost., della "ragionevole durata del processo"»⁴⁰.

Se non che, stavolta, onde giustificare l'eccezionale trattamento riservato alla rilevanza del difetto di giurisdizione, concorre un argomento ulteriore, logico-giuridico, di 'non soccombenza', col quale il medesimo principio del 'divieto di abuso del processo' può essere declinato peraltro su di un duplice versante.

Innanzitutto, «l'attore o il ricorrente, il quale abbia incardinato la causa dinanzi ad un giudice e sia rimasto soccombente nel merito, non è legittimato ad interporre appello contro la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui prescelto, in quanto non soccombente su tale autonomo capo della decisione. Ed, infatti, di fronte ad una sentenza di rigetto della domanda, non è ravvisabile una soccombenza dell'attore o del ricorrente anche sulla questione di giurisdizione, visto che, rispetto al capo relativo a tale questione, egli va considerato a tutti gli effetti vincitore, avendo il giudice riconosciuto la sussistenza del proprio dovere di decidere il merito della causa, così come implicitamente o esplicitamente sostenuto dallo stesso attore o ricorrente, che a quel giudice si è rivolto, con l'atto introduttivo della controversia, per chiedere una risposta al suo bisogno individuale di tutela»⁴¹; pertanto, l'attore-ricorrente «non è ... legittimato a contestare il capo sulla giurisdizione ed a sostenere che la *potestas iudicandi* spetta ad un giudice diverso, appartenente ad un altro plesso giurisdizionale»⁴².

³⁶ Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2022, n. 8934.

³⁷ Cons. giust. amm. reg. Sicilia, 13 dicembre 2022, n. 1256. Cfr. pure Cons. Stato, sez. VII, 25 novembre 2024, n. 9425.

³⁸ Cfr.: Cons. Stato, sez. III, 13 aprile 2023, n. 3754; sez. V, 20 agosto 2021, n. 5968.

³⁹ Così Cass., sez. un., 20 ottobre 2016, n. 21260.

⁴⁰ Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656.

⁴¹ Cass., sez. un., Ord. 27 febbraio 2023, n. 5898. In linea già: Cons. Stato, sez. III, 1° dicembre 2016, n. 5048; Cons. Stato, sez. III, 17 maggio 2012, nn. da 2857 a 2876. Di diverso avviso: Cons. Stato, sez. II, 18 giugno 2021, n. 4740 («L'eccezione di difetto di giurisdizione non è preclusa alla parte per il solo fatto di avere adito un giudice che lo stesso attore ritiene successivamente privo di giurisdizione; ben può quindi, detta parte proporre l'eccezione per la prima volta in appello, essendo la questione di giurisdizione preclusa solo nel caso in cui sulla stessa si sia formato il giudicato esplicito o implicito»); Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1192 («L'impugnazione della sentenza di primo grado per difetto di giurisdizione, proposta dall'originario ricorrente, non configura un abuso del diritto, se sul punto sussista un dubbio ragionevole»).

Ma altrettale argomento viene speso con riferimento alla parte convenuta che abbia promosso domanda riconvenzionale o (nel processo amministrativo) ricorso incidentale, rimasti non esaminati in quanto assorbiti dal pieno rigetto nel merito della domanda principale: la prima non essendo legittimata a proporre appello incidentale, eventualmente in via condizionata, contro il capo implicito della sentenza con cui il giudice adito ha affermato la propria giurisdizione, «in quanto tale parte, avendo a sua volta implicitamente invocato la giurisdizione del medesimo giudice spiegando domanda riconvenzionale, sul punto è risultata pienamente vittoriosa»⁴³.

Per altro verso, nel medesimo contesto di principi che improntano il 'giudicato interno', muovendo dalla componente del 'giusto processo' (come estrinsecantesi nei corollari di 'economia' e 'ragionevole durata' del medesimo), il quadro sistematico, in punto di rilevanza d'ufficio delle condizioni cui la legge subordina la possibilità che il giudice emetta una decisione nel merito, viene così reso: «trova ... applicazione il principio secondo cui l'eventuale inerzia di una delle parti in causa nel sollevare una questione rilevabile d'ufficio non priva evidentemente il giudice di appello dei relativi poteri-doveri officiosi: la legge non prevede che la mancata presentazione di parte di un'eccezione processuale degradi la sua rilevanza d'ufficio in irrilevanza, ciò che equivarrebbe a privare il giudice dell'autonomo dovere di verifica dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione. Non è precluso, dunque, al giudice di appello rilevare *ex officio* la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado, né può ritenersi che sul punto si possa formare un giudicato implicito, preclusivo alla deduzione officiosa della questione. Il giudice, infatti, in qualsiasi stato e grado, ha il potere e il dovere di verificare se ricorrono le condizioni cui la legge subordina la possibilità che egli emetta una decisione nel merito; né in senso contrario può valere che, con riferimento ad altro tipico presupposto processuale, ovvero la sussistenza della giurisdizione, il Codice del processo amministrativo abbia introdotto un limite alla rilevanza d'ufficio nel giudizio di appello, costituito dall'espressa previsione del c.d. 'giudicato implicito' ai sensi dell'art. 9 c.p.a., giacché la regola del giudicato implicito non può essere estesa, in assenza di una specifica previsione legislativa, a tutti i presupposti processuali (Cons. St., sez. VI, 18 aprile 2013, n. 2152). Si tratta, infatti, di elementi che in concreto costituiscono il potere del giudice di giudicare perché abilitano l'azione in giustizia che lo investe: sicché, in applicazione del generale principio sull'azione dei pubblici poteri nello Stato di diritto, la loro verifica d'ufficio resta immanente per l'intero processo. Né il loro vizio può andare, *in itinere*, sotto il riparo del 'giudicato implicito': il quale, a norma dell'art. 9 c.p.a., può eccezionalmente riguardare il solo tema del difetto di giurisdizione, in considerazione dell'unitarietà del c.d. "servizio giustizia" (Cons. St., sez. V, 6 settembre 2017, n. 4215)»⁴⁴. Fermo restando che, per converso, il giudice amministra-

⁴² Cass., sez. un., Ord. 27 febbraio 2023, n. 5874. Cfr. pure Cons. Stato, sez. II, 14 novembre 2019, nn. 7811 e 7813.

⁴³ Cass. civ., sez. un., 4 marzo 2019, n. 6281 (rv. 652980-01).

⁴⁴ Cons. Stato, sez. III, 27 settembre 2018, n. 5551. Cfr. pure: Cons. giust. amm. Sicilia, 13 maggio 2024, n. 327; Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2024, n. 1515 («L'inammissibilità del ricorso di primo grado è estranea alla nozione di eccezione non rilevabile d'ufficio, sicché la stessa oltre ad essere deducibile per la prima volta in appello, anche mediante semplice difesa, non risultando preclusa dal divieto di *ius novorum*, è soggetta anche al potere officioso del giudice di secondo grado. ... I presupposti processuali o le condizioni dell'azione, se non è diversamente previsto dalla legge, sono rilevabili, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo. Ogni

tivo «può rilevare d'ufficio, per la prima volta in appello, il difetto di giurisdizione, ogni qualvolta in primo grado le questioni controverse estranee all'ambito della cognizione amministrativa non siano state esaminate, nemmeno implicitamente»⁴⁵.

Evidentemente, quando, come con riguardo a quest'ultimo profilo, non sussistano le condizioni onde rendere rinvenibile un pari sostegno logico nel risolvere il problema della rilevanza del difetto di giurisdizione; si tratta d'indugiare sulla 'complementarizzazione' del principio del 'giudice naturale precostituito per legge' con quelli riconducibili al 'giusto processo': a partire dal relativo contributo giurisprudenziale.

In quest'ottica, valga di attingere al dato di esperienza del rito civile, onde osservare che persino a partire dal testo originario dell'art. 37 c.p.c.⁴⁶, il giudice di legittimità si è espresso nel senso di una 'lettura' maggiormente orientata verso istanze di 'economia' e 'ragionevole durata' del processo. Ciò, partendo dal duplice presupposto secondo cui: qualunque decisione (sia di rito che di merito) implica necessariamente la preventiva verifica positiva della giurisdizione, senza la quale non sarebbe intervenuta una decisione; in assenza di una formale eccezione, il giudice non sarebbe tenuto ad assumere espressa posizione sulla giurisdizione, a meno che non rilevi d'ufficio il difetto eppertanto, sia tenuto ad emettere una pronuncia declinatoria⁴⁷. Per concludere che il difetto di giurisdizione: è eccepibile dalle parti, o rilevabile d'ufficio dal giudice, fino a quando la causa non venga decisa nel merito in primo grado; dunque, può essere fatto valere mediante impugnazione del relativo capo (implicito) della sentenza di primo grado, in difetto della quale si determina il passaggio in giudicato della relativa questione⁴⁸. Così che, qualora le parti abbiano prestato acquiescenza, non contestando la relativa sentenza sotto tale profilo, non è consentito al giudice della successiva fase impugnatoria di rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione, trattandosi di questione ormai coperta dal giudicato (sia pur implicito)⁴⁹. Per converso, il giudice può rilevare anche d'ufficio il difetto di giurisdizione fino a quando sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito⁵⁰. Ciò, al punto da dichiarare inammissibile il ricorso di quanti, vittoriosi in primo grado,

giudice, infatti, in qualsiasi stato e grado ha il potere e il dovere di verificare se ricorrono le condizioni all'esercizio del potere giurisdizionale che l'ordinamento normalmente prevede per la tutela di interessi di ordine pubblico, sottratti alla disponibilità delle parti, la cui tutela, pertanto, non può essere rimessa alla loro tempestiva e rituale eccezione»).

⁴⁵ Cons. giust. amm. reg. Sicilia, 4 giugno 2013, n. 548.

⁴⁶ Secondo cui «il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo» (ivi, comma 1).

⁴⁷ A partire da Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883. Su tale interpretazione si è schierata, in termini critici, la dottrina, reputandola manipolativa della norma: R. CAPONI, *Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevanza del difetto di giurisdizione)*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 372; A. CARRATTA, *Rilevanza d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del "giudicato implicito"*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1464; C. GLENDI, *Tramonta la rilevanza "in qualunque stato e grado" del difetto di giurisdizione?*, in *Dir. e Pratica Trib.*, G.G. POLI, *Le sezioni unite e l'art. 37 c.p.c.*, in *Foro it.*, 2009, I, col. 806; R. VACCARELLA, *Rilevanza del difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Giur. it.*, 2009, p. 412; P. BIAVATI, *L'architettura della riforma del processo civile*, Bologna, 2021, p. 15.

⁴⁸ Cass., sez. un., 20 novembre 2008, n. 27531; 23 febbraio 2010, n. 4309; ord. 11 aprile 2011, n. 8127; sez. un., 12 novembre 2021, n. 33846.

⁴⁹ Cass., sez. un., ord. 20 luglio 2022, n. 22683; 6 aprile 2022, n. 11254.

⁵⁰ Cfr.: Cass. civ., sez. un., 30 giugno 2022, n. 20853. Puntualizza Cass., sez. un., 30 giugno 2022, n. 20854 che «il giudicato implicito sulla giurisdizione e sul relativo difetto di giurisdizione si forma tutte le volte in cui la

abbiano visto accolto, dal Consiglio di Stato, l'appello avverso, nonostante avessero sollecitato la rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità della norma che attribuiva al giudice amministrativo la giurisdizione⁵¹.

Salvo ribadire tale orientamento una volta intervenuta la riformulazione normativa dell'art. 37 c.p.c.⁵²; puntualizzando che, a sua volta, la sentenza di appello sarà impugnabile per difetto di giurisdizione soltanto se sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito, e la relativa preclusione opera anche per il giudice di legittimità⁵³.

A quel punto, tornando al processo amministrativo (così fattosi antesignano della vigente disciplina del processo civile): di là dalla questione se, quando il giudice adito ritenga *ex officio* il proprio difetto di giurisdizione, debba assegnare alle parti un termine dalla comunicazione per l'eventuale deposito di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione⁵⁴; lo stesso giudice di legittimità osserva che, «ove il difetto di giurisdizione non sia stato eccepito in primo grado, né sia stato oggetto di specifico motivo di appello, deve ritenersi maturato, sul punto, il giudicato [interno] implicito [ostativo], stante la preclusione di cui all'art. 9 c.p.a., che regola la deduzione delle questioni di giurisdizione nell'ambito delle specifiche norme processuali che strutturano il rito del relativo plesso giurisdizionale»⁵⁵. Ciò, persino nell'ipotesi in cui sia stato promosso ricorso nanti la Corte di Cassazione avverso una

causa sia stata decisa nel merito. Ne restano escluse solo le decisioni che non contengano statuizioni implicanti l'affermazione della giurisdizione poiché la preclusione da giudicato non può che scaturire da una pronuncia che contenga una statuizione sull'attribuzione o sulla negazione del bene della vita preteso, e non anche qualora si limiti a risolvere questioni giuridiche meramente strumentali all'attribuzione del bene controverso».

⁵¹ Così, Cass., sez. un., 11 febbraio 2010, n. 3200 ove si enuncia il seguente principio di diritto: «il giudicato, anche implicito, formatosi sulla giurisdizione per effetto dell'acquiescenza della parte, che non abbia contestato la sentenza sotto tale profilo, rende del tutto irrilevante nel processo la questione di legittimità costituzionale che la stessa parte abbia sollevato con riferimento alla norma posta a fondamento della pronuncia sulla giurisdizione, non potendo l'eccezione di costituzionalità sostituire l'impugnazione, e restando altresì preclusa la possibilità per il giudice di rilevarla d'ufficio».

⁵² Il D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, come modificato dalla L. 29 dicembre 2022, n. 197, ha così riformulato l'art. 37 c.p.c.: «Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo. Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti del giudice amministrativo o dei giudici speciali è rilevato anche d'ufficio nel giudizio di primo grado. Nei giudizi di impugnazione può essere rilevato solo se oggetto di specifico motivo, ma l'attore non può impugnare la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui adito».

⁵³ Cass., sez. un., Ord. 28 febbraio 2023, n. 5975.

⁵⁴ Ai sensi dell'art. 101 c.p.c. (Principio del contraddittorio), mutuabile in forza del 'rinvio esterno' previsto dall'art. 39 c.p.a.: «Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa.

Il giudice assicura il rispetto del contraddittorio e, quando accerta che dalla sua violazione è derivata una lesione del diritto di difesa, adotta i provvedimenti opportuni. Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione».

⁵⁵ Cass. civ., sez. un., 12 novembre 2021, n. 33846. Cfr. pure: Cass. civ., sez. un., 16 ottobre 2024, n. 26851; Cass. civ., sez. un., Ord. 13 dicembre 2022, n. 36486; Cass. civ., sez. un., Ord. 6 aprile 2022, n. 11255; 22 settembre 2022, n. 27745. Non fa testo, in quanto riporta giurisprudenza formata prima dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, Cons. Stato, sez. II, 6 febbraio 2020, n. 942 secondo cui «nel processo amministrativo il giudice d'appello può procedere d'ufficio, ovvero senza specifica impugnazione della relativa pronuncia di primo grado, alla valutazione sulla giurisdizione solo in presenza di una statuizione implicita del primo giudice, mentre le statuizioni esplicite sulla giurisdizione richiedono ... apposita impugnativa».

sentenza, del giudice amministrativo di primo grado, declinatoria della giurisdizione: tale iniziativa, infatti, sarebbe inammissibile in quanto quella pronuncia «è impugnabile soltanto con l'appello dinanzi al Consiglio di Stato, ai sensi degli artt. 9, 100 e 105 d.lgs. n. 104 del 2010, non potendo essere convertito, il predetto ricorso, né in regolamento preventivo di giurisdizione né in denuncia di conflitto negativo reale di giurisdizione, in mancanza, per quest'ultima ipotesi, di una previa declinatoria di giurisdizione anche di un altro giudice»⁵⁶.

Peraltro, venendo all'accennato profilo di sottesa 'complementarizzazione' fra principi, è al contributo della giurisprudenza amministrativa che va riconosciuto di aver maggiormente argomentato in ordine al 'senso' (funzionale) dell'istituto: «l'art. 9 del D.Lgs. n. 104/2010 da un lato preclude al giudice dell'impugnazione di rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione; dall'altro riconosce alle parti la possibilità di prospettare, nella fase relativa del giudizio, uno "specifico motivo" di ricorso. Ciò determina lo speciale effetto di devolvere alle sole parti il potere di individuare il giudice munito di giurisdizione in tutte quelle ipotesi in cui il giudice di primo grado non abbia rilevato il relativo difetto, con ciò implicitamente ritenendosi competente. Essa si riconnette al principio costituzionale sul giusto processo e in particolare all'esigenza di una sua ragionevole durata, radicando la convinzione della giurisdizione come servizio reso alla collettività con effettività e tempestività, a valere anche per l'appellato, che non può vedersi esposto tardivamente al rischio di una *translatio iudicii* sulla base degli assunti di una mera memoria difensiva»⁵⁷. A questa stregua: mentre il divieto del c.d. *ius novorum* in appello non si estende alle eccezioni e questioni processuali e sostanziali che siano rilevabili anche d'ufficio; sono fatti salvi gli effetti del giudicato interno sulla statuizione recata dalla sentenza di primo grado, fermo lo speciale regime delle questioni di giurisdizione e competenza delineato dagli artt. 9 e 15 del D.Lgs. n. 104/2010⁵⁸.

Si registra, dunque, per via dello 'sbarramento' del primo grado, un'incidenza del principio del 'giusto processo' anche rispetto a quanto previsto sotto la disciplina pregressa del rito nanti il giudice speciale⁵⁹. Salvo osservare che persino all'epoca, per via pretoria, quell'incidenza era in una certa qual misura 'sdoganata'⁶⁰.

⁵⁶ Cass. civ., sez. un., Ord. 5 giugno 2018, n. 14435 (rv. 648947-01).

⁵⁷ Cons. Stato, sez. II, 18 giugno 2021, n. 4740. Cfr. pure: Cons. Stato, sez. VII, 25 novembre 2024, n. 9425; sez. V, 23 aprile 2024, n. 3717 (ove si ribadisce l'irrelevanza che la questione di giurisdizione sia stata trattata o meno nel corso del giudizio di primo grado).

⁵⁸ Cons. Stato, sez. VI, 29 marzo 2022, n. 2297.

⁵⁹ Ci si riferisce all'art. 30, comma 1, L. n. 1034/1971, secondo cui (pur quando la questione non sia sollevata dalle parti) «il difetto di giurisdizione deve essere rilevato anche d'ufficio». Cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2006, n. 5142. Si osservi che, per lungo tempo, la giurisprudenza amministrativa ha interpretato l'art. 30 cit. nel duplice senso che: attribuisse al giudice d'appello un potere esercitabile d'ufficio a prescindere dal promovimento di uno specifico motivo di gravame; inoltre, nel caso in cui il giudice di primo grado non si fosse pronunciato in punto di giurisdizione, ma solo sul merito, non si sarebbe formato alcun giudicato sulla giurisdizione, per cui il giudice d'appello avrebbe potuto trattare d'ufficio la questione (Cons. Stato, sez. VI, 10 aprile 2002, n. 1939).

⁶⁰ Così, secondo una tesi, era da ritenersi interdetta la possibilità di sollevare in appello, *ex officio*, la questione di giurisdizione, al cospetto di una sentenza di primo grado statuente (in modo esplicito od implicito) su quel punto, ma non sottoposta a specifica impugnativa (Cons. Stato, sez. IV, 18 maggio 2004, n. 3186). Secondo altro orientamento, qualora il giudice di primo grado non avesse espressamente statuito in ordine al profilo di giurisdizione, sarebbe stato consentito, all'organo giurisdizionale di appello (anche in difetto di gravame sul punto), di tornare *ex officio* sulla questione di giurisdizione quale risolta (implicitamente) in prime cure,

A tal punto, il menzionato rapporto di forza tra il principio del ‘giudice naturale precostituito per legge’ e quello del ‘giusto processo’, viene ribadito in corrispondenza di ulteriore casistica inerente (ai limiti) alla rilevazione della questione di giurisdizione.

Innanzitutto, in forza dell'art. 10, D.Lgs. n. 104/2010, nel processo amministrativo, il regolamento preventivo di giurisdizione può essere chiesto, stante il rinvio all'art. 41 c.p.c., solo in primo grado e fino a che la causa non sia decisa nel merito⁶¹.

In secondo luogo, sul presupposto che il giudice amministrativo può sollevare il conflitto negativo di giurisdizione nella sola ipotesi in cui il processo, a seguito della declinatoria da parte del giudice ordinario, sia stato tempestivamente riassunto dinanzi a sé (sicché, in difetto di *translatio iudicii*, il suddetto conflitto è inammissibile, dovendo egli limitarsi a statuire sulla giurisdizione *ex art. 9 c.p.a.*)⁶²; si presenta una ulteriore preclusione non dissimile a quelle nanti trattate. Stavolta, per il giudice amministrativo di prime cure che, all'udienza introduttiva seguita alla riassunzione del giudizio, abbia erroneamente ritenuto la sua giurisdizione, o, comunque, non si sia avvalso della facoltà prevista dal comma 3 dell'art. 11 del D.Lgs. n. 104/2010, non sollevando (d'ufficio o su istanza di parte) il conflitto negativo di giurisdizione (dinanzi alla Corte di Cassazione); per cui quest'ultima deve ritenersi definitivamente radicata davanti al medesimo e non può più essere oggetto di contestazione e vaglio né in quella sede né in appello⁶³.

2.2. Ragione di studio

Dunque, nei termini nanti delineati (avvalendosi anche del ‘formante’ giurisprudenziale), pur in assenza di una giustificazione logico-giuridica (quale, esempi., quella che sorregge la preclusione, per l'attore-ricorrente, ad interporre appello contro la sentenza che lo ha visto soccombente nel merito, onde denunciare il difetto di giurisdizione del giudice di primo grado che egli stesso aveva prescelto), può comunque formarsi (sia pur implicitamente) un giudicato relativo alla giurisdizione, insuscettibile di essere posto in discussione per difetto in ordine a quel profilo (benché) apicale e prioritario. Ciò, per via di preclusioni processuali (non rilevabilità d'ufficio in appello; mancata impugnazione, con specifico motivo di censura, avverso il capo della sentenza di primo grado che - implicitamente od esplicitamente - abbia statuito sulla giurisdizione) che s'ispirano ai principi di economia processuale e ragionevole durata del processo, in ‘combinato disposto’ con quelli di stabilità e non contraddizione fra giudicati; finendo col determinare l'irrimediabilità del sacrificio del diritto a che il merito della pretesa venga sindacato dal giudice naturale precostituito per legge.

Nondimeno, pare che quella ‘complementarizzazione’ giurisprudenziale fra principi, allo stadio attuale (nella sua soggettività che si presta all'obiezione di ‘positivismo giuridico debole’ proprio del ‘diritto vivente’), non valga a rendere del tutto plausibile la comprensione-applicazione della disciplina ‘eccezionale’ per cui il difetto del presupposto (prioritario) della

rivalutandola (Cons. Stato, ad. plen., 15 settembre 2005, n. 6; 30 agosto 2004, n. 4).

⁶¹ Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2023, n. 3635.

⁶² Cass. civ., sez. un., Ord. 14 settembre 2022, n. 26988 (rv. 665661-01).

⁶³ Osserva Cons. Stato, sez. V, 2 gennaio 2024, n. 38 che, infatti, «sarebbe incongruo ritenere applicabile alla fattispecie in esame la disciplina di cui all'art. 9 del D.Lgs. n. 104/2010 che riguarda la diversa fattispecie della prima pronuncia in merito». Cfr. pure Cons. Stato, sez. V, 2 gennaio 2024, n. 38.

giurisdizione che non sia stato eccepito in primo grado, né sia stato oggetto di specifico motivo di appello, determina il maturare, sul punto, del giudicato interno, implicito, ostativo⁶⁴. Tanto più che invece (come parimenti anticipato) «sussiste il potere del Giudice di appello di rilevare *ex officio* la esistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado (con particolare riguardo alla condizione rappresentata dalla tempestività del ricorso medesimo), non potendo ritenersi che sul punto si possa formare un giudicato implicito, preclusivo alla deduzione officiosa della questione»⁶⁵.

Da qui, muove il presente studio, con una puntualizzazione preliminare. Benché (come constatato) il tema della 'sostenibilità' del difetto di giurisdizione sia senz'altro di 'diritto comune' (per principi, meccanismi operativi ed implicazioni), nel presente scritto si è ritenuto di affrontarlo nell'ottica del processo amministrativo: per due ordini di ragioni che si reputa correlati. Il primo attiene al primato, in termini cronologici, a quest'ultimo spettante quanto all'introduzione di una espressa affermazione normativa di riconoscimento del 'giudicato implicito'; il secondo (in definitiva, determinante) deriva dalla maggiore dimestichezza (rispetto al processo civile) verso l'"interesse legittimo", quale situazione giuridica soggettiva cui l'ordinamento affida (nel suo concorrere con il 'diritto soggettivo') il ruolo di principale criterio onde dirimere le questioni di 'riparto' fra giudici, ordinario e speciale, rispetto alle quali il difetto di giurisdizione non rappresenta che il più pregnante 'negativo' in sede di tutela.

Così, proprio ad una 'rivisitazione' dogmatica del discorso alla base del riparto di giurisdizione, si confida di affidare il compito di 'stemperare' le tensioni che (a partire dai principi antinomici di riferimento) ancora accompagnano il tema principale della presente trattazio-

⁶⁴ Cons. Stato, sez. II, 12 giugno 2020, n. 3746.

⁶⁵ Cons. Stato, sez. IV, 17 luglio 2023, n. 6952 che così argomenta: «il divieto del c.d. *ius novorum* in appello non si estende alle eccezioni e questioni processuali e sostanziali che siano rilevabili anche d'ufficio ma, fatti salvi gli effetti del giudicato interno sulla statuizione recata sul punto dalla sentenza di primo grado e lo speciale regime delle questioni di giurisdizione e competenza (adesso ex artt. 9 e 15 D.Lgs. n. 104/2010), consente la delibazione per la prima volta in appello, ad esempio, delle eccezioni di irricevibilità o di inammissibilità del ricorso per carenza di una condizione dell'azione». Cfr. pure (rispettivamente): Trib. amm. reg. Piemonte, Torino, sez. I, 13 novembre 2018, n. 1237 (a proposito della tardività della notifica e del deposito del ricorso come questioni rilevabili d'ufficio anche nel giudizio di appello); Cass. civ., sez. un., Ord. 28 giugno 2019, n. 17562 (quanto alla mancanza dei presupposti processuali o delle condizioni dell'azione, come rilevabili d'ufficio dal giudice in ogni stato e grado del processo - art. 35, comma 1, c.p.a. -, perché essi costituiscono i fattori ai quali la legge, per inderogabili ragioni di ordine pubblico, subordina l'esercizio dei poteri giurisdizionali). Di diverso avviso quella più risalente giurisprudenza secondo la quale, in linea di principio, se la questione sull'esistenza di una condizione dell'azione non venga in alcun modo sollevata: si deve ritenere che non vi sia necessità che il giudice giustifichi la propria *potestas decidendi*; ma la circostanza di una decisione 'non visibile' non significa insussistenza della medesima (la decisione sul merito implica infatti che si siano ritenute sussistenti le condizioni dell'azione). Pertanto, si è concluso che: il principio del giudicato implicito (espresso in termini generali dalla Corte di Cassazione - es., n. 24883/2008 -) sia estensibile quando si tratti di tutte quelle condizioni dell'azione (antecedenti logici della *potestas iudicandi*) che il giudice ha il potere-dovere di rilevare d'ufficio; la decisione sul merito implica non solo quella sulla giurisdizione, ma anche quella relativa a tutte le condizioni dell'azione rilevabili d'ufficio. Con la conseguenza che, se le parti non impugnano la sentenza o la impugnano senza eccepire la carenza del presupposto processuale, pongono in essere un contegno incompatibile con la volontà di eccepire tale difetto; eppertanto, la statuizione implicita passa in giudicato anche su quel punto (Cons. Stato, sez. VI, n. 4448/2009; sez. IV, n. 4570/2009; sez. VI, n. 4924/2007). *Contra*, Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 215.

ne. Si muove, dunque, dal rilevato 'paradosso' per cui: mentre sussiste il potere del Giudice di appello di rilevare *ex officio* la esistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado, non potendo ritenersi che sul punto si formi un giudicato implicito, preclusivo alla deduzione officiosa della questione; per converso, il difetto del presupposto (prioritario) della giurisdizione che non sia stato eccepito in primo grado, né sia stato oggetto di specifico motivo di appello, determina il maturare, sul punto, del giudicato interno, implicito, ostativo. Salvo constatare che l' 'approccio' a quel problema di 'tensioni', come stavolta impresso, può concorrere a certo stemperamento: rendendo più convincente la maggior incidenza riconosciuta alle varie declinazioni del principio del 'giusto processo', pur al cospetto di un vizio di base o comunque dalla rilevazione prioritaria; anche per via del substrato sostanziale del riparto di giurisdizione e della sua idoneità (se adeguatamente trattato) a ridimensionare le ripercussioni del corrispondente difetto processuale in punto di piechezza ed effettività della tutela.

II

3. Prime annotazioni di dogmatica

Volendo conferire maggior rigore all'impostazione della questione della 'sostenibilità' processuale del difetto di giurisdizione, per quanto anticipato, occorre circoscrivere l'attenzione all'ambito di esperienza più problematico (perché più opinabile), in corrispondenza del quale si registra un arretramento della generale prevalenza del principio del 'giudice naturale precostituito per legge'. Si tratta (come anticipato) della convivenza, quale sviluppata (su base 'positiva') dall'elaborazione giurisprudenziale, fra: per un verso, la priorità dell'esame dell'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice adito rispetto alle eventuali eccezioni ulteriori - tranne che per quelle relative alla competenza del Tribunale amministrativo regionale e (forse) all'estensione del contraddittorio -; per altro verso, la preclusione in appello della questione di giurisdizione nel caso in cui sulla stessa si sia formato il giudicato implicito; sì da determinare un'incidenza prevalente dei principi antinomici (o che si presentano come tali) di 'economia processuale' e 'ragionevole durata del processo'.

Sul punto, il responso giurisprudenziale si rivela così interlocutorio: «la regola della ampia ed incondizionata rilevabilità (d'ufficio o su eccezione delle parti) della questione di giurisdizione opera solo nel giudizio di primo grado; nel giudizio di impugnazione invece essa degrada a questione che rimane nel *thema decidendum* solo se e nella misura in cui abbia costituito oggetto di una rituale censura di una parte. Questo minore rilievo della questione di giurisdizione in ragione del passaggio dal grado iniziale del processo a quello di impugnazione, ora testualmente previsto dall'art. 9 c.p.a. per il giudizio amministrativo, risulta coerente con il necessario bilanciamento del valore recato dalla giurisdizione (principio del giudice naturale) con il valore, parimenti di rango costituzionale, della ragionevole durata del processo»⁶⁶.

Onde tentar di superare quella condizione interlocutoria, preliminarmente la 'quadratura del cerchio' pare debba trovar fondamento, sul piano sistematico, in chiave di (ri)comple-

⁶⁶ Cass. civ., sez. un., 6 giugno 2017, n. 13979.

mentarizzazione dei principi, per cui (di là dal complessificarsi di quelle operazioni, dal momento che l'ordinamento nazionale è andato progressivamente compenetrandosi con quello 'comunitario-unionista'): il primo è di regola 'gerarchicamente' prevalente; mentre, quelli riconducibili al secondo possono assumere un ruolo preponderante in corrispondenza di particolari condizioni processuali, il cui ricorrere determina una vicenda di 'confinazione' per effetto della quale il sovvertimento di quel rapporto di forza non risulta eversivo del sistema stesso⁶⁷.

A questo punto, può tornar utile di limitare l'attenzione ai profili sui quali il Legislatore non è (ancora) intervenuto, nel determinare previamente il rapporto di forza fra principi: es., potere del Giudice di appello di rilevare *ex officio* la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado; il Legislatore stesso non essendosi espresso circa la possibilità del formarsi, sul punto, di un giudicato implicito, preclusivo rispetto alla deduzione officiosa della questione. Stavolta, potrebbe paventarsi che il menzionato protocollo di gerarchizzazione-confinazione giurisprudenziale si presti alle medesime obiezioni rivolte (in particolare) alle versioni meno attrezzate (per quanto più diffuse) della dottrina del 'diritto vivente' (ravvisandovi una delle frequenti espressioni che si rinvencono nei più disparati ambiti di materia⁶⁸): di "intuizionismo neogiusliberistico", per non aver for-

⁶⁷ L'ordinamento consta di una molteplicità di *rationes* (i principi) in grado di ridurre la complessità del contesto di riferimento mediante la predisposizione di soluzioni (ciascuna delle quali potenzialmente incondizionata) ai problemi di quest'ultimo. La coesistenza di quella molteplicità, entro il medesimo ordinamento, esige meccanismi di "confinazione" (una differenziazione, dell'ambito problematico corrispondente a ciascun principio, in sottoambiti problematici, distinti, cui riferire principi diversi) e/o "gerarchizzazione" (ulteriori differenziazioni funzionali, per effetto delle quali si stabilisce quando – entro il medesimo ambito problematico, o i sottoambiti nei quali il primo è stato scomposto – un principio "vale" o deve arretrare dinnanzi ad altro). «Confinazione e gerarchizzazione avvengono, peraltro, secondo il "senso" del sistema, sono esito del suo processo di differenziazione funzionale, che si esplica sul piano longitudinale e verticale. Sicché un ordinamento costituisce un sistema di principi (= *rationes*) costruito secondo un "senso", è la sistemazione dei principi secondo una programmazione. A questa stregua, ogni norma di un ordinamento è espressione di un principio. Ma nella norma il principio, di per sé incondizionato, si presenta, invece, come condizionato» (M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso*, Torino, 1996, p. 324). Lo strumento organizzativo della complementarizzazione «è costituito, in ogni caso, dalla fattispecie, e cioè dalla determinazione delle condizioni di applicazione di un principio regolativo, la quale vale, al tempo stesso, a determinarne l'ambito di applicazione. Le relazioni di competenza, specializzazione, gerarchizzazione, ecc., secondo le quali si organizza la complementarità di principi altrimenti concorrenti/antinomici, sono istituite determinando ambiti distinti per ciascuno di essi, ossia riconducendo ciascuno di essi a fattispecie diverse e tra loro alternative. La fattispecie, perciò, è, ad un tempo, la tecnica specifica di organizzazione del sistema giuridico ed il criterio di smistamento delle complessità ambientali verso principi regolativi distinti, e cioè il medium tra sistema e [contesto]» (*ivi*, p. 175). «Le complessità marginali, pretermesse o sopravvenute provenienti dal [contesto], proprio in quanto non incontrano fattispecie atte a selezionarle adeguatamente, trovano difficoltà ad essere smistate verso i principi che potrebbero congruamente regolarle. Esse, perciò, producono quella che si potrebbe chiamare una crisi organizzativa, la quale richiede, per essere superata, la produzione di ulteriore organizzazione. E poiché il sistema giuridico si dà organizzazione attraverso la tecnica della fattispecie, il superamento della crisi organizzativa consiste, essenzialmente, in rideterminazioni delle fattispecie, tali da riassorbire il "caso organizzativo", per via del quale la crisi si è manifestata. Ma, rideterminando le fattispecie, si riassetano, al tempo stesso, le complementarizzazioni dei principi regolativi già istituite, nelle quali consiste il sistema giuridico» (*ivi*, pp. 175-176).

⁶⁸ M. COTZA, *Sistema giuridico dei rimedi contro la concorrenza sleale, nell'ottica consumeristica, tra dogmi e principio di "autoreponsabilità" (criticità sopravvissute alla "modernizzazione" del mercato)*, Cagliari, Edizioni Giuridiche, 2023, segn. p. 181 s.

nito una base cognitiva (o, comunque, una coerenza teorica), al sincretismo dominante, più solida rispetto agli sviluppi ermeneutici dell'arte topica. Ci si riferisce all'argomentazione suggellata dal principio di effettività (che, cioè, riceve pratica applicazione) e, come tale, "giusta" senza la necessità di invocare apertamente il diritto naturale, o di un'eterofondazione in quel *medium*, tra l'interprete e la giustizia, rappresentato dal sistema.

Né pare aver sortito esiti confortanti l'esperimento di fornire, a quella dottrina, un fondamento politico-positivo ("debole", per l'appunto)⁶⁹. Così, dal momento che la struttura secondo "principi", con la quale si positivizzano certi contenuti, implica un'incorporazione del valore nel fatto (essere), il secondo reca con sé la pretesa normativa (dover essere). Pertanto, il diritto verrebbe sottratto, sul piano gestionale, al paradigma della *scientia iuris*, per essere inquadrato secondo quello della *iuris prudentia*. Infatti: se la legge, sotto le Costituzioni liberali, gerarchizzava i principi; la vigenza della giustizia (quale fonte concorrente), col sostituire alla "tirannia del valore" il pluralismo dei principi equiordinati, impedisce di comprendere il diritto come *scienza* della loro composizione, quest'ultimo presentandosi solo come *prudenza* del loro bilanciamento. Dunque, se la giustizia si manifesta attraverso il "caso" (il fatto), la giurisprudenza non può che essere il soggetto elettivamente deputato al bilanciamento (tra la *ratio*, di cui il "caso" sarebbe divenuto portatore, e la *voluntas* della legge mitigata dalla concorrente giustizia), attraverso una rediviva equità che avrebbe assunto le vesti della "ragionevolezza" (quale arte della composizione in vista della coesistenza).

A tale versione del costituzionalismo moderno, può obiettarsi che quello "vivente", inteso nella forma descritta di vigenza del diritto naturale (che rende mite la legge e, per essa, il diritto), non è mai nato, come empiricamente verificabile. La rappresentazione della giurisprudenza quale prudente compositore di principi (di legge e giustizia), è frutto di una letteratura accademica ormai autoreferenziale la quale trascura che, nello "Stato costituzionale", la pretesa che il caso rivolgerebbe al diritto non inerisce al fatto in quanto tale, bensì al senso che quest'ultimo riceve dalla sua considerazione secondo un principio costituzionalmente positivo. «Perciò, non uno schema lineare (proprio del diritto naturale) che dalla natura/fatto va al diritto, ma uno schema circolare (proprio del diritto positivo) che dal diritto va al fatto per tornare al diritto. Così, può ben accadere che il fatto si possa prospettare in modo diverso da come appare compreso da una norma o secondo un principio. ... ciò non dipenderà da un

⁶⁹ Le trasformazioni economiche, sociali e culturali che hanno disgregato il presupposto dello Stato liberaldemocratico (la compattezza della sua società politica), una volta recepite dalla "Carta fondamentale", avrebbero comportato, nella forma (e nelle fonti) del diritto, quel passaggio allo "Stato costituzionale" contraddistinto dall'introduzione dei "diritti di giustizia" (accanto a quelli tradizionali, "di libertà"), aventi "natura oggettiva" e volti ad istituire un ordine che si porrebbe come "verità sociale", capace di conferire una giusta dimensione ad ogni interesse individuale. Il rischio di una degenerazione nello "Stato etico", dal nuovo costituzionalismo si vorrebbe scongiurato grazie all'assetto pluralistico: riscontrando (nelle "Carte fondamentali") l'affermazione delle diverse concezioni della giustizia, ed operando tra di esse un confronto al fine di comporle. A ciò s'aggiunga che il determinarsi di una "definizione giuridica della giustizia" per via di "principi (materiali, riferiti alle nuove soggettività, sociali e politiche, istituzionalizzate)", ne implica il superamento della tradizionale riduzione positivista alla legge. I "principi", a differenza delle "regole" (quali forme ordinarie della legge), in quanto privi di fattispecie, attingerebbero il loro significato operativo solo reagendo direttamente col caso ad essi sottoposto. Così, però, neutralizzando le due distinzioni poste a cardine dello "Stato di diritto": tra legge positiva e diritto naturale (già resa precaria dalla costituzionalizzazione di buona parte dei precetti morali fatti propri da quest'ultimo); tra legislazione e (amministrazione-)giurisdizione.

senso proprio del fatto ma dalla diversità del punto di vista dal quale viene riguardato, e cioè dalla circostanza che esso viene (ri)considerato a partire da un principio giuridico diverso. Dunque, il fatto non parla di sé ma del diritto da cui è illuminato. E ne parla con il diritto stesso, sicché non vi è un dialogo tra fatto e diritto ma piuttosto un confronto all'interno del diritto tra comprensioni (giuridiche) rivali del fatto. E perciò, ascrivere la "verità" al fatto equivale, comunque, a prescrivere la "verità" per decreto»⁷⁰.

Ne discende che, traslando tali connessioni metodologiche: non dovrebbe darsi per 'scontato' il potere del Giudice di appello di rilevare *ex officio* la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado, per il solo fatto che il Legislatore non è (ancora) intervenuto, nel determinare previamente il rapporto di forza fra principi e pertanto, non si è espresso circa la possibilità del formarsi, sul punto, di un giudicato implicito, preclusivo rispetto alla deduzione officiosa della questione. Piuttosto, venendo alla *par construens* del discorso, dalla medesima impostazione di metodo potrebbe concludersi di dover rimettere al caso concreto una valutazione 'oggettivante', secondo i canoni della 'logica operativa' (in termini di costi/benefici) avanzati dal 'razionalismo critico'⁷¹.

Lungo tale falsariga, nel tentativo di trovare una risposta non interlocutoria, potrebbe osservarsi che, nel caso in esame, la questione è di merito, non di rito (processuale) come quando venga in discussione il profilo giurisdizionale. Salvo obiettare che: ciò implicherebbe una grave elusione del rapporto correlato fra i due aspetti; la condizione di correlazione, e la necessità di un suo trattamento adeguato, risultano fondamentali ben oltre il momento di priorità logico-giuridica nella trattazione del profilo di giurisdizione, come rivela lo studio di altre tematiche consimili. Si pensi al fenomeno della pregiudizialità quando, quale autonomo oggetto del giudizio, appartenga alla giurisdizione di un giudice (civile) diverso da quello amministrativo. In quest'ultima ipotesi, il senso funzionale dell'istituto viene colto nella duplice esigenza di evitare: non solo sospensioni del giudizio (principio, di economia processuale, della concentrazione); ma altresì, un effetto eversivo delle prerogative del giudice 'naturale', precludendo senz'altro, all'accertamento incidentale, d'integrare un giudicato sostanziale (o comunque altri vincoli). Solo che anche stavolta la risposta è interlocutoria: poggiando sull'assunto per cui un sindacato esaustivo della questione pregiudiziale (es. attinente a diritti) non possa operarsi nella sede di giustizia (quella amministrativa) preposta alla questione 'pregiudicata'. Se non che ciò risulta indimostrato, e persino smentibile⁷².

Evidentemente, la strada da percorrere è altra: da ricondurre ad una progressiva omogeneizzazione della tutela giurisdizionale (delle diverse sedi - 'ordinaria' e 'speciali' -) in cui si

⁷⁰ M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso*, Torino, 1996, pp. 244-246.

⁷¹ Quanto al 'razionalismo critico' se ne mutua l'essenza di paradigma generale del pensiero scientifico (verificabile) che, rivelati i limiti del metodo induttivo: ha predicato la consapevolezza delle conseguenze alle quali conduce (stante la connessione complessiva di ogni divenire) l'impiego di mezzi pur soggettivamente "adeguati" (logica "operazionale" dei costi/benefici); per poi procedere (conformemente al postulato analitico) sul terreno dell'esperienza, mediante tentativi, attraverso un confronto delle "teorie rivali", onde condurre all'emersione degli errori ("falsificazione") ed alla loro eliminazione. Cfr., al riguardo: K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, tr. it. Torino, 1970, p. 275 s.; H. ALBERT, *Per un razionalismo critico*, tr. it. Bologna, 1973, p. 59 s.

⁷² P. COTZA, *Sindacato del giudice amministrativo su questioni pregiudiziali relative a diritti. Contributo di metodo*, in *Arch. giur. Filippo Serafini (online)*, 2025, vol. IV, segn. par. 5.2.

estrinseca; fermo restando che una piena acquisizione delle relative potenzialità non può rimettersi esclusivamente al piano di politica legislativa, dovendo ricercarsi in una rivisitazione dei principali canoni dogmatici di riferimento.

4. 'Rivisitazione' di metodo dei discorsi tradizionali sul potere amministrativo e di teoria delle situazioni giuridiche soggettive. L'orientamento giurisprudenziale in punto di 'riparto': prime annotazioni

A tal punto, chiuso il capitolo in punto 'di sistema', si tratterebbe di passare senza indugio agli sviluppi 'concettuali' del discorso dogmatico funzionale alla trattazione dell'istituto processuale in esame.

Tuttavia, esigenze di compiutezza espositiva, serventi l'acquisizione di una maggiore consapevolezza del problema, suggeriscono di assumere, quale primo termine di confronto, un fedele precipitato delle statuizioni giurisprudenziali di portata generale in punto di giurisdizione: come tali, senza mezzi termini riferibili al principale dato normativo di base⁷³; ormai sedimentate, benché talvolta collidenti; nella circostanza, attingendo ad ulteriore studio specialistico (cui si fa rinvio per gli approfondimenti)⁷⁴.

Tirando le somme di quella rassegna, innanzitutto, a livello di affermazioni generali, si distinguono (sia pur sommariamente) almeno tre impostazioni: l'una, vertente sulla situazione giuridica soggettiva; l'altra, sul potere autoritativo correlato alla situazione soggettiva (che, come tale, tenta di riprodurre l'operazione integrativa avanzata dal Legislatore); l'altra ancora, che s'incetra sulla presenza (o meno) di un esercizio discrezionale. Salvo rilevare (per intanto): da un lato, la tendenza a dare 'per scontata' la distinzione fra situazioni giuridiche soggettive; d'altro canto, certa incongruenza (concettuale e sistematica) riferita all'esercizio amministrativo (a seconda che il 'potere autoritativo' venga inteso, indifferenziatamente o meno, come discrezionale o vincolato).

Laddove, quando si valuti il sottostante livello 'applicativo', pare che la giurisprudenza chiamata ad esprimersi circa il sussistere (o meno) della giurisdizione amministrativa: ondivagamente indulga ad una sorta di *favor* verso l'un criterio (situazione giuridica soggettiva) o l'altro (collegamento della fattispecie con un formale provvedimento amministrativo); peraltro, stante la natura (come univocamente intesa) di tutela complementare rispetto al rimedio demolitorio, per 'forza attrattiva' trascinando la soluzione di riparto relativa alle questioni risarcitorie per pregiudizi derivati da atti autoritativi⁷⁵; salvo dover 'stigmatizzare' sulle incertezze che si determinano nell'assumere, quale *causa petendi* dell'azione di danno, l'illegittimi-

⁷³ Evidentemente, salvo quanto previsto dalla Costituzione in ordine all'individuazione degli organi deputati all'esercizio della funzione giurisdizionale (segn. art. 102 ed art. 103), ci si riferisce: all'art. 1 c.p.c. ed all'art. 2907 c.c.; all'art. 37 c.p.c.; all'art. 386 c.p.c.; all'art. 7, comma 1, D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (cd. Codice del processo amministrativo).

⁷⁴ P. COTZA, *Sulla giurisdizione amministrativa esclusiva. Implicazioni di una riflessione intorno ai principali criteri fondanti in punto di 'riparto'*, in *amministrati@mente*, 2024, p. 1575 s.

⁷⁵ Salvo l'orientamento complementare, esempi del quale sono riportati nella nt. seg., valga di rinviare a: Cass. civ., sez. un., Ord. 6 febbraio 2023, n. 3486; Cass. civ., sez. un., 30 giugno 2023, n. 18540.

tà del provvedimento della pubblica amministrazione (se debba ricorrere o meno un nesso 'causale', immediato e diretto)⁷⁶.

Non paiono puntualizzazioni dirimenti, con riguardo al criterio del collegamento della fattispecie con un formale provvedimento amministrativo: né il riferimento (omologo) all'atto autoritativo come (generico) 'oggetto' della controversia⁷⁷; né quello al rapporto (diretto od indiretto) col pregiudizio, corrispondentemente identificando l'oggetto principale della cognizione nell'atto autoritativo od altrimenti. Così, è dato di leggere che, «al giudice ordinario non è attribuita la cognizione di controversie aventi come *oggetto principale* la legittimità di provvedimenti amministrativi che siano la *fonte diretta* della lesione lamentata. Di talché, ne consegue che in siffatte ipotesi il giudice ordinario non possa neanche disapplicare il provvedimento che viene in considerazione non in via indiretta, nell'ambito di un rapporto il cui oggetto principale è altro, bensì come *fonte diretta* della lesione»⁷⁸. Infatti, onde segnare i termini di confine del riparto di giurisdizione, anche senza contare l'assetto impresso dal vigente dettato costituzionale, sarebbe (quantomeno) anacronistico l'argomento che mutui una disciplina (artt. 2, 4 e 5, L. 20 marzo 1865 n. 2248, all. 'E', sul contenzioso amministrativo): apprestata ben prima che si affermasse la giurisdizione amministrativa e si forgiasse la figura dell'interesse legittimo; eppertanto, inerente ad un difetto di giurisdizione non 'relativo', ma 'assoluto' (al cospetto di una rigida considerazione del principio di separazione dei poteri dello Stato e del contrappunto della riserva di amministrazione); oltretutto superata, nella sua letterale interpretazione, sin dai primi anni del Novecento, sulla scorta dell'argomento logico per cui il Giudice ordinario non può conoscere, dell'effetto lesivo sul diritto soggettivo, se gli viene precluso d'indagare e decidere sulla legittimità dell'atto amministrativo che si vuole causa del pregiudizio stesso⁷⁹.

Ragion per cui:

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

rivisitato il rilievo della 'prospettazione' in un contesto epistemologicamente evoluto di considerazione delle condizioni dell'azione⁸⁰;

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

Non foss'altro perché: avuto riguardo alla giurisprudenza secondo cui l'oggetto della domanda andrebbe colto dal Giudice per come formulato dalla parte (segn., in termini di richie-

⁷⁶ In senso affermativo: Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2023, n. 2069; Cass. civ., sez. un., Ord. 7 aprile 2023, n. 9528.

⁷⁷ Cass. civ., sez. I, Ord. 8 maggio 2023, n. 12019.

⁷⁸ Così Trib. Catanzaro, sez. II, Ord. 27 giugno 2023. Cfr. pure Cass. civ., sez. un., Ord. 6 febbraio 2023, n. 3496.

⁷⁹ Così Cass., sez. un., 7 gennaio 1904, in *Giur. it.*, 4, I, col. 234 s.

⁸⁰ P. COTZA, *Nuove frontiere della legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, in *amministrativ@mente*, 2024, p. 1521 s.

sta, 'in via diretta' o meno, di annullamento di un atto amministrativo⁸¹); quel contributo pare poco edificante, dal momento che rende sterile l'apporto valutativo del giudice, come indissociabile dalla questione di merito. Non per caso (rinviando, al prosieguo metodologico della trattazione, per maggiori ragguagli) si afferma che «la giurisdizione si determina sulla base della domanda e, ai fini del riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, ciò che rileva è il "petitum" sostanziale, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della "causa petendi", ossia della *natura giuridica della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico sotteso alla pretesa avanzata*»⁸².

Solo alla luce di tale 'interludio' pare dunque opportuno di riprendere il precedente discorso dogmatico, per incentrarlo sui due punti 'deboli' messi in mostra dalla precedente disamina di giurisprudenza: del potere (autoritativo) e delle situazioni giuridiche soggettive. Salva una doverosa appendice di estrazione metodologica e teoretica.

Il moltiplicarsi delle occasioni di contatto fra la sfera d'interessi del singolo ed i 'pubblici poteri', riscontrabile nel contesto di esperienza recato dalla 'modernità', implica una adeguata 'complessità incrementale' dell'ordinamento (specie in termini di 'apertura al futuro') e, con essa, un pari sostegno concettuale e di sistema. Quest'ultimo, pur senza misconoscere il 'valore' di cui si fa portatrice (di volta in volta) la Legge, assume ormai il problema come fondamentale criterio euristico: principio di organizzazione (funzionale) di un dato 'positivo' (per quanto testé accennato in termini di 'apertura') sempre più improntato allo schema 'consequenzialista' (come alternativo a quello 'ipotetico-casuistico'), giacché assolve a compiti di regolazione d'interessi dalla progressiva definizione 'sul campo' (a misura di altri) ed è sensibile agli effetti concreti. Ciò, evidentemente, anche sul versante della tutela eppertanto, processuale⁸³.

4.1. Rilevanza del 'potere pubblico' per via delle sue dinamiche

Su queste basi, può cominciare col dirsi che non torna utile di avvalersi in genere di una nozione di potere 'in senso statico' (comunque riconducibile a quella di condizione del soggetto che non ha il dovere di omettere l'atto, di compiere quello contrario), tenuto conto che: pur avuto riguardo alla sua matrice sociale⁸⁴; 'in positivo', non va oltre un rilievo giuridico

⁸¹ Cons. Stato, sez. VII, 7 febbraio 2023, n. 1324.

⁸² Ultimamente il concetto è ribadito da Trib. Lamezia Terme, sez. unica, 1° settembre 2023, n. 691. Riferimenti più espliciti si rinvencono: in Cons. Stato, sez. VI, 28 aprile 2023, n. 4271 (ove si ribadisce che la valutazione della giurisdizione va effettuata "sulla base della domanda"), ma soprattutto in Cons. Stato, sez. VI, 28 aprile 2023, n. 4273 (ove si esclude espressamente che, ai fini del riparto, rilevi la 'prospettazione delle parti', dovendosi avere riguardo invece al 'petitum sostanziale' in funzione della 'causa petendi' ossia dell'intrinseca natura della posizione giuridica soggettiva dedotta in giudizio).

⁸³ P. COTZA, "Viatico" di metodo per un diritto amministrativo della modernità. *Ridislocazione del punto di vista dottrinale sul versante della tecnica (dalla fattispecie estensionale alla discrezionalità pura, passando attraverso il "tipo normativo di problema")*, Cagliari, Edizioni Giuridiche, 2023.

⁸⁴ Nella duplice accezione per cui: «1) non v'è società (collettività stabile e organizzata) senza potere, come non vi è potere senza società; 2) una società può venir (ed è) descritta come un sistema articolato di poteri, provenienti tanto dall'alto quanto dal basso» (così S. COTTA, *Potere e Autorità*, in *Il problema del potere - atti del seminario di studi dell'Unione giuristi cattolici italiani*, raccolti in *Quaderni di Iustitia* -, Milano, 1986, p. 9 s.).

‘di senso’, riconducibile alla «posizione [o attitudine] del soggetto (o organo) che è in grado, secondo l’ordinamento, di produrre unilateralmente effetti cui il destinatario dell’atto [consapevole] di esercizio del potere medesimo non può sottrarsi»⁸⁵.

Ciò non significa necessariamente che l’idea di potere sia inconferente sul piano giuridico. Non è tale in termini assoluti, benché resti ancora controverso se vi possa trovar utile compendio una fenomenologia tanto estesa ed eterogenea da ravvisarvi persino il tratto saliente (quando non consustanziale) della ‘grande dicotomia’ pubblico/privato⁸⁶; tanto più che, persino sotto il primo versante, complice il diffondersi di forme contrattualizzate, si registra certa tendenza a convertirlo parzialmente (da autoritativo) in ‘servizio’ (*rectius*, ‘funzione’), quale attività svolta nell’interesse altrui (del cittadino). Ma quell’inconferenza non è ravvisabile neppure in relazione al discorso dogmatico che occupa il presente scritto.

Anzi, proprio in corrispondenza di quest’ultimo versante, pare proficuo di concentrare la speculazione: sulle relative ‘dinamiche di legittimazione’ (potere quale fenomeno - se non ‘pura energia’ - reggente in genere i processi di trasformazione dell’ordinamento⁸⁷); pur senza spingersi sulle accezioni (esposte all’obiezione di risolversi in tecnicismi) di ‘situazione soggettiva’ come di ‘diritto di azione’⁸⁸.

⁸⁵ E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1983, p. 247. Cfr. pure A. CERRI, *Potere e potestà*, in *Enc. giur.*, Roma, p. 2.

⁸⁶ A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 559 s.

⁸⁷ A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, p. 966, segn. p. 980; ID., *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali Messina*, 1981, p. 406; ID., *Sull’autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. soc.*, 1991, p. 51 s.

N. PAOLANTONIO, *Esistenza dell’interesse legittimo? Rileggendo Franco Ledda*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 1 s., segn. pp. 43-45. Per una concezione del potere come “energia” in senso dinamico, G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 266 s.

⁸⁸ Nell’ambito della ‘dogmatica’ moderna è merito di A. THON, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, Weimar, 1878, p. 325 l’aver distinto il potere di disporre dal diritto soggettivo (la forza che scaglia il sasso dal sasso medesimo, secondo la sua suggestiva metafora) fino a quel momento confusi nel concetto, generico ed unitario, di “signoria della volontà” (cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2 ed., I, Frankfurt am Main, 1906, p. 856, il quale muove nella direzione di un assorbimento del potere giuridico nel diritto; all’opposto di L. DUGUIT, *L’Etat et le droit objective*, Paris, 1901).

Configurano il potere come situazione giuridica, soggettiva: A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, p. 122 s.; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 165 s.; F.G. COCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, pp. 92 s., 96, 104. Per una netta differenziazione del potere rispetto alle situazioni soggettive, giuridiche ed al diritto soggettivo in particolare: G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, p. 241, segn. pp. 238-239, 241-242-243 (*ivi*, nntt. 7-8), 247, 249, 253; con puntualizzazioni dello stesso G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, p. 101 (già in *Dizionario amministrativo* - a cura di G. Guarino -, I, Milano, 1983, p. 101). Cfr. pure: A. CERRI, *Potere e potestà...*, pp. 3 e 6, con ampia rassegna di pronunzie della Consulta; L. FERRARA, *Statica e dinamica nell’interesse legittimo: appunti*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 465, ora anche in *Colloquio sull’interesse legittimo* -atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013-, Napoli, 2014, p. 105 s., segn. pp. 109-110; E. GARBAGNATI, *Diritto soggettivo e potere giuridico*, in *Jus*, 1942, p. 226; E. CANNADA BARTOLI, *Vanum disputare de potestate: riflessioni sulle origini del diritto amministrativo*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, III, Milano, 1988, p. 189; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere (la prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale)*, Padova, 1989; G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992. Sul concetto di potere amministrativo, più recentemente sono tornati: G. POLI, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L’interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012, p. 115 s.; A. LENER, *Potere* (in generale). b) *Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 610 s., pp. 640-641. Sull’eterogeneità delle tesi in

Ciò, in vista: di un riscontro (sul piano dell'idoneità funzionale) da parte dei destinatari; come (in definitiva) della calibratura del sindacato, utile onde definire (in termini più precisi) i confini fra giurisdizioni. Temi, questi ultimi, sui quali ultimamente il dibattito si è riaperto, ma: con esiti discutibili; in particolare, senza riuscire a superare le consuete formule evocative (effettività e/o pienezza della tutela) del termine (oggetto) cui il precetto giudiziale si riferisce, in modo da verificare i margini attuali di un riesercizio del potere pubblico⁸⁹.

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

Le formule di legittimazione oggettiva non possono che attenere invece, in senso stretto, a ciascuna singolarmente delle decisioni adottate dal titolare di un potere che, per quanto dotato di una incontestabile investitura, non è in grado di ottenere efficacemente, su questa sola base, adesione e consenso»⁹⁰.

Per quel che maggiormente rileva ai fini della presente trattazione, valga di sostare su di un susseguente ordine d'implicazioni della vicenda di oggettivazione del potere: di particolare rilievo sul versante pubblicistico ed attinente al porsi (accanto ad una questione di 'effettività' - capacità di fare -) di un problema di 'efficienza' (quanto a possibilità di ottenere)⁹¹. In quest'ottica, l'aggiornamento su di una nozione utile di potere (attribuito ad un organismo) pubblico è così sintetizzabile: «*quel che appare definitivamente consumata ... è l'originaria capacità del potere pubblico di ottenere legittimazione, attraverso il richiamo alla corretta investitura del titolare, per una serie indefinita di decisioni - potenzialmente: per tutte quelle adottate entro i confini della propria "competenza" dal legittimo detentore -. Che è poi ... la saliente caratteristica - operativa, quindi definitoria - del potere legittimato soggettivamente.*

*In questo senso, l'identificazione tra potere pubblico e potere legittimato obiettivamente risulta ... già oggi plausibile»⁹². Così, in quanto (per ciò solo) funzionalizzato *id est*, "doverosamente" diretto allo scopo di cura dell'interesse pubblico, del potere pubblico s'impone una "rivisitazione" (al pari della "buona amministrazione") sul piano (piuttosto che della doverosità) del vincolo modale di esercizio, quale (precario) *plafond* legittimativo⁹³.*

punto d'interesse legittimo, quali orbitanti attorno alla nozione di potere, A. FIORITTO, *Gli interessi legittimi come fonte dell'ingiustizia amministrativa*, in Catelani-Fioritto-Massera, *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa?*, Napoli, 2011, p. 35 s., segn. pp. 39-40.

⁸⁹ Cfr. nell'ordine: M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018; A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel processo amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio del processo amministrativo)*, Torino, 2020; M. TRIMARCHI, *A proposito di Potere e situazioni soggettive nel processo amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio del processo amministrativo)* di Andrea Carbone, in *Dir. proc. amm.*, 2021, p. 831 s.; A. CARBONE, *Dialogo sul potere con Michele Trimarchi*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, pp. 244 s., 276 e 280.

⁹⁰ ROMANO TASSONE, *A proposito del potere...*, p. 568.

⁹¹ COTTA, *Potere e Autorità...*, p. 11.

⁹² ROMANO TASSONE, *A proposito del potere...*, pp. 572-573.

⁹³ A partire da E. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 293 s., segn. pp. 300, 302, 306.

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

Quanto esposto, pur assolvendo al compito di superamento di certa nozione di potere, almeno come metafora da impiegare nel misurarsi col problema della giurisdizione amministrativa, non è certo sufficiente al fine di fondare la *pars construens* del relativo discorso. Peraltro, all'uopo: se il progressivo prevalere di modalità dell'azione amministrativa su base oggettiva ha finito col rispondere ad istanze di 'garanzia invertita' (in favore del cittadino); ben s'intuisce come mai la centralità del problema si sia spostata (ed allargata) sul tema della legittimazione (*an prima che quomodo*) dell'interesse pubblico corrispondentemente al punto di vista dell'amministrato cui ci si può momentaneamente riferire in termini di 'legittimo interesse' (in senso lato) per rifarsi ad una locuzione di marca prettamente 'comunitaria-unionista' che scongiura il rischio di condizionamenti derivanti dal *proprium* dell'esperienza italiana.

Su tale falsariga, va osservato che ormai ci si è addentrati in una fase storica in corrispondenza della quale, ad una società tecnicizzata ed in rapida trasformazione, hanno corrisposto: sia una relativizzazione del problema 'strutturale' di disciplina posto dall'indeterminabilità del futuro; sia un tendenziale avvicinarsi al *fondazionalismo* del *proceduralismo*⁹⁴; da quest'ultimo risultando traibile persino una parte dei valori etici e politico-costituzionali, dominanti⁹⁵.

In quest'ottica, si potrebbe convenire su di un progressivo emanciparsi dall'indicato approccio 'volontaristico' (fondato sulla *voluntas legis*).

Beninteso, si è consapevoli che: il dato 'positivo' vada costantemente inteso quale principale 'formante' di riferimento; altrimenti, restandosi esposti alla censura d'"inversione di metodo" (d'introduzione surrettizia di principi di 'giudizi determinativi' avvalendosi di concetti).

Nondimeno, ben si dovrebbe cogliere (giurisprudenza 'alla mano') la centralità che assumono, sul piano della qualificazione, le differenti 'sedi' (applicative) presso le quali viene trattato (risolvendosi il contesto globale di esperienza giuridica⁹⁶) l'intreccio dell'ordinamento giuridico (alla stregua di un complesso di regole) con la trama delle relazioni fra i portatori degli interessi ed i beni o le situazioni (accessibili). Ciò, corrispondentemente a quanto risulta avvalorato dai più avanzati studi di ermeneutica giuridica in termini di rapporto (non lineare, sul presupposto di un significato oggettivo, preesistente cui l'interprete avrebbe accesso,

⁹⁴ L. LOMBARDI VALLAURI, *Introduzione filosofica generale*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Procedura, procedimento, processo*, atti del convegno tenutosi ad Urbino, nei giorni 14 e 15 giugno 2007, Milano, Cedam, 2010, p. 3 s.

⁹⁵ A. GIULIANI, *Ordine isonomico e ordine asimmetrico: "nuova retorica" e teoria del processo*, in *Soc. dir.*, 1986, p. 81 s.

⁹⁶ Ci si riferisce *in primis* a quella processuale, nella quale si rinvergono sia il diritto che il fatto concreto: dinamicamente (e così) indissociabili, «*perché l'accertamento del fatto è già diritto, o se si vuole il fatto è intrinsecamente giuridico*» (S. SATTA, *Giurisdizione – II. Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 218-219). Ma altrettanto può concludersi con riguardo alla sede *procedimentale*, "al netto" della circostanza per cui l'operazione logico-decisionale non si traduce in un *giudizio* (necessariamente nella composizione di una controversia - *op. ult. cit.*, p. 223 -).

bensì) circolare fra diritto e fatto, quale imprescindibile argine al dilagare delle precomprensioni⁹⁷.

Gli è allora che resta comune il fondamento della comprensione nel processo applicativo: esso si traduce in quel 'nesso dialettico' (moto circolare) che dal 'diritto' (*quaestio juris*) conduce al 'fatto' (*quaestio facti*) per tornare al primo. In altri termini, ogni giudizio (quale esso sia) è prospettabile non come un *quid a sé stante*, bensì come il risultato di un'attività (non solo sotto un aspetto statico, ma anche in una visuale dinamica): considerando la comprensione come un momento 'essenziale ed ineliminabile' nella complessa operazione di applicazione della legge ad un caso concreto⁹⁸. Solo aderendo allo schema logico-circolare di comprensione-applicazione, si è in grado di apprezzare che il giudizio logicamente non anticipa

⁹⁷ MIGLIORINI, *Alcune considerazioni*, cit., p. 290. Peraltro, si è progressivamente infoltita la schiera di quanti riprendono a favore di uno schema non lineare (sul presupposto di un significato oggettivo, preesistente cui l'interprete avrebbe accesso: M.S. GIANNINI, *L'interpretazione*, cit. - di cui dà conto F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2000, p. 1045 ss., segn. pp. 1046 e 1053 ss. -; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* -dir. da Cicu-Messineo-, Milano, Giuffrè, 1980), bensì circolare (E. CASSETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 503 ss., segn. p. 505) per via di un "dialogo coerente", nella consapevolezza del reciproco condizionamento (anche in termini di "precomprensione" del giurista) fra la disposizione normativa ed il contesto in cui trova applicazione, dal quale non può artificiosamente dissociarsi (GALETTA, *Violazione*, cit., p. 95). All'uopo, per i relativi riferimenti, P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, Napoli, 2007, Jovene, par. 1.6. Sulla difficoltà ad operare una separazione fra valutazioni dell'interesse pubblico e completamento od integrazione della norma da applicare: M. LIPARI, *I principi generali dell'istruttoria nel processo amministrativo dopo la legge 205/2000 (le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza)*, in *Dir. proc. amm.* 2003, p. 55 ss., segn. p. 106 ss.; nonché P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi*, cit., p. 293 ss.). Sul piano epistemologico può rinviarsi, rispettivamente, a: M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, tr. it. Torino, 1969; nonché F. SCHLEIERMACHER, *Etica ed ermeneutica*, tr. it. Napoli, 1985 e H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, tr. it. Milano, 1988 - sul cui pensiero si sofferma G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza -i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer-*, Milano, 1984 -. Occorre prendere atto che la conoscenza, intesa come evento, quale ne sia la forma (spiegazione causale per le scienze naturali, comprensione -a seguito d'interpretazione- per le scienze dell'uomo), è preceduta e determinata costantemente dalle "proiezioni di senso" discendenti, se non dalla "soggettività", dalla partecipazione dell'individuo ad un "senso comune" fatto di giudizi e concetti che, rappresentandone il suo "habitat sociale", profondamente lo influenzano. La sua produttività ermeneutica è tanto meglio garantita quanto più l'interprete è riuscito a spezzare "il cerchio delle proprie private presupposizioni". Sulla precomprensione cfr. pure: L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, pp. 3 e 19; GADAMER, *Verità...*, pp. 265 e 307.

⁹⁸ Cfr.: L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 10-12, 19-20; GADAMER, *Verità*, cit., pp. 350 ss., 360 ss.; T. ASCARELLI è stato il precursore di quella tesi che presuppone la distinzione fra testo e norma (*Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, nonché - con aggiunte- in *Problemi giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1959, p. 140 ss.); G. ZACCARIA, *Indirizzi della filosofia e della teoria giuridica contemporanea: una mappa*, in *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 1990, pp. 19 e 164; J. ESSER in *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt a.M., 1972 (tr. it., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, a cura di Patti-Zaccaria, Napoli, Esi, 1983); F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., 201 ss. Ciò comincia a far breccia anche nello specifico dato di esperienza laddove, in tema di verifica della difformità (o meno) dall'ordinamento dell'atto sottoposto a riesame, va segnalata la raccomandazione secondo cui la condizione di conformità deve potersi apprezzare nel senso (circolare) che «le situazioni di fatto da considerare si configurino in modo tale da consentire di ricondurle entro i confini di una corretta applicazione delle norme giuridiche di cui si doveva applicazione» (Cons. St., IV, 10 giugno 2004, n. 3719, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2004, p. 1675).

la determinazione volitiva, ma con essa s'identifica, progressivamente definendosi. Altrimenti, nell'ottica della teoria logicistica della decisione (che la equipara ad un sillogismo pratico⁹⁹), la duplicazione delle fasi (posizione della regola del caso concreto e determinazione della susseguente decisione) si rivela non solo una inutile complicazione¹⁰⁰, ma (quel che è peggio) un'aberrazione del processo.

Tentando di ricavare una sorta di 'precipitato' specialistico dalle osservazioni sinora condotte, pare di poter sostenere che l'indiscriminato riferimento legislativo al 'potere' (di cui all'art. 7 cit. c.p.a.) è ultroneo: nella misura in cui stride con i canoni di teoria della norma secondo i quali, quando quest'ultima si conformi allo schema ipotetico-casuistico, cui corrispondono l'azione amministrativa vincolata ed il 'contrattare' della situazione di diritto soggettivo, vi è spazio solo per il rapporto 'norma-fatto'¹⁰¹; dunque, con esclusione del 'potere' (che, come tale, non può che essere discrezionale).

In quest'ottica, il riferimento all'esercizio autoritativo non è però superfluo: nella misura in cui serve a ricondurre il *proprium* della giurisdizione amministrativa a disposizioni rispondenti allo schema consequenzialista ('norma-potere-fatto') eppertanto, ad un agire discrezionale cui è correlata la figura dell'interesse legittimo. Nella medesima ottica, va inteso il riferimento ad "atti costituenti esercizio di poteri autoritativi e discrezionali"¹⁰².

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

In tale contesto, vien fatto d'interrogarsi quanto alle espressioni 'teoricamente possibili' della legalità: se esse siano compendiabili secondo l'alternativa 'esecutiva'/'teleologica', come deporrebbe anche il dato 'positivo' laddove sancisce (all'art. 1, L. n. 241/1990) il risolversi della legalità nel perseguimento dei 'fini determinati dalla legge'¹⁰³; se (altrimenti), il 'problema politico' non sia risolvibile esclusivamente nella sede legislativa (sì da tradursi in 'problema amministrativo'¹⁰⁴). Così: assumendo centralità lo scopo d'interesse pubblico 'non di parte' (in quanto espressione di un punto di vista che non è quello dell'"apparato" - astrattamente dell'atto-attività, del potere -)¹⁰⁵; altresì, potendo assumere rilevanza, nel concreto,

⁹⁹ E. CANNADA BARTOLI, *Decisione amministrativa*, in *Nov.mo Dig. it.*, V, Torino, Utet, 1960, p. 268.

¹⁰⁰ B. CROCE, *Filosofia della pratica: economica ed etica*, Bari, Laterza, 1923, segn. pp. 27-28; ma cfr. pure, ID., *La storia come pensiero e come azione*, Bari, Laterza, 1965). Per la rilevanza del pensiero crociano sui problemi di storia e scienza del diritto, G. CASSANDRO, *Storia e diritto -un'indagine metodologica-*, in *Riv. st. dir. it.*, 1966, p. 5 ss. Cfr. pure: P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, ora in *Studi sul processo civile*, V, Padova, Cedam, 1947, p. 41; LUIGI (GINO) GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, Giuffrè, 1941; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1970, p. 41.

¹⁰¹ In linea, Trib. amm. reg. Puglia, Bari, sez. II, 2 settembre 2023, n. 1095.

¹⁰² *Ex multis*, in Cons. Stato, sez. V, 24 agosto 2023, n. 7929.

¹⁰³ A. CIOFFI, *Il problema dell'interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 127-128.

¹⁰⁴ A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2018, pp. 551 s., 554-555.

¹⁰⁵ SANTI ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, ora in *Scritti minori*, Milano, 1950, I, pp. 90 s., 96.

interessi ulteriori. Non per caso, tale evenienza non si configura fintantoché restano insuperate le tradizionali precomprensioni (non solo teoretiche, con riferimento allo schema normativo di riferimento, ma altresì) epistemologiche, quanto alla trascuratezza del giurista verso l'interesse pubblico, per via di certa propensione a "trattarne" separatamente rispetto all'interesse legittimo sostanzialmente inteso¹⁰⁶. Ciò, a sua volta, si spiega con due ordini di ragioni.

Innanzitutto, per via della teorica in forza della quale nel processo amministrativo (giuridicamente) si farebbe questione del solo interesse pubblico 'di parte' o dell'interesse legittimo come coincidente col primo (da cui "riceve[rebbe] la vita"), così riducendo il secondo al rango di mera prerogativa di reazione nei confronti del provvedimento illegittimo (tale da "sdoganare" la proposizione del ricorso giurisdizionale da parte dell'interessato¹⁰⁷). Risponde al vero che tale tesi ha raccolto un seguito minoritario¹⁰⁸; pur trattandosi della più raffinata fra quelle originatesi dalla medesima costola, per cui l'unica situazione giuridica, soggettiva, sostanziale, logicamente ammissibile, sarebbe il diritto soggettivo¹⁰⁹. Ma ciò si spiega in ragione delle obiezioni tradizionali che si appuntano: su di una concezione rigidamente compartimentale ("a tenuta stagna") quanto alla distinzione tra 'norme di relazione' e 'norme di azione', e quindi tra illiceità ed illegittimità; sull'asserto secondo cui il processo amministrativo tutela soltanto l'interesse pubblico individualizzato nell'amministrazione¹¹⁰. In particolare, da decenni (ormai) la dottrina ha posto l'accento sulla giuridica implausibilità sia della tesi secondo la quale le norme 'di azione' sarebbero poste a tutela del solo interesse pubblico, sia di quella per cui l'interesse sostanziale dell'individuo possa ridursi a mero fatto di legittimazione¹¹¹.

Il secondo ordine di spiegazioni di una trattazione separata dell'interesse pubblico rispetto all'interesse legittimo sostanzialmente inteso, può così articolarsi: per via della connotazione "anfibia" di un raffronto (l'interesse legittimo designando una situazione giuridica, quello pubblico un interesse sostanziale giuridicamente rilevante come fine¹¹²); altrimenti, identificando l'interesse legittimo con un sotteso interesse sostanziale, privato, in ragione dell'inammissibilità di una "correlazione" con un interesse (quello pubblico) individuato normativamente, dato che «laddove arriva la legge la definizione del rapporto fra gli interessi è per intero assorbita al suo livello senza spazi residui» (subordinazione dell'uno o dell'altro) eppertanto, sarebbe da escludere una situazione giuridica strutturalmente distinta dal diritto soggettivo

¹⁰⁶ Onde spiegare lo scarso approfondimento riservato alla nozione di "interesse pubblico": E. CANNADA BARTOLI, *Interesse* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 1 s.

¹⁰⁷ E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi della giustizia amministrativa* (prolusione al corso di diritto amministrativo pronunciata il 14 dicembre 1936), in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, p. 51 s. (ora in ID., *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, p. 10).

¹⁰⁸ A. GLEIJESES, *Profili sostanziali del processo amministrativo*, Napoli, 1962, pp. 27-29, segn. p. 32 s., parla dell'interesse legittimo come (di una situazione soggettiva) coincidente con quello pubblico.

¹⁰⁹ F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d. (1910), p. 3.

¹¹⁰ S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, pp. 251-255. Quanto alla dubbia accettabilità della distinzione fra norme di azione e di relazione sul piano della teoria generale: M.S. GIANNINI e A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 229 s., segn. p. 282.

¹¹¹ A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, I, pp. 6-7 s.

¹¹² M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, pp. 76, 80-81.

vo¹¹³. Gli è tuttavia che quest'ultima tesi neutralizza la (possibilità di) correlazione (al pari dell'idea d'interesse pubblico in concreto) con meri espedienti verbali (es., 'vincolo di scopo', inteso come volto a perseguire non un interesse pubblico, ma interessi obiettivati e già formalizzati in una regola - legge o atto amministrativo -, a prescindere dai singoli e concreti aspetti che costituiscono i motivi della manifestazione di volontà dell'amministrazione¹¹⁴); sì da concludere risolutamente nel senso dell'"irrelevanza della nozione di interesse pubblico nella qualificazione delle situazioni soggettive"¹¹⁵. Così facendo, però, il medesimo costrutto pare prestar il fianco a due ordini di obiezioni.

Innanzitutto, se l'art. 97 Cost. fonda, ad un tempo, la compiuta risoluzione dell'interesse pubblico nell'ordinamento e, mediante la nozione di legittimità 'allargata', il contenuto dell'interesse legittimo ("che non è possibile definire che in relazione all'interesse pubblico siffattamente risolto"): non solo vi si coglie l'essenzialità della prospettiva di giustizia per la comprensione del diritto amministrativo¹¹⁶; ma ne risulta 'sconfessata' qualunque interpretazione ritualistica della legalità, sì da farne emergere gli aspetti sostanziali¹¹⁷. In definitiva, si tratta di condurre l'interesse legittimo, dalla condizione di 'testa di ponte' della legittimità in certa area del merito (eccesso di potere), a strumento di massimizzazione della legalità stessa in chiave di tutela (intervenendo principalmente su entrambe le leve - processuale e procedimentale -).

In secondo luogo, quella tesi 'tradisce' una concezione di regola giuridica invariabilmente attestata secondo lo schema (imperativo - al più nella sua versione finalistica - *id est*) ipotetico-casuistico¹¹⁸. La risposta al dilemma concettuale di partenza sembra allora doversi ricercare altrove: prendendo spunto dall'irriducibilità, allo schema testé indicato, delle disposizioni di matrice 'conseguenzialista'; sì da dover ricorrere ad una nozione epistemologicamente 'matura' d'interesse pubblico: non come appartenente (in via esclusiva) all'amministrazione, bensì visto nella dinamica della sua determinazione e quindi nella confluenza dei vari interessi che in tale dinamica sono coinvolti, compresi quelli degli amministrati; quale quella suffragata dalle accennate logiche dei meccanismi decisionali (interpretativo-applicativi) e del "circolo ermeneutico"¹¹⁹.

¹¹³ A. ORSI BATTAGLINI e C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 487 s., segn. pp. 496-497.

Cfr. pure: R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, I, col. 3201 s., segn. col. 3212; M. PROTO, *La responsabilità dell'amministrazione per lesione di (meri) interessi legittimi: aspettando la Consulta*, nota a Corte cost., ord. 8 maggio 1998 n. 165, in *Resp. civ.*, 1998, p. 966 s.

¹¹⁴ Così, sia pur nei confronti di atti di diritto privato, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, pp. 160-164. Cfr. pure P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, Napoli, 2007, par. 3.9.3.

¹¹⁵ Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, "L'astratta e infeconda idea". *Disavventure dell'individuo nella cultura giurispubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico* (AA.VV.), Bologna, 1990, p. 11 s., segn. p. 73.

¹¹⁶ E. CANNADA BARTOLI, *Interesse* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 18.

¹¹⁷ Giova di richiamare un passo di E. CANNADA BARTOLI, *Interesse...*, pp. 9 e 19.

¹¹⁸ L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, p. 274 s., segn. p. 290.

Detto altrimenti, come conferma il dato globale di esperienza, non esiste alcun interesse, individuato da qualche disposizione normativa, che, nel contesto dell'agire concreto, non si trovi variamente connesso ad altri (i quali ultimi, a loro volta, anche in mancanza di una previsione normativa, non possono non essere ponderati da chi è tenuto ad operare la scelta)¹²⁰. È, allora intuitivo (e plausibile) che «fissare il rilievo e l'importanza di un interesse entro o di fronte una costellazione di altri interessi non è opera di ragione, anche se soggettiva: è già optare per un valore piuttosto che per un altro, equivale già alla scelta e cioè in ultima analisi alla volizione»¹²¹. Dunque, «non ha proprio alcun senso pretendere, come talora s'è fatto, che l'interesse pubblico individuato dalla norma come essenziale, costituisca il fine immutabile e predeterminato, un limite o un vincolo, esterno o interno che sia, dell'attività discrezionale»¹²². Laddove, la sola considerazione del processo ermeneutico-applicativo, secondo uno schema 'circolare' (trovando favorevole sponda epistemologica nell'apporto del 'razionalismo critico' al problema della 'calcolabilità' delle conseguenze della decisione), può garantire al 'farsi' dell'atto una riconducibilità al dato globale di esperienza, (fra l'altro) con corrispondente massimizzazione delle adesioni da parte degli 'interessati'¹²³.

Convenendo con quanto esposto, la conclusione cui può provvisoriamente pervenirsi è così articolabile, tenuto conto che: quello pubblico non è (ormai) un interesse "che incorpora o nega gli interessi privati"¹²⁴; in altri termini, il primo si delinea sempre più nitidamente (e legittimamente) via via che si arricchisce l'esercizio dell'interesse legittimo (da parte dei suoi portatori) a cominciare dal piano sostanziale¹²⁵; ed in quest'ottica, trova favorevole sponda quell'autorevole dottrina secondo la quale (a differenza della coppia diritto-obbligo) «entrambe le situazioni (potere autoritativo e interesse legittimo) vivono nell'ambito di una vicenda dinamica, che mena alla definizione di un (nuovo) assetto di interessi, nel quale si colloca la soddisfazione dell'interesse pubblico e può trovare posto la soddisfazione dell'interesse privato»¹²⁶. Ebbene: se tale simbiosi si rende possibile (solo) in quanto, sul presupposto della (prolungata) assenza di una compiuta disciplina sostanziale (del tipo di quella - *in primis* codicistica - dedicata ai diritti soggettivi), è anche al processo (alle sue forme ed ai suoi contenuti) che occorre attingere onde ricostruire i caratteri dell'interesse legittimo¹²⁷; se l'ordinamento si contraddistingue in tal senso per il riconoscimento (sia pur in forme e sedi diverse) della 'plurisoggettività

¹¹⁹ L. BENVENUTI, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Milano, 2017, pp. 122 s., 289. In tal senso, già A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 65, segn. p. 77.

¹²⁰ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 97. Cfr. pure A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962, II, p. 320, nt. 111.

¹²¹ F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., p. 220 ss., segn. pp. 226-227.

¹²² A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 65 ss., segn. p. 77.

¹²³ F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., pp. 227-228. Cfr. pure P. COTZA, *Potere autoritativo*, cit., parr. 1.2.1. e 1.4. (*ivi*, testo corrispondente a nt. 188).

¹²⁴ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 122; R. MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza al provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 1987, p. 84 ss.

¹²⁵ F.G. SCOCA, *Interessi protetti -dir. amm.-*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, Treccani, 1990, p. 11.

¹²⁶ F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 399-400. Sul procedimento quale luogo per eccellenza della dinamica, G. PASTORI, *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in U. Allegretti, A. Orsi Battaglini e D. Sorace (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, Maggioli, 1987, p. 805 ss.

¹²⁷ *Ex pluribus* L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi*, cit., pp. 57, 84-86 e 90. Cfr. pure G. CORREALE, *Struttura del processo amministrativo e situazione fatta valere*, Caserta, Russo, 1978.

dell'interesse legittimo' e di uno strumentario di tutela consono alla varietà del sistema¹²⁸; cade il duplice assunto (ancora ricorrente) di una estrazione esclusivamente 'volontaristica' dell'interesse legittimo, al pari di una trattazione separata dell'interesse pubblico rispetto al primo.

A tal punto, sembra potersi giungere ad una prima conclusione in ordine all'oggetto del giudizio amministrativo: come non giova l'identificazione né con metafore quale quella del potere amministrativo, né con un provvedimento del quale si debba verificare la formale legittimità; tale deve reputarsi piuttosto (l'interesse pubblico concreto come indissociabile dal)l'interesse legittimo (in quanto di quello esprime il punto di vista del cittadino).

4.3. Primato del dovere(-obbligo) sul diritto soggettivo e riflessi teoretici in punto di situazioni giuridiche

Tutto ciò però implica, sempre in chiave di correlazione, anche il superamento di una pregiudiziale differenziazione assoluta dell'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo; senza per questo dover sposare una soluzione 'negazionista', stanti la dicotomia strategica "delle regole / della funzione" (per l'appunto, quale riflesso dell'orizzonte normativo' di riferimento), come pure l'infondatezza della tesi che vorrebbe escludere la possibilità di differenze a livello strutturale per via di certa omologazione delle tecniche di tutela (sulla scia dell'insegnamento del Guicciardi).

Gli è, piuttosto, che ad un ormai variegato dato globale di esperienza non può non corrispondere un'articolazione delle situazioni soggettive, giuridiche, sui versanti tanto del diritto soggettivo, quanto dell'interesse legittimo¹²⁹. Solo che quella diversificazione deve essere reimpostata, in chiave unitaria, alla luce del superamento di una concezione 'obiettiva' e 'rigida' delle norme giuridiche, come già di alcune delle relative superfetazioni (es., l'interesse semplice' o 'discrezionalmente protetto') la cui connotazione anacronistica ne risulta più evidente¹³⁰.

Così sviluppando il discorso sulla centralità che assumono, in una trattazione sulla giurisdizione amministrativa, le situazioni giuridiche soggettive, pare possa tornar di qualche utilità una rivisitazione di ordine teoretico delle relative questioni: posto che la distinzione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi «*continua a dar filo da torcere alla giurisprudenza, perché i criteri usualmente utilizzati a questo fine non si prestano ad un'applicazione univoca*»¹³¹. Ci s'avvede infatti: della 'relatività positiva' del diritto soggettivo (anche la 'pubblicistica' avendo concordato - riscontri normativi 'alla mano' - che sotto tale *nomen iuris* ha finito ormai per compen-

¹²⁸ G. ABBAMONTE, *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, in *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, atti del XXXVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 1992), Milano, Giuffrè, 1994, p. 137 ss., segn. pp. 137-138.

¹²⁹ In questi termini SORACE, *Notazioni*, cit., p. 3914. Cfr. pure: A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive* (dir. amm.), cit., p. 978; nonché, prima dell'entrata in vigore della Legge generale sul procedimento, cfr. pure M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo?*, cit., segn. p. 473.

¹³⁰ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1958, p. 190.

¹³¹ Così sempre CLARICH, *Il dualismo giurisdizionale...*, p. 227 s. il quale assume a termine d'attacco in particolare (e non per caso) la distinzione fra potere discrezionale e potere vincolato.

diarsi una gamma d'interessi ampia - sotto diversi profili -¹³²); nonché, del reciproco condizionamento con le 'ulteriori' figure (così che ridefinirne una implica la 'ricollocazione' delle altre).

Tuttavia, gli esperimenti condotti tendenzialmente hanno solo contribuito ad assecondare, nei discorsi sull' 'interesse legittimo' (come situazione soggettiva tendenzialmente 'deminuta') un 'taglio tecnicistico' (anche quando dogmaticamente pregevole): per le relative implicazioni, di assimilabilità disagevole da parte dell' "individuo qualunque"¹³³. Si è dell' avviso, invece, che il dichiarato 'approccio' d'indagine possa aver miglior fortuna, consentendo d'impostare più proficuamente quello specifico contesto di esperienza giuridica felicemente sintetizzato come 'problema (del rapporto) amministrativo'.

Procedendo con gradualità, va rilevato innanzitutto come da tempo paia doversi superare (secondo i dettami del formalismo giuridico) l' assunto tradizionale che seguita a riconoscere al diritto soggettivo la dignità di situazione giuridica, "primaria", oltre al *dovere* ed alla *facoltà*: dal momento che la disciplina comportamentale non consente di uscire dai termini di quell' alternativa; laddove l' interesse assume rilievo pressoché esclusivamente quale elemento teleologico del dovere(-obbligo)¹³⁴.

Beninteso, non che s'intenda optare (neppure) per una centralità esclusiva di quella dicotomia. Gli è, infatti, che:

si renderebbe problematica la nozione di dovere e si risolverebbe in una "singolare idea" quella della sua preminenza, se non si soggettivizzasse e personalizzasse l'ordinamento¹³⁵; assume altresì rilievo la distinzione fra *dovere giuridico* (a tenere un determinato comportamento) e *dovere finale* (laddove l'ordinamento vuole che non conseguano certi effetti qualora il comportamento non venga tenuto)¹³⁶;

il ruolo dell' elemento teleologico resta comunque fondamentale, giacché se l'ordinamento impone, ad un soggetto, certo comportamento, è per uno scopo che altro non può essere se non la tutela di un interesse; salvo stabilire esaustivamente le *tipologie* di quest' ultimo¹³⁷.

Nondimeno (ed in definitiva), quell' inquadramento può tornar utile sotto più versanti.

Così, il diritto soggettivo gode di una sua dignità giuridica in quanto: benché non rientri fra le situazioni giuridiche, primarie (il 'dovere' e la 'facoltà' che - per l'appunto - guadagnano il centro del sistema giuridico ontologicamente, sulla base dell' osservazione per cui la di-

¹³² ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive...*, p. 984 s.; S. CICCARELLO, *Doveri di protezione e valore della persona*, Milano, 1988; P. BARTOT, *La motivazione tra vizio formale e tutela sostanziale in giudizio*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 469.

¹³³ Significativamente L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi. Il sindacato sul comportamento della p.A. nella giurisdizione sul pubblico impiego*, Napoli, 1984, pp. 262-263 sviluppa analiticamente la propria nozione di base d' interesse legittimo nell' ordinamento generale.

¹³⁴ Valgano le (pur risalenti) connessioni di CASSARINO, *Le situazioni giuridiche...*, onde spiegare per quale ragione il diritto soggettivo possa considerarsi come situazione "inattiva" (col significato d' "interesse correlato ad un obbligo", o dovere in senso stretto, altrui - pp. 4-6, 11 s., 39 s., 46, 100, 102, 117 e 272 -): al centro del sistema giuridico (a partire dai due aspetti della funzione regolatrice dell' ordinamento, per affermarne quello primario nella composizione dei conflitti d' interessi mediante la disciplina del comportamento), quali situazioni soggettive primarie per eccellenza, distinguendosi il *dovere* dalla *facoltà*. Cfr. pure, *ivi*, p. 14.

¹³⁵ S. PALAZZOLO, *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 289 s., segn. pp. 294-295.

¹³⁶ CASSARINO, *Le situazioni giuridiche...*, pp. 218, 18 s.

¹³⁷ CASSARINO, *Le situazioni giuridiche...* pp. 39 s., 297.

sciplina del comportamento non consente di uscire dall'alternativa fra necessità e possibilità di tenerlo); è collocato comunque in correlazione diretta con una di quelle, il dovere; *rectius*, con la parte di quell'area meglio denominata 'obbligo' (per distinguerla dal dovere in senso lato), a sua volta segnata dal dato 'positivo'¹³⁸.

Ciò - sempre per quanto anticipato -, stante il connotato tipicamente relazionale del diritto soggettivo stesso: presupponente un rapporto fra soggetti ben determinati¹³⁹.

Ma, per quel che maggiormente rileva nel presente studio, l'inquadramento d'esordio può tornar utile onde emanciparsi da due 'precomprensioni'. *In primis*, ci si riferisce all'idea che, al di fuori di quella qualificazione, non vi sia altro spazio che per l'interesse di fatto (od al più semplice), sul presupposto che alla situazione '(in-)attiva' non possa che corrispondere (oltreché una differenziazione/differenziabilità 'a parte debitoris') la certezza di attingere al 'bene della vita'¹⁴⁰; al più risultando registrabili esclusivamente varietà tipologiche di 'carattere esteriore' (es., diritti soggettivi 'a regime amministrativo' - a garanzia delle posizioni vantate dagli altri consociati -¹⁴¹). Corrispondentemente, l'accento cade sull'assunto per cui la discrezionalità non potrebbe condividere una natura doverosa; nonché, sull'espedito (risolventesi, per l'appunto, in un giuoco di formule al pari di quanto rilevato a proposito dei 'precedenti' rappresentati dal *diritto alla legittimità-liceità* come da quello all'*osservanza di un vincolo di scopo*') per cui il c.d. interesse legittimo altro non sarebbe che una *pretesa* cui corrisponde un 'obbligo specifico' (gravante sul titolare del potere) «*ad una completa ed adeguata presa in considerazione dell'interesse [sostanziale] in funzione della sua realizzazione*»¹⁴².

4.4. Ritrascrizione 'in positivo' delle situazioni giuridiche, soggettive ...

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

Il diritto soggettivo è qualificazione tendenzialmente riferibile a qualunque rapporto, fra centri d'imputazione d'interessi giuridicamente rilevanti (anche fra privati ed amministrazione pubblica), retto da disposizioni normative improntate ad uno schema ipotetico-casuistico (ancorché nella versione 'finalistica'), del 'rapporto'. Con correlata predeterminazione 'di

¹³⁸ RUSSO, *Diritto soggettivo...*, p. 5. Cfr. pure: A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 1958, pp. 160 s., 153 s., 149 s.; NICOLÒ, *Istituzioni...*, p. 19 s.; R. ALESSI, *La crisi attuale...*, pp. 312, 319; H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p. 157; A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht-Boston-London, 1989, p. 70 s.

¹³⁹ Risultano illuminanti le (pur risalenti) connessioni di S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956 onde spiegare per quale ragione il diritto soggettivo possa considerarsi come situazione "inattiva" (col significato d'interesse correlato ad un obbligo, o dovere in senso stretto, altrui - pp. 11, 46, 100, 102 e 117: *ivi*, pp. 4-6 e 39 s., 14, 218, 18 s., 39 s. D'altro canto, cfr. quanto osserva SANTI ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, p. 172 s.; nonché, *ivi*, ID., *Doveri, obblighi*, p. 91 s.

¹⁴⁰ L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione...*, *Introduzione*, pp. VII s., 105, 132 e 175.

¹⁴¹ E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della legge 241/90 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, 2001, pp. 8-11 (e relative nntt.), segn. pp. 218-219, 365 e 373.

¹⁴² L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi...*, pp. 95, 101, 102-105, 182, 7, 26, 28, 29, 219 s., 238.

massima' dell'interesse sostanziale, prevalente, come tale fronteggiante un obbligo¹⁴³; salvo quel margine di riserva connesso alla circostanza in cui concorra una pluralità di disposizioni da conciliare mediante attività interpretativa; e fermo restando che ciò non significa (viceversa), a fronte dell'esercizio di un'attività vincolata, la necessaria presenza di un diritto soggettivo (quanto dipende dal tipo normativo di problema)¹⁴⁴. In altri termini, il problema giuridico è corrispondentemente impostato secondo una predefinizione 'positiva' dell'interesse dominante: in assoluto o rispetto ad una data 'scala' spazio-temporale di riferimento. A questa stregua, risultano altresì comprese le ipotesi in corrispondenza delle quali (per quel che maggiormente rileva *ratione materiae*) l'ordinamento sia in grado di risolvere 'a monte' il concorso di disposizioni riconducibili a principi antinomici o che si presentino come tali: mediante strategie di gerarchizzazione-confinazione sistemica od avvalendosi di 'concetti-valvola'¹⁴⁵; operazione complessificatasi dal momento che l'ordinamento nazionale è andato progressivamente compenetrandosi con quello 'comunitario-unionista'.

Laddove l'interesse legittimo ricorre ogniqualvolta sia sottesa, ai menzionati rapporti, una disposizione orientata secondo il criterio consequenzialista; come tale, integrante (l'esercizio di) un'attività discrezionale non solo sul presupposto della necessaria dipendenza, del soddisfacimento del titolare, da un contegno altrui¹⁴⁶, ma anche perché implicante una *comparazione fra interessi*, non una 'mera' scelta degli strumenti soddisfattivi¹⁴⁷. Dunque, una situazione giuridica 'trasversale' rispetto ai due emisferi ordinamentali. Stavolta il problema giuridico è normativamente impostato (non secondo una predefinizione dell'interesse dominante, bensì) in base ad 'economie di scala', ad indeterminabilità delle contingenze ed a risultati che ne

¹⁴³ A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* - atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig, svoltosi in Milano, il 19 aprile 2013 -, Napoli, 2014, p. 171 s., segn. p. 193. Che, in coincidenza dei vincoli (obblighi) della p.a., al privato spettino diritti soggettivi, C. CUDIA, *Appunti sulla discrezionalità amministrativa (nello Stato di diritto)*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* - atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013 -, Napoli, 2014, p. 131 s., segn. p. 145.

¹⁴⁴ Così: G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1958, p. 189; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 49 ss. L'esempio tradizionalmente addotto è quello della situazione riconducibile al vincitore di concorso pubblico: qualificata come d'interesse legittimo, rispetto al potere di assunzione, quantunque quest'ultimo risulti del tutto vincolato (eccezione fatta per il profilo dell'an). Cfr. pure: STELLA RICHTER, *L'aspettativa*, cit., p. 36 e G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 1975, p. 108.

¹⁴⁵ Delle strategie di gerarchizzazione-confinazione sistemica si è già riferito in nt. del par. 3. Quanto ai "concetti-valvola", si tratta di "formule problematiche" (es., clausola *rebus sic stantibus*, fiducia, rischio, pericolo, necessità, caso fortuito, etc.) atte a regolare, nei rapporti giuridici, la responsabilità per il futuro.

¹⁴⁶ Convenendo su di un elucidato 'senso sostanziale' della discrezionalità del comportamento del soggetto agente, BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., p. 69, 79-80 conclude che «essa vale a caratterizzare l'essenza tipica dell'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva attiva (e cioè di vantaggio) inattiva». Sull'interesse legittimo quale «riflesso di una certa disciplina dell'attività amministrativa, della configurazione del potere della p.a. come discrezionalità e non come libertà», CUDIA, *Appunti ...*, p. 133. Cfr. pure (fatte salve le specifiche accezioni connesse al termine "potere"): D. SORACE, *Gli "interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, p. 205; G. SIGISMONDI, *Interesse legittimo e discrezionalità amministrativa*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* -atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013-, Napoli, Jovene, 2014, p. 147 ss. Per un accostamento (di teoria generale) dell'interesse legittimo alla discrezionalità (come tale coinvolgente il diritto privato), L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi*, cit., p. 258.

¹⁴⁷ Prendendo spunto dai cc.dd. "diritti sociali" da soddisfarsi mediante le prestazioni dei "pubblici servizi" SORACE, *Notazioni*, cit., pp. 3917-3918.

possano derivare¹⁴⁸. Ne consegue che non è interesse legittimo il diritto soggettivo ‘compresso’ a condizioni predefinite.

Resta inteso che: pur essendo riconducibile ad uno schema normativo in corrispondenza del quale la relazione fra interessi è del tipo della complementarità (piuttosto che della funzionalità), si da assecondare la tesi per cui all’interesse legittimo corrisponde un equilibrio *in fieri* (piuttosto che un rapporto di forza predeterminato, tipico del diritto soggettivo); accedendo alla tesi per cui la discrezionalità condivide la medesima natura dell’operazione interpretativa delle disposizioni (testi); potrà registrarsi (nel concreto dell’operazione applicativo-attuativa della norma¹⁴⁹) un contributo costruttivo dell’interprete, dal ‘tasso’ non necessariamente superiore rispetto alle ‘fattispecie’ in cui la legalità (nella specie, amministrativa) è improntata ad uno schema ipotetico-casuistico (in corrispondenza del quale l’ordinamento è tendenzialmente improntato a prevedibilità).

Da qui, la possibilità di restituire all’interesse legittimo il rango di situazione giuridica, sostanziale staticamente distinta dal diritto soggettivo (per via di un reciproco riposizionamento). Laddove, sul piano dinamico, l’interesse legittimo, in quanto trasposizione del ‘circolo ermeneutico’ nella versione dialogica del rapporto (conflittuale di libertà) fra individuo ed autorità, si risolve allo stesso modo del diritto soggettivo: nel suo aspetto di possibile trasformazione¹⁵⁰. Salvo osservare che, nell’ambito di pertinenza del diritto amministrativo, quella figura si contraddistingue per ciò che la comparazione coinvolge l’interesse pubblico, si da giustificare certa specialità a livello giurisdizionale.

Da qui, la predilezione da riservare alle ragioni per le quali una situazione giuridica ‘trasversale’ (rispetto ai due emisferi ordinamentali), nell’ambito di pertinenza del diritto amministrativo, si sia contraddistinta per aver assunto un rilievo ‘identitario’ (di là dal giustificare certa specialità in punto di tutela giurisdizionale). Ciò implica una riflessione ulteriore: a meno di rinunziarvi a favore dell’articolazione di una sola situazione giuridica sostanziale, senza per questo dover necessariamente mutuare la categoria dottrinale dei diritti pubblici soggettivi (dal momento che problema centrale non è più di sostenere la posizione del cittadino verso o contro lo Stato, onde plasmarne la struttura su quella base bensì, di difenderla in concreto)¹⁵¹; potendo così optarsi per certa polisemia all’insegna dell’interscambiabilità

¹⁴⁸ Onde lumeggiare in ordine ai caratteri dell’interesse legittimo nel campo del diritto amministrativo, può tornar utile anche una disamina delle forme di tutela accordate ad omologhe figure (in termini di pretese ad una completa ed adeguata presa in considerazione dell’interesse al bene in vista del suo possibile soddisfacimento) individuate nell’ambito del diritto privato: per cui può rinviarsi a L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi...*, pp. 104-105 s.

¹⁴⁹ R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 13.

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

¹⁵⁰ F. LA VALLE, *L’interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza delle libertà e dei diritti*, in *Riv. trim. Dir. pubbl.*, 1969; ID., *La tutela dinamica del diritto soggettivo secondo le sue potenzialità di trasformazione*, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, p. 1973 ss.

¹⁵¹ Ciò, stanti l’estrema discutibilità della medesima (già dal punto di vista teorico) e le profonde diversità rispetto allo Stato costituzionale, ottocentesco (fondato sulle ideologie liberali). Basti pensare che, dopo l’opera

delle locuzioni (diritto soggettivo quale interesse legittimo dell'ordinamento generale, interesse legittimo quale diritto dell'ordinamento amministrativo).

A questa stregua, niente esclude la possibilità di alternative alla conservazione (di una giurisdizione amministrativa imperniata sul criterio-nozione) dell'interesse legittimo cui è approdata il presente scritto avvalendosi dell'ausilio metodologico. Se non che, non pare che le opinioni avanzate al riguardo (spintesi sino a neutralizzare quella figura facendola confluire nell'alveo del diritto soggettivo) abbiano condotto a risultati (se non inequivoci, quantomeno) plausibili sul piano concettual-sistematico e soddisfacenti su quello 'operativo'¹⁵².

Si tratta evidentemente di tornare sui rapporti fra interesse legittimo ed interesse pubblico (astratto-primario-concreto), per cui cfr. quanto *supra* esposto. Piuttosto, per quel che maggiormente rileva ai fini del presente scritto, pare doversi osservare che siffatta prospettazione risulta meno 'eversiva' di quanto possa apparire *prima facie*, sol che si ponga mente sulla sua consustanzialità col profilo di tutela giurisdizionale e sulla singolarità ('inversione di metodo') di una situazione giuridica soggettiva nata onde giustificare l'istituzione di una giurisdizione speciale. Infatti: 'al netto' della vicenda storica che ha condotto ad optare per un sistema dedicato a determinate situazioni giuridiche soggettive qualificabili come interessi, ma

di SANTI ROMANO (*La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Trattato di diritto amministrativo* -a cura di Orlando-, I, Milano, 1900), la dottrina italiana non ha fornito alcun contributo significativo in quel campo; né si riscontrano differenze di rilievo nel percorso degli studi di lingua tedesca seguiti al lavoro fondamentale di G. JELLINEK (*Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, tr. it. Milano, 1912). Quanto viene spiegato coll'origine del concetto di diritto soggettivo pubblico, contestualmente alla nascita ed allo sviluppo dello Stato costituzionale fondato sulle ideologie liberali, a seguito della rivoluzione francese (E. CASSETTA, *Diritti pubblici subbiettivi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 792). Pertanto, la rilevanza della dottrina del diritto soggettivo pubblico risiedeva, non tanto in sé (come teoria), quanto come occasione per rappresentare (a mo' di rivendicazione) il "nuovo punto di contatto e la posizione reciproca tra la libertà dei singoli e l'autorità dello Stato, fissando un certo modo, giuridicamente regolato, di esplicarsi dell'una e dell'altra" (CASSETTA, *op. ult. cit.*, p. 792). Cfr. pure CASSETTA, *op. ult. cit.*, pp. 796-797. Sul tema recentemente è tornato B. SPAMPINATO, *Interesse legittimo e dintorni*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 275 s.

¹⁵² *Ex pluribus* possono segnalarsi: A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 273; C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, 2012; G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, Rimini, 2016; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017; P. COTZA, *L'interesse legittimo' alla luce di un discorso teoretico-giuridico sul rapporto amministrativo ed il suo processo*, Napoli, ESI, 2017; F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 771 s.; M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, Rimini, 2017; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018; G. GRECO, *Interesse legittimo ed effettività della tutela (a proposito della sentenza 1321/19 del Consiglio di Stato)*, in *sipotra.it*, 14 gennaio 2020; R. BIN, *È scoppiata la terza guerra tra le Corti? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *federalismi.it*, 18 novembre 2020; G. MONTEDORO e E. SCODITTI, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *Questione giustizia*, 11 dicembre 2020; B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2020; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia insieme*, 30 novembre 2020; A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Foronews (Foro it.)*, 12 ottobre 2020; G. TROPEA, *Il Golem europeo e i 'motivi inerenti alla giurisdizione'*, in *Giustizia insieme*, 7 ottobre 2020; I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto*, Rimini, 2021; P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff*, Napoli, 2021; A. CARRATTA, *Limiti esterni di giurisdizione e principio di effettività*, in ID., (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo*, Roma, 2021; F. FRANCIARIO, *il Pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021 C-497/20, Randstad Italia s.p.a.*, in *federalismi.it*, 9 febbraio 2022; M. MAZZAMUTO, *Il dopo Randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?*, in *Giustizia insieme*, 16 marzo 2022.

non come diritti, parallelo e tendenzialmente pari ordinato a quello di tutela giudiziaria dei diritti soggettivi¹⁵³; l'evolversi della giurisdizione del giudice amministrativo, nel senso di un progressivo incremento dello strumentario di tutela, ha finito col dare corpo ad un sistema che si discosta sempre meno dall'idea alternativa a quella (risultata prevalente) improntata al parallelismo con la giurisdizione del Giudice ordinario; cioè, ad un rafforzamento del sistema di tutela giudiziaria originato dalla l. cont. amm., onde garantire effettivamente, mediante opportune garanzie processuali, la tutela dei diritti e dei diritti-interessi dei cittadini nei confronti della pubblica Amministrazione.

Ed a ciò ha senz'altro concorso il dato costituzionale: per un verso, vietando qualsiasi limitazione al sindacato giurisdizionale sugli atti della pubblica Amministrazione, e garantendo il più largo accesso ai mezzi di tutela giurisdizionale nei confronti della medesima; per altro verso, incentrando il controllo giurisdizionale degli atti della pubblica Amministrazione sul potere di annullamento, riservando alla legge il compito d'individuare il giudice. Ciò, con un radicale mutamento di prospettiva rispetto al principio contenuto nell'art. 4, 2° co., l. cont. amm.: dal momento che cade il divieto, per il giudice ordinario, di annullare gli atti amministrativi (prerogativa non più esclusiva del giudice amministrativo).

Non per caso si è osservato che: «la Costituzione tende pertanto a porre in rilievo la conformazione e il contenuto del potere cognitivo e decisorio del giudice rispetto alla qualità soggettiva dello stesso, secondo un processo di immanente verifica giudiziale sull'atto amministrativo. ... Principio di sviluppo della giurisdizione amministrativa [artt. 103 e 113 Cost.] e principio della giurisdizione unica (art. 102 Cost.) si intrecciano dialetticamente nell'ordinamento costituzionale, rappresentando opposte tendenze in continuo rimescolamento»¹⁵⁴.

4.5. ... e residue precomprensioni in punto di riparto di giurisdizione

Potrebbe obiettarsi che la linea di confine fra giurisdizioni così tracciata (avuto riguardo alle implicazioni, sulla 'qualificazione' degli interessi 'individuali', del 'modo di essere della produzione giuridica di diritto amministrativo') risulta in parte contraddetta dal dato 'positivo' e, in definitiva, assai labile.

Quanto alla prima obiezione, laddove fondata sul riscontro per cui, anche a fronte di disposizioni che regolano la competenza e/o la procedura, si è concluso di rinvenire interessi legittimi, può agevolmente replicarsi che essa sarebbe frutto di travisamento: posto che prende le mosse da quell'"inversione di metodo" che storicamente ha 'giustificato' il riparto di giurisdizione mediante una sedicente distinzione fra situazioni giuridiche; laddove a

¹⁵³ Evidentemente ci si riferisce: all'iniquità dei limiti della tutela giudiziaria a fronte di uno Stato unitario contraddistinto da una crescente estensione ed intensificazione dell'azione amministrativa; ad un'applicazione riduttiva della Legge del 1865, dal momento che i Tribunali ordinari tesero ad escludere la propria giurisdizione ogniqualvolta fosse stata richiesta la pronuncia a tutela di un diritto sul quale un'autorità amministrativa avesse esercitato un potere comportante la compressione o l'estinzione del diritto medesimo per ragioni di pubblico interesse; nonché, all'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato (già di per sé garantista dell'immunità dell'Amministrazione dagli influssi politici del Governo), in funzione della sostituzione della disciplina contenuta nell'art. 3 l. cont. amm., quale giudice preposto alla tutela degli interessi non protetti come diritti; si da rafforzare, con l'una, gli altri.

¹⁵⁴ A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Cedam, 2001, p. 14.

quest'ultime corrispondono (solo) differenti schemi normativi¹⁵⁵. Prova ne sia che le disposizioni che regolano la competenza e/o la procedura, tendenzialmente improntate ad uno schema ipotetico-casuistico, sono la risultante di una vicenda storica di progressivo depauperamento di spazi che furono di pertinenza di norme d'azione (dell'ordinamento amministrativo) eppertanto, della discrezionalità amministrativa, cristallizzando consolidati criteri di esercizio ed organizzativi, per rispondere a logiche interne agli enti di amministrazione, piuttosto che di garanzia¹⁵⁶. Ergo, se e nella misura in cui non assolvono indiscutibilmente a (prevalenti) istanze di tutela d'interessi individuali, si dovrebbe concludere che sottendano (ancora) ad interessi legittimi¹⁵⁷; ed in quest'ottica andrebbe letto il 'combinato disposto' dell'art. 7 c.p.a., c. 1 e dell'art. 29 c.p.a. (tenendo presente che quest'ultima disposizione ha ormai 'metabolizzato' un ondivago atteggiamento del Legislatore, tra istanze di buon andamento e di garanzia, di cui l'art. 21-octies, L. n. 241/1990, c. 2, rappresenta solo l'ultima - non è detto definitiva - espressione).

Quanto alla seconda obiezione, basti replicare che, ad un discorso di 'rivisitazione', quale testé avanzato, non deve necessariamente corrispondere l'esaustività. Sennonché, tale limite va semplicemente accettato (in una logica operativa di "costi/benefici") sul presupposto che l'esercizio discrezionale condivide la medesima natura del circolo ermeneutico. Laddove certa connessione, fra situazioni giuridiche e schemi normativi, può (se non altro) giovare all'interprete (ed al cittadino) quale approccio orientativo 'di massima'.

III

5.1. Collaudo di un 'approccio' dogmatico: in punto di 'riparto' ...

Alla luce di quel che precede, pare potersi mettere alla prova la bontà di un costrutto dogmatico, sull'identificazione della giurisdizione: che ha 'corretto' l'incidenza del concetto di potere riservandogli un ruolo più contenuto; sussumendola alla natura della situazione giuridica azionata¹⁵⁸.

Quanto al Giudice ordinario, la giurisdizione sarebbe ravvisabile ogniqualvolta:

¹⁵⁵ C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Questione diritto*, 2009, p. 34 ss., segn. pp. 47-48.

¹⁵⁶ E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, ed. 1942, p. 34 (ed. 1954, p. 37). Nell'ottica testé prospettata pare doversi "leggere" lo specifico contributo sistematico offerto da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, p. 82.

Di diverso avviso, E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1980, p. 266: «... le norme sull'attività dell'amministrazione sono state introdotte e vigono ... per far correre l'azione amministrativa su binari che, compatibilmente con il soddisfacimento dell'interesse pubblico, assicurino la tutela dei destinatari dell'azione medesima. L'azione amministrativa si svolgerebbe con minori impacci e in concreto magari (non necessariamente, s'intende), con maggiore vantaggio per l'interesse pubblico, se le norme di azione non esistessero. Le norme di azione sono regole garantiste». Sulla 'dequotazione dell'incompetenza': P. COTZA, *Il 'merito amministrativo' nell'attualità del 'sistema di giustizia' (un approccio dogmatico-epistemologico)*, Cagliari, Edizioni giuridiche, 2025, par. 4.

¹⁵⁷ A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* -atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013-, Napoli, Jovene, 2014, p. 171 ss., segn. pp. 198-199.

¹⁵⁸ Per un inquadramento generale può ultimamente rinviarsi anche a Trib. amm. reg. Puglia, Bari, sez. II, 2 settembre 2023, n. 1095.

al cospetto di una condotta vincolata dell'Amministrazione pubblica *id est*, non riconducibile all'esercizio (potere) discrezionale (o non più tale¹⁵⁹), in considerazione della dedotta inosservanza di 'norme di relazione' (*rectius*, rispondenti allo schema ipotetico-casuistico) da parte della prima;

la domanda giudiziale si ricolleggi alla tutela di una posizione di diritto soggettivo; ciò, «anche qualora sia dedotta l'illegittimità di provvedimenti amministrativi ... dei quali è eventualmente possibile la disapplicazione da parte del giudice, chiamato a statuire sull'esistenza delle condizioni richieste dalla legge» perché quelli vengano adottati¹⁶⁰.

Mentre, la giurisdizione del Giudice amministrativo andrebbe così ravvisata. Quanto all'incidenza del concetto di potere:

non nel senso che quello amministrativo sia il giudice del 'pubblico potere';

bensì onde escludere, dal sindacato di quel giudice speciale, un generico coinvolgimento del pubblico interesse nella controversia o la mera partecipazione di un'Amministrazione pubblica al giudizio;

radicando la giurisdizione (tendenzialmente) in corrispondenza dell'esercizio discrezionale (eppertanto, della formazione dell'interesse pubblico concreto)¹⁶¹.

Dunque, la giurisdizione amministrativa s'intende ravvisabile quando:

al cospetto di una condotta riconducibile all'esercizio di potere (discrezionale), in considerazione della dedotta inosservanza di 'norme di azione' (quantomeno quelle rispondenti allo schema consequenzialista 'norma-potere-fatto');

la domanda giudiziale si ricolleggi alla tutela (dell'interesse pubblico, concreto come reso, secondo il punto di vista dell'amministrato, dall'istituto) dell'interesse legittimo.

Così (solo) instaurandosi un rapporto interattivo fra le due 'coordinate' fornite dal Legislatore; non ostandovi l'aggiunta delle questioni d'incompetenza e violazione di legge, in quanto (come anticipato) sviluppo 'garantista' di un assetto altrimenti discrezionale.

Fermo restando che il medesimo criterio dovrebbe sovrintendere alla disciplina del 'riparto', in caso di mancato esercizio amministrativo: Giudice ordinario, corrispondentemente ad

¹⁵⁹ Cass, civ., sez. un., Ord. 6 luglio 2023, n. 19160 («in tema di misure volte a fronteggiare i danni causati da eccezionali calamità atmosferiche, il procedimento amministrativo per l'attribuzione dell'indennità in favore del privato richiedente, con la conseguente nascita del diritto soggettivo, si esaurisce con l'adozione del provvedimento di concessione del beneficio da parte dell'amministrazione incaricata dell'istruttoria, senza che rilevi l'eventuale ratifica o meno da parte dell'ente erogatore del contributo. Pertanto, una volta che l'ente delegato per legge abbia individuato il singolo beneficiario con un formale provvedimento, la controversia promossa dal privato per ottenere la condanna al pagamento del contributo rientra nella giurisdizione del giudice ordinario. In altri termini, fino a quando residua in capo all'Amministrazione un potere discrezionale, la posizione del privato è di interesse legittimo; una volta che l'Amministrazione, invece, abbia assunto la propria decisione, la posizione è di diritto soggettivo»).

¹⁶⁰ Trib. amm. reg. Lombardia, Milano, sez. IV, 8 marzo 2023, n. 599, a proposito di una controversia introdotta da quanti si siano opposti ad un provvedimento amministrativo di rilascio di un immobile di edilizia residenziale pubblica, occupato senza titolo. Cfr. pure Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. VII, 7 marzo 2023, n. 1467.

¹⁶¹ Cfr.: G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo* (a cura di G. Guarino), I, Milano, 1983, p. 101 s.; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 371 s.; O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, p. 166 s.; E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in *Dir. e proc.*, Padova, 1978, p. 301 s., segn. p. 310; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Dir. proc. civ.*, 1988, p. 3 s.

un dovere vincolato (obbligo); Giudice amministrativo, a fronte di un dovere di scelta discrezionale¹⁶².

Sempre sulla scorta del precedente discorso dogmatico, niente esclude la possibilità di alternative alla conservazione (di una giurisdizione amministrativa imperniata sul criterio-nozione) dell'interesse legittimo cui è approdato il presente scritto avvalendosi dell'ausilio metodologico. Se non che, non pare che le opinioni avanzate al riguardo (spintesi sino a neutralizzare quella figura facendola confluire nell'alveo del diritto soggettivo) abbiano condotto a risultati (se non inequivoci, quantomeno) plausibili sul piano concettual-sistematico e soddisfacenti su quello 'operativo'¹⁶³.

Invece, quel che sembra doversi escludere, nella disciplina del 'riparto', è innanzitutto di accordare rilievo al generico potere autoritativo, in quanto non solo 'di scelta', ma anche 'costitutivo dell'effetto'¹⁶⁴, potendosi obiettare che tale tesi sconta, l'indubbio rigore concettuale, sul piano ermeneutico-funzionale e di logica 'operazionale' (in termini di costi/benefici). Ciò, per via di un intorbidamento che ne deriverebbe alla questione di 'riparto':

nella sua impostazione in sé, come fondata sulla *causa petendi*, sulla natura della situazione giuridica soggettiva (dal momento che non è dato di comprendere, teoria della norma 'alla mano', per quale ragione ad un esercizio vincolato corrispondano interessi legittimi¹⁶⁵) ed

¹⁶² Cons. Stato, sez. III, 25 maggio 2023, n. 5139. *Item*, Cons. Stato, sez. IV, 2 maggio 2023, n. 4415.

¹⁶³ *Ex pluribus* possono segnalarsi: A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 273; C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, 2012; G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, Rimini, 2016; F.G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017; P. COTZA, *L'interesse legittimo' alla luce di un discorso teoretico-giuridico sul rapporto amministrativo ed il suo processo*, Napoli, ESI, 2017; F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 771 s.; M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, Rimini, 2017; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018; G. GRECO, *Interesse legittimo ed effettività della tutela (a proposito della sentenza 1321/19 del Consiglio di Stato)*, in *sipotra.it*, 14 gennaio 2020; R. BIN, *È scoppiata la terza 'guerra tra le Corti'? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *federalismi.it*, 18 novembre 2020; G. MONTEDORO e E. SCODITTI, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *Questione giustizia*, 11 dicembre 2020; B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2020; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia insieme*, 30 novembre 2020; A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Foronews (Foro it.)*, 12 ottobre 2020; G. TROPEA, *Il Golem europeo e i 'motivi inerenti alla giurisdizione'*, in *Giustizia insieme*, 7 ottobre 2020; I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto*, Rimini, 2021; P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff*, Napoli, 2021; A. CARRATTA, *Limiti esterni di giurisdizione e principio di effettività*, in *ID.*, (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo*, Roma, 2021; F. FRANCIOSI, *il Pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021 C-497/20, Randstad Italia s.p.a.*, in *federalismi.it*, 9 febbraio 2022; M. MAZZAMUTO, *Il dopo Randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?*, in *Giustizia insieme*, 16 marzo 2022.

¹⁶⁴ In tal senso F.G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 1 s., segn. p. 31 s.

¹⁶⁵ Del resto, alla dottrina (della quale rende conto A. ROMANO, - a cura di -, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Cedam, 2001, p. 21) secondo la quale «le situazioni legittimanti al ricorso giurisdizionale amministrativo sono corrispondenti a norme dell'ordinamento amministrativo, o più specificamente a norme procedurali di azione, di organizzazione e di regolazione del potere della pubblica amministrazione», può obiettarsi che quella regolazione ('al netto' delle norme di azione ed organizzazione) corrisponde proprio all'esercizio discrezionale. Allo stesso modo, avuto riguardo alla tesi (riportata sempre in A. ROMANO - a cura di -, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Cedam, 2001, p. 31) secondo

orientata dal principio di 'unicità' (che risulterebbe violato sottraendo al Giudice ordinario le controversie corrispondenti ad un esercizio vincolato);

nonché (e corrispondentemente), nella sua appendice della previsione normativa di una giurisdizione esclusiva che perderebbe di autonomo rilievo sistematico (specie a partire dal conferimento al Giudice amministrativo di prerogative generali di piena giurisdizione¹⁶⁶) per finire mortificata da un (pseudo)criterio d'identificazione per 'materie'.

A fortiori, sempre per il tramite del generico riferimento al potere autoritativo, non pare condivisibile che si riconosca un ruolo surrogatorio (rispetto al criterio del tipo di situazione giuridica soggettiva) al collegamento (o meno) della fattispecie con un formale provvedimento amministrativo (in quanto tale e non per la sua natura discrezionale); semmai, essendo il criterio della natura della situazione giuridica soggettiva ad assumere un ruolo assorbente al cospetto di atti autoritativi¹⁶⁷.

Ciò, sul piano sistematico, a conferma:

di un rapporto di gerarchizzazione fra i due criteri che, di regola (per via dell'unicità della giurisdizione), dovrebbe determinare una sostanziale neutralizzazione del rilievo di quel collegamento (limitato a legittimare una cognizione incidentale e, a livello decisorio, la disapplicazione in capo al Giudice ordinario);

di un rapporto invece di confinazione, circoscritto ai casi di esercizio discrezionale cui si correla il criterio della situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo.

Dunque, una soluzione che storicamente affonda la propria giustificazione in ragioni metagiuridiche: sol considerato che, in origine, la stessa insindacabilità, da parte del Giudice ordinario, degli aspetti discrezionali dei provvedimenti incidenti su diritti soggettivi, si spiega-

la quale «appartiene alla giurisdizione civile la domanda di tutela di un interesse individuale, la quale si basa sulla contestazione della stessa esistenza, o spettanza all'amministrazione, del potere di cui il provvedimento lesivo di tale interesse è esplicazione (o, meglio, ne vuole essere); viceversa, appartiene alla giurisdizione amministrativa una domanda avente il medesimo contenuto, la quale si basa sulla più circoscritta contestazione della sola illegittimità dell'esercizio nel quale consiste il medesimo provvedimento, del potere di cui è espressione, di cui il ricorrente non nega, perciò, l'esistenza, o la spettanza all'amministrazione».

¹⁶⁶ In tal senso, anteriormente al vigente Codice del processo amministrativo, V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1988, p. 269: «... la giurisdizione esclusiva avrà un futuro se riuscirà a trasformarsi da appendice "ibrida" del processo di legittimità, di cui ripete ambigualmente forma e sostanza, in una giurisdizione "piena" sia nel senso ... per cui i poteri del giudice si colleghino alla domanda di giustizia, senza che la configurazione preliminare delle situazioni soggettive precluda questa o quella domanda, in una considerazione unitaria dell'azione giurisdizionale; sia riconoscendo al giudice amministrativo esclusivo tutti i poteri che consentono di soddisfare pienamente l'interesse fatto valere dal ricorrente, adeguando la pronuncia alla domanda giudiziale». Cfr. pure: A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo - II. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001; ID., *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 974 s.; recentemente, F.G. SCOCA, *Scossoni ...*, 2021, p. 32.

¹⁶⁷ Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. III, 24 luglio 2023, n. 1111 secondo cui «quando la pubblica amministrazione decide di procedere alla revoca di un atto, il potere di autotutela partecipa dello stesso potere esercitato con l'atto revocato con la conseguenza che a fronte del diritto soggettivo del ricorrente ad ottenere un permesso provvisorio in attesa dell'esame della sua domanda di protezione internazionale, il potere esercitato in sede di revoca di tale permesso è destinato a incidere sulla stessa tipologia di situazione giuridica soggettiva, la cui tutela deve essere pertanto ricondotta nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario». *Item*: Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. I, 18 luglio 2023, n. 1076; Trib. amm. reg. Campania, Salerno, sez. II, 14 luglio 2023, n. 1700.

va per via, non di una giurisdizione amministrativa, bensì di una sfera di poteri riservati all'Amministrazione.

Allo stesso modo, in termini di confinazione, si spiega l'affidamento, al Giudice amministrativo:

i questioni d'incompetenza e violazione di legge, in quanto sviluppo 'garantista' di un assetto altrimenti discrezionale (come in origine¹⁶⁸) eppertanto, giustificato secondo 'concentrazione-specializzazione';

altresì, delle controversie derivanti da azioni di annullamento ed avverso il silenzio della pubblica Amministrazione (accertamento dell'obbligo di provvedere e condanna al rilascio del provvedimento richiesto), quando si tratti di attività vincolata¹⁶⁹.

Sempre in termini di (progressiva) confinazione si spiegano:

l'affidamento, al Giudice amministrativo, di una porzione di giurisdizione in via esclusiva; nonché, al di fuori di tale ambito, della cognizione incidentale delle questioni pregiudiziali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale;

¹⁶⁸ P. COTZA, *Sulla giurisdizione amministrativa. Riflessioni intorno ai principali criteri fondanti ed alle implicazioni in punto di riparto*, in *Arch. Giur. Serafini*, p. 103 s., segn. pp. 155-156: «Potrebbe obiettarsi che la linea di confine fra giurisdizioni così tracciata (avuto riguardo alle implicazioni, sulla 'qualificazione' degli interessi 'individuali', del 'modo di essere della produzione giuridica di diritto amministrativo') risulta in parte contraddetta dal dato 'positivo' e, in definitiva, assai labile. Quanto alla prima obiezione, laddove fondata sul riscontro per cui, anche a fronte di disposizioni che regolano la competenza e/o la procedura, si è concluso di rinvenire interessi legittimi, può agevolmente replicarsi che essa sarebbe frutto di travisamento: posto che prende le mosse da quell' 'inversione di metodo' che storicamente ha 'giustificato' il riparto di giurisdizione mediante una sedicente distinzione fra situazioni giuridiche; laddove a quest'ultime corrispondono (solo) differenti schemi normativi. Prova ne sia che le disposizioni che regolano la competenza e/o la procedura, tendenzialmente improntate ad uno schema ipotetico-casuistico, sono la risultante di una vicenda storica di progressivo depauperamento di spazi che furono di pertinenza di norme d'azione (dell'ordinamento amministrativo) eppertanto, della discrezionalità amministrativa, cristallizzando consolidati criteri di esercizio ed organizzativi, per rispondere a logiche interne agli enti di amministrazione, piuttosto che di garanzia. Ergo, se e nella misura in cui non assolvono indiscutibilmente a (prevalenti) istanze di tutela d'interessi individuali, si dovrebbe concludere che sottendono (ancora) ad interessi legittimi; ed in quest'ottica andrebbe letto il 'combinato disposto' dell'art. 7 c.p.a., c. 1 e dell'art. 29 c.p.a. (tenendo presente che quest'ultima disposizione ha ormai 'metabolizzato' un ondivago atteggiamento del Legislatore, tra istanze di buon andamento e di garanzia, di cui l'art. 21-*octies*, L. n. 241/1990, c. 2, rappresenta solo l'ultima - non è detto definitiva - espressione)». Nell'ottica testé prospettata pare doversi "leggere" lo specifico contributo sistematico offerto da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, p. 82. Tale prospettiva è nitidamente offerta da A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* -atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013-, Napoli, Jovene, 2014, p. 171 ss., segn. pp. 198-199. Di diverso avviso, E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1980, p. 266: «... le norme sull'attività dell'amministrazione sono state introdotte e vigono ... per far correre l'azione amministrativa su binari che, compatibilmente con il soddisfacimento dell'interesse pubblico, assicurino la tutela dei destinatari dell'azione medesima. L'azione amministrativa si svolgerebbe con minori impacci e in concreto magari (non necessariamente, s'intende), con maggiore vantaggio per l'interesse pubblico, se le norme di azione non esistessero. Le norme di azione sono regole garantiste». Sul punto cfr. pure: C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Questione diritto*, 2009, 34 ss., segn. pp. 47-48, circa la funzione che sarebbe attualmente riconoscibile all'interesse legittimo; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, ed. 1942, p. 34 (ed. 1954, p. 37).

¹⁶⁹ Il riferimento cade evidentemente sull'art. 21-*octies*, L. n. 241/1990 e sugli artt. 31 e 34 c.p.a. Sul tema può rinviarsi a M.C. CAVALLARO, *Attività vincolata dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale*, in *Il processo*, 2020, p. 1 s.

la sottrazione al Giudice amministrativo, con correlata riserva all'Autorità giudiziaria ordinaria, delle questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità delle persone, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso.

D'altronde, solo aderendo alla perorata prospettazione, si è in grado di porre rimedio alla frizione generatasi fra l'art. 2, L. n. 2248/1865, all. 'E' e l'art. 7 c.p.a., dal momento che, quanto alla devoluzione delle controversie: l'uno, spinge a favore del Giudice ordinario pur al cospetto di provvedimenti amministrativi; l'altro, invece, verso il Giudice amministrativo quando quelle riguardino provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio del potere amministrativo. Laddove, l'accessibilità (al cittadino ed all'operatore giuridico) del criterio di 'riparto' è adeguatamente garantita per il solo fatto che il riferimento della disciplina più risalente riguarda i provvedimenti vincolati, mentre quello della disciplina più recente attiene alle determinazioni discrezionali. Il che si ripercuote in punto di poteri di cognizione: al giudice ordinario (oramai) non negandosi la conoscenza della causa dell'atto lesivo del diritto soggettivo, purché quello sia vincolato.

Ciò, trova conferma anche laddove la questione di giurisdizione si ponga in seno a controversie introdotte dal privato a fini risarcitori, nel senso che si distingue (sia pur senza particolare rigore dogmatico) a seconda che il danno consegua: all'esercizio (ancorché omesso) di un potere discrezionale, 'ai sensi dell'art. 7 cod. proc. amm.', così colpendo un interesse legittimo; altrimenti, a comportamenti dell'Amministrazione pubblica che non si siano tradotti in 'scelte od atti autoritativi', così vulnerando un diritto soggettivo¹⁷⁰. Salvo osservare che:

quanto ai comportamenti, parrebbe opportuno distinguere fra quelli (meramente) 'materiali' o 'sine titolo', e quelli 'amministrativi' (es., scorretta gestione del procedimento, ritardo nella definizione del medesimo, cattivo o mancato esercizio del potere di vigilanza)¹⁷¹;

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

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

Persino quando ci s'imbatta in una situazione giuridica soggettiva che, come nel caso dell'affidamento incolpevole' del privato, esula dal binomio 'diritto - interesse legittimo' in senso stretto, pare improprio (non pertinente) l'assumere a termine di riferimento, onde giustificare la giurisdizione del Giudice ordinario, l'assenza di un collegamento fra il comportamento pregiudizievole dell'Amministrazione pubblica (tenuta all'osservanza dei principi di correttezza e buona fede, perizia, prudenza, diligenza) e l'esercizio del potere autoritativo¹⁷².

¹⁷⁰ In tal senso Cass. civ., sez. un., Ord. 14 aprile 2023, n. 10063 che, nell'ottica prospettata nel presente studio, necessiterebbe di una rettifica circa il riferimento agli atti autoritativi: dovendosi distinguere fra quelli a contenuto discrezionale o vincolato (tenendo conto di quanto anticipato a proposito della natura delle - fatte salve - questioni di competenza e di violazione di legge). Cfr. pure Cass. civ., sez. un., Ord. 16 marzo 2023, n. 7737. Cfr. pure Cass. civ., sez. un., Ord. 13 aprile 2023, n. 9837.

¹⁷¹ In tal senso, fornisce utili spunti Cass., sez. un., 9 giugno 2004, n. 10978. Cfr. pure L. CAMERIERO, *Giurisdizione esclusiva e diritto alla salute*, in *Urb. e app.*, 2008, p. 598.

¹⁷² Cass. civ., sez. un., Ord. 27 aprile 2023, n. 11083.

Ciò, giacché, al cospetto di un provvedimento iniziale, ancorché illegittimo, favorevole (come tale, non impugnato), ma legittimamente annullato d'ufficio, è opinabile concludere che il danno non derivi (eziologicamente) dal provvedimento illegittimo. A tal punto, però, quand'anche si convenga che il provvedimento illegittimo, una volta annullato, verrebbe convertito in comportamento, pare risolversi in un espediente l'argomento opposto secondo il quale dovrebbe distinguersi a seconda che il comportamento stesso assuma o meno connotati amministrativi: in quanto, riesumando il medesimo criterio per cui sarebbe determinante il rapporto diretto della situazione di affidamento con il potere (facendo così rientrare dalla finestra la tesi che si è cacciata dalla porta), patisce dei medesimi limiti di quello.

Per cui, secondo l'ottica avanzata nel presente studio, la circostanza rilevante pare che quella situazione sia riconducibile ad una norma rispondente allo schema ipotetico-casuistico, sì da renderla più vicina al diritto soggettivo che non all'interesse legittimo; a quel punto, finendo coll'operare il principio di unicità della giurisdizione. Laddove, nel caso in cui l'affidamento faccia capo ad una norma rispondente allo schema consequenzialista, cui si ricollega un esercizio discrezionale, la tutela del medesimo non potrà che spettare al Giudice amministrativo: per ciò solo, in quanto stavolta quella situazione soggettiva sarà più prossima all'interesse legittimo; senza bisogno di riferirsi al collegamento né con un (generico) provvedimento (favorevole), né con comportamenti amministrativi riconducibili (anche mediatamente) al potere amministrativo (genericamente inteso)¹⁷³; altresì, senza bisogno di 'scomodare' previsioni legislative di giurisdizione esclusiva (che, anzi, per via della 'concentrazione' delle questioni, eludono il problema)¹⁷⁴.

Il contributo dogmatico, quale esteso al 'filtro' del rapporto fra condizioni dell'azione e questioni di merito, torna altresì utile nel superare la tesi giurisprudenziale secondo cui l'oggetto della domanda andrebbe colto dal Giudice per come formulato ('prospettato') dalla parte (segn., in termini di richiesta, 'in via diretta' o meno, di annullamento di un atto amministrativo); dal momento che la teorica del 'circolo ermeneutico':

come implica, da parte dell'interessato, una strutturazione della domanda mai astratta; così, concede pari sostegno scientifico a quell'apporto valutativo del giudice (in quanto indissociabile dal profilo di merito anche quando emerga una questione di giurisdizione) che la tesi avversata renderebbe sterile¹⁷⁵.

Infine, si è già accennato al superamento della tesi interpretativa secondo la quale il sindacato dell'Autorità giudiziaria può cadere solamente sull'«effetto» dell'atto emesso dalla pub-

¹⁷³ Trib. amm. reg. Sicilia, Palermo, sez. III, 14 aprile 2023, n. 1235 («è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo la cognizione sulle controversie in cui si faccia questione di danni da lesione dell'affidamento sul provvedimento favorevole, posto che in base all'art. 7, comma 1, cod. proc. amm. la giurisdizione generale amministrativa di legittimità include i comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni, e nelle particolari materie indicate dalla legge di giurisdizione esclusiva essa si manifesta attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela, anche dei diritti soggettivi, oltre che dell'affidamento sulla legittimità dei provvedimenti emessi dall'amministrazione»). S'intende, nella circostanza, sul presupposto che il risarcimento del danno ingiusto non costituisce materia di giurisdizione esclusiva, ma solo uno strumento di tutela ulteriore e di completamento rispetto a quello demolitorio (Cass. civ., sez. un., Ord. 7 aprile 2023, n. 9528).

¹⁷⁴ Cfr. Trib. amm. reg. Sicilia, Palermo, sez. III, 14 aprile 2023, n. 1235.

¹⁷⁵ Su tali tematiche, P. COTZA, *Nuove frontiere della legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, in *amministrativ@mente*, 2024, p. 1521 s.

blica Amministrazione, e non su quest'ultimo in sé stesso. Anche stavolta il contributo dogmatico può risultare significativo: dal momento che la teorica del 'circolo ermeneutico' contribuisce a sostenere epistemologicamente l'argomento addotto nella circostanza, per cui il Giudice ordinario non può conoscere, delle conseguenze giuridiche derivanti dalla lesione dell'interesse protetto come diritto soggettivo, se gli viene precluso d'indagare e decidere sulla legittimità dell'atto amministrativo che si vuole causa del pregiudizio stesso.

5.2. ... nonché, di difetto di giurisdizione

Dunque: se il criterio di 'riparto' è dato (non dal rapporto, pur in un'ottica ribaltata, fra potere autoritativo e cittadino, bensì) dal tipo di situazione giuridica soggettiva, come determinato principalmente dall'orientamento della norma (in senso ipotetico-casuistico o consequenzialista) e corrispondentemente dal suo (modo di) assolvere ad un interesse pubblico (contenuto vincolato o scelta discrezionale); in ciò va ricercato il senso della specialità del giudice amministrativo. Se si conviene su questo punto, inesorabilmente finirebbe coll'integrare un'"inversione di metodo" (muovendo da concetti per interferire nella disciplina della giurisdizione), e (in definitiva) una violazione dei principi riconducibili al 'giusto processo' nonché, del loro portato 'positivo' in punto di rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione, qualsivoglia considerazione delle situazioni giuridiche soggettive soggiogata da una visione anacronistica delle ragioni del 'riparto' (a fronte dell'unicità della giurisdizione, si giustifica l'introduzione di un giudice speciale per via di una situazione giuridica distinta dal diritto soggettivo¹⁷⁶): quel che ha reso irrimediabilmente antinomico ai primi il principio del 'giudice naturale precostituito per legge'.

Ergo, l'approccio interpretativo agli istituti di 'sostenibilità' di quel vizio, per un verso, non può rimettersi alla mera osservazione (di per sé non decisiva) della relatività del medesimo, atteso che a monte esiste un giudice avente giurisdizione e/o competenza, sicché il vizio è emendabile (a differenza della tardività della notifica e del deposito)¹⁷⁷. Per altro verso, lo

¹⁷⁶ Laddove la conformazione di una posizione soggettiva: non può risultare mera implicazione (o riflesso) del problema di 'riparto'; essendo un *prius*, logico prima ancora che giuridico, rispetto all'intensità della protezione accordata dall'ordinamento e non può ricavare da quest'ultima la propria identità. Su tale questione e sulle giustificazioni storicamente addotte in ordine all'introduzione di un giudice amministrativo: P. COTZA, *Motivazione "postuma" del provvedimento di pubblica autorità. Occasione per un contributo sulle situazioni giuridiche, soggettive corrispondenti al rapporto amministrativo, sul suo processo e le relative implicazioni*, in *Riv. amm. rep. it.*, 2016, p. 237 s.; ID., *L'"interesse legittimo" alla luce di un discorso teorico-giuridico sul rapporto amministrativo ed il suo processo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, p. 31 s. Recentemente è tornato sul punto F. PATRONI GRIFFI, *La giustizia amministrativa a vent'anni dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir. proc. amm.*, 2025, p. 3 s., segn. p. 5.

¹⁷⁷ Così Trib. amm. reg. Campania, Salerno, sez. I, 22 luglio 2013, n. 1656 («Ai sensi dell'art. 35 CPA (D.Lgs. n. 104/2010), la tardività della notifica e del deposito del ricorso è questione rilevabile d'ufficio, così come la tardività del ricorso di primo grado è rilevabile d'ufficio anche nel giudizio di appello, atteso che il cit. art. 35 non pone limitazioni al rilievo d'ufficio in grado di appello, a differenza di quanto dispongono gli artt. 9 e 15, CPA rispettivamente per la questione di giurisdizione per la questione di competenza; il che trova piena comprensione sul piano logico e sistematico, perché l'erronea scelta del giudice, per ragioni di giurisdizione o competenza, è un vizio relativo, atteso che a monte esiste un giudice avente giurisdizione e/o competenza, sicché il vizio è emendabile; la tardività del ricorso è invece un vizio assoluto, atteso che decorso il termine legale ultimo, nessun giudice può occuparsi del ricorso, sicché il vizio non è emendabile ed è rilevabile d'ufficio anche in grado di appello»).

sforzo ermeneutico deve muovere dalla considerazione che, se il Legislatore ha finito per 'sdoganare' espressamente quegli istituti, se ne deve inferire che ha dimostrato pari apertura verso una riconsiderazione, in termini di avvicinamento, delle situazioni giuridiche soggettive: a partire dalle rispettive forme di tutela (si pensi alla trasformazione del giudizio di legittimità come imperniato, più che sull'atto, sul rapporto).

Da qui, una 'rivisitazione' del problema di riparto di giurisdizione: come meno condizionato dai canoni di 'unicità' e 'specialità', nella misura in cui assume maggior rilievo l'istanza di assicurare pienezza ed effettività della tutela stessa. A ciò concorrendo principi ulteriori: di 'concentrazione', come nelle ipotesi di 'giurisdizione amministrativa esclusiva' (in numero sempre maggiore) e di trattamento delle 'questioni pregiudiziali'; ma anche di 'economia dei mezzi' e di 'ragionevole durata' del processo, con riguardo agli istituti in esame.

Il punto è molto delicato e complesso poiché investe la duplice questione complementare: della dotazione del giudice (amministrativo) di adeguati mezzi processuali, estendendogli (quantomeno in una nuova prospettiva del 'rinvio esterno'), oltre alle prerogative di sindacato del giudice ordinario, i correlati istituti tipici del processo civile; comunque (anche quando nel vizio di giurisdizione sia incorso il giudice ordinario), dell'assunzione di una maggiore consapevolezza delle consustanzialità delle situazioni giuridiche soggettive, onde scongiurare il rischio (su entrambe le sponde) di una 'degradazione' della tutela.

A questa stregua: anche il disvalore processuale del difetto di giurisdizione si ridimensiona, prestandosi ad essere assimilato dal sistema entro gli schemi della gerarchizzazione-confinazione dei principi; con conseguente cittadinanza di istituti, quali quello del 'giudicato implicito', in certa misura preclusivi di un rilievo officioso di quel vizio; a meno che (e qui intende insistere la novità del presente contributo ermeneutico) il (persistere del) difetto relativo di giurisdizione si traduca in una compromissione del principio di effettività della tutela, non sostenibile neppure alla luce del principio dispositivo (proprio di una giurisdizione 'soggettiva').