

Paolo Cotza

## **SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SU QUESTIONI PREGIUDIZIALI RELATIVE A DIRITTI. CONTRIBUTO DI METODO\***

SOMMARIO: (I) 1.1. Cenni di teoria della pregiudizialità in senso tecnico e prime osservazioni critiche. – 1.2. Delimitazione dell'indagine: *ratio* della previsione di una 'questione' pregiudiziale ricadente sotto la giurisdizione del giudice civile, principi di riferimento (concentrazione dei sindacati e certezza della tutela), problemi giuridici, implicazioni ('competenza' del giudice ed efficacia della decisione). – 1.3. Pregiudizialità e 'oggetto' del giudizio; cognizione incidentale e giudicato sostanziale. – 1.4. Discorso critico (a partire dalla scelta valoriale di prevalenza dell'ordinamento giuridico sostanziale sugli assetti di quello processuale). Alternativa di metodo. – 1.5. Incidenza di una concezione evolutiva del riparto di giurisdizione ... – 1.6. ... e dell'"oggetto" del giudizio. – (II) 2. Rassegna 'critica' di giurisprudenza. – (III) 3. 'Rivisitazione' di metodo dei discorsi tradizionali sul potere amministrativo e di teoria delle situazioni giuridiche soggettive. – 3.1. Rilevanza del 'potere pubblico' per via delle sue dinamiche. – 3.2. Dalla legittimazione del potere a quella dell'interesse ('pubblico concreto' / 'legittimo'). – 3.3. Primato del dovere(-obbligo) sul diritto soggettivo e riflessi teorici in punto di situazioni giuridiche. – 3.4. Ritrascrizione 'in positivo' delle situazioni giuridiche, soggettive ... – 3.5. ... e residue precomprensioni in punto di riparto di giurisdizione. – (IV) 4. Collaudo di un approccio dogmatico in punto di 'riparto'. – (V) 5.1. Conclusioni: passando per un raffronto con l'istituto della 'giurisdizione esclusiva' ... – 5.2. ... implicazioni in punto di pregiudizialità.

### I

#### *1.1. Cenni di teoria della pregiudizialità in senso tecnico e prime osservazioni critiche*

L'art. 8 del vigente Codice del processo amministrativo, in tema di sindacato su questioni pregiudiziali relative a diritti, sostanzialmente riproduce il dettato dell'art. 28, T.U. L. Cons.

---

\* Contributo sottoposto a valutazione.

St.; sì da potervi estendere una parte almeno delle elaborazioni di risalente quanto autorevole dottrina<sup>1</sup>.

Ci si riferisce principalmente ad alcune, dogmatiche ed esegetiche.

Venendo così ai profili dogmatici, che maggiormente interessano in questa fase introduttiva, valga di soffermarsi preliminarmente (in termini propedeutici ad un confronto delle idee ed in vista di un discorso 'critico') sull'elaborazione (a livello logico-giuridico) di una 'teoria della pregiudizialità' in senso tecnico: contraddistinta non solo da un nesso di antecedenza logica col quale quest'ultima si pone in relazione con l'oggetto (principale) della causa, ma anche dal poter costituire un autonomo oggetto di contenzioso. Su questa falsariga: se, per 'punto pregiudiziale', s'intende il precedente 'logico' sul quale le parti non sollevano controversia (perché non possono o non vogliono) o relativamente al quale quest'ultima è già risolta; con la locuzione 'questione pregiudiziale' può designarsi, stavolta sul piano 'giuridico', un punto condizionante, contestato, sul quale l'Autorità adita sindaca *incidenter tantum* nel corso del medesimo giudizio avente ad oggetto la questione pregiudicata. Come tale, sempre per via giuridica, la questione pregiudiziale si distingue dalla 'causa pregiudiziale' che, per quanto sorga anch'essa in conseguenza della contestazione di un punto condizionante, viene decisa *principaliter* in un autonomo giudizio del quale costituisce oggetto esclusivo<sup>2</sup>.

Quanto al secondo ordine di profili, valga di riproporre i medesimi rilievi mossi, alla 'soluzione' legislativa, su di un duplice piano, per aver associato: l'incidentalità alla 'questione' piuttosto che al 'sindacato'; la pregiudizialità alle sole questioni di merito relative a diritti soggettivi, ma non anche a quelle processuali o relative ad oggetti ulteriori<sup>3</sup>. Stavolta, sul presupposto che la connessione logica, in cui consiste la pregiu-

---

<sup>1</sup> Cfr. F. MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, Vienna, 1904; A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958.

<sup>2</sup> F. MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., pp. 123-124, p. 134, come riprese da A. ROMANO, *La pregiudizialità*, cit., p. 37 s. Quanto al processo amministrativo, cfr. *op. ult. cit.*, p. 208 ss.

<sup>3</sup> Cfr. pure A. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 212 ss.

dizionalità, è riscontrabile in ogni ragionamento del giudice sia che esso attenga a questioni meramente processuali, sia che riguardi il merito della causa<sup>4</sup>. Laddove, in via di ‘riparazione’ esegetica, sembra potersi concludere che, per quanto la disciplina di riferimento si rapporti espressamente a questioni pregiudiziali ‘relative a diritti’, sia da intendersi nel senso di ricomprendere tutte quelle che appartengono alla competenza del giudice ordinario civile<sup>5</sup>.

*1.2. Delimitazione dell’indagine: ratio della previsione di una ‘questione’ pregiudiziale ricadente sotto la giurisdizione del giudice civile, principi di riferimento (concentrazione dei sindacati e certezza della tutela), problemi giuridici, implicazioni (‘competenza’ del giudice ed efficacia della decisione)*

A sua volta, il fenomeno della pregiudizialità come ‘questione’ (mediante nella scala ideale testé rappresentata) può svilupparsi diversamente a seconda che quello pregiudiziale, quale autonomo oggetto del giudizio, appartenga alla giurisdizione del medesimo giudice amministrativo o di altro giudice. 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). Per cui, nulla osterebbe a che «il giudice amministrativo p[ossa] accertare, in via incidentale, la sussistenza o meno di un diritto soggettivo, ai limitati fini della soluzione della vertenza ad esso demandata in via principale, ancorché sulla predetta questione di diritto penda un giudizio davan-

---

<sup>4</sup> A. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 45.

<sup>5</sup> Stante una sostanziale riproduzione, da parte dell’art. 8 del vigente c.p.a., del dettato dell’art. 28, T.U. L. Cons. St., paiono senz’altro mutuabili gli argomenti in tal senso ‘spesi’ da A. ROMANO, *op. ult. cit.*, segn. p. 410 ss.

ti al giudice ordinario, ma senza sconfinare nella risoluzione delle controversie»<sup>6</sup>.

Fermo restando quanto esposto, valga sin d'ora di dichiarare entro quali confini verrà circoscritta l'indagine sul pertinente dato normativo confezionato per il processo amministrativo. Innanzitutto, limitandosi alle sole 'questioni' altrimenti ricadenti (in via autonoma) sotto la giurisdizione del giudice civile (le uniche ad essere espressamente contemplate dal dato 'positivo' e, per via della loro frequenza, richiamanti la prevalente attenzione della giurisprudenza): segnatamente, con esclusione delle 'questioni pregiudiziali amministrative' nel processo amministrativo; nonché, di quelle alle stesse correlate (disapplicabilità, da parte del giudice amministrativo, di atti amministrativi illegittimi, diversi da quello impugnato; invalidità derivata)<sup>7</sup>. Non ci si occuperà neppure delle problematiche interpretative poste dalle singole 'riserve' espressamente riconosciute in capo all'autorità giudiziaria (o giurisdizionale ordinaria): risoluzione dell'"incidente di falso", questioni inerenti allo stato ed alla capacità giuridica delle persone<sup>8</sup>.

Nel render conto della 'portata' dello studio, ci s'avvede che il senso funzionale di quella pregiudizialità (circoscritta) risulta associato a diversi ordini di problemi giuridici di seguito sintetizzati.

Innanzitutto, nell'ipotesi in cui in un processo sorga una questione che, considerata come autonomo oggetto del giudizio, appartenerrebbe alla competenza di un giudice diverso da quello della causa principale: «quando quest'ultimo possa anche risolvere *incidenter tantum* la questione stessa, e quando, invece, debba rimetterla all'altro giudice»<sup>9</sup>.

Lungo la medesima falsariga di uno sviluppo graduale: premesso che la 'questione pregiudiziale' (in senso proprio) è convertibile in 'causa pregiudiziale' solo quando abbia ad ogget-

---

<sup>6</sup> Cons. giust. amm. reg. Sicilia, 30 maggio 2013, n. 514.

<sup>7</sup> Ancora una volta può rinviarsi a A. ROMANO, *La pregiudizialità*, cit., p. 460 ss.

<sup>8</sup> Per cui continuano a valere, in larga parte, le riflessioni dedicate da A. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 427 ss.

<sup>9</sup> A. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 401.

to l'accertamento, non di un fatto, bensì di una di quelle situazioni giuridiche che possono determinare il contenuto del provvedimento decisorio<sup>10</sup>; si tratta di venir a capo dell'ulteriore problema se, nei casi in cui il giudice amministrativo possa senz'altro risolvere la questione pregiudiziale, egli conservi comunque il potere discrezionale di sospendere il processo amministrativo, qualora ritenga ciò opportuno: onde applicare a questo processo la decisione che il giudice competente (civile) pronuncia *principaliter* sulla medesima questione (così convertita in 'causa pregiudiziale'). Di tal fatta, demandando all'autorità giurisdizionale di sancire l'eventuale sacrificio, sull'altare della certezza della tutela, dell'istanza di concentrazione dei sindacati (in via principale come in via incidentale).

Di là dalle perplessità sollevate quanto alla perentorietà di cui si vorrebbe connotato il dato 'positivo' (l'ambivalenza di significato relativa all'impiego del tempo 'conosce' – 'deve' o 'può'); è intuitivo che ci si debba confrontare con due implicazioni: attinenti alla 'competenza' del giudice nonché, all'efficacia della decisione. Su entrambi i punti si traggono significative connessioni, d'impostazione delle relative criticità, dalla menzionata dottrina di diritto amministrativo, a partire dal duplice assunto di fondo per cui il fenomeno processuale della pregiudizialità, almeno in relazione alle relative 'questioni' che, in via autonoma, appartenerebbero ad altra giurisdizione: per un verso, sarebbe attinente a quella parte dell'*iter* logico del giudice (accertamento-decisione) che non rileva ai fini della determinazione della sua giurisdizione(-'competenza'); per altro verso, resterebbe senz'altro al di fuori dei limiti obiettivi della cosa giudicata<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Sul punto, A. ROMANO, *op. ult. cit.*, pp. 170-171. Sulla nozione di questione pregiudiziale in senso tecnico, *ivi*, p. 390 ss.

<sup>11</sup> Cfr. A. ROMANO, *La pregiudizialità*, cit., a partire da pp. 8-15, con particolare riguardo: sia alla considerazione della pregiudiziale come fenomeno meramente processuale; sia al problema dei limiti obiettivi della cosa giudicata (nel caso del processo amministrativo, come principalmente imperniata sull'effetto costitutivo della sentenza), avuto riguardo, più che all'individuazione dell'atto sottopostovi, all'accertamento che fa stato fra le parti ed alla distinzione fra limiti dell'annullamento e limiti obiettivi del giudicato.

Si legge così che: «... è ovvio che si può parlare di una competenza di un organo giurisdizionale, in quanto vi sia una contestazione: non ha perciò senso parlare di competenza nei confronti di un punto pregiudiziale, finché esso rimane tale; il problema si può porre solo se esso è trasformato in questione (o causa), e, sotto questo profilo, non ha importanza se tale trasformazione avviene su domanda di parte, oppure d'ufficio.

Per quel che riguarda l'efficacia della decisione, il problema si pone in relazione all'acquisto o meno della forza di giudicato degli accertamenti che hanno un carattere meramente pregiudiziale. ... il passaggio in giudicato di tali accertamenti è sostenuto ... sulla base della c.d. estensione del giudicato ai motivi della decisione (finale); ossia, tali accertamenti passerebbero in giudicato, in quanto costituiscono le premesse della decisione stessa. È chiaro, allora, come il profilo che qui acquista rilevanza è dato dalla circostanza che una data proposizione sia posta come termine di una data questione: ma è proprio da questo angolo visuale che ... la distinzione tra punti pregiudiziali, da un lato, e questioni e cause pregiudiziali, dall'altro, viene cancellata»<sup>12</sup>. A questa stregua: escluso che possa reputarsi plausibile la tesi per cui il passaggio in giudicato di tali accertamenti pregiudiziali si giustificerebbe sulla base della c.d. estensione del giudicato ai motivi della decisione (finale), trattandosi di soluzione 'di comodo', avulsa dalla *ratio* dell'istituto nonché, dai principi che (pur antinomici – certezza della tutela e concentrazione dei sindacati) si reputano sottesi al senso funzionale di quest'ultimo; è dubbio se siano mutuabili a fini esegetici, come utile complemento di diritto 'comune', le implicazioni dell'omologa disciplina confezionata per il rito civile. Stavolta, infatti, il dato normativo sussumibile a comparazione (giacché concerne anch'esso questioni pregiudiziali in senso tecnico), quanto all'integrarsi di un giudicato sostanziale, pone un problema ulteriore al costituire da

---

<sup>12</sup> A. ROMANO, *La pregiudizialità*, cit., pp. 42-43. Nel senso che il giudicato copre non solo il dispositivo della sentenza, ma anche quella parte della motivazione che ne forma il logico presupposto: cfr. citt. riportate *ivi*, pp. 164 e 179. *Contra, op. ult. cit.*, p. 166.

sé solo, l'elemento oggetto di accertamento, il contenuto di un autonomo processo: il 'riparto' di giurisdizione<sup>13</sup>.

A questa stregua:

muovendo dall'elaborazione processualcivilistica per cui, «poiché, di regola, la situazione pregiudiziale è decisa senza efficacia di giudicato, può accadere che la decisione di essa, resa nel processo concernente il diritto dipendente, sia di contenuto difforme rispetto a quello della successiva pronuncia, che venga emessa nel giudizio del quale il diritto sostanziale pregiudiziale costituisca l'oggetto, determinandosi così un contrasto tra i due accertamenti, l'uno reso incidentalmente e l'altro effettuato in via principale. Questo esito può essere impedito o dalla legge, prevedendo che l'accertamento della situazione pregiudiziale, in caso di contestazione di essa intervenuta nella causa riguardante quella dipendente, avvenga necessariamente con autorità di cosa giudicata, oppure dalla parte, tramite la proposizione di apposita domanda di accertamento incidentale»<sup>14</sup>;

in caso di appartenenza di quello pregiudiziale, quale autonomo oggetto del giudizio, alla giurisdizione di giudice diverso da quello amministrativo; per via del 'riparto', quest'ultimo non potrebbe pervenire ad una decisione con effetto di cosa giudicata sostanziale, nemmeno in caso di proposizione di apposita 'riconvenzionale' di accertamento incidentale (per una

---

<sup>13</sup> Ci si riferisce all'art. 34 c.p.c. (rubricato *Accertamenti incidentali*). Le questioni pregiudiziali di cui si occupa tale disposizione, «potendo formare oggetto di un giudizio autonomo e dare luogo in questo a cosa giudicata» (G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, 2, Napoli, 1935, p. 353), debbono essere tenute distinte sia dalle questioni pregiudiziali di rito, prese in considerazione dall'art. 187, co. 3, c.p.c., sia dalle questioni preliminari di merito, di cui all'art. 187, co. 2, c.p.c.: giacché queste ultime due figure, pur riguardando la fondatezza, in rito o in merito, della domanda proposta, non hanno per oggetto un elemento in grado di costituire da sé solo il contenuto di un autonomo processo e di determinare, conseguentemente, il giudicato sostanziale (A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1994, pp. 223-226).

<sup>14</sup> S. MENCHINI, *Accertamenti incidentali* (dir. proc. civ.), in *Enc. giur. Treccani* (diritto on line), 2016, che riprende l'insegnamento di G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, III, Milano, 1993, p. 231 ss., segn. p. 268 (già in *Riv. it. scienze giur.*, 1907, p. 3 ss.).

distinzione di effetti fra domanda ed eccezione, riconvenzionali, può rinviarsi alla giurisprudenza menzionata in par. 2).

### 1.3. *Pregiudizialità e 'oggetto' del giudizio; cognizione incidentale e giudicato sostanziale*

A tal punto, onde delineare l'obiettivo sotteso alla presente trattazione, pare utile di muovere da due ordini di connessioni, riconducibili (rispettivamente) alla dottrina del diritto amministrativo ed a quella processualcivilistica.

Quanto al primo, integrante prese di posizione complementari assunte dal medesimo Autore a più riprese menzionato (quale autorevole termine di confronto): circa (il modo d'intendere) l'ambito di manifestazione della pregiudizialità nel processo amministrativo, secondo un profilo che si vorrebbe stagliare sul piano logico. Innanzitutto, «... il limite finale di tale fenomeno, è quello per cui la pregiudizialità ha termine là dove comincia l'accertamento giudiziale propriamente detto, e cioè l'accertamento che verte sull'oggetto del giudizio nel processo amministrativo»<sup>15</sup>. In secondo luogo, la ragione per la quale la soluzione delle questioni pregiudiziali non passa in giudicato andrebbe rinvenuta unicamente nella circostanza per cui esse non sono ricomprese nell'oggetto del giudizio; fermo restando che, quando si tratti di questioni inerenti a diritti soggettivi, quella preclusione trova fondamento anche nell'espresso dato 'positivo'<sup>16</sup>.

Quanto alla dottrina del processo civile, valga di richiamare la tesi secondo cui la cognizione incidentale non darebbe luogo ad un accertamento minore, in quanto superficiale o non approfondito; infatti, «tra la cognizione incidentale e quella *principaliter* non vi è una differenza qualitativa ed entrambe sono esaustive sul piano del diritto di difesa costituzionalmente protetto. L'unica differenza è sul piano degli effetti,

---

<sup>15</sup> A. ROMANO, *La pregiudizialità*, cit., p. 289 ss. Cfr. pure S. SATTÀ, *Nuove riflessioni in tema di accertamento incidentale*, in *Foro it.*, 1948, I, c. 64 ss.).

<sup>16</sup> A. ROMANO, *La pregiudizialità*, cit., p. 372 ss., segn. pp. 388-389.

giacché soltanto la cognizione in via principale è in grado di sfociare in un provvedimento suscettibile di passare in giudicato sostanziale»<sup>17</sup>.

1.4. *Discorso critico (a partire dalla scelta valoriale di prevalenza dell'ordinamento giuridico sostanziale sugli assetti di quello processuale). Alternativa di metodo*

A questa stregua: in disparte l'indiscriminato sbilanciamento dell'una tesi verso il principio di 'economia processuale', con corrispondente penalizzazione di quello di 'certezza'; non è dato di comprendere per quale ragione, ad una pari esaustività di cognizione sul piano del diritto di difesa, non possa corrispondere un'efficacia, delle decisioni su questioni pregiudiziali, di rango corrispondente a quella sulle questioni principali. Segnatamente, ribaltando il rapporto di forza fra principi di riferimento, potrebbe obiettarsi che: sussistendo tutte le garanzie affinché la cognizione incidentale conduca ad un sindacato 'qualitativamente' pari a quello che sortirebbe da una autonoma trattazione giudiziale; non è dato di comprendere la ragione per la quale 'negare' a priori un'efficacia di giudicato, per il solo fatto che quest'ultima andrebbe associata alla sola cognizione in via principale. In definitiva, così facendo, tende a rientrare dalla finestra quel che formalisticamente si è inteso cacciare dalla porta asserendo che, nonostante la cognizione incidentale sia esaustiva sul piano del diritto di difesa, solo alla cognizione in via principale corrisponda una massimizzazione degli effetti della decisione.

Ciò pare sintomatico di un approccio meramente processualistico: rigorosamente improntato al binomio 'pregiudizialità ed oggetto principale del giudizio'; ma meno sensibile alle implicazioni processuali di tutela sostanziale come ormai si vuol sancite costituzionalmente (eppertanto, anacronistico): a partire dagli argomenti selettivi di una precisa scelta valoriale,

---

<sup>17</sup> G. VERDE, *Brevi considerazioni su cognizione incidentale e pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 175 ss., segn. p. 176.

nel senso di prevalenza dell'ordinamento giuridico sostanziale sugli assetti (e le 'strettoie') di quello processuale, come da tempo chiarito dalla stessa Corte costituzionale<sup>18</sup>. Non per caso, 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 in quanto espressione di un principio ermeneutico condiviso *in apicibus* dal diritto 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»<sup>19</sup>. Proprio a quella 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 valere)<sup>20</sup>: come 'diritto'

---

<sup>18</sup> 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 riscrivendo 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 ostacolino o addirittura la precludano: Cons. giust. 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 ss.

<sup>19</sup> G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960, n. 12, conformemente a ID., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1912 (1923), pp. 81-83.

<sup>20</sup> E. BETTI, *Ragione e azione*, in *Riv. Dir. proc. civ.*, 1932, I, p. 205 ss., segn. pp. 217-218; A. PEKELIS, *Azione* (teoria moderna), (già in *Nuovo Dig. it.*, II, Torino, 1938, c. 91 ss. e da ultimo) in *Nov.mo Dig. it.*, II, Torino, 1957, p. 29 ss., 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) proces-

(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.<sup>21</sup>. Onde suffragare quest'ultimo asserto, 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*<sup>22</sup>; di

---

suale 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 ed. in *Riv. trim. Dir. Proc. civ.*, 1950, p. 47).

<sup>21</sup> 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».

<sup>22</sup> 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

tal fatta, assurgendo ad autentico sinonimo dell'*ordinamento*, inteso per l'appunto nella sua 'consustanzialità'<sup>23</sup>.

Si tratta, allora, di sviluppare un duplice discorso di aggiornamento 'critico' che, quantunque si stagli parimenti lungo l'orizzonte del metodo, sotto gli stimoli suscitati dal contributo giurisprudenziale nel frattempo maturato, avrà riguardo ad un'elaborazione (sostanzialista di matrice epistemologica) applicata alla teoria della norma giuridica piuttosto che a quella meramente processuale. Pur senza trascurare gli spunti 'critici' di quest'ultimo orientamento laddove osserva (e mette in guardia) che non sempre è chiarissimo quando una questione vertente su diritti soggettivi si presenti legata dal nesso di pregiudizialità alla soluzione della questione principale: in quanto talvolta la prima acquista rilevanza immediata, onde stabilire se l'atto impugnato sia illegittimo (*rectius*, illecito), benché articolata nella domanda di parte come se la violazione del diritto soggettivo sia causa della difformità dell'atto rispetto alla norma. Infatti, «è evidente che, la qualificazione della questione vertente su diritti soggettivi, come meramente pregiudiziale, oppure la negazione di tale qualificazione, costituisce un'alternativa, che incide sulla stessa discriminazione di giurisdizioni tra il giudice ordinario e quello amministrativo»<sup>24</sup>.

---

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 dei giudici chiamati ad amministrare la giustizia nelle materie civile e penale – art. 1 –, 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 –, delle «relazioni» e «comunicazioni» istituzionali da rendere periodicamente sull'amministrazione della giustizia – art. 86).

<sup>23</sup> Per un ampio sviluppo delle implicazioni, di tale discorso, in punto di legittimazione all'azione in seno ad un 'giusto processo amministrativo', sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Sulla valutabilità dell'interesse pubblico da parte del giudice amministrativo*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2017, p. 509 ss.

<sup>24</sup> A. ROMANO, *La pregiudizialità*, cit., segn. p. 417 ss.

### 1.5. *Incidenza di una concezione evolutiva del riparto di giurisdizione ...*

I termini ultimi di tale ‘rivisitazione’ sono strettamente correlati: vertendo attorno ad una determinazione dell’‘oggetto del giudizio’ (quale nozione almeno in parte coincidente col contenuto dell’‘azione’ per rifarsi ad un approccio, familiare all’elaborazione della processualistica italiana, dal maggior legame col piano sostanziale)<sup>25</sup>; nonché, ‘a monte’, avuto riguardo al problema del ‘riparto’, stanti sia l’interferenza fra giurisdizioni (amministrativa e civile) quale implicazione (stavolta non più eventuale) della pregiudiziale in senso tecnico, sia le ripercussioni che comporta nella determinazione dell’‘oggetto del giudizio’.

Rinviando al prosieguo della trattazione introduttiva, quanto a quest’ultimo profilo; la ragione per la quale pare doversi muovere anche da una riflessione preliminare intorno al senso attuale della disciplina del riparto di giurisdizione, meglio si apprezza nel momento in cui si proceda oltre l’anticipato problema di base, di un processo nel quale sorge una questione che, considerata come autonomo oggetto del giudizio, apparterrebbe alla competenza di un giudice diverso da quello della causa principale: quando quest’ultimo possa anche risolvere *incidenter tantum* la questione stessa, e quando, invece, debba rimetterla all’altro giudice. Ci si riferisce al problema ulteriore di riconoscere (come parimenti anticipato) se, nei

---

<sup>25</sup> A. ROMANO, *La pregiudizialità*, cit., p. 67 ss., delinea l’azione come mezzo, a disposizione del titolare di una situazione giuridica soggettiva, per la tutela di quest’ultima, contro violazioni da parte di terzi, mediante il ricorso alla funzione giurisdizionale esercitata dallo Stato. Peraltro, se tale tutela è attuata mediante il comando del giudice, che rappresenta il momento volitivo della sentenza, il momento intellettuale della medesima deve vertere su quei dati i quali giuocano nella determinazione del contenuto del comando suddetto: è questo, dunque, l’oggetto dell’accertamento giudiziale. Ne consegue che l’azione, nei limiti in cui determina il contenuto del provvedimento giurisdizionale di tutela della situazione giuridica soggettiva vantata dall’attore, deve altresì entrare nell’oggetto del giudizio. Dunque, l’azione costituisce il modo con cui il diritto sostanziale si fa valere nel processo. Sull’identificazione fra *causa petendi* ed oggetto del giudizio, *ivi*, pp. 153, 358 ss.

casi in cui il giudice amministrativo possa senz'altro risolvere la questione pregiudiziale, egli conservi comunque il potere di sospendere il processo amministrativo, onde applicare a questo processo la decisione che pronuncia *principaliter* il giudice competente (civile), sulla medesima questione (così convertita in 'causa pregiudiziale'); pertanto, incidendo 'discrezionalmente' sul riparto di giurisdizione.

Così, quanto al problema di base, l'astratta indisponibilità, anche da parte del giudice, del riparto di giurisdizione, riposa, di là dal complesso ordinamentale (a partire dal relativo fondamento costituzionale, come tale, preclusivo della derogabilità della giurisdizione, benché 'convenzionalmente pattuita')<sup>26</sup>, sullo specifico dato 'positivo', la cui soluzione (come anticipato) viene giustificata, a livello di sistema, in quanto in grado di soddisfare la duplice esigenza di evitare: sospensioni del giudizio; al contempo, che l'accertamento incidentale della questione pregiudiziale integri una preclusione da giudicato (o comunque determini altri vincoli), sì da comportare un effetto eversivo delle prerogative del 'naturale' giudice ordinario. Laddove, trascorrendo verso il problema ulteriore, ci s'avvede che, nel silenzio della Legge, il responso si fonda integralmente su di un piano giuridico superiore, dei principi: tanto, in caso si opini per la negativa<sup>27</sup>; quanto, laddove ci

---

<sup>26</sup> Cons. Stato, sez. VI, 28 aprile 2023, n. 4271.

<sup>27</sup> Per la negativa A. ROMANO, *La pregiudizialità*, cit., p. 407 ss., ritenendo che quei motivi di opportunità (conferire, alla relativa decisione, certezza ed incontestabilità; assecondare esigenze connesse ai particolari caratteri di delicatezza e difficoltà, demandando la decisione al giudice dotato di maggior esperienza specifica), stante la reputata 'inferiorità' di tali istanze rispetto a quella ad una sollecita definizione del processo amministrativo, cui si aggiungerebbe la non liceità di un moltiplicarsi del numero dei casi in cui il processo amministrativo sarebbe sospeso in assenza di una precisa disposizione che lo autorizzi. Salvo osservare che il medesimo a. si sente in dovere: di giustificare la previsione normativa espressa di una 'riserva' in favore del giudice ordinario, quanto alla risoluzione dell'incidente di falso (autenticità di un documento), 'per i suoi peraltro evidenti caratteri di importanza e di delicatezza' (*ivi*, p. 430); altresì di obiettare, quanto all'ulteriore previsione normativa di eccezione inerente alle questioni di stato e capacità delle persone, la gravità delle conseguenze che derivano dalla relativa applicazione, con particolare riguardo alla 'sospensione del processo amministrativo, per tutto il tempo necessa-

si esprima diversamente<sup>28</sup>. Ciò, si traduce in disorientamento per l'interprete, specie quando si proceda all'esame della giurisprudenza (di cui a breve si renderà conto).

In tale contesto, evidentemente, certa remora si spiega anche in ragione della 'resistenza' di rigidi assunti della teoria del 'riparto' che si ripercuotono su istituti che v'interferiscono quale quello della 'pregiudizialità': cristallizzandone l'assetto, rendendolo insensibile ai mutati scenari nei quali sopravvive l'"invarianza" ultrasecolare del principale dato 'positivo' in tema di tutela, da parte del giudice ordinario, dei diritti soggettivi nel 'contenzioso amministrativo'<sup>29</sup>; al cospetto di un potenziamento dello strumentario di tutela gradualmente accordato (all'insegna di un approccio costituzionalmente orientato) alla giurisdizione amministrativa, con corrispondente 'riallineamento' delle situazioni giuridiche soggettive. Ciò avrebbe dovuto ridimensionare, entro termini prevalentemente organizzazionali (di maggior 'adeguatezza' del giudice nel dare risposta alla domanda di giustizia)<sup>30</sup>, il senso funzionale da accordare ad entrambe le discipline che sovrintendono al 'riparto', pur senza sovvertire un sistema di giurisdizione che conti-

---

rio per l'esaurimento del giudizio civile, che può protrarsi per tutti e tre i gradi di giurisdizione' (*ivi*, p. 432 ss.).

<sup>28</sup> Su tali aspetti, gli sviluppi storici dei relativi orientamenti ed i profili di teoria generale del processo (avuto riguardo al modello di diritto 'comune'), può rinviarsi a: G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 331; U. FORTI, *Competenza del giudice amministrativo sulle questioni pregiudiziali concernenti diritti*, in *Foro it.*, 1935, III, c. 195. Con riguardo alla disciplina introdotta dal c.p.a., *Codice del nuovo processo amministrativo*, a cura di F. CARINGELLA, M. PROTTO, Roma, 2012, p. 135 ss.

<sup>29</sup> Evidentemente ci si riferisce agli artt. 1-5, all. 'E', L. 20 marzo 1865, n. 2248.

<sup>30</sup> 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"».

nua ad essere improntato ad ‘unicità’ (almeno in ordine al sindacato su questioni di diritto soggettivo) e specialità<sup>31</sup>.

Laddove, la comprensione-applicazione dell’istituto in esame a lungo è stata (se non egemonizzata, quantomeno) condizionata distorsivamente dal più generale problema del fondamento del ‘riparto’ sul quale si è finito col dibattere intensamente persino a seguito dell’entrata in vigore del nuovo c.p.a.<sup>32</sup>; nonostante rappresenti il retaggio di un impianto di tutela superato nella sua tradizionale diversificazione. Così determinandosi (proprio a partire dal sotteso riferimento a distinte ‘situazioni giuridiche soggettive’ come effetto e non causa delle distinte giurisdizioni), innanzitutto, nell’intendere l’attualità della giurisdizione amministrativa, una generale ‘inversione di metodo’ (cioè, l’introduzione surrettizia di principi di ‘giudizi determinativi’ – sussuntivi di casi particolari sotto una regola data – avvalendosi di concetti ordinatori dalla dogmatica derivati per induzione da quelli legali – tradendo la loro vocazione di ‘meri’ strumenti di riflessione ed impostazione ‘tematica’ dei problemi concreti in vista della loro soluzione *secundum ius*)<sup>33</sup>. Ma altresì determinandosi una esasperata tendenza ‘separatista’ sia nel concepire i due oggetti (principale e pregiudiziale) della causa, sia nel ‘trattarli’ con riguardo ai profili di competenza e di efficacia della decisione. Ciò, pur nel superamento della tesi (meramente processualista) per cui la ‘pregiudiziale’ non rientrerebbe nell’oggetto del giudizio.

---

<sup>31</sup> 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. (rubricato *Giurisdizione dei giudici ordinari*) ed all’art. 2907 c.c. (rubricato *Attività giurisdizionale*); all’art. 37 c.p.c. (rubricato *Difetto di giurisdizione*); all’art. 386 c.p.c. (rubricato *Effetti della decisione sulla giurisdizione*); al co. 1 dell’art. 7 (rubricato *Giurisdizione amministrativa*), d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (cd. codice del processo amministrativo).

<sup>32</sup> Esempl. cfr.: F.G. COCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 549 ss.; ID., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 1 ss., segn. p. 31 ss.; ID., *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, p. 1 ss.

<sup>33</sup> La locuzione ‘inversione di metodo’ è ripresa da PH. HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932, p. 92 ss. Cfr. pure L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 50.

Vicenda inevitabilmente accentuatasi in ragione delle correlate ‘dispute’ giurisprudenziali di massima: delle insidie ‘di riflesso’ derivate da conflitti instauratisi, sulle questioni di riparto, fra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato, sul presupposto che la questione concernente 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 esterni delle attribuzioni di detto giudice eppertanto, è deducibile con ricorso alle Sezioni Unite della Cassazione<sup>34</sup>. Ci si riferisce innanzitutto al condizionamento dalla prima esercitato nel modificare l’assetto (costituzionale – art. 103 cit. –) in senso monista (giurisdizione funzionalmente unica), facendo leva sulla 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’<sup>35</sup>. Ma ci si riferisce altresì alla ‘singolare’ concomitanza, di certo incremento di quell’‘offensiva’ della Cassazione, con l’ampliarsi dello spazio attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo<sup>36</sup>.

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

---

<sup>34</sup> A norma dell’art. 362 c.p.c. Così Cass. civ., sez. un., Ord. 9 gennaio 2024, n. 786.

<sup>35</sup> 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 efficacemente reso dalla stessa Corte di Cassazione (19 settembre 2020, n. 19598). Cfr. pure le puntualizzazioni recate da: Cass. civ., sez. un., Ord. 16 gennaio 2023, n. 1157; Ord. 24 gennaio 2023, n. 2196; Ord. 27 gennaio 2023, n. 2497; Ord. 2 maggio 2023, n. 11444; Ord. 19 maggio 2023, n. 13791; Ord. 5 giugno 2023, n. 15706; Ord. 6 giugno 2023, n. 15934. Cfr. pure F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., p. 1 ss., segn. pp. 4-5, 9-10, sulla ‘lettura evolutiva’ della nozione di (motivi inerenti alla) giurisdizione (a partire da Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254): avuto riguardo, oltre che al riparto tra gli ordini di giudici (per situazioni soggettive e settori di materia), anche alle forme di tutela impartibili onde assicurare la protezione nonché, ai presupposti del loro esercizio.

<sup>36</sup> F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, p. 8 ss.

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)<sup>37</sup>; 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)<sup>38</sup>; sia la distinzione fra applicazione e creazione di norme giuridiche che, a sua volta, dipende (a monte) da come s'intende l'operazione interpretativa<sup>39</sup>. Innegabilmente il disagio che ne è scaturito (per violazione della garanzia della tutela giurisdizionale – art. 24 Cost.) ha indotto a ipotizzare soluzioni di armonizzazione delle funzioni nomofilattiche, del tipo di quella d'integrare la composizione delle Sez. Un. con magistrati del Consiglio di Stato, ogniqualvolta 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. Comunque, benché encomiabili, tali proposte pertengono ad un profilo organizzativo che, come tale, non può valere neppure come 'surrogato' del problema giuridico di aggiornamento del sistema di riparto fra giurisdizioni: specie tenuto conto che quest'ultimo, per la priorità rivestita in un contesto processuale improntato ai canoni della giurisdizione soggettiva e dell'impulso di parte e per la sua dignità di rango costituzionale (essendo sotteso alla garanzia di pienezza-effettività della tutela), debba rendersi accessibile ai cittadini prima che agli studiosi ed agli operatori del diritto. Non foss'altro perché, nel contesto testé tratteggiato: ogni questione inerente ai poteri di sindacato, riconoscibili in capo alle Autorità giurisdizionali, trova il proprio omologo, sotto l'angolo prospettico del

---

<sup>37</sup> D. PALAZZO, *I motivi inerenti alla giurisdizione tra diritto europeo ed effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, p. 93 ss., segn. p. 121.

<sup>38</sup> D. PALAZZO, *op. ult. cit.*, pp. 123-124.

<sup>39</sup> Sempre D. PALAZZO, *op. ult. cit.*, pp. 125-126.

cittadino, nei modi e limiti della tutela<sup>40</sup>. Pertanto, nello specifico, non è irrilevante che la questione demandata al giudice amministrativo in via principale venga ‘resa’ in termini: di accertamento della legittimità di un provvedimento amministrativo<sup>41</sup>; anziché di tutela di interessi legittimi. Infatti, solo nel secondo caso ci si può predisporre adeguatamente onde ‘trattare’ una questione pregiudiziale rispetto alla decisione di quella principale-pregiudicata.

Senza dilungarsi ulteriormente su tale vicenda, pare sintomatico che, tornando all’istituto in esame, così ci si riduca a statuire (pilatescamente): «in tema di sindacato delle Sezioni Unite sulle decisioni del Consiglio di Stato, la violazione dei limiti della cognizione incidentale stabiliti dall’art. 8 c.p.a. non configura un eccesso di potere giurisdizionale, ma solo un *error in procedendo*, commesso dal giudice amministrativo all’interno della sua giurisdizione. Il principio è stato affermato con riguardo all’art. 8, comma 1, c.p.a. e non è quindi applicabile alla differente ipotesi in cui il giudice amministrativo svolga la propria cognizione in via incidentale su una questione che ad esso è espressamente sottratta, attenendo allo stato delle persone, ... riservata alla giurisdizione ordinaria»<sup>42</sup>. Evidentemente, la ‘venialità’ del vizio trova favorevole sponda in ragione della preclusione, per la correlata decisione, ad integrare l’efficacia di cosa giudicata, stanti: un ‘riparto’ improntato ancora a rigidi criteri selettivi (distinte situazioni giuridiche soggettive) condizionanti il tipo di tutela resa. Laddove, quel discorso non ha più ragion d’essere a fronte di un sistema di giurisdizione in corrispondenza del quale: lo strumentario di tutela registra una sostanziale uniformità; il ‘riparto’ si sta riducendo ad un aspetto prevalentemente organizzazionale.

A riprova dell’effetto deleterio di quei condizionamenti, basterebbe di prestar attenzione a certa tendenza a dare per scontata la ‘non ragion d’essere’ dell’istituto in esame a fronte

---

<sup>40</sup> E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la p.a.*, Milano, 1964, p. 153 ss.

<sup>41</sup> Esempl.: Trib. amm. reg. Calabria, Reggio Calabria, 1° febbraio 2021, n. 106; Trib. amm. reg. Puglia, Bari, sez. III, 4 dicembre 2020, n. 1570.

<sup>42</sup> Cass., sez. un., 27 giugno 2018, n. 16959.

di 'materie' sottoposte a giurisdizione esclusiva; trascurando che proprio l'evoluzione del concepire quel 'riparto' all'insegna della massimizzazione della tutela (con aggiornamento della giurisdizione 'piena'), può determinare ripercussioni tanto sulla giurisdizione esclusiva quanto sui rapporti fra quest'ultima e l'istituto in esame.

Da qui, il cimentarsi, col presente scritto, anche in una sorta di nuova 'composizione mitigata' del riparto di giurisdizione; per ragioni di economia di trattazione, limitata essenzialmente ad una ricostruzione dogmatica della teoria delle situazioni giuridiche soggettive.

### 1.6. ... e dell'oggetto' del giudizio

Seguitando in un'opera di 'rivisitazione' dogmatica delle criticità connesse all'istituto in esame, come da programma l'attenzione deve appuntarsi anche su di una compiuta nozione di 'oggetto' del giudizio e sul relativo accertamento. Ciò, innanzitutto, dal momento che, sulla base di esso (quale contenuto unitario e costante del giudizio) si vorrebbe determinati (fra l'altro) i profili (correlati) della competenza e di quella speciale efficacia della decisione rappresentata dalla cosa giudicata (dato che, se la questione deve essere decisa con efficacia di giudicato, va deferita alla cognizione del giudice competente); 'al netto' delle singole contestazioni sorte fra le parti (su elementi di fatto o di diritto), per quanto rilevanti siano ai fini della soluzione dell'intera 'lite'. Ma anche (e soprattutto) perché, a seconda della considerazione (inclusiva o meno) che quella nozione riserva alla questione pregiudiziale, si può determinare un condizionamento potente quanto al regime delle implicazioni anzidette (con particolare riguardo alla possibilità di estendere l'efficacia di cosa giudicata anche alla decisione sulla 'pregiudiziale'). Incidenza che, dunque, concorre con quella esercitata (come già constatato) dall'assetto del riparto di giurisdizione.

Oltretutto: nei tipi di processo improntati al principio dispositivo, si tratta di verificare come l'oggetto del giudizio si

risolva, non solo nella domanda delle parti, ma anche nell'accertamento del giudice; nel processo amministrativo, quella caratterizzazione dispositiva assume connotati peculiari, in quanto, alla questione del rilievo da attribuire alla 'prospettazione', si aggiunge quella dell'incidenza (oggettivante) da riconoscere all'interesse pubblico sull'intero svolgimento del fenomeno processuale<sup>43</sup>. Così, tradendo anche più profonde problematiche di teoria del processo amministrativo (come autonomo) che, pur nella consapevolezza di non poterne rimettere la risoluzione al Legislatore, non esimono, da un intervento 'riparatore', gli altri 'formanti'<sup>44</sup>.

Da qui, una duplice esigenza. Innanzitutto, ci si riferisce alla menzionata riflessione sulle situazioni giuridiche sostanziali sul piano processuale, con particolare riguardo al rapporto tra (definizione del) l'interesse legittimo e l'oggetto dell'accertamento giudiziale (come questioni di legittimità dell'atto impugnato o di violazione del primo)<sup>45</sup>. In secondo luogo, pare doversi procedere ad una 'rivisitazione' dell'interesse pubblico, corrispondentemente all'interazione fra situazione giuridica sostanziale (quale condizione di efficacia dell'esercizio dell'azione in senso concreto) e processo (rispetto alla tesi 'separatista' per cui ci si limita a considerare la determinazione del contenuto del provvedimento decisorio come presupponente l'accertamento da parte del giudice che, a sua volta, deve vertere sull'esistenza di quella situazione rinvenibile nella domanda di parte sotto forma di affermazione).

Ciò rivela come, da un discorso dogmatico epistemologicamente orientato, possano emergere utili implicazioni. Così, in primo luogo, passando per il 'filtro' del rapporto fra condizio-

---

<sup>43</sup> A. ROMANO, *La pregiudizialità*, cit., p. 48 ss.

<sup>44</sup> In tal senso, A. ROMANO, *op. ult. cit.*, a partire da pp. 1-8 dell'*Introduzione*. R. SACCO, *Formante*, in *Dig. disc. priv.* - sez. civ. -, VIII, Torino, 1992, p. 438 ss.: agli «insiemi di regole, coesistenti in un unico ordinamento» può darsi il nome di «formanti» (legale, giurisprudenziale, dottrinale, etc.). Questi non sono tra loro equivalenti: mutando nel tempo e rispetto ai diversi ordinamenti, essi innanzitutto danno luogo a fenomeni d'interazione; inoltre, si modificano nella loro importanza comparativa (maggiore o minore capacità di ciascuno di essi di influire sugli altri).

<sup>45</sup> A. ROMANO, *La pregiudizialità*, cit., p. 217 ss.

ni dell'azione e questioni di merito, quel discorso 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 sterile<sup>46</sup>.

Ma, per quel che maggiormente interessa, quel discorso dogmatico può tornare utile: oltreché per la determinazione del contenuto 'oggettivo-soggettivo' dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo quale costituito (a partire dal riferimento, basilare, al sindacato come volontà concreta della legge in relazione alla singola fattispecie esaminata), per l'appunto, dalla duplice questione di legittimità dell'atto impugnato e di violazione di una situazione giuridica di diritto sostanziale; anche per una eventuale definizione interattiva dell'oggetto degli accertamenti 'meramente' pregiudiziali<sup>47</sup>. Alla stessa maniera di quanto altrove concluso a confutazione della tesi per cui le questioni processuali, diversamente da quelle pregiudiziali, sarebbero al di fuori non solo dell'oggetto del giudizio di merito, ma persino dello stesso giudizio di merito considerato nel suo complesso<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Su tali tematiche sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Nuove frontiere della legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo (con particolare riguardo alla materia ambientale)*, in *amministrativo@mente*, 2025, p. 1521 ss.

<sup>47</sup> Valgono sempre, quale autorevole termine di confronto, le riflessioni di A. ROMANO, *La pregiudizialità*, cit., p. 245 ss. Per un esperimento di mediazione fra le opposte tesi, oggettiva e soggettiva, dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo: *op. ult. cit.*, p. 259 ss.

<sup>48</sup> Non si tratta solo di esattamente delineare i rapporti che intercorrono tra questioni processuali e questioni pregiudiziali di merito; ma anche di «porre in luce i caratteri differenziali delle connessioni che rispettivamente intercorrono tra questi due gruppi di questioni e la questione c.d. principale». Quella tesi è avanzata, a più riprese, da A. ROMANO, *La pregiudizialità*, cit., segn. pp. 45-46, 126 ss., 247 ss. (esplicitamente, p. 257) ove si distingue nettamente fra accertamento dei presupposti di esplicazione della funzione giuri-

In quest'ottica, valga di muovere altresì (a mo' di confronto ed in vista dei debiti 'correttivi'), sia da certa definizione logica di 'questione pregiudiziale', sia da certo discorso tradizionale relativo alla risolvibilità dell'accertamento del giudice amministrativo.

Quanto alla prima, come anticipato in esordio di trattazione, la questione è pregiudiziale quando la sua soluzione condiziona quella di altra questione (c.d. pregiudicata); sì da concludere che una nozione tecnico-giuridica: non può prescindere dall'altra; se limitata al punto di vista processuale, si traduce nel nesso di pregiudizialità come si manifesta nel corso del processo e con le conseguenze che il medesimo comporta nei confronti di quest'ultimo<sup>49</sup>.

Se non che, la miglior dottrina specialistica del panorama tradizionale, nell'esaminare il nesso di pregiudizialità, quale si presenta nel ragionamento del giudice, distingue le seguenti fasi di quell'*iter* logico: «la ricostruzione della c.d. fattispecie concreta, la individuazione e l'interpretazione della norma di legge sotto cui sussumerla e, infine, come conclusione, l'accertamento della volontà della legge in relazione a questa singola fattispecie considerata»<sup>50</sup>. Quella stessa dottrina, poi riconduce tali fasi entro lo schema del sillogismo, in corrispondenza del quale: la fattispecie concreta costituisce la premessa minore; l'individuazione ed interpretazione della norma di legge (sotto la quale sussumere la prima), la corrispondente premessa maggiore; la decisione del giudice, la conclusione. Infine, si puntualizza che: se, a tale livello è possibile riscontrare un unico sillogismo, la determinazione del contenuto delle sue due premesse è costituita, a sua volta, 'dalle conclusioni di infiniti altri sillogismi, e catene di sillogismi'; quello della formazione della premessa minore è 'il terreno nel quale tipicamente

---

sdizionale (al potere astratto di agire) ed accertamento di quell'elemento che determina il modo di questa esplicazione. Per una confutazione di quest'ultimo profilo sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Nuove frontiere della legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, cit.

<sup>49</sup> A. ROMANO, *La pregiudizialità*, cit., p. 19 ss.

<sup>50</sup> A. ROMANO, *La pregiudizialità*, cit., pp. 22-23.

si manifesta il fenomeno della pregiudizialità<sup>51</sup>; in generale ‘si ha nesso di pregiudizialità quando la conclusione di un sillogismo costituisce una delle due premesse del sillogismo successivo’; la dipendenza logica fra due giudizi, per assurgere a pregiudizialità, esige che venga effettivamente percorsa ‘una delle diverse vie che conducono alla conclusione finale’<sup>52</sup>.

Siffatte connessioni sono quindi riproposte anche con riguardo specifico al processo amministrativo: per cui rientrano nel contenuto degli accertamenti pregiudiziali, in senso meramente logico, sia l’atto impugnato (ed i suoi singoli elementi), sia la norma di legge sulla cui base è possibile valutare la legittimità del primo<sup>53</sup>.

Salvo doversi obiettare, fin d’ora, che la più avanzata teoria della norma giuridica, come sostenuta epistemologicamente, apre nuovi scenari. Per un verso, si demolisce l’assunto per cui il criterio selettivo della complessità organizzativa del sistema giuridico sia rappresentato esclusivamente dalla fattispecie (quale nanti intesa) e dal correlato sillogismo. Ciò, almeno, quando la Legge assolva a compiti di regolazione degli interessi: esulanti da quello (esclusivamente) preventivo-sanzionatorio; (rivolto all’orizzonte del passato)<sup>54</sup>; per essere invece indirizzati verso l’orizzonte del futuro’ cioè, imponendo una progressiva definizione ‘sul campo’ a misura di altri interessi, anche in considerazione del continuo evolversi delle informazioni che provengono dai sistemi (di volta in volta) contermini (in forza di disposizioni di rinvio). Segnatamente, in corrispondenza di quest’ultimo tipo di evenienze: benché permanga l’esigenza (comune, ma più sentita nel diritto pubblico) di ‘stabilizzazione’ decisionale<sup>55</sup>; muta quella strategia alla base della recezione ed elaborazione d’informazioni con la

---

<sup>51</sup> A. ROMANO, *La pregiudizialità*, cit., pp. 32-33.

<sup>52</sup> A. ROMANO, *La pregiudizialità*, cit., pp. 36-37 ove si rinvia a F. MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., p. 89.

<sup>53</sup> A. ROMANO, *La pregiudizialità*, cit., p. 289 ss.

<sup>54</sup> F.G. COCCA, *Contributo*, cit., p. 182, sulla funzione che sul piano giuridico svolge l’ipotesi nel consentire la trasformazione del precetto da condizionato in categorico.

<sup>55</sup> Sul tema si sofferma L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., p. 276 ss.

quale l'ordinamento si 'autonomizza' rispetto al contesto cui si riferisce: più sensibile verso le conseguenze (gli effetti, per l'appunto) che intende arrecarvi<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> L' 'autonomizzazione' (temporale) del sistema giuridico, corrispondente (per quanto anticipato) allo sviluppo sostenuto della moderna società (industriale e complessa), si riscontra su entrambi gli orizzonti (sociologici) di connessione all'ambiente, del 'passato' (*input*) come del futuro (*output*). N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978, p. 58: «Oggi la giustizia non può più essere intesa come una norma giuridica superiore, ma solo come l'espressione di un'adeguata complessità del sistema giuridico, in particolare come l'obbligo di aumentarne la complessità nella misura in cui ciò è compatibile con una coerente attività decisionale. Una tale regola, a sua volta, sposta il punto di partenza da cui muove una ricerca di giusti concetti, di giuste teorie e soluzioni dogmatiche dei problemi, di una giusta dogmatica». L'a., partendo dalle «funzioni comprensive» del diritto rispetto alla società (di generalizzazione e stabilizzazione di aspettative di comportamento mediante «regole applicabili a processi che iniziano in modo contingente» e quindi compatibili con l'arbitrarietà e l'incontrollabilità di tale inizio), ricava implicazioni che riguardano la collocazione e la funzione delle regole dogmatiche. «Noi ci serviamo per questo di un modello generale, desunto dalla teoria dei sistemi, secondo il quale i sistemi che elaborano informazioni sono collegati al loro ambiente in un duplice modo: mediante *input* e mediante *output*. Le regole alle quali il sistema si orienta e mediante le quali esso limita la rilevanza dell'ambiente per le proprie decisioni guidano la trasformazione dell'*input* in *output*».

... Considerata in generale, la differenziazione tra *input* e *output* è conseguenza dell'autonomizzazione del sistema sotto l'aspetto temporale. L'autonomizzazione di un sistema comporta, tenendo conto in particolare del punto di vista temporale, che gli avvenimenti all'interno del sistema non coincidono più con gli avvenimenti dell'ambiente del sistema, ma precedono o seguono questi ultimi; che quindi gli orizzonti temporali per il sistema si separano specificamente in orizzonti temporali del passato e in orizzonti temporali del futuro.

In tal modo non si è ancora detto se e in che misura questa distinzione tra *input* e *output* o tra orizzonte del passato e orizzonte del futuro corrisponda a una differenziazione interna al sistema. Ad esempio, sarà quasi del tutto privo di senso separare i ruoli di chi riceve l'informazione e di chi trasmette il risultato dell'elaborazione di tale informazione (eccetto forse che nel caso di funzioni puramente subalterne), e comunque solo sistemi assai complessi si permetteranno il lusso di avere degli specialisti per lo studio del passato e degli altri specialisti per lo studio del futuro. Maggiore peso pratico ha un'altra questione, cioè se nei sistemi vi siano concentrazioni dell'orientamento verso i confini dell'*input* o verso i confini dell'*output*, e quali conseguenze strutturali abbia la scelta di uno di tali orientamenti.

Per altro verso, e corrispondentemente ad una varietà di schemi normativi, si dà l'abbrivo ad un diversificato adeguamento della tecnica interpretativa-applicativa.

A tal punto, può riuscire più proficuo il trattamento della pregiudizialità in senso stretto (sempre secondo la nozione d'esordio, di 'questione'), dal momento che quella stessa dottrina tradizionale (a confronto) pone il problema di un accertamento giudiziale che 'non verte solo sull'atto'. Così, dotandosi di consistenza scientifica il maggior respiro associabile alla duplice intuizione serbata nell'opinare che: quando il giudice valuta gli effettivi caratteri dell'atto impugnato, «questo non è mai considerato in sé e per sé, ma sempre solo in relazione alla sua susseguente valutazione di legittimità o di illegittimità»<sup>57</sup>; in chiave di processo dispositivo, «... l'og-

---

Ovviamente in ogni sistema differenziato vi sono sempre entrambe le cose: sia *input* che *output*, sia orizzonti del passato che orizzonti del futuro. Ma è possibile che la rilevanza, la problematicità e il centro focale dell'interesse a elaborare informazioni provenienti dall'ambiente vari in una direzione o nell'altra. Se il centro di gravità dell'attenzione è collocato ai confini con l'*input*, ciò significa che il sistema svolge la sua funzione primariamente mediante un'accurata recezione ed elaborazione di informazioni e in modo relativamente indifferente rispetto alle conseguenze che vengono così provocate. Una concentrazione dell'attenzione ai confini con l'*output* dovrebbe quindi significare, dal punto di vista della società globale, che il sistema vede il proprio principale problema nella produzione di certi effetti che si devono verificare nell'ambiente, e si procura le informazioni solo come mezzi in vista di questo scopo e quindi seguendo uno specifico interesse rivolto alla produzione di certi effetti. Dal punto di vista dell'intera società, pertanto, un centro di gravità dell'attenzione ai confini con l'*input* dovrebbe essere assicurato ammettendo una certa indifferenza nei confronti delle conseguenze; un centro di gravità ai confini con l'*output* dovrebbe essere assicurato ammettendo la libertà di scegliere i mezzi per conseguire lo scopo perseguito ...» (*ivi*, pp. 61-62).

Alla luce di tali riflessioni, mutuata dalla teoria dei sistemi, l'a. si spiega il perché di una struttura dogmatica classica impostata primariamente (se non esclusivamente) ai confini dell'*input* del sistema giuridico: cioè, come anticipato nel testo, utilizzata per elaborare informazioni sui casi (standardizzandoli e classificandoli), in funzione di una garanzia di capacità decisionale del sistema, più che di un intervento determinato sull'ambiente sociale. Laddove, proprio nel diritto pubblico è divenuto ormai ineludibile il problema della possibilità di criteri giuridici per la regolazione dei programmi di scopo (*ivi*, p. 96 ss., nonché studi richiamati in nt. 34).

<sup>57</sup> A. ROMANO, *La pregiudizialità*, cit., p. 292.

getto del giudizio nel processo amministrativo sia costituito non già dall'illegittimità dell'atto impugnato, *sic et simpliciter*, ... bensì, dall'illegittimità di tale atto, in relazione al vizio denunciato»<sup>58</sup>, col correlato rilievo riconosciuto (attingendo alla coeva giurisprudenza) in punto di 'motivo di ricorso', quale «singola disformità dal paradigma legislativo, di un aspetto del comportamento della pubblica Amministrazione, nell'esercizio del potere a questa attribuito»<sup>59</sup>, come tale, oggetto di un accertamento dal carattere meramente pregiudiziale rispetto all'oggetto del giudizio (o *causa petendi*)<sup>60</sup>.

A significare che il sindacato giudiziale involge comunque una vicenda unitaria, di là da un poliedrico assetto processuale; con le relative implicazioni (come anticipato) quanto al rapporto d'interazione fra oggetti, principale e pregiudiziale, del giudizio.

Sempre in un'ottica di rivisitazione dogmatica, epistemologicamente aggiornata, s'intuisce il rilievo del proposto contributo come complementare del discorso tradizionale relativo alla risolvibilità dell'accertamento del giudice amministrativo, quale a lungo circoscritto ad una duplice questione. Innanzitutto, ci si riferisce all'interrogativo se la natura pienamente giurisdizionale di quel pronunciamento si esaurisca nella verifica

---

<sup>58</sup> A. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 365.

<sup>59</sup> A. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 326 ss., segn. p. 338 ss.

<sup>60</sup> A. ROMANO, *op. ult. cit.*, pp. 358-359.

Ciò, dal momento che:

- se si condivide quella nozione, il motivo di ricorso costituisce l'oggetto di un accertamento del giudice amministrativo che ha carattere meramente pregiudiziale;

- in un certo senso, norma di legge e comportamento paiono essere i due elementi costitutivi di quel fenomeno di disformità; dunque, in definitiva, sono parte integrante dello stesso motivo di ricorso;

- per quel che maggiormente interessa nella circostanza, la giurisprudenza ha talvolta 'bollato' di 'genericità' il motivo in ragione della «mancata precisazione nell'atto introduttivo del ricorso, di talune circostanze, le quali non solo sono, di per sé, estrinseche al comportamento dell'Amministrazione, e, quindi, al suo vizio, ma anche, a rigore, non sono indispensabili per la individuazione di questo, rilevando, tutt'al più, solo come elementi di valutazione della effettività della affermata sussistenza di tale vizio, già, di per sé, sufficientemente precisato» (*op. ult. cit.*, p. 348 ss.).

dell'esistenza dei presupposti voluti dalla Legge affinché il giudice operi d'imperio la modificazione giuridica tipica (effetto costitutivo o di condanna); quest'ultima inquadrabile invece in un ambito di attività sostanzialmente amministrativa; per cui l'accertamento sarebbe elemento della sentenza e, quello pregiudiziale si ricaverebbe 'per sottrazione' rispetto all'oggetto del giudizio. L'altra questione è se, all'opposto, in alcuna sentenza sia ravvisabile un momento che si risolve nel mero accertamento (quest'ultimo corrispondente ad un'operazione meramente preliminare all'esplicarsi della funzione giurisdizionale)<sup>61</sup>; epperanto, non potendo configurarsi un oggetto del giudizio, pari sorte toccherebbe alle questioni pregiudiziali.

Laddove, in un'ottica dogmatica epistemologicamente aggiornata, possono assumere rilievo preminente, nell'indagine sui momenti dell'accertamento, piuttosto che i profili (di 'appartenenza' o, come sostenuto ulteriormente) di distinzione rispetto alla pronuncia imperativa, come pure tra l'oggetto del giudizio e quello pregiudiziale, l'eventuale condizionamento reciproco fra questi ultimi (con le relative implicazioni).

Per il momento il discorso deve sospendersi. Basti solo di osservare che tutto ciò implica che la pregiudizialità in senso tecnico non può essere sussunta necessariamente entro i termini (processualmente) del 'nesso' e (sostanzialmente) del sillogismo (ipotetico-casuistico), ma va impostata e modulata secondo il criterio del 'tipo normativo di problema giuridico', con due ordini d'implicazioni. Innanzitutto, ci si riferisce alla conseguente relativizzazione della 'portata' da associare allo specifico dato 'positivo': sia come indicazione cui l'interprete deve attenersi tendenzialmente, oltretutto assecondata dal dato letterale stante l'anticipata ambivalenza di significato relativa all'impiego del tempo 'conosce' – 'deve' o 'può'; sia in considerazione del sostituirsi, ad un rapporto 'lineare' fra questioni pregiudiziale e principale, di un rapporto 'circolare' (di reciproca definizione) implicato da un esercizio discrezionale facente capo a norme 'conseguenzialiste', con corrisponden-

---

<sup>61</sup> Su tale dibattito, A. ROMANO, *La pregiudizialità*, cit., p. 230 ss., segn. p. 240 ss.

te ruolo ‘creativo’ del giudice nella definizione della questione pregiudiziale. In secondo luogo, il discorso cade: sull’aggiornamento dei molteplici concetti di pertinenza; e sulla complementarizzazione dei principi di riferimento (a partire, oltre a quelli già enunciati, dalla pienezza della tutela), secondo un criterio ‘oggettivante’ alla maniera del ‘razionalismo critico’, non certo della dottrina del ‘diritto vivente’<sup>62</sup>.

Ciò, nella (rinnovata) consapevolezza che anche il problema in esame vada trattato secondo una chiara ‘dichiarazione d’intenti’. Per un verso, nel contesto di una più generale riflessione del sistema delle tutele del cittadino nei confronti della pubblica Amministrazione<sup>63</sup>. Per altro verso: quanto al nuovo punto di equilibrio sia nel riparto fra la giurisdizione del giudice amministrativo e quella del giudice ordinario<sup>64</sup>, sia fra i principi del ‘giusto processo’ (ragionevole durata) e di effettività (certezza)<sup>65</sup>; in un’ottica di prevalenza dell’ordinamento giuridico sostanziale sugli assetti di quello processuale (ciò che impone una costante ‘calibratura’ fra le diverse istanze);

---

<sup>62</sup> Del ‘razionalismo critico’ si 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. K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, tr. it., Torino, 1970, p. 275 ss.; H. ALBERT, *Per un razionalismo critico*, tr. it., Bologna, 1973, p. 59 ss.

<sup>63</sup> F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., p. 1 ss.

<sup>64</sup> Cfr. M. NIGRO, A. CORASANITI, S. GIACCHETTI, A. ROMANO, F. PIGA, F.G. SCOCA, V. CAIANIELLO, C. RUPERTO, G. VERBARI, A. VALENTE, G. ABBAMONTE, M. CALABRESE, G. BARONE, L. MOSCARINI, E. CARDI, F. MANGANO, M.A. SANDULLI, *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 1981, I, p. 2140; F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, 2002.

<sup>65</sup> Con particolare riguardo all’ammissibilità del conferimento, al giudice ordinario, di una giurisdizione ‘esclusiva’, estesa alla cognizione d’interessi legittimi, R. DE NICTOLIS, *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione: limiti esterni*, in *Enc. giur. Treccani* (diritto on line), 2013.

tenuto conto, altresì del senso (funzionale) degli istituti ‘con-termini’ (sospensione del giudizio, giurisdizione esclusiva).

## II

### 2. *Rassegna ‘critica’ di giurisprudenza*

Valga di muovere dal confronto fra le seguenti ‘massime’:

«In materia di pubblico impiego, nell’ambito delle controversie soggette alla giurisdizione del giudice amministrativo, va esclusa l’applicabilità dell’art. 64 del d.lgs. n. 165 del 2001 - in tema di accertamento pregiudiziale sull’efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi, procedura destinata ai giudici civili, ed esclusivamente per il primo grado di giudizio, per dirimere questioni interpretative, sorte nell’ambito del rapporto d’impiego oggetto di giurisdizione del g.o., ben più complesse rispetto a quelle che il giudice amministrativo – occupandosi esclusivamente del reclutamento dall’esterno, con l’aspetto pubblicistico prevalente nettamente sul profilo negoziale – può risolvere in via pregiudiziale, caso per caso, ai sensi dell’art. 8 del d.lgs. n. 104 del 2010»<sup>66</sup>;

«Il tema dei rapporti tra eccezione di usucapione e riparto di giurisdizione si è posto soprattutto in materia di espropriazione. In linea di principio, la domanda principale di accertamento dell’usucapione ricade nella giurisdizione ordinaria, e non in quella esclusiva del giudice amministrativo in tema di espropriazione per pubblica utilità (art. 133, co. 1, lett. ‘g’, D.Lgs. n. 104/2010), anche se a proporla sia una amministrazione. Tuttavia, va operata una distinzione a seconda che l’usucapione venga fatta valere in via di semplice eccezione (riconvenzionale) oppure con una vera e propria domanda riconvenzionale di accertamento dell’esistenza del diritto di proprietà.

... Qualora l’amministrazione, nel giudizio amministrativo proposto da chi allegghi di essere proprietario dell’immobi-

---

<sup>66</sup> Cass. civ., sez. un., Ord. 14 luglio 2022, n. 22206.

le, deduca per il tramite di una memoria di replica in primo grado, di avere usucapito la proprietà, tale difesa va qualificata come eccezione riconvenzionale, risolvibile mediante cognizione incidentale da parte del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 8, comma 1, D.Lgs. n. 104/2010»<sup>67</sup>;

«Il giudice amministrativo, adito per l'annullamento del provvedimento che nega il ricorso all'acquisizione sanante prevista dall'art. 42-*bis* del D.P.R. n. 327/01, non è tenuto a procedere alla sospensione necessaria del giudizio, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., in attesa della sentenza del giudice ordinario che si pronunci sulla domanda dell'amministrazione di accertamento dell'usucapione del medesimo immobile»<sup>68</sup>.

Il 'combinato disposto' di tali pronunzie (e di ulteriori) rivela (pur esemplificativamente, in modo emblematico) un orientamento generale, nel senso che la cognizione incidentale del giudice amministrativo, onde dirimere questioni pregiudiziali inerenti a diritti soggettivi, sarebbe rimessa (eccezion fatta per i casi in cui è espressamente preclusa dalla Legge) a tre elementi di valutazione: che la cognizione incidentale risulti 'necessaria' ai fini di quella sulla questione principale<sup>69</sup>; la 'prospettazione', in termini di eccezione e non di domanda riconvenzionale di accertamento, che venga fatta dalle parti della questione pregiudiziale di diritto soggettivo; che non sussista particolare complessità della questione sussumibile alla cognizione incidentale e, per converso sia prevalente in essa il profilo pubblicistico<sup>70</sup>. Salvo constatare che, di tal fatta, il quadro interpretativo-applicativo che ne scaturisce, alla stregua di tali ultimi due ordini di elementi, risulta poco chiaro. Innanzitutto, non è dato di comprendere se sia sufficiente la circostanza che la questione involgente diritti soggettivi venga fatta valere in via di semplice 'eccezione' (riconvenzionale), anziché con una vera e propria 'domanda' (riconvenzionale)<sup>71</sup>; nel quale ultimo caso, l'appartenenza di quello pregiudiziale, qua-

---

<sup>67</sup> Cons. Stato, sez. IV, 20 aprile 2023, n. 4012.

<sup>68</sup> Cons. Stato, sez. IV, 12 luglio 2022, n. 5872.

<sup>69</sup> Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2022, n. 4660.

<sup>70</sup> Cfr. altresì Cons. Stato, sez. III, 7 febbraio 2022, n. 856.

<sup>71</sup> Cons. Stato, sez. IV, 20 aprile 2023, n. 4012, cit.

le autonomo oggetto del giudizio, alla giurisdizione di giudice diverso da quello amministrativo, comporterebbe (come anticipato per confronto con l'omologa disciplina del rito civile), stante il determinarsi di un problema di 'riparto', che della 'domanda' debba necessariamente essere investito il giudice ordinario (cfr. par. 1.2.). In secondo luogo, non è dato di comprendere se sia invece decisivo il profilo sostanziale di complessità ed 'impronta pubblicistica' della questione pregiudiziale.

In altri termini, non è chiaro se sia determinante la prospettazione di rito della parte o la valutazione di sostanza del giudice; fermo restando che, essendo i due profili correlati, in un'ottica di prevalenza dell'ordinamento giuridico sostanziale sugli assetti (e le 'strette' di quello processuale, dovrebbe optarsi per la seconda soluzione. Tant'è che, in definitiva, la valutazione del giudice amministrativo di disporre l'alternativa sospensione processuale, in attesa di un pronunciamento del giudice civile, viene espressamente qualificata come 'di opportunità'<sup>72</sup>.

Di tal fatta, rivelando un tendenziale superamento della storica propensione per la 'negativa' quanto al problema se, nei casi in cui il giudice amministrativo possa senz'altro risolvere la 'questione pregiudiziale', egli abbia comunque il potere discrezionale di sospendere il processo amministrativo (ritenendolo opportuno): onde applicare a questo processo la decisione che pronuncia *principaliter* il giudice competente (civile), su tale questione, trasformata dunque in 'causa pregiudiziale' (per cui cfr. quanto riportato nel par. introduttivo). Ma altresì, ad indicare il farsi disordinato di un moto di 'ricomplementarizzazione' giurisprudenziale dei principi di riferimento: per un verso, non necessariamente a favore del 'giusto processo – economia' (inteso nel senso di evitare continue sospensioni del giudizio, così consentendo una ragionevole durata ed una sollecita definizione del contenzioso amministrativo), benché contemperato precludendo all'accertamento incidentale d'integrare una preclusione da giudicato; per altro verso, di apertura verso quello di 'effettività' (assecondando esigenze di

---

<sup>72</sup> Cons. Stato, sez. IV, n. 5872/2022, cit.

tutela ampia e soddisfacente, connesse ai particolari caratteri di delicatezza e difficoltà, demandando la decisione al giudice dotato di maggior esperienza specifica; eppertanto, conferendo, alla relativa decisione, certezza ed incontestabilità). Ma, soprattutto, così superando, per via dei principi, una rigida esegesi del dato ‘positivo’: nel senso della non liceità di un moltiplicarsi del numero dei casi in cui il processo amministrativo sarebbe sospeso in assenza di una precisa disposizione che lo autorizzi; a conferma di una considerazione di quel dato come di ‘portata’ tendenziale, in un’ottica (come anticipato) di prevalenza dell’ordinamento giuridico sostanziale sugli assetti (e le ‘strette’) di quello processuale.

Ciò premesso, occorre interrogarsi su due profili. *In primis*, su come quella valutazione di opportunità (si ritiene) non interferisca sul riparto di giurisdizione<sup>73</sup>; così ponendo il problema di una ritrascrizione dell’attuale senso funzionale dell’istituto in esame. In secondo luogo e corrispondentemente, dovendo domandarsi a quali condizioni la decisione, assunta incidentalmente dal giudice amministrativo su questione di diritti, possa assumere l’efficacia di cosa giudicata sostanziale.

Valga, allora, di muovere dall’interpretazione del vigente dato normativo: incidentalmente rilevato che, nel descrivere le prerogative del giudice amministrativo sulla questione pregiudiziale, impiega il verbo ‘conoscere’, mentre la disciplina pregressa faceva uso del verbo ‘decidere’. Così, ‘in negativo’, «il potere del giudice amministrativo, previsto dall’art. 8 del D.Lgs. n. 104/2010, di decidere in via meramente incidentale tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui soluzione sia necessaria per dirimere la questione principale, non può sconfinare in una vera e propria tutela dei diritti e consistere, quindi, nella soluzione di controversie riservate all’autorità giudiziaria ordinaria»<sup>74</sup>. ‘In positivo’, il giudice amministrativo deve limitarsi «a svolgere accertamenti ed eventuali valutazioni critiche sulle situazioni giuridiche qua-

---

<sup>73</sup> Trib. amm. reg. Calabria, Reggio Calabria, 1° febbraio 2021, n. 106.

<sup>74</sup> Cons. Stato, sez. IV, 22 marzo 2022, n. 2053.

li appaiono dai fatti e dagli atti»<sup>75</sup>. «In tal modo, si riesce ad assicurare l'effettività della tutela (che esclude che ci possano essere profili dell'azione amministrativa sottratti al sindacato giurisdizionale), senza invadere i confini della giurisdizione ordinaria»<sup>76</sup>.

Se non che, a partire da quest'affermazione 'di chiusura', la giurisprudenza che si è occupata della cognizione incidentale su diritti, da parte del giudice amministrativo: conferma l'incidenza, nella considerazione di quell'istituto, delle criticità che ancora attanagliano il 'riparto' in generale. Si legge, infatti, che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo allorquando la verifica (accertamento) incidentale su di un diritto «è finalizzata solo a stabilire se i ... provvedimenti ... siano o meno legittimi»<sup>77</sup>. Ciò, infatti, tradisce un'impostazione del problema del 'riparto': imperniata sul criterio (dunque, secondo un approccio nettamente 'separatista' delle due giurisdizioni) e, per di più fondata sull'oggetto del giudizio (legittimità dell'atto), anziché sull'istanza di tutela (di situazioni giuridiche sostanziali). Oltretutto, quell'orientamento patisce ('a cascata') delle ripercussioni, sull'istituto (e la sua 'portata'), di una sommaria impostazione nell'individuare il giudice al quale spetti di sindacare sulla controversia avente ad oggetto un atto amministrativo di cui si lamenta l'illegittimità in via principale: dando per scontato che sia tale, perciò solo, il giudice amministrativo; con esclusione dell'eventualità che lo sia il giudice ordinario. Quanto dipende invece dalla concezione del 'potere (autoritativo)' cui previamente si aderisca, ed alla quale sono correlate quelle di diritto soggettivo ed interesse legittimo.

Gli è tuttavia che, rinviando quegli approfondimenti al seguito di un (più volte preannunziato) discorso dogmatico, allo stato sorge il sospetto che, per come intesa dalla giurisprudenza (a partire da una considerazione dell'effettività come

---

<sup>75</sup> Cons. Stato, sez. II, 12 febbraio 2021, n. 1294.

<sup>76</sup> Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. I, 16 luglio 2020, n. 3157.

<sup>77</sup> Cons. Stato, sez. VII, 19 aprile 2022, n. 2905. Cfr. pure Cons. Stato, sez. IV, 15 luglio 2020, n. 4570.

escludente la possibilità di profili dell'azione amministrativa sottratti al sindacato giurisdizionale nonché, della questione principale come vertente sulla legittimità di atti e non sulla tutela d'interessi legittimi), la disciplina normativa sia stata 'pensata' e confezionata innanzitutto in un'ottica essenzialmente di 'economia dei mezzi processuali', declinata secondo 'concentrazione' e 'ragionevole durata'<sup>78</sup>. Così, però, trascurando di ponderare adeguatamente le ripercussioni sul profilo (obiettivo ultimo di più recente consapevolezza) dell'effettività della tutela nella sua accezione pregnante.

Vien fatto di domandarsi, allora, come la tutela dell'interesse legittimo sia conseguibile con pienezza (secondo quanto imposto dall'art. 24 Cost.), quando dipenda (anche) dalla risoluzione di questioni di diritto soggettivo senza che a quest'ultima situazione giuridica soggettiva venga garantita pari sindacato (cognizione-decisione); magari sul presupposto che, ai fini della risoluzione della questione principale, non sia di particolare rilievo od appaia agevole. D'altronde, non varrebbe di sostenere che il compromesso vada rinvenuto nella semplicità della questione pregiudiziale, dal momento che, agli occhi dell'ordinamento, l'istanza di tutela, in seno al singolo giudizio: come non può risultar sminuita da un peso eccessivo accordato alla 'prospettazione' nel quadro 'di senso (funzionale)' di una giurisdizione soggettiva; neppure tollera esiti (sommati o, comunque) provvisori (precari), di là dalla condizione d'impugnabilità della relativa decisione.

Su questa falsariga, però, non regge, nel cogliere adeguatamente l'attuale senso funzionale dell'istituto in esame, nemmeno quella ulteriore giurisprudenza che, pur attestandosi su di una ben più restrittiva ed oggettiva ammissione della cognizione incidentale del giudice amministrativo, di là dall'introdurre un criterio non autorizzato dal sistema, comunque non si discosta dall'impostazione tradizionale del problema ('a monte') del 'riparto'. Si statuisce infatti che, «in sede di giudizio

---

<sup>78</sup> Sul principio di concentrazione, come rientrante fra quelli generali e pertanto, sotteso ad una disciplina uniforme dell'esercizio della «funzione di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, dei diritti e degli interessi legittimi»: Corte cost., n. 77/2007, cit.

amministrativo il sindacato incidentale su diritti di proprietà immobiliare o su diritti reali immobiliari non può sconfinare nella vera e propria tutela dei diritti e consistere nella soluzione di controversie riservate all'autorità giudiziaria ordinaria, ma deve limitarsi alle risultanze dei contratti scritti, dei libri e registri immobiliari e delle sentenze che accertano o costituiscono diritti immobiliari, essendo escluso che in sede amministrativa e di giurisdizione amministrativa si possano accertare fatti o atti modificativi delle situazioni giuridiche, come usucapioni, prescrizioni acquisitive, devoluzioni ablative, manifestazioni atipiche di volontà»<sup>79</sup>. Gli è, infatti, che non varrebbe di 'piegare' il principio del 'giusto processo' (quale nozione di sintesi funzionalmente equilibrata, comprendente tutte le garanzie di equità ed efficienza)<sup>80</sup> a soluzioni apparentemente 'asettiche', ma che il dato di esperienza insegna essere talvolta adottate 'strumentalmente' onde sopperire a problemi organizzativi del sistema di giustizia (esiguità degli organici, dilatazione dei tempi dei giudizi) che: non dovrebbero interferire con la comprensione-applicazione dell'istituto (il suo senso funzionale); ma imporrebbero soluzioni di altra natura.

In difetto, il rimettere la 'portata' dell'istituto in esame ad una valutazione di opportunità (cognizione incidentale anziché sospensione del giudizio), quale demandata al giudice amministrativo, lungi dal non 'spostare' la giurisdizione, finisce coll'incidere sull'effettività della tutela<sup>81</sup>; determinando un complesso di criticità rispetto al quale non può certo rappre-

---

<sup>79</sup> Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. II, 27 aprile 2017, n. 407.

<sup>80</sup> *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2013, p. 157 ss., per cui i principi del giusto processo, ricavabili dall'intero testo costituzionale, sarebbero distinguibili in 'strutturali' (precostituzione, indipendenza, terzietà ed imparzialità, contraddittorio paritario, necessaria motivazione) e 'funzionali' (generalità della tutela, inviolabilità del diritto di difesa, pienezza della tutela, tempestività della medesima, tendenziale massima accessibilità alla tutela nel merito).

<sup>81</sup> Nel duplice significato: europeo, quale *standard* minimale, onde evitare che la tutela delle situazioni giuridiche soggettive sia resa impossibile o eccessivamente difficile; nazionale, nel senso di dovere del giudice di assicurare una protezione pienamente soddisfacente dell'interesse sostanziale del ricorrente. Cfr. F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2012, p. 11 ss.

sentare la ‘panacea’ che si limiti l’efficacia della decisione sulla ‘pregiudiziale’, precludendole d’integrare la ‘cosa giudicata’.

A tal punto, mantenendo fede all’impegno programmato, si tratta di cimentarsi preliminarmente in una ‘rivisitazione’ (organica ed epistemologicamente aggiornata) dei concetti sui quali (di volta in volta) ha finito col vertere la comprensione-applicazione del sistema di riparto giurisdizionale: impresa cui verrà destinata la prossima Sezione. Fermo restando che, nell’ultimo segmento del presente scritto, si confida di trarre, dalla medesima riflessione dogmatica, utili spunti onde operare una ‘rivisitazione’ anche dei rapporti fra questioni, principale e pregiudiziale, del giudizio. Così da prospettare nuove opportunità di ‘trattamento’ (della disciplina) dell’istituto in esame.

Ci si riferisce, *in primis* (‘a monte’), ai concetti di ‘diritto soggettivo’ e di ‘potere (autoritativo)’ nonché ai correlati, d’‘interesse legittimo’ e d’‘interesse pubblico’.

### III

#### 3. *‘Rivisitazione’ di metodo dei discorsi tradizionali sul potere amministrativo e di teoria delle situazioni giuridiche soggettive*

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 ermeneutico e dogmatico. 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’ sempre più improntato allo schema ‘conseguenzialista’, come alternativo a quello ‘ipotetico-casuistico’, giacché assolve anche a compiti di regolazione d’interessi dalla progressiva definizione ‘sul campo’ (a misura di altri) eppertanto, è ‘di-

versamente' sensibile agli effetti concreti. Per quel che maggiormente rileva nella presente indagine, ciò non può non avere implicazioni anche sul versante interpretativo-applicativo nonché, alla luce di un comune assetto circolare di quell'operazione, nella sede processuale: in quanto vi si risolve il contesto globale di esperienza giuridica, rinvenendovi (come di seguito si puntualizzerà) sia il fatto concreto che il diritto<sup>82</sup>. Fra l'altro, così influenzando sull'assetto di molteplici dei suoi istituti. Ci si riferisce: al rapporto tra condizioni dell'azione e questioni di merito, nonché (in tale contesto) all'impostazione del ruolo riconoscibile alla 'domanda'; ciò, a fronte di certa giurisprudenza la quale insiste nell'opinare che l'oggetto della domanda medesima andrebbe colto dal giudice per come formulato dalla parte: a cominciare dalla richiesta di accertamento del diritto o di annullamento di un atto amministrativo<sup>83</sup>; laddove quel contributo pare poco edificante, dal momento che rende sterile l'apporto valutativo del giudice, come indissociabile dalla questione di merito<sup>84</sup>. Ma si conta di dimostrare che ad un pari condizionamento non si sottrae nemmeno l'assetto dei rapporti fra accertamenti, in via principale ed incidentale, del giudizio.

---

<sup>82</sup> 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, 2023.

<sup>83</sup> Cons. Stato, sez. VII, 7 febbraio 2023, n. 1324.

<sup>84</sup> 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, 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). Cfr. pure Cons. Stato, sez. III, 13 aprile 2023, n. 3754 («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»).

### 3.1. *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 sociale<sup>85</sup>, 'in positivo', non va oltre un rilievo giuridico '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»<sup>86</sup>.

Ciò non significa 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/privato<sup>87</sup>; 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 trasforma-

---

<sup>85</sup> 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» (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 ss.).

<sup>86</sup> E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1983, p. 247. Cfr. pure A. CERRI, *Potere e potestà*, in *Enc. giur.*, Roma, p. 2.

<sup>87</sup> A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 559 ss.

zione dell'ordinamento)<sup>88</sup>; pur senza spingersi sulle accezioni (esposte all'obiezione di risolversi in tecnicismi) di 'situazione soggettiva' come di 'diritto di azione'<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> A ROMANO TASSONE, *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. soc.*, 1991, p. 51 ss.; Id. *Situazioni giuridiche soggettive* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, p. 966 ss., segn. p. 980; Id., *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali Messina*, 1981, p. 406; 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 ss.

<sup>89</sup> 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*, I, Frankfurt am Main, 1906<sup>2</sup>, 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 ss.; F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, pp. 92 ss., 96, 104; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, p. 165 ss.

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, 241-243 (*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*, I, a cura di Id., Milano, 1983, p. 101).

Cfr. pure: A. CERRI, *Potere e potestà*, cit., pp. 3 e 6, con ampia rassegna di pronunzie della Consulta; 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; 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 ss., segn. pp. 109-110. Sul concetto di potere amministrativo, più recentemente sono tornati: A. LENER, *Potere* (in generale). b) *Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 610 ss., pp. 640-641; G. POLI, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012, p. 115 ss. Sull'eterogeneità

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 pubblico<sup>90</sup>.

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 atterrenare 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»<sup>91</sup>.

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 por-

---

delle tesi in punto d'interesse legittimo, quali orbitanti attorno alla nozione di potere, A. FIORITTO, *Gli interessi legittimi come fonte dell'ingiustizia amministrativa*, in *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa? Giornata di studio in onore del prof. Fabio Marusio*, a cura di E. CATELANI, A. FIORITTO, A. MASSERA, Napoli, 2011, p. 35 ss., segn. pp. 39-40.

<sup>90</sup> 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 ss.; A. CARBONE, *Dialogo sul potere con Michele Trimarchi*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, pp. 244 ss., 276 e 280.

<sup>91</sup> A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, p. 568.

si, (accanto ad una questione di ‘effettività’ – capacità di fare), di una problema di ‘efficienza’ (quanto a possibilità di ottenere)<sup>92</sup>. 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»<sup>93</sup>. 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* legittimativo<sup>94</sup>.

### 3.2. *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 te-

---

<sup>92</sup> S. COTTA, *Potere e Autorità*, cit., p. 11.

<sup>93</sup> A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere*, cit., pp. 572-573.

<sup>94</sup> A partire da E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 293 ss., segn. pp. 300, 302, 306.

ma 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*<sup>95</sup>; da quest'ultimo risultando traibile persino una parte dei valori etici e politico-costituzionali, dominanti<sup>96</sup>.

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 traslato (risolvendovi il contesto globale di esperienza giuridica)<sup>97</sup> l'intreccio dell'ordinamento giuridico (alla stregua di un comples-

---

<sup>95</sup> L. LOMBARDI VALLAURI, *Introduzione filosofica generale*, in *Procedura, procedimento, processo*, atti del convegno tenutosi ad Urbino, nei giorni 14 e 15 giugno 2007, a cura di L.R. PERFETTI, Milano, 2010, p. 3 ss.

<sup>96</sup> A. GIULIANI, *Ordine isonomico e ordine asimmetrico: "nuova retorica" e teoria del processo*, in *Soc. dir.*, 1986, p. 81 ss.

<sup>97</sup> Ci si riferisce *in primis* a quella processuale, nella quale si rinvencono 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, 1970, pp. 218-219). Ma altrettanto può concludersi con riguardo alla sede *procedimentale*, 'al netto' della circostanza per cui l'operazione logico-de-

so 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, pre-esistente cui l'interprete avrebbe accesso, bensì) circolare fra diritto e fatto, quale imprescindibile argine al dilagare delle precomprensioni<sup>98</sup>.

---

cisionale non si traduce in un *giudizio* (necessariamente nella composizione di una controversia, *op. ult. cit.*, p. 223).

<sup>98</sup> L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, p. 290. Peraltro, si è progressivamente infoltita la schiera di quanti propendono 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. TARRELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, dir. da A. CICU, F. MESSINEO, Milano, 1980), bensì circolare (E. CASETTA, *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 (D.U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, p. 95). All'uopo, per i relativi riferimenti, sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, Napoli, 2007, 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 pro-

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 concreto<sup>99</sup>. Solo aderendo allo schema logico-circolare di comprensione-applicazione, si è in grado di apprezzare che il giudizio logicamente non anticipa la determinazione volitiva, ma con essa s'identifica, progressivamente definendosi. Altrimenti, nell'ottica della teoria logicistica della decisione (che la equipara ad un sillogismo pratico)<sup>100</sup>, la duplicazione delle fasi (posizione della regola del

---

duttività ermeneutica è tanto meglio garantita quanto più l'interprete è riuscito a spezzare «il cerchio delle proprie private presupposizioni». Sulla pre-comprensione cfr. pure: L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., pp. 3 e 19; H.G. GADAMER, *Verità*, cit., pp. 265 e 307.

<sup>99</sup> Cfr. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., pp. 10-12, 19-20; H.G. 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, 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, 1990, pp. 19 e 164; J. ESSER in *Vorverständnis und Methodewahl 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 S. PATTI, A. ZACCARIA, Napoli, 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).

<sup>100</sup> E. CANNADA BARTOLI, *Decisione amministrativa*, in *Nov.mo Dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 268.

caso concreto e determinazione della susseguente decisione) si rivela non solo una inutile complicazione<sup>101</sup>, 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'<sup>102</sup>; 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. In quest'ottica, va inteso il riferimento ad «atti costituenti esercizio di *poteri autoritativi e discrezionali*»<sup>103</sup>.

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

---

<sup>101</sup> B. CROCE, *Filosofia della pratica: economica ed etica*, Bari, 1923, segn. pp. 27-28; ma cfr. pure, ID., *La storia come pensiero e come azione*, Bari, 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: L. (G.) GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941; P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, ora in *Studi sul processo civile*, V, Padova, 1947, p. 41; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 41.

<sup>102</sup> In linea, Trib. amm. reg. Puglia, Bari, sez. II, 2 settembre 2023, n. 1095.

<sup>103</sup> *Ex multis*, in Cons. Stato, sez. V, 24 agosto 2023, n. 7929.

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'<sup>104</sup>; se (altrimenti), il 'problema politico' non sia risolvibile esclusivamente nella sede legislativa (sì da tradursi in 'problema amministrativo')<sup>105</sup>. 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)<sup>106</sup>; altresì, potendo assumere rilevanza, nel concreto, 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 inteso<sup>107</sup>. 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 par-

---

<sup>104</sup> A. CIOFFI, *Il problema dell'interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 127-128.

<sup>105</sup> A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2018, pp. 551 s., 554-555.

<sup>106</sup> SANTI ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, ora in *Scritti minori*, I, Milano, 1950, pp. 90 s., 96.

<sup>107</sup> 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 ss.

te dell'interessato)<sup>108</sup>. Risponde al vero che tale tesi ha raccolto un seguito minoritario<sup>109</sup>; pur trattandosi della più raffinata fra quelle originatesi dalla medesima costola, per cui l'unica situazione giuridica, soggettiva, sostanziale, logicamente ammissibile, sarebbe il diritto soggettivo<sup>110</sup>. 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'amministrazione<sup>111</sup>. 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 legittimazione<sup>112</sup>.

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 fine)<sup>113</sup>; altrimenti,

---

<sup>108</sup> 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 ss. (ora in Id., *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, p. 10).

<sup>109</sup> A. GLEJESSES, *Profili sostanziali del processo amministrativo*, Napoli, 1962, pp. 27-29, segn. p. 32 ss., parla dell'interesse legittimo come (di una situazione soggettiva) coincidente con quello pubblico.

<sup>110</sup> F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d. (1910), p. 3.

<sup>111</sup> 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, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 229 ss., segn. p. 282.

<sup>112</sup> A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I, Milano, 1962, pp. 6-7 ss.

<sup>113</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, pp. 76, 80-81.

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) e pertanto, sarebbe da escludere una situazione giuridica strutturalmente distinta dal diritto soggettivo<sup>114</sup>. 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'amministrazione)<sup>115</sup>; si da concludere risolutamente nel senso dell'«irrilevanza della nozione di interesse pubblico nella qualificazione delle situazioni soggettive»<sup>116</sup>. 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 so-

---

<sup>114</sup> A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 487 ss., segn. pp. 496-497.

Cfr. pure: 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 ss.; R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3201 ss., segn. c. 3212.

<sup>115</sup> 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. Sia consentito di rinviare, al riguardo, a P. COTZA, *Potere autoritativo*, cit., par. 3.9.3.

<sup>116</sup> Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, "L'astratta e infeconda idea". *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Bologna, 1990, p. 11 ss., segn. p. 73.

lo vi si coglie l'essenzialità della prospettiva di giustizia per la comprensione del diritto amministrativo<sup>117</sup>; ma ne risulta 'sconfessata' qualunque interpretazione ritualistica della legalità, sì da farne emergere gli aspetti sostanziali<sup>118</sup>. 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-casuistico<sup>119</sup>. 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'<sup>120</sup>.

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

---

<sup>117</sup> E. CANNADA BARTOLI, *Interesse* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 18.

<sup>118</sup> Giova di richiamare un passo di E. CANNADA BARTOLI, *Interesse*, cit., pp. 9 e 19.

<sup>119</sup> L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici*, cit., p. 274 ss., segn. p. 290.

<sup>120</sup> L. BENVENUTI, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Milano, 2017, pp. 122 ss., 289. In tal senso, già A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 65, segn. p. 77.

non essere ponderati da chi è tenuto ad operare la scelta)<sup>121</sup>. 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»<sup>122</sup>. 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»<sup>123</sup>. 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'<sup>124</sup>.

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»<sup>125</sup>; 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 sostanziale<sup>126</sup>; ed in quest'ottica, trova favorevole sponda quell'autorevole dottrina secondo

---

<sup>121</sup> M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 97. Cfr. pure A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, II, 1962, p. 320, nt. 111.

<sup>122</sup> F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., p. 220 ss., segn. pp. 226-227.

<sup>123</sup> A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 65 ss., segn. p. 77.

<sup>124</sup> F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., pp. 227-228. Sia consentito di rinviare altresì a P. COTZA, *Potere autoritativo*, cit., parr. 1.2.1. e 1.4. (*ivi*, testo corrispondente a nt. 188).

<sup>125</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 122; R. MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza al provvedimento amministrativo*, Padova, 1987, p. 84 ss.

<sup>126</sup> F.G. SCOCA, *Interessi protetti - dir. amm.*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, 1990, p. 11.

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»<sup>127</sup>. 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 legittimo<sup>128</sup>; se l'ordinamento si contraddistingue in tal senso per il riconoscimento (sia pur in forme e sedi diverse) della 'plurisoggettività dell'interesse legittimo' e di uno strumentario di tutela consono alla varietà del sistema<sup>129</sup>, 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, pare 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 (come vorrebbe certa giurisprudenza occupatasi di questioni di pregiudizialità); tale deve reputarsi piuttosto (l'interesse pubblico concreto come in-

---

<sup>127</sup> 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 *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, a cura di U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE, Rimini, 1987, p. 805 ss.

<sup>128</sup> *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, 1978.

<sup>129</sup> 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, 1994, p. 137 ss., segn. pp. 137-138.

dissociabile dal)l'interesse legittimo (in quanto di quello esprime il punto di vista del cittadino).

### *3.3. Primato del dovere(-obbligo) sul diritto soggettivo e riflessi teorici 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 legittimo<sup>130</sup>. 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 evidente<sup>131</sup>.

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 teorico delle relative que-

---

<sup>130</sup> In questi termini D. SORACE, *Notazioni in tema di posizioni giuridiche soggettive e tecniche di tutela nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1988, 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, M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo?*, cit., segn. p. 473.

<sup>131</sup> G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1958, p. 190.

stioni: 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»<sup>132</sup>. 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 compendiarsi una gamma d'interessi ampia sotto diversi profili<sup>133</sup>); nonché, del reciproco condizionamento con le 'ulteriori' figure (così che ridefinirne una implica la 'ricollocazione' delle altre).

In altri termini, (con riserva di specifiche considerazioni in ordine al *proprium* dell'interesse legittimo), il diritto soggettivo può sancire una qualificazione di interessi che s'incontrano in taluni settori affidati alla giurisdizione amministrativa (non in chiave di riparto per 'materie', né a causa della stretta correlazione con posizioni soggettive d'interesse legittimo, bensì) in ragione della loro peculiare 'intensità funzionalizzata' che ne giustifica le potenzialità di garanzie proprie degli interessi legittimi, quali attuate nel processo amministrativo<sup>134</sup>.

---

<sup>132</sup> Così M. CLARICH, M. Clarich, *Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa: un equilibrio perennemente instabile*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 2, p. 227 ss., il quale assume a termine d'attacco in particolare (e non per caso) la distinzione fra potere discrezionale e potere vincolato.

<sup>133</sup> A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 984 ss.; 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.

<sup>134</sup> Ricorda N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, cit., p. 116 ss., che la tradizionale elaborazione dogmatica del diritto soggettivo «si è limitata a collegare il concetto del potere della volontà, che risale a Kant e Savigny, al concetto jheringhiano di bene giuridico e di interesse giuridicamente tutelato, ed ha affermato che il diritto soggettivo sarebbe le due cose insieme». Peraltro, il riferimento astratto («altamente generalizzabile») alla volontà ed all'interesse del soggetto, che a lungo hanno conferito al concetto di diritto soggettivo plausibilità e legittimità, non forniscono alcun (sufficiente) chiarimento né sulla sua funzione, né sui motivi per i quali possa ritenersi adeguato ad una società moderna.

Una possibilità di dissociazione del diritto soggettivo dalle regole di risultato è configurata in A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, V, c. 168 ss. Spunti di riflessione si rinvencono anche in G.U. RESCIGNO, *Costituzione e diritto amministra-*

D'altronde, l'esperienza maturata sul versante privatistico, ove si è venuta riconoscendo, al diritto soggettivo, una varietà di contenuti e caratteri (per cui può rinviarsi alle più recenti qualificazioni di interessi che si confrontano con poteri privati), dimostra quanto sia divenuto arduo (ormai) un distinguo netto con l'interesse legittimo (per lo meno secondo canoni tradizionali): al punto che vien fatto di domandarsi se quella fra le menzionate posizioni soggettive, giuridiche sia una relazione fra generi diversi o, piuttosto, 'da genere a specie'<sup>135</sup>. 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 disagiata da parte dell'"individuo qualunque"<sup>136</sup>. Si è dell'avviso, invece, che il dichiarato 'approccio' d'indagine possa aver miglior fortuna, consentendo d'impostare più proficuamente quello specifi-

---

tivo, in *La necessaria discontinuità (immagini del diritto pubblico)*, Bologna, 1990, pp. 133-134.

Prima dell'intervento della Corte costituzionale (sent. n. 204/2004), C. MEOLI, *Spunti di convergenza tra pubblico e privato negli accordi procedimentali*, in *La contrattualizzazione dell'azione amministrativa*, a cura di C. AMIRANTE, Torino, 1993, p. 95, rinveniva, nell'art. 11, c. V, L. n. 241/1990, un significativo orientamento del legislatore verso un riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, dettato dalle materie e non dalle posizioni giuridiche soggettive degli amministrati; così che quest'ultime (diritto soggettivo e dell'interesse legittimo) ne sarebbero risultate avvicinate.

<sup>135</sup> Così A. TRAVI, *Nuovi fermenti*, cit., c. 172: «Questo aspetto rifulisce anche sul dibattito incentrato sugli interessi legittimi, perché la distinzione fra diritti soggettivi e interessi legittimi non è più risolvibile nei termini di una contrapposizione fra la pretesa a un certo risultato la cui spettanza al cittadino è riconosciuta dall'ordinamento e la pretesa che invece è attuata solo attraverso la mediazione dell'esercizio di un potere: per lo meno si deve dar conto del fatto che anche il diritto soggettivo può essere costruito nei termini di garanzia (o, se vogliamo, di posizione "attiva") rispetto a un potere, anziché come certezza di un risultato». Tanto più che il riconoscimento, all'interesse legittimo, di una tutela generale, quale quella risarcitoria, ha contribuito a riabilitarne la funzione agli occhi del cittadino.

<sup>136</sup> 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 in modo analitico la propria nozione di base d'interesse legittimo nell'ordinamento generale.

co 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)<sup>137</sup>.

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'ordinamento<sup>138</sup>; 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)<sup>139</sup>; inoltre, 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'ultimo<sup>140</sup>.

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

---

<sup>137</sup> Valgano le (pur risalenti) connessioni di S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*, cit., 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 ss., 39 ss., 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.

<sup>138</sup> S. PALAZZOLO, *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 289 ss., segn. pp. 294-295.

<sup>139</sup> S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*, cit., pp. 18, 218 ss.

<sup>140</sup> S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*, cit., pp. 39 ss., 297.

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 disciplina 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’<sup>141</sup>.

Ciò – sempre per quanto anticipato –, stante il connotato tipicamente relazionale del diritto soggettivo stesso: presupponente un rapporto fra soggetti ben determinati<sup>142</sup>.

Ma, per quel che maggiormente rileva nel presente studio, l’inquadramento operato nel presente paragrafo, in ‘combinato disposto’ con quanto emerso nel precedente, può tornar utile onde emanciparsi da due ‘precomprensioni’. *In primis*, ci si riferisce all’idea che, al di fuori della qualificazione come ‘diritto soggettivo’, 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 (oltretutto una differenziazione/differenziabilità ‘*a parte debitoris*’) la certezza di attingere al ‘bene della vita’<sup>143</sup>; al più risultando registrabili esclusivamente varietà tipologiche di ‘carattere esteriore’ (es.,

---

<sup>141</sup> E. RUSSO, *Diritto soggettivo - I) teoria generale*, in *Enc. giur.*, Roma, 2005, p. 5. Cfr. pure: R. ALESSI, *La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo ed i suoi possibili riflessi nel campo del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, pp. 312, 319; A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 1958, pp. 160 ss., 153 ss., 149 ss.; R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, p. 19 ss.; H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p. 157; A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht-Boston-London, 1989, p. 70 ss.

<sup>142</sup> Cfr. quanto osserva SANTI ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, p. 172 ss.; nonché, Id., *Doveri, obblighi*, *ivi*, p. 91 ss.

<sup>143</sup> L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, *Introduzione*, pp. VII ss., 105, 132 e 175.

diritti soggettivi ‘a regime amministrativo’ – a garanzia delle posizioni vantate dagli altri consociati<sup>144</sup>).

Per altro verso, se non si vuol incorrere nella sua ‘neutralizzazione’ come autonoma situazione giuridica soggettiva, perde credibilità l’espedito (un giuoco di formule) per cui il c.d. interesse legittimo consisterebbe in un *diritto alla legittimità-liceità* come all’osservanza di un ‘vincolo di scopo’. Piuttosto: caduto l’assunto per cui la discrezionalità non potrebbe condividere una natura doverosa, stante il risolversi dell’interesse pubblico nel suo essere concreto; l’interesse legittimo assurgendo quantomeno a *pretesa* cui corrisponde un ‘obbligo specifico’ ad una completa ed adeguata presa in considerazione dell’interesse sostanziale in occasione della realizzazione dell’interesse (pubblico) cui è preposto il titolare del potere<sup>145</sup>; in disparte il duplice discorso sia delle implicazioni di compatibilità di tale situazione giuridica soggettiva con una relazione ‘multipolare’<sup>146</sup>, sia della tendenza attuale a garantir-

---

<sup>144</sup> 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.

<sup>145</sup> L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi*, cit., pp. 7, 26, 28, 29, 95, 101, 102-105, 182, 219 ss., 238.

<sup>146</sup> Osserva TRAVI, *Nuovi fermenti*, cit., coll. 175-176, a proposito della compatibilità dell’interesse legittimo con una relazione multipolare: «È la relazione che si instaura, in seguito al potere amministrativo, fra più soggetti in posizioni fra loro differenziate e l’amministrazione. Di questa potenziale multipolarità si ha un riflesso, ancora una volta, nella tecnica di tutela giurisdizionale, espressa dalla previsione di più soggetti privati come parti necessarie nel processo amministrativo; la necessità della partecipazione al giudizio del controinteressato è sottolineata dal fatto che, in un processo impugnatorio, l’accoglimento del ricorso comporterebbe il travolgimento del titolo per la sua posizione.

Nella concezione del diritto privato ricorrente presso gli amministrativisti il diritto soggettivo compare come una figura modellata tendenzialmente su rapporti bilaterali: sono considerate invece del tutto eccentriche le vicende delle posizioni soggettive rispetto ad atti di organismi privati collettivi (cfr. art. 1109, 1137, 2377 c.c.). Questo modello appare confermato dalla circostanza che anche il mutamento dall’interesse legittimo al diritto soggettivo, quale si configura in seguito a una privatizzazione, comporta la inconfigurabilità di una relazione giuridica multilaterale (e perciò deducibile in giudizio con questi specifici caratteri) e la sua scomposizione in relazioni bilaterali. Nell’esempio ... della promozione a una qualifica superiore, l’aspirante alla promozione,

ne una uniformazione al diritto soggettivo per via della massimizzazione di tutela (come si ricava da una pur rapida disamina del nuovo c.p.a.).

A questa stregua, l'esigenza di ricercare le 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)<sup>147</sup>; potendo così optarsi per certa polisemia all'in-

---

in un rapporto privatizzato, vanta una pretesa limitata all'azione dell'amministrazione nei suoi confronti, e con la sua azione non coinvolge più, come era invece nel caso dell'interesse legittimo, la posizione del terzo illegittimamente promosso. Nella logica di rapporti bilaterali, l'esigenza di una tutela costituita rigidamente incentrata sull'annullamento dell'atto lesivo, appare minore: rileva, piuttosto, l'esigenza di soddisfare il diritto del ricorrente.

Considerazioni del genere sono state riportate, in passato, appunto al riconoscimento della idoneità dell'interesse legittimo ad assicurare una tutela nel quadro di relazioni "multipolari", quali spesso si configurano in presenza di un potere amministrativo: basti pensare all'insegnamento di maestri come Cammeo e Forti. Una riflessione sull'esperienza trascorsa induce però ad ammettere che, in molti casi, i termini del ragionamento siano stati quasi capovolti e che quindi l'esigenza di una tutela dei terzi abbia finito col rappresentare una ragione per ammettere l'interesse legittimo. Si pensi, in particolare, all'attività di diritto privato della pubblica amministrazione, soprattutto con riferimento alle vicende dei c.d. contratti di "evidenza pubblica", nel caso di procedure concorsuali o di gara». Peraltro, secondo l'a., quella prospettiva non cambia quando si passa al settore degli 'accordi pubblici'.

<sup>147</sup> 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 di SANTI ROMANO (*La teoria dei diritti pubblici subbietivi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, I, a cura di V.E. ORLANDO, 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

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

### 3.4. *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 massima' dell'interesse sostanziale, prevalente, come tale fronteggiante un obbligo<sup>148</sup>; salvo quel margine di riserva connesso alla circostanza in cui concorra una plurali-

---

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. CASETTA, *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» (Id., *op. ult. cit.*, p. 792). Cfr. pure *ivi*, pp. 796-797. Sul tema recentemente è tornato B. SPAMPINATO, *Interesse legittimo e dintorni*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 275 ss.

<sup>148</sup> A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Colloquio sull'interesse legittimo*, cit., Napoli, 2014, p. 171 ss., segn. p. 193. Che, in coincidenza dei vincoli (obblighi)

tà 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)<sup>149</sup>. 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 determinati 'concetti-valvola'<sup>150</sup>; operazione complessificatasi dal momento che l'ordina-

---

della p.a., al privato spettino diritti soggettivi, C. CUDIA, *Appunti sulla discrezionalità amministrativa (nello Stato di diritto)*, *ivi*, p. 131 ss., segn. p. 145.

<sup>149</sup> Così: G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1958, p. 189; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 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 (eccezion fatta per il profilo dell'*an*). Cfr. pure: G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975, p. 108; e P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1981, p. 36.

<sup>150</sup> 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 co-esistenza di quella molteplicità, entro il medesimo ordinamento, esige meccanismi di 'confinazione' (una differenziazione, dell'ambito problematico corrispondente a ciascun principio, in sotto-ambiti 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 sotto-ambiti nei quali il primo è stato scomposto – un principio 'vale' o deve arretrare dinanzi 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

mento nazionale è andato progressivamente compenetrandosi con quello ‘comunitario-unionista’.

Laddove l’interesse legittimo ricorre ogniqualevolta 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 altrui<sup>151</sup>, ma anche perché implicante una

---

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 delimitarne 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).

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.

<sup>151</sup> Convenendo su di un elucidato ‘senso sostanziale’ della discrezionalità del comportamento del soggetto agente, BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell’interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, pp. 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

comparazione fra interessi, non una ‘mera’ scelta degli strumenti soddisfattivi<sup>152</sup>. Dunque, una situazione giuridica ‘trasversale’ rispetto ai due emisferi ordinamentali. Stavolta il problema giuridico è normativamente impostato (non secondo una predefinitone dell’interesse dominante, bensì) in base ad ‘economie di scala’, ad indeterminabilità delle contingenze ed a risultati che ne possano derivare<sup>153</sup>. 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), sì 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 norma)<sup>154</sup> un contributo costrutti-

---

non come libertà», C. CUDIA, *Appunti*, cit., 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, c. 205; G. SIGISMONDI, *Interesse legittimo e discrezionalità amministrativa*, in *Colloquio sull’interesse legittimo*, cit., 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.

<sup>152</sup> Prendendo spunto dai cc.dd. ‘diritti sociali’ da soddisfarsi mediante le prestazioni dei ‘pubblici servizi’ D. SORACE, *Notazioni*, cit., pp. 3917-3918.

<sup>153</sup> 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*, cit., p. 104 ss.

<sup>154</sup> R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 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

vo 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 trasformazione<sup>155</sup>. Salvo osservare che, nell'ambito di pertinenza del diritto amministrativo, quella figura si contraddistingue per ciò che la comparazione coinvolge l'interesse pubblico, sì da giustificare certa specialità a livello giurisdizionale.

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'<sup>156</sup>.

---

discrezionalità) resta (sostanzialmente cura d'interessi, ma formalmente e) «fondamentalmente un'attuazione di legge» (Id., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, pp. 13-14, 22).

<sup>155</sup> F. LA VALLE, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza delle libertà e dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, p. 847 ss.; Id., *La tutela dinamica del diritto soggettivo secondo le sue potenzialità di trasformazione*, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, p. 1973 ss.

<sup>156</sup> *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; M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, Rimini, 2017; 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*

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 non come diritti, parallelo e tendenzialmente parordinato a quello di tutela giudiziaria dei diritti soggettivi<sup>157</sup>;

---

*suo processo*, Napoli, 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 ss.; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018; 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; B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2020; G. GRECO, *Interesse legittimo ed effettività della tutela (a proposito della sentenza 1321/19 del Consiglio di Stato)*, in *sipotra.it*, 14 gennaio 2020; G. MONTEDORO, E. SCODITTI, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *Questione giustizia*, 11 dicembre 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; A. CARRATTA, *Limiti esterni di giurisdizione e principio di effettività*, in *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo*, a cura di Id., Roma, 2021; I. PIAZZA, *L’imparzialità amministrativa come diritto*, Rimini, 2021; P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff*, Napoli, 2021; F. FRANCARIO, *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.

<sup>157</sup> 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

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 parallellismo 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 intreccia-

---

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; sì da rafforzare, con l'una, gli altri.

no dialetticamente nell'ordinamento costituzionale, rappresentando opposte tendenze in continuo rimescolamento»<sup>158</sup>.

### 3.5. ... 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 quest'ultime corrispondono (solo) differenti schemi normativi<sup>159</sup>. 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<sup>160</sup>. Ergo, se e nel-

---

<sup>158</sup> *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di A. ROMANO, Padova, 2001, p. 14.

<sup>159</sup> C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Questione diritto*, 2009, p. 34 ss., segn. pp. 47-48.

<sup>160</sup> E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 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, 1993, p. 82.

Di diverso avviso, E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1980, p. 266: «... le norme sull'attività dell'amministrazione sono state

la misura in cui non assolvono indiscutibilmente a (prevalenti) istanze di tutela d'interessi individuali, si dovrebbe concludere che sottendano (ancora) ad interessi legittimi<sup>161</sup>; 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'eshaustività. 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'.

#### IV

Di tutto quel che precede, evidentemente, non si può non tenere conto, quando si studi il vigente assetto del riparto di giurisdizione: meno condizionato da fattori differenziali (inerenti alle *species* di situazioni giuridiche soggettive) e più improntato a istanze organizzazionali (specializzazione del giu-

---

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' sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Il 'merito amministrativo' nell'attualità del 'sistema di giustizia' (un approccio dogmatico-epistemologico)*, Cagliari, 2025, par. 4 (di prossima pubblicazione).

<sup>161</sup> A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Colloquio sull'interesse legittimo*, cit., p. 171 ss., segn. pp. 198-199.

dice). Ragion per cui, quando si esaminino gli istituti, come il sindacato del giudice 'speciale' sulla questione pregiudiziale attinente a diritti, condizionati da quell'assetto per via dell'implicazione di un'interferenza fra giurisdizioni (amministrativa e civile), paiono coerenti due ordini di considerazioni preliminari. *In primis*, l'incremento delle prerogative del giudice amministrativo (per via istruttoria e decisoria), con correlata 'copertura' dei profili (oltre che di legittimità) di merito (come riferiti al fatto nella sua integrità – senza passare per il tramite dell'atto), dovrebbe giustificare il superamento di aprioristiche preclusioni ad un'estensione piena del suo sindacato alle questioni di diritto soggettivo; s'intende, di là dalle ipotesi per le quali quell'estensione è stata dettata espressamente dal dato 'positivo' (come nelle 'materie' sottoposte a giurisdizione esclusiva). Inoltre e corrispondentemente, finirebbero col cadere certi dogmi limitativi, quale quello inerente all'efficacia di cosa giudicata.

Se non che, a tal punto, un ulteriore ordine di riflessioni sembra deporre nel senso di non poter accordare, allo specifico dato 'positivo' in punto di pregiudizialità, una portata prescrittiva netta (conoscibilità incidentale delle questioni di diritto soggettivo, ma col limite della cosa giudicata in senso sostanziale): tale da presupporre un assetto rigoroso dei criteri che sovrintendono al riparto di giurisdizione; laddove, un frastagliato dato globale di esperienza giuridica rivela che quell'assetto è solo tendenziale, specie con riguardo alla giurisdizione del giudice ordinario su diritti, per via di un progressivo incremento della giurisdizione amministrativa esclusiva, così implicando un porsi aggiornato dello stesso principio di 'unicità'; e quest'ultima condizione non può che ripercuotersi sul problema iniziale. Ma, onde tentar di chiarire tale aspetto, sembra doversi procedere con un approfondimento 'in positivo' del discorso inerente al 'riparto'.

#### 4. *Collaudo di un approccio dogmatico in punto di 'riparto'*

All'uopo, pare potersi mettere alla prova la bontà di un costrutto dogmatico che ha 'corretto' l'incidenza del potere autoritativo sull'identificazione della giurisdizione: riservandogli un ruolo più contenuto, sussumendo quest'ultima alla natura della situazione giuridica azionata<sup>162</sup>.

Quanto al giudice ordinario, la giurisdizione sarebbe ravvisabile ogniqualvolta: al cospetto di una condotta vincolata dell'Amministrazione pubblica *id est*, non riconducibile all'esercizio (potere) discrezionale (o non più tale)<sup>163</sup>, 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 adottati<sup>164</sup>.

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'; così escludendo, dal sindacato di quel giudice speciale, un generico coinvolgimento del pubblico interesse nella controversia o la mera partecipazione di un'Amministrazione pubblica al giudizio. Piuttosto, la giurisdizione amministrativa s'intende radicabile 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'in-

---

<sup>162</sup> Per un inquadramento generale, Trib. amm. reg. Puglia, Bari, sez. II, 2 settembre 2023, n. 1095.

<sup>163</sup> Cass. civ., sez. un., Ord. 6 luglio 2023, n. 19160.

<sup>164</sup> Trib. amm. reg. Lombardia, Milano, sez. IV, 8 marzo 2023, n. 599. Cfr. pure Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. VII, 7 marzo 2023, n. 1467.

teresse legittimo<sup>165</sup>. Così (solo) instaurandosi un rapporto interattivo fra le due 'coordinate' (potere e situazione giuridica soggettiva) 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<sup>166</sup>. Fermo restando che il medesimo criterio dovrebbe sovrintendere, alla disciplina del 'riparto', in caso di mancato esercizio amministrativo: giudice ordinario, corrispondentemente ad un dovere vincolato (obbligo); giudice amministrativo, a fronte di un dovere di scelta discrezionale<sup>167</sup>.

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 mediatamente 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

---

<sup>165</sup> Cfr. O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, p. 166 ss.; E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in *Dir. e proc.*, Padova, 1978, p. 301 ss., segn. p. 310; G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, cit., p. 101 ss.; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 371 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Dir. proc. civ.*, 1988, p. 3 ss.

<sup>166</sup> Cfr. pure P. COTZA, *Sulla giurisdizione amministrativa. Riflessioni dogmatiche intorno al dato 'positivo' ('oggetto' e 'riparto')*, in *Arch. Giur. Serafini*, 2023, p. 103 ss., segn. pp. 155-156.

<sup>167</sup> Cons. Stato, sez. III, 25 maggio 2023, n. 5139. *Item*, Cons. Stato, sez. IV, 2 maggio 2023, n. 4415.

(non solo degli ‘effetti’, ma anche) della ‘causa’ dell’atto lesivo del diritto soggettivo, purché quello sia vincolato<sup>168</sup>.

Dunque, 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’<sup>169</sup>; essendo obiettabile 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’ su almeno due versanti. In primo luogo, ci si riferisce alla 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 legittimi)<sup>170</sup>, ed orientata dal prin-

---

<sup>168</sup> Ciò, trova conferma anche laddove la questione di giurisdizione si ponga in seno a controversie introdotte dal privato a fini risarcitori. 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 autoritativo (Cass. civ., sez. un., Ord. 27 aprile 2023, n. 11083). Sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Limiti della giurisdizione del giudice ordinario e pubblica amministrazione. Contributo di dogmatica ad uno studio costituzionalmente orientato*, in *Judicium*, 2025, par. 3.1. (di prossima pubblicazione).

<sup>169</sup> In tal senso F.G. COCCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 1 ss., segn. p. 31 ss.

<sup>170</sup> Del resto, alla dottrina (della quale rende conto *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di A. ROMANO, Padova, 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 *ivi*, p. 31) secondo 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’amministra-

cipio di ‘unicità’ (che risulterebbe violato sottraendo al giudice ordinario le controversie corrispondenti ad un esercizio vincolato). Inoltre (e corrispondentemente), quell’intorbidamento si estenderebbe alla previsione normativa (appendice della prima) di una giurisdizione esclusiva, che perderebbe di autonomo rilievo sistematico, 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 autoritativi<sup>171</sup>. 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, per confinazione, un potere di cognizione incidentale e (a livello decisorio) di disapplicazione in capo al giudice ordinario.

Ciò premesso, in termini di confinazione sistemica (per scelta legislativa), si giustifica l’affidamento, al giudice amministrativo: di questioni d’incompetenza e violazione di legge, in quanto (come anticipato) sviluppo vincolato in funzione ‘garantista’ di un assetto altrimenti discrezionale (come in origine) 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

---

zione, 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».

<sup>171</sup> Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. III, 24 luglio 2023, n. 1111. *Item*: Trib. amm. reg. Campania, Salerno, sez. II, 14 luglio 2023, n. 1700; Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. I, 18 luglio 2023, n. 1076.

rilascio del provvedimento richiesto), quando si tratti di attività vincolata<sup>172</sup>.

Parimenti, si spiega la sottrazione, al giudice amministrativo, con correlata riserva all'Autorità giudiziaria ordinaria, delle questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità delle persone (a meno che si tratti della capacità di stare in giudizio) nonché, la risoluzione dell'incidente di falso.

Per quel che maggiormente interessa ai fini del presente studio, pare diverso il problema di 'giustificazione' dell'affidamento, al giudice amministrativo, di una porzione di giurisdizione in via esclusiva. Stavolta, infatti, non si può trovare plausibile risposta nell'ennesima confinazione sistemica operata (al pari delle due precedenti) dal Legislatore: non foss'altro perché l'assorbimento, a livello 'codicistico', delle ipotesi di giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, induce a ritenere che si sia inteso travalicare una strategia di mera enumerazione per 'materie', conducendo piuttosto all'enucleazione di un istituto cui evidentemente occorre associare un senso funzionale, 'identitario'.

Solo a tal punto, pare di potersi interrogare, con piena consapevolezza, sul senso funzionale riconoscibile alla duplice previsione: sia di una cognizione incidentale, da parte del Giudice amministrativo, delle questioni pregiudiziali relative a diritti (la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale); sia del suo complemento alternativo della 'sospensione giudiziale'.

All'uopo, valgono le annotazioni riportate nella Sezione seg.

---

<sup>172</sup> Il riferimento cade evidentemente sull'art. 21-*octies*, L. n. 241/1990 e sugli artt. 31 e 34 c.p.a. Cfr. M.C. CAVALLARO, *Attività vincolata dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale*, in *Il processo*, 2020, p. 1 ss.

V

5.1. *Conclusioni: passando per un raffronto con l'istituto della 'giurisdizione esclusiva' ...*

Alla luce delle riportate puntualizzazioni, si può reimpostare un discorso sulla *ratio* ed il 'trattamento' dell'istituto della cognizione incidentale sulle questioni pregiudiziali, inerenti a diritti, da parte del giudice amministrativo: in quanto (funzionalmente) rapportato (per via residuale) a quelli della giurisdizione del giudice ordinario nonché, della 'giurisdizione amministrativa esclusiva' (come istituto).

Quanto alla prima correlazione, al discorso generale già formulato in punto di 'riparto' pare doversi aggiungere soltanto che: se si conviene che al giudice amministrativo sia precluso di conoscere (*principaliter*) delle controversie aventi ad oggetto un atto amministrativo a contenuto vincolato (in quanto inerenti a diritti soggettivi eppertanto, di spettanza del giudice ordinario), eccezion fatta per i profili d'incompetenza e violazione di legge; ne consegue che, *a fortiori*, non potrà conoscere in via incidentale delle eventuali questioni di diritto soggettivo che alle prime fossero pregiudizialmente connesse.

Più complesso è invece un discorso su quella pregiudizialità, quale rapportato alla 'giurisdizione amministrativa esclusiva' come istituto generale (desumibile dalla complessa normativa di riferimento): in corrispondenza della quale giurisdizione (rinviando, per una più puntuale trattazione, ad altro scritto)<sup>173</sup>, innanzitutto, trattandosi di verificare quando sia giustificata (*id est*, giustificabile per la coerenza del sistema giuridico) certa rimodulazione del rapporto di forza fra principi: 'unicità' (a favore del Giudice ordinario) ed 'effettività-concentrazione' (a favore del Giudice amministrativo). Ciò, tenuto conto dell'implicazione che può determinare (in punto di ri-

---

<sup>173</sup> P. COTZA, *Sulla giurisdizione amministrativa esclusiva. Implicazioni di una riflessione intorno ai principali criteri fondanti in punto di 'riparto'*, in *amministrativ@mente*, 2024, p. 1575 ss.

parto, eppertanto) sul senso attuale della medesima giurisdizione esclusiva, la progressiva dotazione di quella 'generale di legittimità' secondo i canoni della spettanza: sulle ragioni per cui non si è pervenuti, per via di quel riavvicinamento (si pensi alla 'scoperta' dell'efficacia conformativa del giudicato di annullamento nonché, alla sentenza di condanna non risarcitoria), ad una tendenziale neutralizzazione della prima<sup>174</sup>; e su quali ne siano pertanto le prospettive. Tanto più che (nel silenzio delle singole previsioni normative) viene 'speso' il medesimo argomento, della correlazione, delle situazioni in cui sia intervenuta l'Amministrazione pubblica, all'esercizio di poteri pubblici, autoritativi, onde giustificare la giurisdizione del giudice amministrativo: sia in materie sottoposte a giurisdizione esclusiva<sup>175</sup>, sia con riguardo a fattispecie che non rientrano in quel novero<sup>176</sup>; almeno (in chiave di 'giurisdizione piena')<sup>177</sup> quando vi sia correlazione fra i diritti e l'esaurimento della discrezionalità da parte dell'amministrazione<sup>178</sup>. Se ne inferisce che l'argomento della correlazione all'esercizio di potere autoritativo (genericamente inteso), nell'ottica del sistema, non può ritenersi scriminante decisiva (neppure) onde giustificare l'introduzione di una previsione di giurisdizione amministrativa esclusiva.

Se non che, confutato quell'argomento, si versa comunque in una profonda incertezza: come quando ci si è spinti oltre, sino a giustificare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo adducendo una funzionalità pubblicistica in atti pri-

---

<sup>174</sup> Di tale avviso si è dichiarato F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., p. 28 ss., segn. p. 32 ss., segn. pp. 37-38.

<sup>175</sup> Trib. amm. reg. Sicilia, Palermo, sez. III, 24 luglio 2023, n. 2462.

<sup>176</sup> Per una più ampia trattazione, sia consentito di rinviare sempre a P. COTZA, *Sulla giurisdizione amministrativa esclusiva*, cit., par. 1.

<sup>177</sup> A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo - II. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001.

<sup>178</sup> A. ROMANO TASSONE, *La giurisdizione esclusiva tra glorioso passato ed incerto futuro*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010, par. VII, ove si assume, quale riferimento principale, l'azione di condanna generale e atipica di cui all'art. 30 c.p.a., da porre in stretta relazione con quanto disposto a proposito dei poteri del giudice del silenzio (art. 31 c.p.a.).

vaticistici<sup>179</sup>; altrettanto, allorché residuino riferimenti alquanto vaghi (es., quelli all'‘oggetto’ ed alla ‘natura’ della controversia’ nonché, alla correlazione di un’attività ‘all’operato di soggetti comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo’)<sup>180</sup>, come tali d’insidiosa applicazione.

Non per caso, è dato di rinvenire sentenze che: si limitano a rimettersi al criterio ‘volontaristico’ (della *voluntas legis*), di istituzione di ciascuna *species* di giurisdizione esclusiva, onde giustificare la riserva al giudice amministrativo di determinate questioni inerenti a rapporti *inter pares*, ‘a prescindere dall’esistenza di atti della pubblica amministrazione’<sup>181</sup>; altresì, sostengono trattarsi di ipotesi di ‘stretta interpretazione’<sup>182</sup>. Salvo ribadire che la frammentarietà delle previsioni legislative di giurisdizione amministrativa esclusiva, implica che la relativa indagine giuridica debba ormai declinare ogni riferimento ‘volontaristico’ (per singole ‘materie’): non foss’altro in considerazione dell’ambizione, intrinseca ad un (prevalente) assorbimento delle diverse ipotesi per via codicistica, di fornire all’istituto un assetto normativo di carattere generale e stabile (specie a seguito di molteplici interventi della Corte costituzionale); con corrispondente ‘relativizzazione’ dell’estensione dell’istituto, così sottratta ad un tassativo vincolo di ‘tipicità’.

La questione pare così rifluire sul terreno (del ‘riparto’ per via) delle situazioni giuridiche soggettive: stavolta, però, avuto riguardo, alla loro identificazione. Pare sintomatico che la giurisprudenza, talvolta, nell’impiegare, quale ‘criterio’ di riparto, anche ai fini dell’assegnazione a giurisdizione esclusiva, l’inerenza della controversia ad una ‘situazione di potere dell’Amministrazione’, tradisce la difficoltà ad individuare la figura di riferimento: es., quando il potere amministrativo-provvedimentale venga esercitato secondo moduli consensuali (cui è intrinseca certa ‘multipolarità’ di relazioni); oltretut-

---

<sup>179</sup> Cass. civ., sez. un., Ord. 24 luglio 2023, n. 22144.

<sup>180</sup> Cons. Stato, sez. VII, 8 febbraio 2023, n. 1410. Cfr. pure Cons. Stato, sez. V, 12 luglio 2023, n. 6824.

<sup>181</sup> Così Trib. amm. reg. Sardegna, Cagliari, sez. I, 18 febbraio 2023, n. 93.

<sup>182</sup> Cons. Stato, sez. V, 12 luglio 2023, n. 6824.

to, ‘piegando’ il criterio del *petitum* sostanziale (quale oggetto della domanda) alla mera prospettazione della parte<sup>183</sup>.

Evidentemente, non s’intende sostare sul duplice limite di tale strategia. Basti accennare, infatti: tanto all’inerenza del potere autoritativo al solo esercizio discrezionale, per cui quest’ultimo, e non il primo, sarebbe l’autentico criterio di riparto; quanto ai già rilevati limiti ermeneutici ravvisabili nel render sterile la valutazione del giudice a fronte della domanda della parte.

Pertanto, si tratta di superare l’incertezza che deriva dall’assumere a riferimento un ‘intreccio’ di diritti soggettivi ed interessi legittimi (tale da rendere difficoltosa l’applicazione dell’ordinario criterio di riparto fondato sulla *causa petendi*); o quantomeno, una loro ‘compresenza’ (attualizzata come scavra da metafore): dal momento che l’autentico ‘nodo gordiano’ che attanaglia i ‘casi dubbi’ di riparto giurisdizionale riguarda non l’inestricabilità (come ribadito dalla Corte costituzionale)<sup>184</sup>, ma (ancora una volta) la precisa configurazione di quelle due situazioni giuridiche soggettive. A quel punto, dovendo convenirsi che queste ultime vadano intese come espressione, nell’ottica dell’interessato degli autentici criteri di riparto: quali rinvenuti ‘a monte’, nello schema normativo (ipotetico-casuistico / consequenzialista) e nel correlato atteggiarsi dell’agire amministrativo (vincolato / discrezionale).

In quest’ottica, la conservazione di un senso funzionale della giurisdizione amministrativa esclusiva pare doversi rimettere: a fronte del persistente principio di ‘unicità’ della giurisdizione a favore del Giudice ordinario (aggiornato in termini di estensione del sindacato anche alla ‘causa’ dell’atto amministrativo coinvolto); al dipendere, dei ‘casi dubbi’ di riparto, da una persistente difficoltà ad assumere la già dimostrata relativizzazione dogmatica delle categorie del diritto soggettivo e dell’interesse legittimo.

Ditalché, in disparte (s’intende) qualsivoglia valutazione di politica legislativa, e superata la tesi della ‘prospettazione’,

---

<sup>183</sup> Trib. amm. reg. Sicilia, Catania, sez. I, 6 marzo 2023, n. 714.

<sup>184</sup> Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191.

tornando al caso esemplificativo d'esordio potrebbero giustificare l'attribuzione al giudice amministrativo: senz'altro, la circostanza che a quei moduli di esercizio discrezionale in forma consensuale vadano associati diritti soggettivi 'pubblici' (in ragione della loro peculiare 'intensità funzionalizzata' che ne giustifica le potenzialità di garanzie proprie degli interessi legittimi, quali attuate nel processo amministrativo); altrimenti, con riguardo a diritti soggettivi 'ordinari', il collegamento, della relativa 'fattispecie' sfociata in controversia, con un esercizio discrezionale. Peraltro, senza alcuna 'forzatura' del pertinente dato normativo: dal momento che riconduce a giurisdizione esclusiva tutte le controversie inerenti al modulo consensuale, senza limitazioni in ordine al profilo di esecuzione<sup>185</sup>.

Salvo osservare, generalizzando il discorso, che il collegamento, tra diritti soggettivi 'ordinari' ed esercizio discrezionale, dovrà essere di tipo 'causale' (pur in ipotesi di riconducibilità mediata, degli atti, provvedimenti, accordi e comportamenti, al potere)<sup>186</sup>; altrimenti, determinandosi un sacrificio 'oltremisura' del principio di unicità della giurisdizione (a favore del Giudice ordinario). Inoltre, a fronte di un esercizio vincolato (non attinente ai profili di incompetenza e violazione di legge), pur in corrispondenza di 'materia' normativamente ricondotta alla giurisdizione amministrativa esclusiva, della controversia, comprese le connesse questioni di diritto soggettivo, dovrà conoscere il Giudice ordinario.

A tal punto: superata la fase storica in corrispondenza della quale la giurisdizione esclusiva assolveva all'esigenza di adattare il giudizio su diritti ai caratteri propri di quello amministrativo di legittimità<sup>187</sup>; avuto riguardo all'istanza di uno statuto diverso, di erogazione di ogni forma di tutela del diritto

---

<sup>185</sup> Esempl., Trib. amm. reg. Piemonte, Torino, sez. II, 4 gennaio 2023, n. 13.

<sup>186</sup> Cfr. art. 133, comma 1, lett. 'g', c.p.a. Cons. Stato, sez. VII, 15 giugno 2023, n. 5921. *Item*, Cons. Stato, sez. VII, 14 giugno 2023, n. 5829.

<sup>187</sup> Emblematico il R.D. 30 dicembre 1923, n. 2840, di devoluzione al Consiglio di Stato dei ricorsi relativi al pubblico impiego. Cfr. A. POLICE, *Giurisdizione amministrativa 2. Giurisdizione esclusiva*, in *Enc. giur. Treccani on line*; F. BENVENUTI, *Consiglio di Stato (competenza e giurisdizione)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 318 ss.

to soggettivo (pur in assenza di espressa previsione negli artt. 29 e 30 c.p.a., ma in forza del ‘combinato disposto’ degli artt. 24, 103, 111 e 113 Cost.)<sup>188</sup>; quella strategia, ispirata a ‘concentrazione’, e con essa il ‘seguito’ giurisprudenziale, plausibilmente andrebbero ponderatamente valutati alla luce del principio di ‘effettività’, sul piano giuridico.

Infatti: se, da un canto, ne consegue un’estensione, al processo amministrativo, delle prerogative di sindacato del giudice ordinario (sul rapporto controverso), a partire dalla dotazione istruttoria; d’altra parte, occorre tenere conto dei correlati istituti tipici del processo civile. Questi ultimi, indubbiamente imprimono maggiore spinta verso un obiettivo di qualità e sostanza alla tutela giurisdizionale<sup>189</sup>; nondimeno, talvolta impongono più gravosi oneri (anche a carico della parte, come rilevato in precedente scritto)<sup>190</sup>.

## 5.2. ... implicazioni in punto di pregiudizialità

A tal punto, tornando alla questione del sindacato incidentale del giudice amministrativo su questioni pregiudiziali inerenti a diritti soggettivi, le annotazioni precedenti, in tema di giurisdizione amministrativa esclusiva, paiono tornar utili,

---

<sup>188</sup> A partire dalla sentenza ‘Fagiolari’ (dal nome del giudice estensore), sul caso ‘Ricciardi’, del 1939, per cui cfr. G. FAGIOLARI, *L’atto amministrativo nella giustizia amministrativa*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, p. 297 ss.

<sup>189</sup> Per spunti di rilievo, F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, 54 ss. il quale, muovendo dalla constatazione che «nella loro profonda natura diritti soggettivi e interessi legittimi non esprimono altro che un atteggiarsi dell’interesse sostanziale dell’individuo, in relazione alla tutela che di volta in volta, o per i tipi di lesioni, l’ordinamento prevede», ne fa discendere che la giurisdizione spetta: al Giudice amministrativo, ogniqualvolta l’interesse sostanziale possa risultare più efficacemente tutelato per via dell’annullamento del provvedimento; al Giudice ordinario, quando l’interesse sostanziale pregiudicato possa venire soddisfatto solo tramite la condanna dell’Amministrazione pubblica al risarcimento del danno.

<sup>190</sup> Per cui si consentito di rinviare a P. COTZA, *Sulla giurisdizione amministrativa esclusiva*, cit., p. 1575 ss.

innanzitutto, di per sé, come enucleanti un istituto conterminato, per cui quel sindacato incidentale dovrebbe occupare uno spazio residuale, ogniqualvolta non ricorrano le menzionate condizioni per l'esercizio di una giurisdizione amministrativa esclusiva. Così, il sindacato incidentale del giudice amministrativo: escluso in corrispondenza della 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) nonché, la risoluzione dell'incidente di falso; dovrà ammettersi nelle seguenti circostanze. Innanzitutto, quando non ricorrano diritti soggettivi 'pubblici' cioè, dalla particolare 'intensità funzionalizzata' (del tipo di quelli esemplificativamente associati ai moduli di esercizio discrezionale in forma consensuale), tali da giustificare la riconduzione a giurisdizione esclusiva anche al di fuori dei casi tipici (per 'materia'). Ancora, allorché il collegamento, tra esercizio discrezionale e diritti soggettivi 'ordinari', non sia (come nella giurisdizione esclusiva) di tipo 'causale'.

Così delineati i 'termini di confine' rispetto alla giurisdizione amministrativa esclusiva, il Giudice amministrativo: non potrebbe sindacare indiscriminatamente, su questioni di diritto soggettivo, per il solo fatto che si presentino come pregiudiziali e la cognizione sia di tipo incidentale<sup>191</sup>; dovrebbe decidere, se trattenere la cognizione in via incidentale o sospendere il giudizio cui sovrintende, in attesa della pronuncia del Giudice ordinario, sulla base di una ponderazione (di volta in volta condotta) sul versante dell'accertamento, valutando se sia necessario (o meno) di rimettersi alle prerogative di sindacato del Giudice ordinario (sul rapporto controverso), a partire dalla dotazione istruttoria; non essendo quelle mutuabili in sede di cognizione incidentale (a differenza di quanto accade in corrispondenza della giurisdizione esclusiva). Ciò, evidentemente, alla luce di quello stesso principio di 'effettività' della tutela che, fuori dei casi tipici di 'concentrazione' del sindacato 'in via esclusiva', do-

---

<sup>191</sup> In tal senso parrebbe invece Trib. amm. reg. Sicilia, Palermo, sez. I, 20 settembre 2016, n. 2212.

vrebbe indurre a propendere per il Giudice ordinario onde scongiurare un (pur parziale) effetto compromissorio<sup>192</sup>.

In secondo luogo, le precedenti annotazioni fondate sul tipo normativo di problema, paiono tornare utili anche per via di un discorso di confronto fra *pro* e *contra* processuali delle giurisdizioni principali (ordinaria ed amministrativa). Per quel che maggiormente rileva nella circostanza, il Legislatore (come anticipato), optando per la (previsione di una) giurisdizione amministrativa esclusiva, ha determinato un'estensione, al processo amministrativo, delle prerogative di sindacato del Giudice ordinario (sul rapporto controverso), a partire dalla dotazione istruttoria; al contempo però (come anticipato nel capoverso finale del par. 5.1.), accettando maggiori oneri imposti dal processo civile a carico della parte, specie sul versante probatorio. Innanzitutto, trattandosi, per il ricorrente che aziona diritti soggettivi nei confronti di un'Amministrazione pubblica, di 'provare' i fatti che costituiscono il fondamento del diritto (*ex art. 2697 c.c.*)<sup>193</sup>; per la parte convenuta-resistente, di indicare i 'mezzi di prova' di cui intende valersi (ai sensi dell'art. 167 c.p.c.), sia pur sempre entro i limiti della tutela di diritti soggettivi. In altri termini, non essendo sufficiente fornire un 'principio di prova' come invece consentito nel processo amministrativo, ai sensi degli artt. 63, 64 e 65 c.p.a., recependo il modello c.d. dispositivo con metodo acquisitivo, in cui l'onere della prova si attenua nel più sfumato onere del 'principio di prova', con la conseguenza che il giudice esercita un potere di soccorso della parte che non è in grado, senza colpa,

---

<sup>192</sup> Già F. SATTÀ, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, p. 54 ss., muovendo dalla constatazione che «nella loro profonda natura diritti soggettivi e interessi legittimi non esprimono altro che un atteggiarsi dell'interesse sostanziale dell'individuo, in relazione alla tutela che di volta in volta, o per i tipi di lesioni, l'ordinamento prevede»; ne faceva discendere che la giurisdizione spetta: al Giudice amministrativo, ogniqualvolta l'interesse sostanziale possa risultare più efficacemente tutelato per via dell'annullamento del provvedimento; al Giudice ordinario, quando l'interesse sostanziale pregiudicato possa venire soddisfatto solo tramite la condanna dell'Amministrazione pubblica al risarcimento del danno.

<sup>193</sup> Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2023, n. 8301. Cfr. pure Cons. Stato, sez. IV, 3 gennaio 2023, n. 99.

di fornire la ‘prova’ dei fatti dedotti, pur potendo fornire (per l’appunto) un ‘principio di prova’<sup>194</sup>.

Laddove, per contrappunto di logica processuale, il sindacato incidentale del Giudice amministrativo implica che sulle questioni di diritto soggettivo, la parte non sia gravata dall’onere di fornire una prova ‘piena’.

Fermo restando che, non solo basta di fornire un ‘principio di prova’; ma deve altresì assumersi, in termini ‘relativi’, la tesi per cui si vorrebbe comunque associata, la preclusione, in quella sede, al giudice amministrativo, di qualsivoglia statuizione avente efficacia di giudicato. Infatti: quand’anche si convenisse che l’insorgenza della questione pregiudiziale non possa comportare, a carico del giudice, incumbenti istruttori ulteriori rispetto al mero accertamento di dati già formati (contratto, rogito notarile o sentenza – es., di usucapione, sì da non doversi procedere all’escussione di testi); resterebbe implausibile la preclusione di quell’efficacia, alla decisione giudiziale, anche laddove sulla relativa questione pregiudiziale sia emersa una prova piena, dal momento che rispetto al giudizio autonomo, non ricorrerebbe un bene della vita diverso, quale la certezza sul rapporto pregiudiziale. Ciò, in omaggio ad una ‘razionale’ complementarizzazione, dei principi (antinomici) di ‘unicità’ e ‘concentrazione’, all’insegna del canone di ‘effettività’.

In quest’ottica, si apprezza il contributo di metodo di cui ci si è avvalsi, per due altre ragioni almeno. *In primis*, poiché quell’‘approccio’ dimostra che l’accertamento può integrare anch’esso una decisione risolutoria di controversie (implicando uno sforzo di convincimento da parte del giudice): dal momento che il suo formarsi non risulta necessariamente di tipo ‘lineare’, bensì improntato alla ‘ontologica’ circolarità del rapporto fatto-diritto. Inoltre, il contributo dogmatico su base epistemologica asseconda scientificamente un’ottica di massimizzazione della tutela che rappresenta nient’altro che la ‘regionalizzazione’ giuridica della logica operativa delle scelte quale perorata dal razionalismo critico.

---

<sup>194</sup> Cons. Stato, sez. VI, 10 novembre 2023, n. 9649.

Per concludere, la proposta soluzione, nell'intendere e 'trattare' l'istituto in esame su base di metodo: di là dall'originalità degli esiti per cui si discosta significativamente rispetto a quelle correnti; nondimeno, pare preferibile per il suo rigore sistematico, 'oggettivante' nonché, per essere in grado di offrire una sintesi di orientamento univoco ed accessibile alla generalità (cittadini ed operatori del diritto).

**PAOLO COTZA, Sindacato del giudice amministrativo su questioni pregiudiziali relative a diritti. Contributo di metodo**

A partire da una rassegna della più recente giurisprudenza, si è rilevato che l'istituto risente del travaglio che ha connotato ogni tentativo di raggiungere una compiuta sistemazione nel riparto più generale fra giurisdizioni, del Giudice amministrativo e del Giudice ordinario. Pertanto, si è ritenuto di procedere con una preliminare dichiarazione sulle pertinenti coordinate giuridiche di estrazione valoriale, cui ha fatto seguito una riorganizzazione del (tipo normativo di) problema (generale e, quindi, di quello) testé affrontato, secondo l'ottica prettamente dogmatica: di aggiornamento dei concetti nonché, di complementarizzazione dei principi di riferimento. Da qui, un'opera di rivisitazione dell'istituto sulla scorta di un confronto con quelli 'contermini', superandone un'impostazione 'soggettivante': quanto alla domanda, emancipandola dalla prospettazione; quanto alla prerogativa giudiziale di 'opportunità' nella scelta di una cognizione incidentale, legandola agli oneri istruttori in funzione dell'effettività della tutela come prevalente sull'istanza di 'concentrazione'.

**Parole chiave:** giurisdizione (unicità e riparto), giudice amministrativo, effettività della tutela, questione pregiudiziale, sospensione del giudizio, cognizione incidentale, potere, interesse pubblico, interesse legittimo, diritto soggettivo, giurisdizione amministrativa esclusiva, domanda, prova, poteri istruttori.

**PAOLO COTZA, Review by the administrative court on preliminary questions relating to rights. Methodological contribution**

Starting from a review of the most recent jurisprudence, it has been noted that the institution is affected by the travails that have characterized any attempt to achieve a complete arrangement in the more general division between jurisdictions, of the Administrative Judge and the Ordinary Judge. Therefore, it was decided to proceed with a preliminary statement on the relevant legal coordinates of value extraction, which was followed by a reorganization of the (normative type of) problem (general and, therefore, of that) just addressed, according to the purely dogmatic perspective: updating of concepts as well as complementarization of the reference principles. Hence, a work of revisiting the institution on the basis of a compari-

## *Abstract*

son with the 'bordering' ones, overcoming a 'subjective' approach: as for the question, emancipating it from perspective; as for the judicial prerogative of 'opportunity' in the choice of incidental cognition, linking it to the investigative burdens according to the 'effectiveness' of the protection as prevailing over the request for 'concentration'.

**Key words:** jurisdiction (single jurisdiction and apportionment), administrative court, effectiveness of protection, preliminary ruling, stay of proceedings, incidental cognition, power, public interest, legitimate interest, subjective right, exclusive administrative jurisdiction, application, evidence, investigative powers.