

INTERESSE LEGITTIMO PRETENSIVO E PROCESSO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. Effettività della tutela, interesse pretensivo e azione di adempimento. – 2. Tutela delle situazioni di carattere pretensivo. La dimensione sostanziale dell'interesse legittimo. – 3. *Segue*. Dall'atto al rapporto. – 4. *Segue*. Dal rapporto alla pretesa. – 5. Codice del processo amministrativo e pluralità delle pretese.

1. Effettività della tutela, interesse pretensivo e azione di adempimento

Una delle questioni più discusse che ha accompagnato l'emanazione del nuovo Codice del processo amministrativo è stata quella relativa all'azione di adempimento.

Posta in ombra dall'incessante dibattito sulla pregiudiziale, il più delle volte accomunata alla (diversa) problematica concernente l'ammissibilità dell'azione di mero accertamento, l'*azione di condanna ad un fare specifico avente ad oggetto l'emanazione del provvedimento illegittimamente rifiutato* ha guadagnato il ruolo di protagonista nell'ormai famoso passaggio dal testo adottato dalla Commissione costituita in seno al Consiglio di Stato¹ a quello approvato dal Consiglio dei Mi-

¹Ci si riferisce alla Commissione nominata dal Presidente del Consiglio di Stato con proprio decreto del 23 luglio 2009, composta da professori ordinari, magistrati amministrativi e avvocati dello Stato. Con nota 8 luglio 2009 il Governo, avvalendosi della facoltà di cui all'art. 14, n. 2, T.U. n. 1054 del 26 giugno 1924, aveva infatti commesso al Consiglio di Stato la formulazione del testo del Codice. Lo stesso art. 44, 4° co., L. n. 69 del 18 giugno 2009, di delega al Governo per il riordino del processo amministrativo, aveva stabilito che "*ove il Governo, nell'attuazione della delega di cui al presente articolo, intenda avvalersi della facoltà di cui all'articolo 14, numero 2°, del testo unico sul Consiglio di Stato, di cui al regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, il Consiglio di Stato può utilizzare, al fine della stesura dell'articolato normativo, magistrati di tribunale amministrativo regionale, esperti esterni e rappresentanti del libero foro e dell'Avvocatura generale dello Stato, i quali prestano la propria attività a titolo gratuito e senza diritto al rimborso delle spese*".

nistri, quando un “anonimo sforbiciatore” governativo² ha espunto dalla versione provvisoria del Codice quell’art. 40 che, con estrema chiarezza, prevedeva la possibilità per il ricorrente di chiedere al g.a., contestualmente all’annullamento o all’accertamento del silenzio-inadempimento, “la condanna dell’amministrazione all’emanazione del provvedimento richiesto o denegato”³.

Non sopita da questo intervento, ma soltanto spostata nei suoi termini, la discussione è proseguita, una volta entrato in vigore il D.Lgs. n. 104 del 2 luglio 2010, tra coloro che hanno ravvisato nell’azione generica di condanna la base testuale a cui ancorarsi per dare ingresso all’azione di adempimento nel nostro ordinamento⁴ e altra parte della dottrina che, più cautamente, alle incertezze del dato normativo sommava quelle relative ai delicati profili applicativi di una statuizione di condanna nei confronti dell’autorità amministrativa⁵.

L’entità del dibattito esistente, il suo sviluppo a seguito della duplice presa di posizione dell’Adunanza plenaria⁶ e di alcune pronunce dei Tribunali Amministrativi Regionali⁷, pongono l’interprete di fronte alla necessità di ricercare le ragioni sottese a tali problematiche, punto di partenza non eludibile per uno studio che abbia come scopo la ricostruzione dell’istituto e la valutazione dei suoi profili applicativi.

Sotto questo aspetto, è opportuno chiarire la chiave di lettura attraverso la

² Come definito da F. MERUSI, *In viaggio con Laband ...*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 658.

³ Art. 40 testo provvisorio della Commissione: “1. Il ricorrente può chiedere la condanna dell’amministrazione all’emanazione del provvedimento richiesto o denegato. Le parti allegano in giudizio tutti gli elementi utili ai fini dell’accertamento della fondatezza della pretesa ai sensi dell’art. 45, comma 2. 2. L’azione è proposta contestualmente a quella di annullamento o avverso il silenzio entro i termini previsti per tali azioni”.

⁴ Tra questi, R. GISONDI, *Alcune riflessioni sulla permanenza di un’azione di adempimento nell’ultima bozza del nuovo codice amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2010; ID., *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010; A. CARBONE, *Azione di adempimento e codice del processo amministrativo*, in *Giust. amm.*, n. 3-4/2010, p. 134 ss.; E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2010; M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 1121 ss.

⁵ A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. Atti del LVI Convegno di Studi amministrativi di Varenna del 23-25 settembre 2010*, Milano, 2011, p. 87.

⁶ Cons. St., ad. plen., n. 3 del 23 marzo 2011; n. 15 del 29 luglio 2011.

⁷ Favorevoli all’ammissibilità dell’azione di adempimento, TAR Lombardia, Milano, Sez. III, n. 1428 dell’8 giugno 2011; TAR Lazio, Sez. I, n. 472 del 19 gennaio 2011; TAR Puglia, Bari, Sez. III, n. 1807 del 25 novembre 2011. Contraria tuttavia Cons. St., Sez. IV, n. 3858 del 27 giugno 2011 (che riforma TAR Lazio, n. 472/11, cit.), nonché, implicitamente, TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, n. 559 del 14 marzo 2012. Su tali pronunce, cfr. diffusamente, *infra*.

quale, a nostro avviso, il tema deve essere affrontato.

Si tenga a mente, al riguardo, come l'introduzione dell'azione di adempimento non sia questione che possa più essere considerata isolatamente, giacché, con l'adozione del Codice, essa si viene a collocare in un diverso e rinnovato quadro ricostruttivo, i cui caratteri sono idonei ad influenzare anche l'atteggiarsi dei singoli strumenti processuali. In quest'ottica, rilievo fondamentale va allora attribuito all'art. 1 c.p.a., che, improntando la giurisdizione del g.a. alla pienezza e all'effettività della tutela, fa espresso riferimento ai principi dettati dalla Costituzione e dal diritto europeo⁸.

La disposizione si richiama, quindi, direttamente agli articoli 6 e 13 della CEDU, nonché all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE⁹, i quali, a loro volta, specificano che i "*remedies must be effective*", devono, cioè, essere tali da assicurare la soddisfazione della situazione giuridica del cittadino¹⁰.

Sull'argomento la giurisprudenza europea si è lungamente soffermata¹¹, al

⁸In generale, sull'effettività della tutela giurisdizionale si rimanda, senza pretesa di completezza, a M.P. CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 499 ss.; M. CLARICH, *L'effettività della tutela nelle sentenze nelle sentenze del giudice amministrativo*, *ivi*, p. 523 ss.; G. GRECO, *Effettività della giustizia amministrativa nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 997 ss.; M. MENGOZZI, *Giusto processo e processo amministrativo. Profili costituzionali*, Milano, 2009; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, *cit.*; S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo: studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano 2004; ID., *Giusto processo (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir.*, Ann., II, 1, Milano, 2008, p. 377 ss.

⁹Tali norme assumono un particolare significato a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che, modificando l'art. 6 TUE, ha reso la Carta di Nizza giuridicamente vincolante e ha riconosciuto la CEDU quale parte integrante dei principi generali dell'Unione. Peraltro la Corte costituzionale già da tempo ha ammesso che le disposizioni CEDU costituiscono parametri interposti per la verifica del rispetto dell'art. 117 Cost.: cfr. sentenze nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007; n. 311 del 26 novembre 2009; n. 1 del 5 gennaio 2011; n. 80 dell'11 marzo 2011; n. 181 del 10 giugno 2011; n. 257 del 30 settembre 2011; n. 303 dell'11 novembre 2011.

¹⁰Corte di Giustizia, 15 aprile 2008, in causa C-268/06, *Impact*, ha stabilito che "il principio di tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale di diritto comunitario"; analogamente Corte di giustizia, 13 marzo 2007, in causa C-432/05, *Unibet*, ove si afferma che "il principio di tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale di diritto comunitario che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che è stato sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, (...) ed è stato ribadito anche all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea".

¹¹Oltre alle sentenze citate alla nota precedente, sul principio di effettività si vedano sentenze Corte di Giustizia, 8 settembre 2011, in causa C-177/10, *Santana*; 8 luglio 2010, in causa C-246/09, *Bulicke*; 7 giugno 2007, cause riunite C-222/05-C-225/05, *Van der Weerd*; 17 settembre 1997, in causa C-54/96, *Dorsch*, in *Urb. app.*, 1998, p. 441; 15 maggio 1986, in

pari della dottrina, che non ha mancato di sottolineare come l'effettività risulti direttamente legata alla tipologia di azioni proponibili dinnanzi all'autorità giurisdizionale, chiamate a coprire i differenti bisogni di cui il privato è portatore¹².

Il Codice del processo amministrativo, enunciando tale principio nella sua prima disposizione normativa, mostra di incentrare sull'effettività della tutela tutto l'apparato processuale: ben si è rilevato, infatti, come i principi non siano mere enunciazioni prive di portata applicativa ma assurgano, al contrario, a chiave di lettura dell'intero sistema, fornendo criteri integrativi per l'interpretazione delle specifiche previsioni codicistiche¹³.

La portata della norma è quindi di tutto rilievo, non fosse altro perché, ac-costando Costituzione e diritto europeo, essa sembra implicitamente ricondurre il dettato dell'art. 24 Cost. ai canoni sopra descritti¹⁴.

La disposizione in esame, inoltre, ha il merito di porre il cittadino al centro della garanzia giurisdizionale, superando così anche gli ultimi residui storici della tradizionale impostazione impugnatoria del giudizio e sancendo definitivamente quel "cambio di paradigma" che la migliore dottrina amministrativista ha da ultimo evidenziato quale dato comune dei differenti ordinamenti europei

causa C-222/84, *Johnston*; 9 luglio 1985, in causa 179/84, *Bozzetti*.

Per la giurisprudenza della CEDU, cfr. *ex multis* CEDU, 10 aprile 2008, *Wasserman c. Russia*; 16 novembre 2006, *Muzevic c. Croazia*; 24 febbraio 2005, *Makarova c. Russia*; 11 gennaio 2005, *Dubenko c. Ucraina*; 15 giugno 2004, *Luntre c. Moldova*; 23 ottobre 2003, *Timofeyev c. Russia*.

¹² Così E. PICOZZA, *L'influenza del diritto comunitario nel processo amministrativo*, in *Processo amministrativo e diritto comunitario*, a cura di ID., Padova, 1997, p. 10 ss. Per una correlazione tra effettività della tutela e pluralità delle azioni si veda V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, in corso di pubbl. su *Dir. proc. amm.*, 2012; ID., *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 445 ss.; A. LAMORGESE, *L'effettività della tutela nell'esperienza giurisprudenziale*, in *Giustamm.it*, 2008; R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, *ivi*, 2012. L. MARUOTTI, *Commento al Libro I. Disposizioni generali*, in *Codice del processo amministrativo*, a cura di G. LEONE, L. MARUOTTI, C. SALTELLI, Padova, 2010, p. 27.

¹³ In questo senso, tra gli altri, R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, p. 45; F. MERUSI, *Principi generali*, in *Il processo amministrativo*, a cura di A. QUARANTA, V. LOPILATO, Milano, 2011, p. 71. Che il principio ispiratore della Commissione che ha redatto il Codice sia stato quello di garantire, sotto ogni profilo, l'effettività della tutela, è testimoniato da G. PELLEGRINO, *Il Codice al passaggio decisivo. Tra grande occasione e strani paradossi*, in *Giustamm.it*, 2010.

¹⁴ Secondo il più generale principio fatto proprio da Corte cost., n. 388 del 22 ottobre 1999, per cui le norme delle convenzioni internazionali sono idonee ad integrare, in via interpretativa, le formule ipotizzate dalle disposizioni costituzionali.

di giustizia amministrativa all'inizio del XXI secolo¹⁵. Viene dunque abbandonato l'aspetto che ha da sempre contraddistinto l'evoluzione del nostro sistema processuale; evoluzione che, pur connotata da questa tendenza all'effettività, si è dovuta finora rapportare con la forte ipoteca derivante da concezioni ideologiche ormai da tempo superate¹⁶, e tuttavia idonee a caratterizzare (sino all'adozione del Codice, con l'unica eccezione dell'azione risarcitoria, introdotta dalle riforme del 1998-2000) la struttura della giurisdizione amministrativa come processo sulla legittimità di un atto, rispetto al quale la pretesa sostanziale del privato si pone in secondo piano.

È nel quadro dell'effettività della tutela che il tema trattato nel nostro studio deve allora trovare collocazione, in uno con il rapporto che lega interesse legittimo pretensivo e azioni proponibili nel processo amministrativo.

L'azione di adempimento ha, infatti, come implicito presupposto quello di costituire il rimedio che più si attaglia alla posizione del privato che chiede alla P.A. di accordargli un vantaggio; una posizione, cioè, rivolta verso il positivo svolgimento dell'azione amministrativa, in relazione alla quale lo strumento dell'annullamento può concedere una soddisfazione solo parziale, idoneo com'è a rimuovere la lesione prodotta dall'illegittimo diniego, ma non ad assicurare all'interessato il bene della vita a cui aspira. Il necessario rapporto tra questi due termini, interesse pretensivo e struttura del processo amministrativo – tema

¹⁵Secondo E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, trad. it., Milano, 2010, p. 53, “senza alcuna forma di coordinamento (...), risulta sorprendente che giusto nello stesso momento storico nel quale in Francia si sono approvate importanti riforme legislative della giustizia amministrativa, un numero rilevante di Stati europei abbia adottato un numero di provvedimenti sostanzialmente analogo, tramite un ‘rimodellamento’ significativo dei propri sistemi di giustizia amministrativa”. Conclude l'A., p. 77, che il processo amministrativo “si è posto sullo stesso piano del processo civile tra parti private nel quale non si può più dubitare del fatto che si confrontino due pretese equivalenti quanto a potenziale titolarità dei diritti, e comunque nel rispetto del principio fondamentale di ogni confronto giudiziale, vale a dire quello della parità delle armi”. In termini analoghi S.R. MASERA, *La supremazia della legge ed il valore del diritto nel giudizio amministrativo*, in E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, cit., p. XXIV, che ha curato la traduzione dell'opera del Maestro spagnolo.

Sull'evoluzione del diritto processuale amministrativo nei paesi europei durante l'ultimo decennio si veda D. SORACE, *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze, 2009. In merito al rapporto tra mutamento del rapporto sostanziale tra P.A. e privato e conseguenti modifiche processuali, cfr. P. DE LISE, *Profili generali*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. Atti del LVI Convegno di Studi amministrativi di Varenna del 23-25 settembre 2010*, cit., p. 23 ss.

¹⁶Secondo la terminologia utilizzata da F. LEDDA, *Efficacia del processo ed ipoteca degli schemi*, in *Per una giustizia amministrativa più celere ed efficace*, Milano, 1993, ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 307 ss.

del resto non certo nuovo in letteratura – costituisce quindi la base necessaria su cui ricercare la *ratio* della condanna all'adempimento, sempre tenendo come punto di riferimento la piena tutela della pretesa del ricorrente.

In questa prospettiva, possono essere meglio comprese le tensioni, sopra richiamate, registratesi in merito all'azione di adempimento e concernenti, da un lato, l'ammissibilità di detto rimedio e, dall'altro, la sua concreta necessarietà.

In relazione al primo punto, si è obiettato che l'interesse legittimo, dovendosi confrontare con l'esercizio di un potere autoritativo, non è per sua natura a soddisfazione necessaria e, quindi, non potrebbe portare ad una condanna in forma specifica. Per quanto concerne il secondo, si è posto in evidenza l'adattamento degli strumenti propri del processo impugnatorio alla pretesa sostanziale del privato, vera e propria operazione creativa, di natura esclusivamente pretoria¹⁷ e dottrinale, di un modello processuale che senza (poter) disattendere il suo dato strutturale, si è andato volgendo verso la tutela effettiva della situazione soggettiva del privato attraverso la valorizzazione del momento cognitorio dell'annullamento e del c.d. effetto conformativo della relativa pronuncia.

Accogliendo le critiche appena descritte, ben potrebbe concludersi per l'inconfigurabilità (nel primo caso) o per l'inutilità (nel secondo) del rimedio della condanna all'adempimento, con la necessaria conseguenza (in entrambi i casi) del pieno rispetto del principio dell'effettività a prescindere dalla presenza di un siffatto strumento processuale.

Se tuttavia tali obiezioni non si condividono, è possibile (anzi, doveroso) ammettere, proprio in adesione a quel brocardo di cui l'art. 1 c.p.a. si fa portatore, la necessità dell'azione di condanna ad un *facere* quale rimedio tipico per la soddisfazione in forma specifica dell'interesse legittimo pretensivo del ricorrente che richieda l'emanazione di un provvedimento a lui favorevole e si scon-

¹⁷ Si pensi all'introduzione dell'ottemperanza come opera di 'bruta normazione giurisprudenziale', secondo la nota espressione usata da M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, p. 1523. Sul carattere 'pretorio' della giurisprudenza amministrativa, insuperata è la nota pagina di M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, I, in *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 536, ove si legge che "quando si parla di funzione pretoria della giurisprudenza nella materia del diritto amministrativo, non si usa una figura retorica, non si vuol dire solo (...) che è essa a elaborare quei costrutti che rendono possibile l'applicazione degli istituti. Si vuol dire invece qualcosa di più e di significato specifico: che è essa a creare il corpo delle norme sostanziali generali del diritto amministrativo, cioè degli atti e dei procedimenti amministrativi, poiché il legislatore non si è mai occupato di fissarle". Analogamente, ID., *La giustizia amministrativa*, Roma, 1963, pp. 98 e 100-101. Contrario a questa impostazione, che eleverebbe l'interpretazione giurisprudenziale a funzione normativa, secondo il principio anglosassone del *judge made law*, non ammissibile nel nostro ordinamento, era A. KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, Padova, 1961, pp. 138 e 165.

tri con un silenzio o un diniego della P.A. In questo modo, si potrebbe configurare, sul dato, di per sé contraddittorio, del Codice, una struttura processuale che direttamente si ricolleggi alla pretesa sostanziale del privato, senza i limiti derivanti dalla tipologia delle domande giudiziali proponibili.

Aggiunta l'azione di adempimento quale termine intermedio del summenzionato rapporto tra interesse legittimo pretensivo e struttura del processo amministrativo, l'oggetto della nostra analisi appare delineato nei suoi elementi essenziali. Occorre ora sviluppare su queste basi le problematiche sin qui solo accennate, così da verificare se la concreta portata applicativa di tale azione sia davvero idonea a realizzare lo scopo da noi prospettato e, conseguentemente, a risolvere in senso negativo i dubbi affacciatisi in giurisprudenza e dottrina.

2. Tutela delle situazioni di carattere pretensivo. La dimensione sostanziale dell'interesse legittimo

Secondo le linee tracciate nel paragrafo precedente, la premessa necessaria alla configurazione di un'azione di adempimento nel processo amministrativo è l'idoneità della situazione giuridica che ivi si fa valere ad essere tutelata mediante un'azione di condanna ad un *facere* specifico. Ci si deve allora chiedere quale sia il grado di tutela di cui possa usufruire l'interesse ad ottenere un determinato provvedimento da parte della P.A. e se questo possa portare all'ammissibilità di una condanna all'adempimento.

La questione, come facilmente si intuisce, ripercorre tematiche del tutto note e sulle quali, in questa sede, non è possibile (né necessario) soffermarsi in maniera approfondita. Basti solo ricordare come il fondamento del problema debba essere ricercato nel contesto ideologico e culturale ove nacque il nostro sistema di giustizia amministrativa¹⁸; contesto in cui non era riconosciuta la possibilità che un drit-

¹⁸ Per una ricostruzione del modello politico dell'Italia liberale e della sua influenza nelle leggi sulla giustizia amministrativa si tenga presente lo studio di B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale, Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, nonché, più in generale, L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari-Roma, 2006; S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971; ID., *La formazione dello stato amministrativo*, Milano, 1974; ID., *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1991, p. 61 ss.; V. BACHELET, *I ricorsi amministrativi*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, La tutela del cittadino*, I, *La giustizia amministrativa* a cura di G. MIELE, Milano, 1968, p. 39 ss.; F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 589 ss.; M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940), in *Quaderni fiorentini per la scienza del diritto amministrativo*, 1973; M.S. GIANNINI, A. PIRAS,

to soggettivo perfetto sorgesse da leggi c.d. amministrative¹⁹, cosicché in tutti i casi in cui il privato fosse portatore di una pretesa che trovasse la sua fonte in norme volte a regolamentare “l'andamento della cosa pubblica”, questi non era titolare che di un interesse di mero fatto, non protetto da alcuna forma di tutela giurisdizionale, e a cui veniva assicurata soltanto la possibilità di ricorso in via amministrativa²⁰. L'interesse, in quella accezione, costituiva un'entità giuridicamente irrilevante la cui soddisfazione era lasciata alla discrezionalità della P.A.²¹.

Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 229 ss.; E. CANNADA-BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991, p. 509 ss.

¹⁹F. CAMMEO, *Commentario*, cit., p. 432 ss., il quale precisa che l'opinione secondo cui un diritto soggettivo potesse sorgere da una legge amministrativa si trovava “piuttosto tra gli avversari che tra i fautori e preparatori della legge” di abolizione del contenzioso del 1865.

²⁰Sul punto si deve ricordare la fondamentale analisi di SANTI ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbietivi*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V.E. ORLANDO, I, 1897, p. 182, in merito al caso “in cui l'amministrazione deve permettere l'esercizio o l'acquisto di un dato diritto. Siamo dunque in tema di autorizzazioni amministrative. (...) Ora questo esame che la pubblica autorità deve compiere implica quasi sempre un potere discrezionale: non si può quindi in tali casi parlare di un vero e proprio diritto a che l'autorizzazione sia concessa. L'amministrazione potrà fare mal governo di questo potere discrezionale, servirsene magari per fini obliqui, potrà valutare inesattamente i requisiti dalla legge richiesti, ma è certo che il cittadino, di fronte al suo apprezzamento, si trova completamente disarmato di qualsiasi azione giudiziaria, a non parlare, va da sé, dei reclami che egli potrà eventualmente rivolgere all'autorità competente” Se, al contrario, i casi in cui l'autorizzazione deve essere espressamente concessa sono espressamente enumerati, riteneva l'insigne giurista che “ogni potere discrezionale viene soppresso: l'autorità non fa altro che constatare l'esistenza dei requisiti che la legge richiede”.

Di recente A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 371, ha evidenziato come l'interpretazione dell'art. 2 All. E “avrebbe potuto far leva sulla ampiezza della espressione diritto civile e politico e ricomprendervi non solo il diritto di proprietà leso da un provvedimento di occupazione o espropriazione o demolizione illegittimo, ma anche il diritto del proprietario ad edificare leso da un diniego di licenza edilizia, e anche il diniego dell'imprenditore leso dal diniego di una autorizzazione o concessione o ammissione ad una gara di appalto, ecc.”, ma “come è noto, non è questa l'interpretazione che prevalse”.

²¹D'obbligo il richiamo al celeberrimo discorso del Mancini, riportato da A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi: con special riguardo al vigente diritto italiano*, Torino, 1897, p. 350-351: “Sia pure che l'autorità amministrativa abbia fallito alla sua missione, che non abbia provveduto con opportunità e saggezza, che non abbia saputo ottenere la massima somma di prosperità e di sicurezza pubblica mercé i suoi atti; sia pure che essa abbia, e forse anche senza motivi, rifiutato ad un cittadino una permissione, un vantaggio, un favore, che ogni ragione di prudenza e di buona economia consigliasse di accordargli; ovvero gli abbia ordinato di concorrere con soverchio e non necessario disagio allo scopo di un pubblico servizio, cui abbia potestà di provvedere con l'opera gratuita dei privati; sia pure che questo cittadino è stato in conseguenza ferito, e forse anche gravemente, nei propri

Coerentemente con tale impostazione, anche il rimedio offerto dal ricorso alla IV Sezione, che pur era stato introdotto allo scopo di fornire una garanzia per dette situazioni, nient'altro rappresentava, secondo l'interpretazione pacifica della dottrina del tempo, che un mero controllo di legalità degli atti impugnati, non invece una forma di tutela diretta per la situazione giuridica del ricorrente²²; un giudizio, quindi, di carattere eminentemente oggettivo, nelle cui maglie si perdeva la pretesa ad ottenere il provvedimento richiesto²³. E se pure

interessi: che perciò? ... Che cosa ha sofferto il cittadino in tutte le ipotesi testé discorse? Semplicemente una lesione degli *interessi*? Ebbene ch'ei si rassegni". Rassegnazione limitata per lo più agli interessi legittimi pretensivi, atteso che, non essendo ancora intervenuta la c.d. teoria della degradazione, i diritti conservavano la loro originaria portata: e infatti nell'altra ipotesi, quella cioè in cui l'atto di un amministratore non abbia soltanto danneggiato un *interesse*, ma abbia indebitamente e, contro la *legge*, spogliato uno o più cittadini di veri e incontestabili *diritti*", nel caso in cui fosse "proposta in altri termini un'azione fondata sul diritto violato" la tutela andava assicurata dinanzi l'autorità giudiziaria (corsivo testuale).

Ciò d'altro canto trovava giustificazione nella limitata dimensione del fenomeno alla fine del XIX secolo, ove l'Amministrazione era concepita come autorità esecutiva (*Eingriffsverwaltung*) piuttosto che come gestore di servizi (*Leistungsverwaltung*), secondo la tradizionale distinzione proposta da E. FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart, 1938. L'affermarsi di questa seconda visione nel corso del secolo successivo è testimoniato in Francia da L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1927, p. IX ss., nella sua storica contrapposizione con M. HAURIUO, *Principes de droit public*, Paris, 1910, p. 484 ss. (sulla quale L. SFEZ, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, 1966, p. 333 ss.), e in Italia, tra gli altri, da A. AMORTH, *Giustizia amministrativa*, in *Nuovo dig. it.*, vol. VI, Torino, 1938, p. 245; O. RANELLETTI, *Il problema della giustizia nella pubblica amministrazione e i diritti soggettivi*, in *Riv. amm.*, 1948, p. 65; G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. giur.*, 1933, II, p. 172 ss. Ciò ha comportato il rapido aumento delle ipotesi di posizioni di carattere pretensivo: già agli inizi del XX secolo F. CAMMEO, *La nullità parziale degli atti amministrativi e le giurisdizioni di annullamento*, nota a Cons. St., Sez. IV, 4 novembre 1910, in *Giur. it.*, 1911, III, c. 28, affermava che "le giurisdizioni di annullamento, e specie la IV sezione, conoscono continuamente, e quasi prevalentemente, di atti negativi", osservando che l'annullamento del diniego "non può che significare che la dichiarazione del diritto ad ottenere il corrispondente atto positivo e l'ordine di emetterlo; o l'accertamento che in quelle forme, modi e casi l'atto negativo non è giustificato".

²²In tal senso si vedano SANTI ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V.E. ORLANDO, III, Milano, 1899, p. 530 ss.; ID. *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, *ivi*, p. 1260; V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, *ivi*, p. 728; V. SCIALOJA, *Sui limiti della competenza della IV sezione del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, in *Foro it.*, 1891, p. 1119 ss.; S. SPAVENTA, *Discorso per la inaugurazione del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, p. 290. Sul punto si rimanda anche agli scritti di L. MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm.*, 1891, 17-18, p. 5 ss.; L. ARMANNI, *La riforma del Consiglio di Stato e la giurisdizione amministrativa*, Assisi, 1891, *passim*.

²³Vero è che, nel sistema di giurisdizione unica originariamente previsto dal legislatore del 1865 – in questo non disatteso da quello del 1889, che, almeno nelle intenzioni, aveva introdotto solo un 'mero completamento' alla tutela già assicurata dal g.o. (si veda sul punto

la legge del 1889 faceva riferimento alla legittimità di atti “che avessero oggetto” appunto “un interesse di individui o di enti morali giuridici”, questo si riteneva rappresentasse il momento o l'occasione per l'attivazione della tutela, non certo l'oggetto della tutela stessa²⁴.

Il problema dell'effettività della garanzia giurisdizionale delle posizioni di carattere pretensivo era quindi, in quel contesto, eliminato perché di fatto negato in radice, in ragione della mera occasionalità della protezione dell'interesse e della natura oggettiva della giurisdizione²⁵. Ciò spiega perché la tutela introdotta con la creazione di un sistema di giustizia amministrativa non fosse, come pur “sarebbe stato lecito attendersi”, pienamente soddisfattiva anche per le posizioni di carattere pretensivo, che “abbisogna[vano] di poteri decisori non esaurentesi nel mero annullamento dell'(eventuale) atto lesivo”²⁶.

Tuttavia, anche nella connotazione strutturale di quel sistema, il riferimento e-

V. SCIALOJA, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, I, p. 407 ss.) – il giudice deputato a conoscere in via generale delle controversie nei confronti della P.A. rimaneva l'autorità giudiziaria ordinaria. Cosicché il problema dell'ammissibilità di una sentenza di condanna ad un *facere* avente ad oggetto l'emanazione di un provvedimento fu in un primo momento affrontato e risolto – negativamente – appunto in relazione a quest'ultima: si veda sul punto F. CAMMEO, *Commentario*, cit., pp. 838-839, ampiamente riportato all'inizio del capitolo secondo, in nota.

²⁴ In proposito si veda F. CAMMEO, *Commentario*, cit., p. 128 ss. Secondo A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, cit., p. 771 ss., spec. p. 785, l'interesse del singolo era solo una condizione per esercitare l'azione di annullamento. In maniera non dissimile V. SCIALOJA, *Sulla funzione della IV sezione del Consiglio di Stato per lo articolo 24 della legge 2 giugno 1889*, in *Giust. amm.*, 1901, IV, p. 70 ss.

²⁵ Come nota opportunamente D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, p. 35.

²⁶ Secondo quanto rilevato da G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, p. 70 ss., spec. p. 74. L'A. sottolineava come gli interessi legittimi oppositivi fossero all'epoca generalmente riconosciuti come diritti non essendosi ancora affermata la teoria della degradazione e come tali conosciuti dal g.o. Ciò rendeva lecito attendersi la previsione di un rimedio compiutamente soddisfattivo anche per gli interessi pretensivi. Del resto, già in sede di approvazione della legge Crispi, non erano mancati tra i giuristi più accorti interventi volti a sottolineare l'insufficienza del mero annullamento dell'atto: “il Ministero” secondo quanto dichiarato dal senatore Cavallini nella seduta del Senato del 22 ottobre 1888, di discussione del progetto della legge sulla istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato (ampiamente riportato da G. GRECO, *op. ult. cit.*, p. 80) “può abusare sia con il provvedere contro la legge, sia col non provvedere omettendo di rendere giustizia a chi la invoca. Qui invece il progetto contempla solamente i casi in cui il Ministro abbia provveduto, vi sia cioè un atto, un provvedimento del Ministero. Mancando l'atto o il provvedimento non vi ha azione per il contenzioso amministrativo. Ora, stando le cose in questi termini, può rendersi illusoria o derisoria la garanzia”. Sul punto può rimandarsi più in generale a N. PAOLANTONIO, *L'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura dei lavori parlamentari*, in *Quaderni di Dir. proc. amm.*, 1991.

splicito a un interesse del singolo, volutamente evitato dal legislatore del 1865²⁷, non poteva non richiamare quella contrapposizione tra diritti ‘perfetti’ e interessi che aveva animato la polemica intorno all’abolizione del contenzioso, e, con essa, la connotazione prettamente sostanziale di entrambe le entità.

Connotazione sostanziale che timidamente sarebbe riemersa già attraverso la teoria dell’interesse occasionalmente protetto²⁸, ma che ancora prima si era affacciata sulla scena mettendo in discussione il valore meramente processuale di quell’interesse a cui la legge del 1889 faceva riferimento. La questione relativa alla legittimazione ad adire la IV Sezione e la sua soluzione in ragione del criterio della *causa petendi*, pur perplessa e legata a tutta una serie di fattori ulteriori²⁹, fece infatti emergere, invero in maniera non meno perplessa, l’irriconciliabilità di tali posizioni ad interessi di mero fatto, al limite rilevanti solo processualmente, richiamando al contrario quelle concezioni propugnate dagli oppositori all’abolizione del contenzioso, che consideravano quella tra diritti e interessi una distinzione tra due situazioni giuridiche soggettive³⁰.

²⁷ Il testo provvisorio di quella che poi sarebbe divenuta la legge abolitrice del contenzioso aveva infatti utilizzato, per determinare la competenza dell’amministrazione pura, la formula “*i ricorsi contro gli atti di amministrazione pura, riguardanti gli interessi individuali e collettivi degli amministrati*” (Relazione e progetto BORGATTI 9 maggio 1864, in *Atti Parlamentari, Camera dei deputati*, cit., p. 24 e p. 59 ss.) che venne però poi sostituita nella versione definitiva da quella, più generica, “*gli affari non compresi nell’articolo precedente*” (Relazione VACCA 15 luglio 1864, in *Atti Parlamentari, Senato*, Sess. 1863-64, I Ed., p. 1017. Art. 3 All. E L. n. 2248 del 20 marzo 1865).

²⁸ In questo senso R. VILLATA, *L’esecuzione delle decisioni del consiglio di Stato*, Milano, 1971, p. 487.

²⁹ Sia consentito in questa sede limitarci al richiamo degli scritti di F. CAMMEO, *Ancora sul criterio discrezionale della competenza del Consiglio di Stato (nella giurisdizione non esclusiva) e dell’autorità giudiziaria*, in *Giur. it.*, 1929, III, p. 135; M. D’AMELIO, SANTI ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, p. 182; M. D’AMELIO, *Il caso Laurens dopo quarant’anni di giurisprudenza*, in *Studi Cammeo*, Padova, 1933, I, p. 325; nonché dei successivi studi di A.M. SANDULLI, *Questioni recenti in tema di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1952, I, p. 1074; V. CERULLI IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni. Premesse allo studio del sistema vigente*, Pescara, 1979, p. 90; ID., *Le questioni di giurisdizione nella giurisprudenza della Cassazione di Roma*, in *Le riforme crispine*, II, *Giustizia amministrativa*, Milano 1990, p. 502 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione del concordato Romano D’Amelio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 14 ss..

³⁰ Tra questi U. RATAZZI (in *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati*, Sess. 1863-64, I Ed. vol. dal 20 marzo al 29 giugno 1864, p. 2918) e F. CORDOVA (in *Atti Parlamentari*, cit., p. 2936, ove viene riportato il discorso dell’11 giugno 1864: “Broglie [A. DE BROGLIE, *De la juridiction administrative*, in *Revue Française*, 1828, VI, p. 131] pensò di chiamare quelli che io chiamo diritti legittimi, *intérêts à apprécier* (...) ma questi interessi da apprezzare (...) che cosa sono se non diritti? Non vi è altra differenza tra questi diritti e quelli che sono affidati

La contrapposizione tra diritti (perfetti) e interessi (diversi dai diritti) era, in effetti, un “fatto consapevole”³¹, di talché, una volta riconosciuta la natura giurisdizionale della IV Sezione del Consiglio di Stato, fu quasi naturale che questi ultimi – che iniziavano ad essere indicati con il nome di interessi *legittimi*³² – andassero ad assumere il valore di situazione giuridica idonea a determinare la competenza del giudice amministrativo, parallelamente a quanto avveniva per la giurisdizione ordinaria, stabilita in ragione della presenza di un diritto soggettivo³³.

all'autorità giudiziaria, se non che si tratti di diritti che sono subordinati alle considerazioni dell'utilità pubblica, di diritti *minori*, di diritti *subordinati*”) i quali, sostenendo la necessità di non abolire il contenzioso amministrativo, affermarono che anche dalle leggi amministrative potevano nascere dei diritti, seppur diritti imperfetti, perché subordinati al potere della P.A. di emanare provvedimenti per garantire l'interesse generale.

³¹ Così G. MIELE, *La giustizia amministrativa* in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, cit., p. 14, che aggiunge come, in ragione di ciò, “era inevitabile che prima o poi si pervenisse alla istituzione della giurisdizione sugli interessi”. Già la Commissione parlamentare incaricata di redigere il progetto che avrebbe portato all'abolizione del contenzioso amministrativo, infatti, secondo quanto ci riporta G. VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa* in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, cit., III, 1899, p. 364, “trovava di poter distinguere le due competenze fondandosi sulla separazione fra diritti e interessi”.

³² Si veda O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano, 1892, p. 80.

³³ La focalizzazione del problema del riparto di giurisdizione sulla distinzione tra diritti e interessi, così da considerare l'autorità giudiziaria giudice dei diritti e il Consiglio di Stato giudice degli interessi, si ebbe soprattutto ad opera di O. RANELLETTI, *op. ult. cit.*; ID., *Diritti subbiettivi e interessi legittimi*, Roma, 1893, Estr. *Foro it.*; ID., *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XIV, 1895, p. 3 ss. Questo fu dovuto, come nota giustamente B. SORDI, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, cit., pp. 745-746, anche ad una mutata ideologia nell'elaborazione del rapporto tra Stato e cittadino, sotto l'influenza della dottrina tedesca, in particolar modo di G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1892.

Sull'elaborazione e sull'evoluzione dell'interesse legittimo si veda M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, cit., p. 253 ss.; O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, p. 377 ss.; F.G. COCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, p. 85 ss.; ID., *Sulle implicazioni del carattere sostanziale dell'interesse legittimo*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988, p. 677 ss.; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I-II, Milano, 1962, *passim*; M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987 e in *Foro amm.*, 1988, ora in *Scritti giuridici*, III, cit., p. 1881 ss.; E. CANNADA-BARTOLI, *La tutela giurisdizionale del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964, p. 44 ss.; ID., *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, p. 334 ss.; ID., *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 1 ss.; A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario dell'istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, p. 95 ss.; B. SORDI, *Giustizia amministrativa*