



QUADERNI DEL DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO
INTERNAZIONALE E COMUNITARIO

Nuova serie

Università degli Studi di Padova

STEFANIA FLORIAN

L'AZIONE DI ADEMPIMENTO
TRA RIFIUTO DI PROVVEDIMENTO
E SILENZIO DELL'AMMINISTRAZIONE



G. Giappichelli Editore

INTRODUZIONE

Il presente lavoro è volto ad indagare il tema dell'inquadramento sistematico del diniego esplicito di provvedimento favorevole, al fine di chiarire la reale natura, costitutiva o di mero accertamento, dell'*impugnazione* dell'atto negativo e quindi anche dell'azione di adempimento che, ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a., è proponibile non solo contestualmente all'azione sul silenzio, ma anche a quella di *annullamento* dell'atto negativo.

Nella prima parte l'indagine sarà orientata sullo studio degli eventuali effetti giuridici prodotti da questa complessa figura, attraverso una ricostruzione delle teorie elaborate dalla dottrina civilistica sul fenomeno di produzione giuridica e, in particolare, sul rilievo del fatto e della sua qualificazione formale ai fini della produzione dell'effetto. Successivamente, sarà approfondita la ricostruzione proposta dall'unica monografia che, in passato, si è occupata del problema. Quest'ultima, distinguendo le situazioni giuridiche soggettive prodotte dalle norme che regolano l'agire dell'Amministrazione nel *dovere d'ufficio* e nell'*obbligo di pronuncia*, ha ravvisato nell'estinzione del *dovere d'ufficio* l'effetto giuridico proprio dell'atto negativo, per cui l'adempimento dell'obbligo sarebbe la *causa di estinzione* del dovere. Questa impostazione, pur distinguendo, nell'esercizio della funzione amministrativa, le situazioni giuridiche soggettive di doverosità da quelle di obbligatorietà, le quali ultime mantengono un rilievo autonomo anche se, ai sensi dell'art. 21 *octies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, sembrerebbero averlo perso, non è parsa del tutto convincente. Infatti, se si muove dalla teoria della struttura ipotetica della norma come meccanismo che regola il fenomeno di produzione giuridica e si ravvisa tra la fattispecie e l'effetto giuridico un rapporto di *causalità*, in forza del quale l'effetto costituirebbe il *rimedio* individuato dall'ordinamento per soddisfare una determinata *necessità* sostanziale, non è possibile ricondurre l'*estinzione* di queste situazioni giuridiche soggettive passive all'atto giuridico in senso proprio. Infatti, l'estinzione del dovere sembra, piuttosto, un effetto *riflesso* del fatto giuridico di adempimento, poiché la soddisfazione del credito, in forza dell'adempimento dell'obbligo (provvedimentale) determina il venir meno della necessità di operare una regolamentazione della realtà sostanziale e, perciò, del dovere giuridico. L'estinzione di queste situazioni giuridiche soggettive passive opera allo stesso modo tanto nel caso in cui la norma d'azione imponga il dovere

di non provvedere quanto nel caso in cui la stessa imponga il dovere di provvedere, in forza del fenomeno di pluriqualificazione della fattispecie. Lo studio della dinamica giuridica, infatti, consentirà di rilevare come la norma operi un diverso giudizio di rilevanza sul fatto, a seconda che quest'ultimo sia, oltre che esercizio della funzione amministrativa, anche una fonte diretta di produzione degli effetti giuridici. Solo in quest'ultimo caso, infatti, al giudizio di *conformità* compiuto dalle norme d'azione si sovrappone un giudizio di *esistenza*, per cui la volontà manifestata non rileva solo determinando l'*an* e il *quando* del provvedere, ma anche il *quid*. Sarà esclusa, infine, la possibilità di ricollegare all'atto negativo un'efficacia preclusiva al conseguimento dell'utilità aspirata, soprattutto in forza del principio c.d. di *interessezza della fattispecie*, che esclude la configurabilità di fattispecie parziali e, perciò, anche un'incidenza dell'atto negativo sull'*aspettativa* di provvedimento favorevole.

Nella seconda parte dello studio sarà indagata la reale natura, costitutiva o di mero accertamento, dell'azione di *impugnazione* dell'atto negativo, che, nel caso di accoglimento del ricorso, sembra essere costitutiva della sola legittimazione a ricorrere in ottemperanza, ossia di una situazione giuridica soggettiva processuale idonea a garantire l'esecuzione coattiva dell'obbligo rimasto inadempito. Si riterà, perciò, di non aderire a quegli orientamenti che, soprattutto con riferimento all'azione sul silenzio, hanno escluso l'ammissibilità di un'azione di mero accertamento, nel giudizio amministrativo di legittimità, in ragione dell'impossibilità di ravvisare, in capo al ricorrente, un interesse ad una pronuncia meramente dichiarativa dell'inadempimento. La proposizione del ricorso, infatti, secondo la ricostruzione riferita, sarebbe sempre volta al conseguimento di un determinato *bene della vita*. Saranno approfondite, quindi, le tesi di quegli Autori che riconducono l'azione sul silenzio ad una sentenza *di condanna*, costitutiva di una nuova obbligazione provvedimentale. Quest'ultima troverebbe fondamento nell'*ordine giurisdizionale di provvedere* contenuto nella sentenza di accoglimento, che sembra costituire un nuovo rapporto obbligatorio, giacché il termine per far valere la prestazione, dopo l'accoglimento del ricorso – che determinerebbe, perciò, una novazione dell'obbligazione originaria – non è di decadenza, ma di prescrizione decennale. Tuttavia, essendo il sistema di tutela predisposto dall'ordinamento per la violazione di una determinata situazione giuridica soggettiva sostanziale non idoneo a rivelarne la natura, data unicamente dal contenuto della prestazione dovuta, anche questa impostazione proposta non apparirà condivisibile. Neppure se si aderisse a quegli orientamenti che ammettono la figura delle sentenze di condanna atipiche. Una tale ricostruzione, infatti, implicherebbe anche che il contenuto di accertamento proprio di ogni sentenza amministrativa di accoglimento non possa mai essere tale in senso proprio, in quanto *travestirebbe* sempre una pronuncia *di condanna*.

Successivamente, si chiarirà la natura giuridica dell'azione di adempimento,

così come disciplinata dagli artt. 34, comma 1, lett. c) e 31, comma 3, c.p.a., con particolare riguardo al possibile contenuto della sentenza di accoglimento alla luce di quelle ricostruzioni che ritengono di configurare, nel caso di specie, un'azione civilistica di *condanna al risarcimento in forma specifica*. Saranno, approfonditi anche gli orientamenti di quegli Autori che ravvisano nell'azione di adempimento in esame un'azione di *condanna atipica* (o *pubblicistica*) all'adempimento, estendendo al processo amministrativo le tesi processualcivilistiche che escludono che alla tutela di condanna sia necessariamente connessa la costituzione di un titolo esecutivo. Si evidenzieranno, quindi, le differenze funzionali e strutturali, ravvisabili nel giudizio amministrativo, tra l'azione di adempimento e quella di condanna, che consentiranno di ricondurre l'azione di adempimento ad una *surrogazione in forma specifica*, idonea ad assolvere la funzione di assicurare al creditore, nelle forme della *fattispecie a formazione progressiva*, un *secondo mezzo* mediante il quale, in mancanza dell'adempimento del debitore, è possibile soddisfare, in forza della prestazione giurisdizionale, la pretesa del creditore.

Potendo, poi, il giudice, anche nel caso di annullamento dell'aggiudicazione di una gara d'appalto, su domanda di parte, pronunciare un *ordine* di aggiudicare l'appalto al ricorrente vittorioso non dissimile da quello emesso in sede di sindacato giurisdizionale *ex artt.* 31, comma 3 e 34, comma 1, lett. c), c.p.a. oppure una sentenza sostitutiva di provvedimento, come probabilmente anche in materia di accordi integrativi e sostitutivi di provvedimento di cui all'art. 11, legge 7 agosto 1990, n. 241, si cercherà di chiarire se anche queste tutele siano da considerarsi delle forme dell'adempimento.

Nella terza parte dello studio, infine, saranno esaminati i limiti dell'azione di adempimento soprattutto con riguardo al Principio di divisione dei Poteri, sotto il profilo del suo eventuale recepimento da parte Costituzione e della legge ordinaria. In particolare, si indagherà il rilievo dell'art. 34, comma 2, c.p.a. che, disponendo il divieto, per il giudice, di pronunciarsi con riguardo ai *poteri non ancora esercitati*, non sembra limitarsi a precludere allo stesso una pronuncia nel merito nei casi di esercizio della discrezionalità, ma pare assumere, piuttosto, un rilievo autonomo con riguardo al carattere assorbente del vizio di incompetenza anche nel caso in cui fosse esperita l'azione di adempimento. Se, peraltro, il divieto di pronuncia con riguardo ai poteri non ancora esercitati coincidesse realmente con l'impossibilità, per il giudice, di pronunciarsi nel caso in cui sussistessero margini di esercizio della discrezionalità, il limite in esame sarebbe sovrapponibile a quello di cui all'art. 31, comma 3, c.p.a. A questo riguardo emergerà la necessità di chiarire, anche attraverso lo studio della giurisprudenza, se l'impossibilità, per il giudice, di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio laddove residuino margini di discrezionalità o siano necessari ulteriori adempimenti istruttori da parte dell'Amministrazione, ai sensi dell'art. 31, comma 3, c.p.a., sia riferibile o no anche all'esercizio della discrezionalità tecnica che, ai sensi dell'art.

63 c.p.a., sembra generalmente sindacabile nel giudizio di legittimità. Questa indagine sarà necessaria al fine di delimitare i casi in cui possa configurarsi una invasione delle prerogative riservate all'Amministrazione da parte del Potere giurisdizionale che esorbitasse i limiti imposti dalla legge.

Successivamente, nel tentativo di delineare i confini tra sindacato di legittimità e sindacato esteso al merito, nello stesso giudizio amministrativo di legittimità, si indagherà se questa anticipazione, nel giudizio di cognizione, di quell'attività, rispetto ad esso, complementare, tipica della giurisdizione estesa al merito, rifletta una alterazione del principio di divisione dei Poteri così come inteso nella ricostruzione di Montesquieu, anche verificando se in altre fattispecie, come nell'istituto dell'ottemperanza *di chiarimenti*, disciplinato dall'art. 112, comma 5, c.p.a. o nell'attribuzione al ricorso straordinario al Capo dello Stato di un carattere paragiurisdizionale – in particolare, con riferimento all'impossibilità per il Ministro, che abbia chiesto al Consiglio di Stato (ossia allo stesso giudice che decide in secondo grado le controversie di natura giurisdizionale) la produzione del parere, di discostarsi dal medesimo – possa configurarsi una commistione tra sindacato di legittimità e sindacato esteso al merito, nonché tra funzioni esecutive e funzioni giurisdizionali. Con un conseguente pregiudizio alla tutela dei c.d. *diritti pubblici subiettivi*.

CAPITOLO I

IL DINIEGO DI PROVVEDIMENTO COME FATTISPECIE GIURIDICA

SOMMARIO: 1. Il fenomeno di produzione giuridica: dalle tradizionali ricostruzioni alla teoria della *struttura ipotetica* della norma. – 2. L'elemento *formale* e l'elemento *materiale* nel fenomeno di produzione giuridica. Il rilievo materiale della qualificazione formale rispetto alla norma d'azione costitutiva la situazione giuridica soggettiva di libertà aspirata e rispetto alla diversa norma che regola l'esercizio del potere in termini di doverosità. Impossibilità di ravvisare un'efficacia *preclusiva* del diniego di provvedimento nel fenomeno di produzione giuridica. – 3. La bipartizione normativa sottesa alla ricostruzione provvedimentale dell'atto negativo: *norme strumentali (sein)*; *norme materiali (sollen)*. Il rapporto di reciproca indipendenza. – 4. Tesi che individua nel *dovere d'ufficio* e nell'*obbligo di pronuncia* le situazioni giuridiche soggettive rilevanti per l'Amministrazione a fronte di un'istanza di provvedimento favorevole. L'estinzione del *dovere d'ufficio* come effetto diretto dell'atto negativo: l'adempimento dell'*obbligo di pronuncia* come *causa* di estinzione del *dovere d'ufficio*. – 5. Impossibilità di considerare l'adempimento dell'obbligo di pronuncia come una *causa* di estinzione del dovere giuridico: l'estinzione del dovere come effetto *riflesso* del fatto giuridico di adempimento. – 6. L'incidenza dell'annullamento del provvedimento amministrativo sugli effetti prodotti dall'esercizio del potere giuridico. La *ricostituzione* del dovere di provvedere come effetto indiretto della pronuncia costitutiva di annullamento: incompatibilità di tale soluzione con il sindacato giurisdizionale sull'atto negativo. L'*annullamento* dell'atto negativo come pronuncia meramente dichiarativa del non corretto adempimento dell'obbligo di pronuncia. – 7. I *diritti di credito procedimentale* nell'esercizio della funzione amministrativa: il rilievo sostanziale dell'art. 21 *octies*, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241. Critiche. Il rilievo processuale dell'art. 21 *octies*, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241 in ragione della sua incidenza sul *potere d'azione in concreto*. – 8. Dubbi sul rilievo processuale dell'art. 21 *octies*, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241 con riguardo alla pronuncia meramente dichiarativa del non corretto adempimento dell'obbligo di pronuncia. Configurabilità del *potere d'azione in concreto* anche nelle pronunce meramente dichiarative. – 9. L'*aspettativa* come situazione giuridica soggettiva *preliminare* sussumibile in un'autonoma fattispecie giuridica sostanziale. L'estinzione dell'*aspettativa* come effetto *riflesso* dell'estinzione del credito.

1. *Il fenomeno di produzione giuridica: dalle tradizionali ricostruzioni alla teoria della struttura ipotetica della norma*

Per lo studio del fenomeno di produzione giuridica¹, è necessario muovere da un rilievo fondamentale, dato dalla cooperazione tra il fatto e la norma ai fini della produzione dell'effetto². La norma, infatti, in ragione del suo carattere non universale³

¹A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 17, definisce il *fenomeno giuridico* come tutto ciò che è «[...] in qualsiasi modo e per qualsiasi motivo, giuridicamente qualificato [...]». Nel senso generale del termine *fenomeno*, usiamo anche i termini *situazione* e *fatti-specie*. Unità elementare del diritto è la *norma*. Sistema delle norme è l'ordinamento giuridico. Ogni norma si distingue in due momenti, disposti in ordine di successione cronologica e ideale. *Causa* è il momento preliminare. *Effetto* è il momento successivo».

²G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 17-18.

³A.E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del "fatto" nella esperienza giuridica*, in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, 183: «Nessuna norma di condotta potrà dirsi universale, perché l'universalità è nettamente incompatibile con questa infinita molteplicità che si risolve nell'astratta particolarità di ciascuna norma e di ciascun tipo di condotta». L'Autore ravvisa nella norma giuridica anche il carattere della generalità, intendendo per generalità la tipicità di una serie indefinita di contegni. A proposito della norma di condotta, infatti, evidenzia che «[...] questo concetto [...] non può sorgere che dalla considerazione intellettualistica dell'azione – di quella considerazione che è propria del "senso comune" ossia di ciò che può definirsi come la "materia prima" delle varie scienze, vuoi naturalistiche vuoi matematiche – ove si tenga presente la impossibilità, in tale posizione di pensiero, di concepire rigorosamente l'individuale come universalità particolarezzata, ossia come l'unico concreto, ne consegue l'astrattezza della norma di condotta: astrattezza che esprime contemporaneamente, non solo la c.d. esteriorità della norma, ma anche la sua *generalità*. Generalità che non è un carattere di alcune norme, ma una vera e propria "nota" dal concetto di norma di condotta: questa deve necessariamente contemplare una uniformità di contegni, ossia un *tipo* di condotta, sia quando la norma sembri riferirsi ad una molteplicità di soggetti le cui attività interferiscono tra loro, sia quando essa sembri riferirsi ad un soggetto considerato, per dir così, isolatamente: *ciò che corrisponde alla nota della generalità non è la molteplicità dei soggetti, ma la tipicità di una serie indefinita di contegni*. [...] questa assenza di universalità in ogni norma di condotta è la ragione fondamentale della necessità del "fatto" come *presupposto* per l'obbligatorietà della norma. L'universalità della norma, infatti, implicherebbe il suo "vigere" in ogni e qualsiasi situazione della vita: la generalità, invece, significa essenzialmente che ogni norma può trovare applicazione in *alcune* situazioni e che nessuna può vigere in *tutte*. Esplicitamente o implicitamente, direttamente o indirettamente, quindi, ogni norma non può non riferirsi ad un tipo di condizioni di fatto, il verificarsi delle quali la renderà veramente norma, ossia obbligatoria» (281-283). Esclude il carattere generale della norma G. CORSO, *ult. op. cit.*, 6-7: «[...] l'affermazione che la norma di condotta è contraddistinta dalla generalità come carattere indefettibile non regge di fronte alla constatazione che la struttura della norma è identica quando l'azione comandata o permessa o vietata è azione tipica o è azione singola. Conserva tutto il suo valore, per contro, l'osservazione desunta del difetto di universalità della norma di condotta: basta da capo ad essa, infatti, cioè alla considerazione che ogni norma può vigere in alcune situazioni e nessuna può vigere in tutte, per fondare la necessità del fatto, nel processo di produzione della conseguenza giuridica, senza che occorra postulare quella ulteriore nota che è costituita dalla generalità».

non può operare senza il fatto⁴. Tale rilievo impone di considerare la necessità tanto della norma quanto del fatto nel fenomeno di produzione giuridica, che si pongono tra loro in un rapporto di complementarità⁵. La relazione tra norma e fatto giuridico, ai fini della produzione dell'effetto, in altri termini, non si pone in antitesi, quale sussisterebbe se la conseguenza fosse da imputare alla sola norma o al solo fatto, poiché sia la norma sia il fatto devono esistere affinché si produca l'effetto giuridico⁶.

Partendo da un'analogia tra il mondo naturale e il mondo giuridico, quella dottrina che, per prima, si è occupata della dinamica giuridica, ha ritenuto di ricondurre il nesso tra il fatto e l'effetto ad esigenze di carattere, sostanzialmente, causale, per cui il fatto sarebbe giuridico in quanto idoneo a produrre effetti giuridici⁷.

⁴G. CORSO, *ult. op. cit.*, 5. Sulle proposizioni giuridiche come proposizioni condizionali o ipotetiche v. A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in ID., *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, 256-265; H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1966, 38-39; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in F. VASSALLI (a cura di), *Trattato di diritto civile italiano* Torino, 1960, 2-3. Rileva l'importanza del fatto rispetto al valore, che altrimenti rimarrebbe «allo stato di mera virtualità» A.E. CAMMARATA, *ult. op. cit.*, 280.

⁵G. CORSO, *ult. op. cit.*, 5: «Per ciascuna norma esiste un corrispondente valore giuridico in cui l'interesse della comunità viene a specificarsi. Ora, almeno nella grande maggioranza dei casi, un valore giuridico determinato è assunto nel sistema dei valori non incondizionatamente, ma a condizione che si sia prima prodotto un fatto o complesso di fatti. In conseguenza le norme corrispondenti hanno carattere condizionato o ipotetico. Poiché, ancora, si ammette che le norme giuridiche sono traducibili in termini linguistici di proposizione (senza per ciò aderire necessariamente all'antimperativismo di chi afferma che la norma non è mai comando ma sempre giudizio), ne segue che la proposizione di tipo normativo ha normalmente struttura condizionale o ipotetica: onde in essa coesistono tre elementi, l'elemento condizionante, l'elemento condizionato, il rapporto di condizionalità. L'elemento condizionante è rappresentato dal fatto, l'elemento condizionato dall'effetto, il rapporto di condizionalità dalla relazione tra fatto ed effetto. La dottrina corrente, quindi, ammette la normale presenza del fatto ai fini della produzione dell'effetto, anche se è la norma che instaura il rapporto di condizionalità tra l'un termine e l'altro». Sul rapporto tra atto e fatto v. anche ID., *ult. op. cit.*, 143-144: «Esistono atti giuridici, la cui fattispecie è perfetta, e che pur tuttavia sono incapaci di produrre immediatamente gli effetti loro propri, perché sono insidiati da una condizione di incertezza. Tale incertezza può riguardare la situazione giuridica che l'atto tende a costituire, per la mancata individuazione o specificazione o determinazione del soggetto o dell'oggetto di esso; ovvero può concernere l'assetto stesso di interessi che l'atto tende a costituire, nel senso che sull'interesse immediatamente tutelato con l'atto incombe un interesse esterno pozionale, la cui sopravvivenza è incerta. [...] L'incertezza che grava sulla situazione giuridica viene rimossa da fatti che valgano a costituire specificare o individuare il soggetto ovvero l'oggetto di essa; l'incertezza inerente all'interesse tutelato dall'atto viene rimossa da fatti idonei a denunciare l'inesistenza dell'interesse esterno pozionale».

⁶G. CORSO, *ult. op. cit.*, 4-18.

⁷Riconduce al fatto un rilievo causale nel fenomeno di produzione giuridica F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, II, 1938, 60. Evidenzia D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti*

Successivamente, a questa teoria c.d. causalistica o naturalistica, che si risolveva, sostanzialmente, in un ragionamento circolare, si è sostituita la teoria della c.d. *rilevanza* giuridica, per cui si è evidenziato come l'effetto giuridico non possa essere che il prodotto del fatto qualificato dalla norma⁸. Muovendo, infatti, dal rilievo per cui la realtà materiale è, sostanzialmente, legata all'*essere fenomenologico* e quella giuridica al *dover essere giuridico*, i sostenitori della teoria della *rilevanza* giuridica, osservando come il rapporto tra il fatto e la norma non possa che intercorrere tra due termini appartenenti alla medesima realtà (materiale o giuridica), hanno evidenziato come il fatto non possa produrre conseguenze giuridiche se prima non sia qualificato come giuridicamente rilevante dalla norma, mettendo, perciò, in dubbio anche il rapporto di causalità tra fatto ed effetto⁹.

Sulla base della rilevata inidoneità dell'effetto giuridico a definire la giuridicità del fatto, si è progressivamente abbandonata la raffigurazione del mondo giuridico come una riconduzione di giuridicità al fatto materiale in quanto idoneo a produrre effetti giuridici, a favore di una ricostruzione che ravvisa, invece, rispetto a qualsiasi fatto, sempre nella norma la fonte dell'effetto giuridico, nella misura in cui qualifica il fatto come giuridicamente rilevante¹⁰. La necessità di ricondurre

giuridici preliminari, Napoli, 1978, 34-35, come lo studio della dinamica giuridica sia da ricondursi, in origine, alla scuola tedesca, che accoglie talvolta una concezione quasi naturalistica della dinamica giuridica, che muove da un'applicazione analogica del principio del divenire; tal'altra una concezione causalistica, per cui la fattispecie sarebbe la ragione dell'effetto; la norma un giudizio ipotetico e l'effetto il terzo termine del sillogismo; altre volte una concezione psicologica, per cui la fattispecie rappresenterebbe la ragione determinante del volere e l'effetto il divenire attuale del comando. Sulle ricostruzioni della dottrina tedesca relative al rapporto tra fatto e conseguenza giuridica v. A.E. CAMMARATA, *ult. op. cit.*, 256-257; 258-261.

⁸ Per una critica alla teoria della rilevanza giuridica, nella sua tradizionale formulazione v. A. FALZEA, *La condizione*, cit., 18. L'Autore afferma che: «Comunemente si ritiene [...] dalla dottrina che la giuridicità della fattispecie dipenda dalle conseguenze giuridiche ad essa ricollegate dalla norma, ponendosi quindi la esistenza della fattispecie in dipendenza colla realizzazione degli effetti giuridici. Ora, a parte la considerazione che il semplice collegamento di conseguenze giuridiche, di per sé, non avrebbe mai il potere di conferire il carattere della giuridicità a semplici elementi di fatto non qualificati in alcun modo (il carattere della giuridicità non potrebbe infatti essere dato dal porre accanto ad una entità un'altra entità, ma dal rivestire il fenomeno della forma giuridica, e quindi, se mai, del mondo del diritto farebbero parte le conseguenze e non le situazioni di fatto alle quali tali conseguenze sono ricollegate), è da obiettare che la relazione intercedente tra fattispecie e conseguenza giuridica, si opera in seno alla norma tra elementi, che, essendo in essa contenuti, debbono avere necessariamente una qualifica giuridica. Orbene, in tanto si opera il collegamento della fattispecie alla conseguenza giuridica, nel momento della concretizzazione della norma, in quanto anche la prima sia giuridica, perché un fatto, in questa considerazione neutra, come tale, non può avere conseguenze giuridiche» (26, nota 55).

⁹ A.E. CAMMARATA, *ult. op. cit.*, 264-266.

¹⁰ R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 333: «Fattispecie ed effetti giuridici costitui-

all'atto (o norma) la fonte di qualificazione del fatto, tuttavia, non esclude la configurabilità di un nesso di causalità tra la fattispecie e l'effetto giuridico¹¹, poiché la norma, attraverso la previa qualificazione del fatto individua un *bisogno* che rappresenta la causa del prodursi dell'effetto, il quale ultimo costituisce il rimedio individuato per soddisfare l'accertata *necessità*¹². Pare, tuttavia, doversi discostare

scono, dunque, secondo la concezione riferita i due poli intorno ai quali ruota la dinamica del diritto: per cui, verificatasi la fattispecie (fatto causante), dovranno altresì venire in essere, in linea immediata e necessaria, le conseguenze giuridiche (situazione effettuale). I fatti giuridici – ed anche questo è un risultato ormai acquisito – non producono però, come a prima vista potrebbe sembrare, di per sé tali effetti. Lo schema che si è prospettato della dinamica del diritto non toglie infatti, e nemmeno lo potrebbe, che la fonte degli effetti giuridici sia in ogni caso, e cioè rispetto a qualsiasi fatto, pur sempre la norma. E può dunque accogliersi – secondo la dottrina più avveduta – solo a voler sottintendere che la norma come crea la realtà giuridica, così collega essa solo al fatto le conseguenze di diritto». Sulla nozione di fattispecie v. anche ID., (voce) *Fattispecie*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989.

¹¹ Afferma espressamente l'esistenza di un rapporto di causa-effetto tra la fattispecie e l'effetto giuridico A. FALZEA, *Efficacia*, cit., 435-441; F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 17-18, 21-22, invece, evidenzia l'anteriorità della fattispecie rispetto alla statuizione e indentifica, più propriamente, nella fattispecie il *quando* della regolamentazione giuridica e, nella statuizione, il *come* (21, nota 24 in particolare). Sul rapporto tra fatto ed effetto giuridico afferma R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico*, cit., 352-353: «[...] distinguendo [...] il momento della rilevanza da quello dell'efficacia, non si risolve in sostanza – ma semmai solo si aggira – la questione fondamentale e così controversa del rapporto tra fatto giuridico ed effetti. Alla quale un solo cenno – ma non certo esauriente – si è dedicato, osservando che la norma attribuisce qui rilevanza ad un fatto nel senso di farne dipendere conseguenze di diritto. Ma deve subito replicarsi che per l'appunto la questione stessa molto si semplifica, se addirittura non viene meno, quando si rinuncia ad identificare la giuridicità della fattispecie nella sua stessa efficacia. Perché allora non si deve più spiegare perché un fatto naturale si trovi a produrre effetti giuridici, ma solo – superandosi la più grave difficoltà – stabilire quale relazione nella ipotesi si istituisca tra due fenomeni (fattispecie ed effetti) appartenenti alla stessa realtà (giuridica). Ciò che può farsi abbastanza agevolmente considerando che – secondo quanto già si è accennato – la relazione stessa è opera della norma che per l'appunto, per il verificarsi della fattispecie, predispone effetti determinati. Per cui si spiegano poi le note caratteristiche della necessità ed immediatezza degli effetti che non dipendono certo da una pretesa efficienza causale del fatto, ma dalla forza stessa del diritto che nel suo campo di esplicazione non può incontrare alcun ostacolo. Che poi, cedendo alla esigenza di descrivere tale relazione, si reputi opportuno adottare lo schema della causalità è altro discorso che nulla toglie alla legittimità delle considerazioni prospettate. Purché s'intenda, come deve farsi, la causalità in senso giuridico e cioè come la relazione di consequenzialità che, in forza della norma, si stabilisce nel mondo del diritto tra un evento e il suo effetto». Invece, A. CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 433 e *passim*, distinguendo tra una valutazione concreta e una valutazione astratta, riconduce la valutazione del fatto all'ordinamento giuridico nel suo complesso. La valutazione concreta, invece, costituirebbe la *ragione del prodursi degli effetti*.

¹² F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, IV, 2008, 820 e 825; F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, 117. V. anche F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, II, Padova, 1914, 1073-1074: «Come è stato osservato gli effetti giuridici non si riproducono mai che sotto

anche dalla tesi della rilevanza giuridica, nella sua tradizionale formulazione. Come rilevato da una parte della dottrina, infatti, questa ricostruzione non chiarisce come il fatto e l'atto giuridico rilevino diversamente nel fenomeno di produzione giuridica. Si è evidenziato, infatti, che se l'atto e il fatto rilevassero allo stesso modo, ai fini della produzione dell'effetto «non si riuscirebbe a spiegare come, in questo meccanismo di produzione giuridica, possa innestarsi l'atto giuridico che, al pari del fatto (in senso stretto), costituirebbe anch'esso una fonte diretta di produzione degli effetti giuridici, ma sarebbe, nello stesso tempo, l'espressione della volontà, quanto meno, di immettersi nel traffico giuridico. Verrebbero, infatti, a sovrapporsi due coincidenti elementi volutaristici, quanto alla produzione degli effetti giuridici: un primo elemento nel precetto, allorché esso formulerebbe il giudizio di rilevanza (sull'atto), e un secondo elemento, che sarebbe viceversa proprio dell'atto (già riconosciuto come) rilevante e che non potrebbe, quindi, trovare ragione di sussistere, perché tutti gli effetti sarebbero determinati dalla volontà intrinseca al precetto stesso»¹³. Alla luce dell'idoneità dell'atto (provvedimento) a produrre effetti giuridici solo nel caso in cui esso costituisca esercizio del Potere giuridico deve ritenersi che, in questi casi, l'ordinamento operi un giudizio di *esistenza* sullo stesso fatto, in quanto *fonte diretta* di produzione giuridica (che coincide con l'esercizio del potere giuridico)¹⁴. Al fatto giuridico in senso stretto, invece, sembra essere riservato un mero giudizio di *conformità* al c.d. modello legale, poiché l'effetto giuridico, nel caso di specie, sembra discendere non dall'atto ma direttamente dalla legge, rispetto alla quale l'atto determina sempre il *quando* e, talvolta, anche l'*an* del prodursi dell'effetto. Questo rilievo materiale dell'atto, tuttavia, si riscontra anche nel caso in cui sullo stesso l'ordinamento operi un giudizio di fonte diretta di produzione giuridica – ossia nel caso in cui la norma (di relazione) rimetta al Potere esecutivo la determinazione della norma del caso concreto – poiché lo stesso precetto (o atto), nel quale è contenuta la regolamentazione della realtà sostanziale, individua anche il momento in cui gli effetti giuridici si produrranno. A fronte dei provvedimenti in senso proprio, da intendersi come esercizio del Potere, pertanto, è configurabile una doppia qualificazione del

due condizioni. a) che vi sia una norma giuridica che li stabilisca; b) che si verifichino determinati fatti, previsti dalla norma».

¹³ F. VOLPE, *ult. op. cit.*, 108.

¹⁴ F. VOLPE, *ult. op. cit.*, 109-110. L'Autore afferma, inoltre: «In realtà, come si cercherà di dimostrare è lo stesso concetto di rilevanza a dover essere scomposto, in considerazione del suo contenuto, a pena di non poter comprendere perché l'atto giuridico e il fatto giuridico in senso stretto partecipino diversamente alla produzione degli effetti (in considerazione del diverso apporto che ad essi reca l'elemento volutaristico). Si cercherà perciò di dimostrare come dal precetto possa discendere tanto un giudizio di rilevanza *sul fatto*, come fonte indiretta degli effetti giuridici posti in essere dal precetto stesso, tanto un giudizio di rilevanza (relativo ad altro *atto* giuridico), come fonte di produzione degli effetti giuridici» (105, nota 45).

fatto da parte del precetto (o atto): sulla fattispecie giuridica dallo stesso presupposta (c.d. efficacia *preliminare*) e sulla realtà giuridica che essa mira a regolare (c.d. efficacia *conseguente*)¹⁵. Si aderisce, perciò, alla teoria della *struttura ipotetica della norma* come meccanismo che regola il fenomeno di produzione giuridica¹⁶.

¹⁵F. VOLPE, *ult. op. cit.*, 115 e nota 62. L'Autore rileva: «[...] si deve ravvisare nella norma un doppio tipo di effetti, tra loro concatenati. Una prima forma di efficacia è orientata a individuare ciò che è giuridicamente rilevante, quale fattispecie presupposta e, dunque, quale causa dell'attivazione della norma stessa, ai fini della concreta produzione degli effetti giuridici conseguenti. I quali ultimi rappresentano la seconda forma di efficacia, in cui, dunque, va ravvisata la regolamentazione giuridica che il precetto stesso intende porre con riguardo al caso concreto» (115). L'Autore, a proposito dell'efficacia *preliminare* e *conseguente* del precetto afferma: «[...] si ritiene che le differenze tra i due tipi di effetti accennati si pongano solo sotto un profilo di consequenzialità logica o di causalità giuridica, dal momento che la stessa efficacia regolamentatrice del precetto può consistere in un giudizio di rilevanza. Ciò si è visto, a proposito del caso in cui il precetto attribuisca il potere di assumere un altro atto giuridico: ipotesi in cui lo schema della norma si può tradurre nel ritenere che il precetto considera giuridicamente rilevante (come fonte diretta di produzione giuridica) un determinato contegno, alla stregua di un atto giuridico. E, con riguardo al caso delle ammissioni [...], può avvenire che l'effetto di disciplina della norma consista nell'integrare un elemento (lo *status*) di una fattispecie presupposta da altra norma per la produzione di propri effetti giuridici. Generalizzando, anche quando la norma produce diritti soggettivi, doveri o altre figure giuridiche soggettive, si può affermare che compie un giudizio di rilevanza circa fattispecie presupposte da altre norme giuridiche. In particolare, attribuendo un diritto soggettivo, il precetto farà sì che altra norma considererà lecito un comportamento che corrisponda al contenuto di quel diritto. Viceversa, attribuendo un dovere, il precetto farà sì che, nel caso in cui il destinatario del dovere tenga un comportamento difforme da quello imposto, risulterà integrata la fattispecie presupposta da altra norma, che, in forza di ciò, applicherà le correlate sanzioni» (115-116, nota 62). Distingue il doppio rapporto instaurato dalla norma, rispettivamente, con il fatto (*realtà da regolare*) e l'effetto (*realtà regolata*) F.G. SCOCCA, *ult. op. cit.*, 48-49: «Se si richiama alla mente quanto detto a proposito della configurazione complessiva del fenomeno giuridico, e particolarmente sul doppio rapporto instaurantesi tra norma e realtà extragiuridica corrispondentemente alla struttura della norma sviluppata in due proposizioni, può indicarsi il senso della separazione e della contrapposizione tra rilevanza ed efficacia, riferendo la prima al rapporto che si instaura tra fatto e fattispecie e la seconda al rapporto che si instaura tra realtà materiale e statuizione normativa. Rilevanza ed efficacia vengono cioè ad assumere valore significativo nei due rapporti di qualificazione della realtà extragiuridica: rapporti che si differenziano tra di loro in quanto non solo hanno contenuto diverso [...], ma si instaurano tra termini altresì diversi, il rapporto di rilevanza correndo tra fatti e fattispecie, quello di efficacia correndo tra statuizione ed elementi della realtà extragiuridica (per lo più interessi) ai quali la statuizione si riferisce. La separazione tra le due nozioni di rilevanza ed efficacia si ottiene quindi non solo, o non tanto, per la differenza del loro valore significativo (contenuto del rapporto di qualificazione cui esse pervengono); ed infatti la dottrina, che pur non ha mai dubitato della differenza di contenuto sostanziale tra rilevanza ed efficacia, non è mai pervenuta a dare della loro contrapposizione una ragione accettabile; quanto per la diversità dei termini tra i quali corrono i rapporti di qualificazione, ossia per la diversità nelle due ipotesi di ciò che va qualificato e di ciò con cui si opera la qualificazione, che, nella considerazione del rapporto nel suo risultato, fa sì che siano definitivamente diverse le entità qualificate».

¹⁶Sulla *teoria ipotetica della norma* come meccanismo che regola il rapporto tra presupposto, fattispecie e norma v. F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica*, cit., 816.

2. *L'elemento formale e l'elemento materiale nel fenomeno di produzione giuridica. Il rilievo materiale della qualificazione formale rispetto alla norma d'azione costitutiva la situazione giuridica soggettiva di libertà aspirata e rispetto alla diversa norma che regola l'esercizio del potere in termini di doverosità. Impossibilità di ravvisare un'efficacia preclusiva del diniego di provvedimento nel fenomeno di produzione giuridica*

Isolare il problema logico della qualificazione del fatto, nella dinamica giuridica, consente di chiarire il rilievo del fatto materiale nella produzione dell'effetto, che sembra utile, nella presente indagine, poiché consente di verificare se all'atto negativo possa ricondursi una qualche efficacia preclusiva.

Nello studio della composizione della fattispecie giuridica non si può prescindere dai rilievi esposti da una parte della dottrina civilistica che, trattando, in particolare, la costruzione dogmatica del negozio giuridico e dei suoi elementi costitutivi, rileva come il fenomeno di produzione giuridica sia strutturalmente costituito da un elemento *materiale* e da un elemento *formale*, precisando che solo nel caso in cui il fatto sia qualificato, la norma produrrà le conseguenze giuridiche per esso predisposte¹⁷. L'elemento materiale sarebbe dato dall'esistenza, nella realtà naturale, di quei fatti suscettibili di essere sussunti nella fattispecie astratta¹⁸, la

¹⁷ A. FALZEA, *La condizione*, cit., 26-27; A.E. CAMMARATA, *Il significato*, cit., 259; F.G. SCOCA, *Contributo*, cit., 25-27. Sul fatto giuridico v. anche M. ALLARA, *Delle obbligazioni: lezioni del Prof. Mario Allara; raccolte dal dott. G. Deiana*, Torino, 1939, che, con riguardo alla nozione di fatto giuridico afferma che «[...] questo termine viene indifferentemente usato con riguardo sia ai singoli fatti che concorrono nella produzione del mutamento del rapporto, sia con riferimento al complesso dei fatti da cui deriva tale mutamento» (337). «Occorre ancora ricordare che l'attitudine di certi complessi di fatti giuridici a costituire una fattispecie (cioè un complesso necessario e sufficiente a determinare un dato mutamento del rapporto giuridico) non è costante. Così si dice comunemente che il negozio giuridico (complesso di un fatto esterno: dichiarazione, e di un fatto interno: volizione), è una fattispecie. Ma a noi sembra che tale qualifica spetti solo in via di regola ma non costantemente. Consideriamo infatti il negozio testamentario. Esso non è (qualora si adotti la tesi dell'efficacia costitutiva dell'accettazione del chiamato), fattispecie nei riguardi della successione a causa di morte, poiché a determinare tale successione concorrono il negozio testamentario, la morte del testatore, l'accettazione del chiamato. La fattispecie poi va intesa in relazione ad un determinato mutamento del rapporto giuridico, perché un dato complesso di fatti può essere sufficiente a determinare taluni mutamenti, richiedendosi per altri che al suddetto complesso si aggiungano altri elementi» (338-339).

¹⁸ A. FALZEA, *La condizione*, cit., 19-20: «L'avvenimento non sorge dal nulla; vi sono in esso degli elementi che preesistevano al suo prodursi: e sono appunto gli elementi di carattere reale e personale rispetto a cui l'evento si svolge. È palese anzitutto che i soggetti, come protagonisti dell'avvenimento, hanno una esistenza anteriore; e così pure gli oggetti cui si riferiscono le attività umane. Nel pagamento, per esempio, sia la persona del creditore, sia la persona del debitore, sia,

quale ultima, *riconoscendo formalmente* il fatto materiale come giuridicamente rilevante, integrerebbe il c.d. elemento formale. Quest'ultimo, tuttavia, secondo la dottrina in esame, non è dato dalla sola ipotesi normativa contenuta nella fattispecie astratta, ma anche dalla sua qualificazione giuridica operata dall'atto formale dell'Amministrazione, idoneo ad attribuire agli elementi materiali esistenti nella realtà fenomenologica il carattere della giuridicità¹⁹.

almeno di solito, l'oggetto della prestazione, preesistono a quel fatto storicamente dato che consiste o nella consegna di una cosa, o nel versamento della somma, od in altra qualsiasi prestazione. Tali elementi dunque sono anteriori al prodursi dell'evento che realizza la conseguenza giuridica, e perciò vengono necessariamente determinati dalla norma in base a fatti che, precedendo lo stadio della efficacia, vanno senza dubbio classificati nello stadio immediatamente della causalità. Ciò significa che i soggetti e gli oggetti pur trovando posto nell'ambito della conseguenza giuridica, sono però qualificati strutturalmente per certe caratteristiche, le quali non possono emergere se non dalle fattispecie causali; queste hanno in tal modo la funzione di *fonti di qualificazione (soggettiva ed oggettiva) dell'effetto*. Riprendendo l'esempio del pagamento, troviamo che la figura del debitore è già predeterminata nell'epoca anteriore alla realizzazione dell'obbligo, in base alle fattispecie causali: se la causa è il contratto, viene qualificato come debitore il promittente, se la causa è il delitto, debitore è l'autore dell'illecito, e così via dicendo».

¹⁹A. FALZEA, *Il soggetto*, cit., 3: «Il fenomeno giuridico è strutturalmente costituito da due ordini di elementi, i quali nella loro connessione, e soltanto nella loro connessione, danno vita agli istituti giuridici: elemento formale ed elemento materiale, l'uno proveniente dalla norma ed attuantesi nel processo di qualificazione, l'altro esistente nella realtà extragiuridica e specificantesi nel presupposto e nell'oggetto di qualificazione». L'Autore, in nota 1 precisa: «Per elemento formale dei fenomeni giuridici [si intende] non solo la generica qualità giuridica di cui sono rivestite le situazioni di fatto ipotizzate dalle norme del diritto (cioè quella "forma" generale che consente di distinguere i fenomeni giuridici da quelli non giuridici), ma anche la forma particolare che compete alle singole fattispecie, secondo i raggruppamenti derivanti dagli schemi normativi. Cioché l'elemento formale, in contrapposto all'elemento materiale, è il prodotto dell'attività normativa di qualificazione, intesa questa in senso costruttivo; mentre l'elemento materiale è la risultante delle entità extragiuridiche che il diritto assorbe nella propria sfera, mediante la sua qualificazione giuridica». L'Autore prosegue rilevando che nel fenomeno di produzione giuridica «[...] è necessario distinguere due momenti fondamentali che si svolgono in relazione ai due elementi di ogni istituto giuridico sopra indicati. Nella norma sono astrattamente ipotizzate le situazioni di fatto di una fattispecie *primaria* (di quella fattispecie cioè, che è elemento necessario per il subentrare dell'effetto giuridico predisposto) e di una fattispecie *secondaria*, cioè della stessa conseguenza giuridica. È opportuno però tenere ben distinte le situazioni di fatto nella loro ipotizzazione astratta da parte della norma qualificativa, dalle relative situazioni di fatto concrete, realizzantesi nella realtà extragiuridica, e immesse con tale loro realtà nel mondo del diritto. [...] La descrizione del processo logico della fenomenologia giuridica segna come punti fondamentali, rispettivamente: per l'elemento di fatto, il *presupposto* e l'*oggetto di qualificazione*; per l'elemento formale, la qualificazione giuridica, nelle forme della *attribuzione di rilevanza* o *riconoscimento formale*, e del *ricollegamento di conseguenze giuridiche* alla fattispecie riconosciuta. Ma il presupposto e la conseguenza sono esterni al fenomeno giuridico secondo la sua più stretta e comune accezione: essi rappresentano gli estremi, il *prius* ed il *posterius*, anche se immediati, entro cui ha vita il singolo fenomeno giuridico *stricto sensu*, il quale ha come elementi strutturali costitutivi l'oggetto di qualificazione ed il riconoscimento formale. Dei vari elementi di fatto che la norma prevede e richiede come condizione per il subentrare

L'elemento formale, sotto quest'ultimo profilo, sembra assumere anche un rilievo materiale, poiché individua il momento storico in cui si produrrà l'efficacia conseguente del precetto²⁰, costituendo, in capo al destinatario degli effetti dell'atto, una soggezione²¹. Il rilievo materiale della qualificazione formale è evidente se si considera come il fatto dell'intervenuta qualificazione formale rilevi indipendentemente dalla effettiva esistenza fenomenologica dei presupposti di fatto qualificati

delle conseguenze giuridiche, alcuni formano un nucleo fondamentale in funzione del quale si svolge l'attività normativa di qualificazione. Quest'ultima si produce esclusivamente sul fatto che ne rappresenta l'oggetto: ma perché tale nucleo fondamentale possa essere qualificato, è necessaria, il più delle volte, la esistenza di uno o più presupposti, i quali, indipendentemente dalla circostanza che siano stati o no in precedenza normativamente riconosciuti, vengono in considerazione sotto il profilo materiale» (4-6), Sulla distinzione tra le nozioni di elemento formale e elemento materiale v. anche S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, 64.

²⁰ A.E. CAMMARATA, a proposito della distinzione tra *fatto e valore* e, quindi, tra *elemento formale* ed *elemento materiale* afferma: «Tale distinzione [...] è da intendersi come una distinzione essenzialmente relativa (né altrimenti potrebbe presentarsi nell'ambito empirico la *relazione assoluta* del valore e del fatto) tra elemento formale ed elemento materiale, perché ciò che sotto un certo aspetto si presenta come partecipe dell'elemento formale, può presentarsi, sotto un altro, come elemento materiale o parte integrante di questo: e viceversa» (*ult. op. cit.*, 290). In nota 55, p. 290 rileva l'Autore: «Con la relatività della distinzione tra elemento formale ed elemento materiale non è da confondere il duplice profilo in cui può presentarsi ogni contegno nell'ambito della qualificazione giuridica [...] e cioè il profilo formale in cui è oggetto di qualificazione giuridica (contegno doveroso, contegno autorizzato o lecito che si dica, contegno illecito) e il profilo materiale in cui si presenta come un presupposto di fatto per l'applicazione di una norma, indipendentemente dalla qualificazione ch'esso abbia avuto o meno: ogni negozio giuridico, p. es., è manifestazione di attività giuridicamente qualificata, ma le conseguenze cui esso dà luogo sono indipendenti dalla circostanza che l'atto con cui si è manifestata detta volontà sia stato un atto doveroso o semplicemente lecito: ciò che viene in considerazione è, fondamentalmente, il *fatto* della manifestazione di volontà (a meno che, s'intende, una norma dichiaro privo di efficacia un negozio in cui si sostanzia la manifestazione di un'attività illecita [...]). Si afferma, inoltre: «Non di rado [...] una norma assume come presupposto di fatto per certe conseguenze, una situazione giuridica (ossia un complesso di conseguenze giuridiche già realizzantensi) o una interdipendenza di situazioni giuridiche, connesse con altri elementi di schietto carattere materiale esplicitamente o implicitamente determinate (un certo contegno del soggetto o dei soggetti, il decorso di un certo periodo di tempo, il verificarsi la necessità o la opportunità di risolvere una particolare situazione di fatto, etc.); anche in questi casi l'elemento formale si abbassa al livello dell'elemento materiale: la valutazione preesistente diventa un presupposto di fatto per il sorgere di conseguenze giuridiche, cioè di nuove valutazioni. Ma la distinzione tra fatto e valore rimane sempre, ed è ineliminabile, perché senza il fatto il valore non si particolarizza mai nelle singole valutazioni: il fatto media il valore, perché, senza il fatto, il valore resterebbe allo stato di mera virtualità» (280).

²¹ Il potere si esercita mediante un atto giuridico che produce effetti nei confronti di chi è titolare di una soggezione (cioè il destinatario degli effetti). Tale situazione giuridica soggettiva *di stato*, pertanto, non sembra potersi considerare né di vantaggio, né di svantaggio, dipendendo la sua natura favorevole o sfavorevole dai peculiari effetti della norma che la presuppone. Sulla soggezione v. F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., nota 87, 130-131.

(essendo l'atto invalido efficace allo stesso modo dell'atto valido). Questa qualificazione formale, quindi, sembra integrare un presupposto diretto del precetto, poiché nella sua autonoma rilevanza di fatto materiale – a prescindere, perciò, dalla correttezza della valutazione formale – individua il *destinatario*²² degli effetti dell'atto.

Non sempre, tuttavia, il legislatore individua preventivamente la situazione di fatto suscettibile di essere sussunta nella fattispecie astratta attraverso la qualificazione formale dell'Amministrazione. Possono verificarsi, infatti, dei casi in cui la norma individua solo astrattamente l'interesse da tutelare, rimettendo la valutazione circa l'*esistenza* o l'*inesistenza* del medesimo interesse, nel caso concreto, all'Amministrazione²³. Pare essere questo il caso dell'esercizio della discrezionalità tecnica²⁴, in cui l'Amministrazione incide sulla formazione dello stesso *presupposto*, compiendo una valutazione dello specifico interesse e concorrendo, perciò, ad individuare la fattispecie storica giuridicamente rilevante²⁵. Se, perciò, in queste

²² Il carattere esterno del soggetto destinatario dell'esercizio del potere giuridico, rispetto alla fattispecie costitutiva dell'effetto, è evidente se si considera la fattispecie civilistica del contratto per persona da nominare di cui agli artt. 1401 s. cod. civ. Questo contratto consente allo stipulante di concludere un contratto con un'altra parte, il c.d. promittente, per effetto del quale lo stipulante si riserva di indicare la persona fisica o giuridica sulla quale si produrranno gli effetti giuridici del contratto stipulato con il promittente. Per effetto dell'accettazione del terzo, quest'ultimo subentra in tutti i diritti e gli obblighi dello stipulante sin dal momento della conclusione del contratto con il promittente. Finché non interviene tale accettazione del terzo (o finché il terzo non rifiuti di subentrare come parte nel contratto, con la conseguente produzione dei suoi effetti tra i contraenti originari) o la sua designazione (nel caso sia stata rilasciata una procura anteriore) pertanto, il contratto esiste ed è valido, ma inefficace.

²³ F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti*, cit., 825-826.

²⁴ Sulla discrezionalità tecnica v. C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 147-235; N. DANIELE, *Discrezionalità tecnica della Pubblica Amministrazione e giuridice amministrativo*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, III, Milano, 1967, 295-323; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 167-296; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in ID., *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 179-236.

²⁵ F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 452-453 e nota 8, 452. L'Autore precisa: «Non è, perciò, erroneo sostenere che la discrezionalità tecnica implica anch'essa una valutazione di interessi. Più precisamente, tale discrezionalità presuppone una valutazione sull'esistenza ovvero sull'inesistenza dell'interesse in concreto, quale viene a delinearsi attraverso il sindacato dei fatti indicati dalla legge, in modo impreciso, ai fini dell'emanazione dell'atto. Uno dei tratti distintivi tra le valutazioni tecniche e la discrezionalità amministrativa pura, va pertanto ravvisato nel fatto che mentre la discrezionalità tecnica conduce alla ricognizione di un unico interesse, astrattamente valutato dalla legge come suscettibile di tutela, ma poi concretamente ravvisato nell'interpretazione del fatto operata dall'autorità amministrativa, la discrezionalità amministrativa pura postula – secondo la dottrina tradizionale – una comparazione tra una pluralità di interessi» (455). Per quanto riguarda l'attività vincolata rileva ID., *Discrezionalità tecnica*, cit., 826: «[...] quando, in concreto, esisterà il fatto storico indicato dalla norma d'azione per le ipotesi di accertamento, si dovrà assumere, per

ipotesi, l'Amministrazione, attraverso la propria attività di valutazione, è chiamata ad integrare il precetto²⁶, deve ritenersi che attraverso la pronuncia positiva essa

definizione, che esiste altrettanto in concreto anche il bisogno da soddisfare. In tal caso, l'attività amministrativa è vincolata e l'amministrazione non potrà in alcun modo contestare l'esistenza nel caso concreto dell'interesse da tutelare e così sottrarsi al dovere di emanare il provvedimento. La concreta esistenza dell'interesse è collegata dalla legge – automaticamente e una volta per tutte – al venire in essere del fatto in sé, mentre all'autorità amministrativa è precluso ogni giudizio sul rilievo dell'interesse stesso». Riconduce la discrezionalità tecnica ad una *qualificazione distintiva del fatto* P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, II, 2013, 412-413: «Quando, ad esempio, il soprintendente decide di dichiarare il notevole interesse pubblico paesaggistico di ampie aree dell'Agro romano (così limitandone l'edificabilità invece prevista dal piano regolatore comunale di Roma), il potere di tutelare ciò che è "paesaggio", ancorché finalisticamente predeterminato (e vincolato) dall'art. 9 Cost. e dal codice di settore del 2004, si sostanzia e si risolve in realtà proprio nella decisione di ciò che, di volta in volta, costituisce o non costituisce "paesaggio", e ciò non solo nella definizione (deduttiva) del presupposto di fatto (il notevole interesse paesaggistico delle aree) descritto solo genericamente dalla legge per l'esercizio di quel potere, ma anche nella stessa definizione ricostruttiva (induttiva) della nozione di "paesaggio" usata dalla legge. La discrezionalità, in un caso del genere, non consiste nel decidere se accordare o meno tutela al paesaggio, ciò che è deciso in modo vincolante dalla legge, ma consiste esattamente nel ricostruire e nell'inventare, di volta in volta, a un tempo, in uno schema dialettico deduttivo/induttivo, i presupposti di fatto cui la legge riconnette il potere dispositivo e la definizione legale stessa di quei presupposti».

²⁶ Sulla distinzione tra gli elementi costitutivi l'oggetto della qualificazione normativa e gli elementi complementari del precetto o norma rileva A. FALZEA, *ult. op. cit.*, 8-9: «È utile insistere sulla distinzione tra *presupposto* ed *oggetto* della qualificazione giuridica, perché tale distinzione è fondamentale nella teoria delle fattispecie giuridiche. Nella situazione di fatto *lato sensu* sono compresi tutti gli elementi necessari perché la norma intervenga con la sua attività qualificatrice, e determini così, da una parte, il sorgere della fattispecie giuridica, e, dall'altra, il sorgere delle conseguenze per essa predisposte. Nella fattispecie però non trapassano tutti gli elementi della situazione di fatto *lato sensu*, ma soltanto alcuni di essi, e precisamente quelli considerati specificamente dalla norma come costituenti il nucleo fondamentale del fenomeno giuridico: tutti gli elementi sono necessari al sorgere della fattispecie o della sua efficacia, ma rimangono estranei al fenomeno stesso. Soltanto i primi costituiscono l'oggetto su cui agisce la qualificazione normativa, mentre gli altri, che hanno una funzione complementare nel processo di formazione della fattispecie, rimangono nella loro primitiva condizione di elementi neutri, non qualificati, o già qualificati autonomamente. Questi elementi complementari sono appunto i presupposti. [...] Si deve poi tenere presente la fondamentale differenza rilevata ed il suo riflesso in relazione alla natura giuridica dei due ordini di presupposti, poiché, mentre è strettissimo il legame tra presupposti di qualificazione e fattispecie (tanto che quest'ultima potrebbe definirsi un modo di atteggiarsi dei primi), i presupposti di efficacia, invece, nei confronti della fattispecie, costituiscono degli elementi periferici, e pertanto non sarebbe inesatto chiamarle *circostanze*: in quanto *stanno intorno* alla fattispecie, determinandone la sfera di efficacia». Sottolinea la distinzione tra *presupposti* ed *oggetto della qualificazione* anche G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 15: «[...] non ci si può limitare all'esame del fatto unitamente inteso. Occorre procedere all'analisi di esso sino ad incontrare la distinzione fondamentale tra fatti e atti giuridici come *species* del *genus* fatti giuridici in senso lato: si osserva allora che mentre i fatti si atteggiavano sempre come *presupposti* dell'effetto, gli atti presentano un duplice aspetto, come presupposti e

non effettui solo una ricognizione del *fatto storico* giuridicamente rilevante – costituendo, così, anche la soggezione in capo al privato – ma concorra a costituire la fattispecie astratta della norma d'azione che regola l'esercizio del potere, stabilendo *se*, nel caso concreto, sussista il dovere di provvedere²⁷. Talvolta, perciò, l'ordina-

come oggetto di qualificazioni giuridiche. L'atto rivela due profili, un profilo formale in cui è oggetto della qualificazione, e un profilo materiale in cui è presupposto di una ulteriore qualificazione: l'atto di esercizio di un diritto, ad es. è formalmente un atto lecito, materialmente il presupposto di conseguenze che l'ordinamento giuridico gli ricollega». L'Autore rileva anche che: «L'opinione in precedenza esposta e criticata, secondo la quale il fatto giuridico (in senso lato) è l'oggetto della valutazione giuridica, è erronea in riferimento ai meri fatti giuridici, ma è semplicemente unilaterale in riferimento agli atti giuridici: questi infatti, vengono realmente assunti dall'ordinamento come oggetto di valutazione o di qualificazione, anche se la loro giuridicità non si riduce a ciò solo, perché si manifesta anche attraverso le conseguenze giuridiche di cui essi vengono considerati presupposti» (16). Sul rilievo del fatto rispetto all'atto giuridico si rileva: «Inavvertitamente, dall'analisi del fatto, considerato non nella sua varietà fenomenica ma nella prospettiva dell'effetto giuridico, si è passati ad una prima fondamentale definizione del rapporto tra norma e fatto: la norma assume il fatto come presupposto degli effetti, ed inoltre, quando il fatto sia della specie atto, come oggetto di qualificazione giuridica. Questa osservazione, circa la signoria della norma sul fatto, va coordinata con l'altra esposta in precedenza, circa la necessaria presenza del fatto per la vigenza della norma: la prima sembra indicare una subordinazione del fatto alla norma, la seconda una subordinazione della norma al fatto. Tra le due proposizioni non c'è contrasto, nonostante le apparenze. La norma, infatti è arbitra nel determinare i presupposti della propria applicabilità, di conseguenza non vi sono fatti capaci di imporsi alla norma determinando autonomamente le conseguenze giuridiche: in questo senso è corretta l'affermazione della subordinazione del fatto alla norma. La norma, d'altra parte, difettando del carattere della universalità, può vigere in determinate situazioni e non può vigere in tutte, onde ha bisogno di aderire a dei presupposti di fatto: può disporre cioè delle modalità dei presupposti di fatto, ma non può prescindere dalla esistenza di questi, perché essi sono resi indefettibili dalla logica della norma» (17-18). A proposito della distinzione tra atti e fatti giuridici v. anche A.E. CAMMARATA, *Il significato*, cit., 254-255: «La distinzione fondamentale tra atti e fatti giuridici (sarebbe più esatto, forse, parlare di atti e fatti "giuridicamente rilevanti"), [...] offre un certo interesse speculativo, perché, mentre questi ultimi si atteggiavano sempre come *presupposti*, i primi si presentano sotto il duplice aspetto di *oggetto* e di *presupposto* di qualificazioni giuridiche, senza che i due aspetti possano confondersi».

²⁷ In questo caso il fatto *presupposto* costituisce, nel contempo, anche l'*oggetto* della valutazione normativa, poiché sullo stesso l'ordinamento compie una valutazione di fonte *indiretta* di produzione giuridica. Altre volte, invece, lo stesso presupposto può considerarsi alla stregua di una fonte *diretta* di produzione degli effetti. Ciò accade in tutti i casi in cui l'ordinamento deleghi all'Amministrazione non solo la determinazione del presupposto, ma anche del rimedio necessario per soddisfare la rilevata necessità sostanziale. A proposito dell'atto come fonte diretta o indiretta di produzione di effetti giuridici rileva F. VOLPE, *Ammissioni e autorizzazioni*, Torino, 2018, 35: «Nel caso di *controllo* esercitato mediante autorizzazione [...] il diritto soggettivo del privato trova la propria fonte immediata, con riguardo al singolo caso, nell'autorizzazione stessa e, direttamente, nell'intervento dell'autorità amministrativa. Nel caso dell'ammissione, spetta invece alla legge formale L costituire il diritto e così essa opererà verso quel soggetto a cui si possa riferire lo status α , cioè quella specifica qualità giuridica, che è prodotta dal provvedimento amministrativo P(amm). Giova, perciò, ribadire che l'intervento dell'autorità amministrativa, chiamata ad emanare un'am-

mento rimette all'Amministrazione anche una *ricognizione* dell'unico interesse considerato dalla legge come meritevole di tutela²⁸. Nell'ipotesi da ultimo considerata, quindi, la pronuncia positiva non si limita ad attribuire al fatto materiale una rilevanza giuridica, ma incide sulla formazione della stessa fattispecie normativa attraverso la qualificazione formale dello stesso fatto²⁹. Il fatto, infatti, è suscettibile di

missione, incide sulla costruzione del diritto soggettivo solo in modo indiretto. In altri termini, in siffatte ipotesi, la legge non *delega* al provvedimento amministrativo la costituzione di diritti soggettivi in capo ai singoli, come avviene nel caso delle autorizzazioni. Nel caso delle ammissioni, questi diritti discendono, pur sempre, dalla legge stessa, senza mediazione interposta».

²⁸ F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica*, cit., 826-830. Riconduce l'esercizio della discrezionalità tecnica, in quanto valutazione *sulla adeguatezza del mezzo a produrre l'effetto* (mentre, invece, l'esercizio della discrezionalità amministrativa comporterebbe l'individuazione *del mezzo più conveniente in relazione al fine*) al merito amministrativo P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, 98.

²⁹ Rileva F. VOLPE (*Discrezionalità tecnica*, cit., 826-828) che, quando il presupposto della normativa d'azione non sia espresso da un fatto storico, ma dalla valutazione tecnica dell'Amministrazione: «[...] la legge indica in modo preciso il presupposto formale del provvedimento, perché esso è oggettivamente dato dall'esistenza della positiva valutazione operata dall'autorità amministrativa. Ma, ivi, il presupposto non è dato da un "fatto storico". O, per meglio dire: il "fatto storico", espresso dalla positiva esistenza della valutazione amministrativa, è a sua volta il risultato di un procedimento di qualificazione su altri fatti (quelli valutati), posto in essere dall'amministrazione. Pensando all'interesse siccome collegato al fatto materiale che lo suscita, dobbiamo sostenere che, nei casi di c.d. discrezionalità tecnica, la norma d'azione, attribuendo il potere di valutazione di fatti pur indeterminatamente descritti, indica in astratto quale ne è la natura e la tipologia. Tuttavia, a differenza di quanto vale per l'accertamento tecnico, la legge ne ravvisa l'esistenza in concreto solo nel caso in cui l'amministrazione abbia formulato la propria positiva valutazione. Ma questa valutazione è, a sua volta, il risultato di attività proveniente dall'ente pubblico. Attraverso quest'attività di giudizio, in realtà è affidato all'amministrazione il compito di costruire il presupposto formale del provvedimento, sia pure nei limiti di quelle descrizioni dei fatti storici rese dalla legge in modo obiettivo. Si tratta ora di chiudere il cerchio. Se l'interesse concreto ad emanare il provvedimento è collegato alla valutazione tecnica; se la valutazione, a sua volta, è il prodotto di un'attività posta in essere dall'autorità amministrativa, allora è consequenziale riconoscere che, nelle ipotesi di discrezionalità tecnica, spetta sostanzialmente alla pubblica amministrazione ravvisare quando esista in concreto l'interesse tutelato». Rileva come l'elemento materiale e l'elemento formale costituiscono il «binomio costitutivo di ogni fenomeno giuridico» anche A. FALZEA, *ult. op. cit.*, 32, nota 66. Lo stesso Autore rileva: «La rilevanza però deve intendersi non solo come forma generale che permette di distinguere le fattispecie giuridiche dai fenomeni che non posseggono tale qualifica, ma anche in senso costruttivo, cioè come *forma particolare*, come *posizione che nel diritto compete ad una determinata fattispecie*: è su questo significato della rilevanza che si deve fermare la nostra attenzione, perché è in esso che si determina quella forma giuridica particolare del fatto con cui si definisce l'aspetto e la funzione che assume nel diritto» (27). Tale duplice rilievo (formale e materiale) della qualificazione formale del fatto materiale, pare potersi cogliere anche con riguardo all'effetto giuridico conseguente prodotto dal precetto. L'elemento formale, infatti, è dato dalla riconduzione dell'efficacia conseguente a un giudizio di *valore*, traducibile in termini di *sollen*. Questa qualificazione si distingue da quella operata sulla fattispecie giuridica presupposta per il fatto

essere sussunto nella fattispecie astratta solo in quanto venga preventivamente riconosciuto come giuridicamente rilevante in quanto ipotizzato da una norma³⁰. Que-

che non si esaurisce nella constatazione della conformità morfologica del fatto alla fattispecie, ma, rileva F.G. SCOCA, *Contributo*, cit., ha «[...] un contenuto formativo, in quanto [...] interviene a strutturare la realtà qualificata, imprimendole un ordine giuridico» (53). Questa dottrina prosegue evidenziando: «Ai due tipi di qualificazione giuridica corrispondono due tipi di realtà qualificata: da un lato abbiamo la realtà rilevante, dall'altro la realtà regolata. Nel primo caso troviamo i fatti, tratti a giuridico rilievo in quanto valutati normativamente nella loro conformità morfologica alla fattispecie; nel secondo abbiamo gli interessi (o, comunque, entità diverse dai fatti), dei quali la giuridicità esprime il loro essere regolati da una norma di diritto. [...] Correlativamente alla diversità di qualificazione e di oggetto di valutazione, e conseguentemente a questa diversità, si ha un doppio ordine di realtà giuridica concreta: la realtà rilevante e la realtà regolata. Nell'una vediamo i fatti giuridici, nell'altra gli effetti: ambedue le realtà concrete sono giuridiche, non in quanto poste, sia pure dalla (o per la, o nella) norma, in relazione l'una con l'altra, ma in quanto ciascuna di esse è giuridicamente valutata dalla norma. Nessuna relazione giuridica si pone quindi, direttamente, tra fatto ed effetto, ma ambedue queste entità, come derivano la loro giuridicità dalla norma, così, in sede di dinamica giuridica, esprimono il loro giuridico valore in riferimento alla norma» (53-54). Tale ordine giuridico può essere impresso dallo stesso legislatore oppure può essere rimesso all'autorità amministrativa, attraverso l'esercizio del potere giuridico, in tutti i casi in cui l'ordinamento rinvienga nell'Amministrazione il soggetto più idoneo a predisporre una regolamentazione della realtà sostanziale. Questa regolamentazione, che integra l'elemento formale, è il prodotto della valutazione comparativa degli interessi, operata dall'Amministrazione, attraverso l'esercizio della discrezionalità amministrativa. E le situazioni giuridiche *di comportamento* (F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 131-138), prodotte dalla valutazione comparativa, nel caso in cui fossero violate, rilevano anch'esse sotto un profilo materiale, poiché, le conseguenze sanzionatorie predisposte dall'ordinamento per la loro violazione, impongono di considerarle anche come elemento della fattispecie giuridica presupposta della norma sanzionatoria. Sulla possibilità di uno stesso elemento di assumere, nel contempo, un rilievo tanto formale quanto materiale rileva G. CORSO, *ult. op. cit.*, 28-30: «La distinzione assoluta tra valore e fatto, ossia tra l'elemento formale e l'elemento materiale, tra la norma e le qualificazioni giuridiche che da essa discendono da un lato, i presupposti e le condizioni della applicabilità della norma medesima dall'altro, coesiste con una relatività di contenuti dell'elemento formale e dell'elemento materiale: ciò che partecipa dell'elemento materiale può in determinate circostanze, convertirsi in elemento formale, ciò che partecipa dell'elemento formale può convertirsi in elemento materiale. [...] Assai più frequente della ipotesi della norma che si muta in fatto e del fatto che si muta in norma, è l'altra ipotesi del fatto che si converte in effetto e dell'effetto che si converte in fatto: qui l'elemento formale (valore) che precipita al livello dell'elemento materiale (fatto), non è la norma ma la conseguenza giuridica. Ciò che al lume di una norma determinata è un effetto giuridico viene assunto in una norma diversa come fatto antecedente di differenti effetti: qualificazioni giuridiche in atto sono poste come presupposti di nuove e diverse qualificazioni giuridiche. La spiegazione di questo fenomeno va ricercata nella struttura sillogistica della norma: come è stato spesso rilevato, le premesse del sillogismo sono conclusioni di altri sillogismi, e la conclusione diventa a sua volta premessa».

³⁰ Rileva A. FALZEA, *ult. op. cit.*, 29-31: «La fattispecie, sorta con il riconoscimento formale della situazione di fatto, è costituita, come si è osservato, dal solo oggetto di qualificazione: infatti i presupposti, pur avendo influenza sul processo qualificativo, sono esterni al nucleo centrale del fenomeno giuridico. La individuazione delle singole fattispecie si determina quindi soltanto in rela-

sto presupposto di natura valutativa³¹, assume, perciò, non solo un rilievo materiale (*strutturale*) rispetto alla norma che produce gli effetti giuridici aspirati, ma anche (*funzionale*) rispetto alla distinta norma d'azione che regola il dovere di provvedere in termini di doverosità, poiché costituisce in capo all'Amministrazione una situazione giuridica di *soggezione* all'esercizio del potere.

Se si considera, pertanto, la duplice incidenza in termini di efficacia della pronuncia positiva, in quanto fatto materiale, nel fenomeno di produzione giuridica – rispetto alla norma d'azione costitutiva la situazione giuridica soggettiva di libertà aspirata e rispetto alla diversa norma che regola il dovere di provvedere – non sembra potersi ricondurre al diniego di provvedimento un rilievo preclusivo, rilevando, ai fini dell'esercizio del Potere, solo quei fatti che attestano l'esistenza di situazioni giuridiche soggettive *di stato*³². Infatti, in assenza di una ricognizione

zione all'oggetto della qualificazione giuridica, secondo la sua ipotizzazione normativa, e concerne la struttura della fattispecie. [...] La posizione e la funzione delle fattispecie viene determinata – come si è detto – dalla rilevanza, la quale, in quanto attitudine generale e non specifica, non viene riferita a singole conseguenze giuridiche, ma all'effetto giuridico in genere, definendosi in tal modo la posizione generale di ogni fattispecie nel sistema dei fenomeni del diritto. La posizione particolare, poi, di ogni singola fattispecie, che si determina in base alla rilevanza specifica, in virtù della quale ogni fenomeno giuridico si distingue da tutti gli altri fenomeni all'interno della stessa categoria fondamentale, soggettiva ed oggettiva, si definisce in relazione alle conseguenze giuridiche che la norma dispone specificamente per ogni singola fattispecie».

³¹ F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica*, cit., 828: «[...] nei casi di valutazione tecnica, la legge opera nei riguardi dell'amministrazione una sorta di delega a formare il proprio (cioè della legge) presupposto formale d'applicazione. Congiuntamente, la legge delega all'amministrazione il compito di ravvisare quando esista in concreto l'interesse da tutelare, perché l'interesse è implicito nel presupposto. In questi casi, a differenza di quanto avviene nelle ipotesi di accertamento tecnico, la legge – vale la pena sottolinearlo – si limita a descrivere in termini solo astratti quale sia l'interesse tutelando. Esemplicativamente, quando la legge prevede che il vincolo sia apposto su un determinato bene in ragione del suo valore culturale, essa pur sempre dichiara qual sia l'interesse in astratto da tutelare. Esso è essenzialmente quello della conservazione del bene. Ma, qui, la legge si astiene dall'indicare quando tale interesse sussista nel singolo caso concreto, perché essa ne affida l'individuazione alla Sovrintendenza. La Sovrintendenza, a sua volta, operando un positivo riscontro sul rilievo culturale, agisce nel rispetto dell'interesse astrattamente indicato dalla legge e ne rileva l'esistenza nel caso concreto. Sarà perciò quel determinato edificio a essere soggetto a vincolo, non altro. Perché è in merito a quell'edificio, non ad altro, che l'Amministrazione ha riscontrato, sulla base del suo positivo giudizio, l'esistenza in concreto dell'interesse conservativo».

³² Rileva F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 130 come le situazioni giuridiche soggettive *di stato* siano quelle che concernono elementi della fattispecie giuridica presupposta. L'Autore, infatti, osserva: «A esse vanno ascritte le pretese, intese alla stregua di diritti di credito [...], le *soggezioni* (intese alla stregua di una posizione di destinatarietà dell'esercizio di un potere giuridico da parte di altri soggetti), gli *status* propriamente detti (intesi questi ultimi come qualificazioni degli elementi soggettivi od oggettivi della fattispecie presupposta – si tratta quindi degli elementi strutturali della fattispecie medesima) e, infine, le *aspettative* (intese, queste ultime come quelle particolari posizioni in cui si trova un soggetto in attesa di acquisire un'ulteriore situazione giuridica soggettiva di van-

positiva da parte dell'autorità amministrativa, nessun giudizio di rilevanza è operato né dalla norma costitutiva di diritti soggettivi né da quella che impone il dovere di provvedere.

Secondo quella dottrina che riconduce all'atto negativo il rilievo di fatto impeditivo, il diniego di provvedimento spiegherebbe la propria efficacia in una fattispecie perfetta nei suoi elementi costitutivi, ma inefficace, per la mancanza di un elemento esterno. Il fatto impeditivo, in altri termini, verrebbe ad identificarsi con il mancato verificarsi di una *condizione* di efficacia, che impedirebbe il ricollegamento delle conseguenze giuridiche alla fattispecie c.d. giuridicamente rilevante³³. Non pare, tuttavia, potersi ricondurre questo rilievo all'atto negativo. Se quest'ultimo, infatti, avesse effettivamente un'efficacia preclusiva e, perciò, operasse tra il primo momento del processo di qualificazione (in cui si attribuisce alla situazione di fatto una rilevanza giuridica) e il secondo (in cui alla fattispecie, già giuridicamente esistente, vengono ricondotte dalla norma le conseguenze giuridiche) dovrebbe ritenersi che in tutti i casi in cui fosse proposta un'istanza di prov-

taggio). I confini tra dette figure giuridiche soggettive – lo si riconosce – non sono sempre nette, dal momento che esse si risolvono, tutte, in una posizione di *attesa*, o meglio in una posizione in cui nessun comportamento del soggetto è considerato giuridicamente rilevante dall'ordinamento, ma è considerata giuridicamente rilevante solo la posizione che il soggetto medesimo viene ad assumere. Inoltre, queste stesse figure giuridiche soggettive si presentano spesso in forma per così dire complessa, giacché spesso consistono in una sorta di reciproca sommatoria. Sotto questo profilo, anzi, si può affermare che gli *status* propriamente detti e la soggezione sono, probabilmente, le unità elementari delle posizioni di stato generalmente intese e che dalla loro peculiare combinazione discendono tutte le altre. Già quando si afferma che i provvedimenti amministrativi di ammissione creano uno *status*, o che il codice conferisce a taluno lo *status* di genitore, di figlio legittimo, naturale o riconosciuto, o ancora che la legge riconosce a un soggetto lo *status* di cittadino, ci si intende riferire ad una situazione giuridica, a ben vedere, complessa, perché composta da uno *status* propriamente detto (vale a dire la qualificazione di un determinato soggetto, o anche di una cosa come elemento adatto ad integrare una data fattispecie presupposta dalla norma) e di una soggezione (che riconduce a quel soggetto, in quanto qualificato, gli effetti giuridici propriamente detti della norma, che presuppone lo *status*). Tale fatto viene in evidenza se si pensa ai casi in cui vi sia disgiunzione tra titolarità dello *status* (propriamente detto) e titolarità della soggezione: ciò avviene, in modo particolare, con riferimento agli *status* che qualificano beni [...] verso i quali gli effetti giuridici della norma non si possono, ovviamente, produrre, ma, se mai, si costituiscono in capo a chi ne abbia la disponibilità, anche solo materiale» (130-131, nota 87).

³³A. FALZEA, *Accertamento*, in ID., *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, 71 e 81. Pare ricondurre un effetto preclusivo al diniego di provvedimento anche G. CORSO, *ult. op. cit.*, 154 laddove, a proposito degli atti di controllo, evidenzia l'incertezza del loro contenuto «[...] perché l'esito del controllo può essere positivo o negativo: tale incertezza è sufficiente a richiamare lo schema della condizionalità, perché l'efficacia dell'atto soggetto a controllo non è subordinata alla mera adozione di un atto di controllo, bensì al contenuto positivo di questo. Il diniego di visto o di approvazione danno luogo a deficienza della condizione; ciò significa che il secondo termine del rapporto condizionale non è costituito dal mero fatto dell'emissione dell'atto di controllo, ma da un atto con un contenuto positivo (visto, approvazione)».

vedimento favorevole, il processo di qualificazione inizi con la proposizione della stessa istanza e, perciò, prima che la fattispecie concreta sia sottoposta all'esame dell'Amministrazione. Tali conclusioni, però, non sembrano condivisibili se si accoglie il principio di c.d. *interezza* della fattispecie, per cui il fatto storico presupposto (ossia l'insieme degli elementi materiali e giuridici) da una determinata norma giuridica assume rilevanza giuridica solo quando vengono ad esistenza tutti gli elementi costitutivi della stessa³⁴. Se, perciò, tutti i fatti giuridici sono da ricondursi all'unica categoria dei fatti costitutivi, il mancato verificarsi di un elemento della fattispecie giuridica presupposta da un dato precetto non può rilevare rispetto ad esso, ma rispetto alla diversa norma che prevede il sorgere di altre conseguenze rispetto a quelle che il verificarsi del medesimo presupposto esclude. Un'eventuale *ricognizione* negativa dei presupposti necessari per il prodursi di una determinata modificazione giuridica, perciò, sembra doversi ricondurre, più propriamente, alla fattispecie presupposta dalla norma che impone il divieto di provvedere.

3. *La bipartizione normativa sottesa alla ricostruzione provvedimentale dell'atto negativo: norme strumentali (sein); norme materiali (sollen). Il rapporto di reciproca indipendenza*

Per spiegare la dissociazione tra l'effetto di estinzione e l'effetto di adempimento dell'atto negativo rispetto al dovere d'ufficio, per cui il primo sarebbe una conseguenza del diniego in quanto atto e il secondo una conseguenza dello stesso in quanto fatto, la dottrina che si è occupata di ricondurre all'atto negativo un qualche effetto giuridico ha ritenuto necessario muovere da una bipartizione normativa, nell'inquadramento sistematico delle norme³⁵ che regolano l'agire dell'Amministrazione, distinguendo tra norme c.d. *strumentali* e norme c.d. *materiali*, nella convinzione che, da ciò, potessero trarsi elementi in grado di illustrare la rilevanza dinamica della pronuncia negativa all'interno del sistema.

Le *norme strumentali* sono identificate, dalla ricostruzione in esame, in quella serie di proposizioni giuridiche, che stabiliscono le condizioni di *rilevanza* (intendendosi per tali le prescrizioni di carattere formale e procedimentale)³⁶ e di *effica-*

³⁴ F.G. COCA, *ult. op. cit.*, 60-63, 72.

³⁵ R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 99 rileva come per norma si intenda, tradizionalmente, il contenuto di significato dell'enunciato normativo dato da una fonte del diritto.

³⁶ Il riferimento è all'unica monografia dedicata allo studio degli effetti prodotti dall'atto negativo di F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, in cui l'Autore evidenzia come l'unico vizio formale idoneo ad incidere anche sulla sostanza dell'atto, sia il difetto di motivazione:

cia dell'atto (sarebbero tali le norme che individuano i c.d. presupposti dell'atto)³⁷; sicché, dal coordinamento di queste norme verrebbe desunto il c.d. *modello legale* dell'atto³⁸. In questo senso, le norme strumentali, cui fa cenno la teoria in

«[...] ufficio della motivazione è innanzitutto quello di *rendere giuridicamente rilevanti* alcuni elementi concreti, dalla cui sussistenza dipende la conformità dell'atto all'ipotesi normativa. Rispetto alla figura del rifiuto, il valore giuridico della motivazione è appunto quello, e solo quello, che direttamente si collega a questo ufficio: la motivazione non è un elemento "strutturale" dell'atto negativo, ma solo il mezzo necessario per rendere rilevante la ragione del medesimo. Il rifiuto non motivato è in ogni caso illegittimo, e quindi annullabile: ma la illegittimità non si collega direttamente al difetto di motivazione (che non può quindi configurarsi come un vizio od una causa di invalidità), sì bene alla mancanza d'una ragione di rifiuto giuridicamente rilevante. Così, la mancanza di motivazione costituisce quasi il segno esteriore di un vizio sostanziale: precisamente, di quello stesso vizio che viene a profilarsi nel caso di accertata inconsistenza della ragione indicata dall'autorità nella motivazione dell'atto» (225). Perciò: «La motivazione [...] è [...] pura esternazione [...]; ma poiché solo per essa può acquistare rilevanza la ragione dell'atto, quando essa manchi o sia del tutto insufficiente si ha quel medesimo vizio sostanziale, che al suo difetto ricollegano quanti vi ravvisano una parte o componente del contenuto dell'atto stesso» (F. LEDDA, *ult. op. cit.*, 225, nota 121).

³⁷ La mancanza di un qualsiasi presupposto del provvedimento si traduce, secondo la ricostruzione in esame, in una *ragione di rifiuto* del provvedimento, e, quindi, in un elemento del *modello legale* dell'atto negativo. Ciò, tuttavia, non significa che l'atto negativo sia una figura specularmente inversa a quella del provvedimento rifiutato, «[...] poiché l'apposizione di un segno positivo ai fatti negativi [...] importa inevitabilmente un completo mutamento della posizione logica degli stessi fatti nell'ambito del paradigma normativo» (F. LEDDA, *ult. op. cit.*, 184). Infatti, si è affermato: «[...] il difetto di un presupposto del provvedimento atteso non può considerarsi presupposto del rifiuto, perché ha un valore decisivo ed assorbente, cioè giustifica di per se stesso ed anzi impone il diniego di quel provvedimento, rendendo superflua ogni valutazione degli altri fatti che in una diversa situazione potrebbero essere rilevanti: e questo valore decisivo è evidentemente incompatibile con il concetto e con la posizione logica dei veri presupposti, comunemente considerati come condizioni necessarie ma non sufficienti per l'emanazione dell'atto amministrativo. Per converso, la esistenza di tutti i presupposti del provvedimento atteso non può tradursi in un difetto del presupposto dell'atto negativo (come pur dovrebbe essere se le due figure fossero "specolarmente inverse"), potendo il rifiuto risultare legittimo, anche nel caso or prospettato, per la mancanza di altri elementi o requisiti del provvedimento stesso. Analoghi rilievi possono farsi per l'oggetto dell'atto di rifiuto, il quale ha una configurazione affatto autonoma rispetto a quella del provvedimento positivo. In una situazione data, tanto questo provvedimento quanto il diniego del medesimo possono risultare pienamente conformi a legge per quanto attiene al loro oggetto: e ciò basta ad escludere che tra le due figure vi sia un rapporto di corrispondenza inversa» (F. LEDDA, *ult. op. cit.*, 184-185).

³⁸ A questo riguardo si è affermato: «Con l'attributo strumentale si esprime [...] il significato specifico di una norma che non attribuisce direttamente un bene, ma stabilisce le condizioni di validità (in senso ampio) di una proposizione giuridica ulteriore, la cui formulazione viene rimessa ad un determinato soggetto, e da cui viene fatta dipendere direttamente od indirettamente la nascita, la modificazione o la estinzione di situazioni giuridiche idonee a garantire beni. È opportuno precisare a tal riguardo che, quando si parla di *norma strumentale*, si allude in realtà ad una serie di proposizioni giuridiche, dal cui coordinamento risulta quella che potrebbe dirsi la *legge strumentale dell'atto*: così, le norme che stabiliscono le condizioni di rilevanza dell'atto

esame, seppur con le dovute distinzioni, possono essere associate alle *norme di relazione*, se intese alla stregua di norme costitutive del potere giuridico³⁹.

Le *norme materiali*, invece, considererebbero l'atto giuridico in ragione dell'utilità, intesa nel senso di scopo, che, in ragione dei suoi effetti, l'atto è in grado di produrre. Le norme materiali, dunque, sarebbero chiamate a regolare l'emana- zione dell'atto e, attraverso ciò, la sua stessa funzione. Con la conseguenza che le norme materiali, secondo la teoria qui in esame, produrrebbero doveri (non pote- ri), che avrebbero ad oggetto l'emanazione dell'atto medesimo⁴⁰. Più precisamen-

stesso, quelle che ne regolano la efficacia, e quelle che invece stabiliscono la possibilità di una sua eliminazione sono logicamente ben distinte, ma suscettibili di una considerazione unitaria perché attinenti, in ultima analisi, ad un identico fenomeno. Dal complesso di queste norme, che puntualizzano le esigenze dell'ordinamento in relazione al mutamento giuridico di cui si tratta, si desume il *modello legale* o *paradigma normativo* dell'atto, cioè la espressione sintetica delle condizioni da cui dipendono la sua operatività e la persistenza dei suoi effetti giuridici» (F. LEDDA, *ult. op. cit.*, 18).

³⁹ Afferma F. LEDDA, *ult. op. cit.*, 69: «[...] può osservarsi che la norma strumentale, stabilendo una semplice possibilità giuridica, non impone affatto l'assunzione del comportamento attraverso il quale questa possibilità dovrebbe realizzarsi: per la sua stessa struttura logica, essa può essere violata solo da un comportamento positivo che, pur giungendo a questa realizzazione, risulti non del tutto adeguato alle esigenze giuridiche che si esprimono nella disciplina dell'atto». Sulla tradizionale distinzione tra *norme di azione* e *norme di relazione* v. E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in ID., *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, 11-12: «[...] le norme che regolano l'attività amministrativa nell'interesse pubblico pongono nell'Amministrazione – disciplinandone nel contempo l'esercizio – delle potestà che costituiscono l'esplicazione dei suoi diritti e doveri. Tali norme quindi presuppongono già costituito nell'ordina- mento giuridico il sistema dei diritti e dei doveri dell'Amministrazione verso il cittadino, e solo ne regolano l'esercizio e l'adempimento nel modo più conforme all'interesse pubblico. Se l'attività amministrativa viola una delle norme onde risulta quel sistema – sia non adempiendo ad un obbli- go giuridico cui è tenuta di fronte al cittadino, sia (ciò che è lo stesso) eccedendo i limiti entro i quali le è attribuito un diritto – essa lede un diritto individuale che potrà essere restaurato con l'azione davanti alla giurisdizione ordinaria. Ma se essa viola una delle norme che attribuiscono, disciplinandole, all'Amministrazione delle potestà relative all'esercizio dei suoi diritti e all'adempimento dei suoi doveri, la sfera giuridica del cittadino viene lasciata intatta: perché il cattivo eserci- zio di un diritto o potere dell'Amministrazione non significa per esso imposizione di un obbligo cui non è tenuto, e il cattivo adempimento di un obbligo non implica lesione del suo diritto sog- gettivo, dato che le modalità di quell'esercizio e di quell'adempimento non sono imposte nell'inter- esse individuale, ma unicamente nell'interesse pubblico. E unicamente quest'ultimo rimane per- tanto lesa dalla violazione di una delle norme relative alle potestà dell'Amministrazione».

⁴⁰ Rileva F. LEDDA, *ult. op. cit.*, 17-18, che la norma materiale consiste in «[...] una proposizio- ne giuridica che, considerando la emanazione dell'atto come un comportamento idoneo a procura- re una certa utilità (sia pure in ragione dell'efficacia giuridica dell'atto stesso), ne faccia il contenu- to di una situazione di dovere; una tale proposizione, evidentemente, ha la stessa struttura logica e la medesima funzione delle norme (pur esse, appunto, materiali) che si risolvono in una attribu- zione di beni, mediante la imposizione di comportamenti c.d. materiali, o mediante la garanzia di una libertà di agire del soggetto (diritto soggettivo)».

te, dette norme individuerebbero il dovere d'ufficio⁴¹ e, cioè, il dovere di provvedere⁴², inteso come dovere di determinare, attraverso l'esercizio delle valutazioni discrezionali, la c.d. norma del caso concreto⁴³.

Tuttavia, laddove sussistesse un dovere di non provvedere, rileverebbe, nel sistema, anche una diversa norma materiale impositiva dell'obbligo di pronuncia, ossia dell'obbligo di esprimere, negli aspetti giuridicamente rilevanti, la valutazione compiuta dall'Amministrazione. Tale obbligo si pone, dunque, secondo la ricostruzione in esame, in termini di alternatività con il dovere di emanare il provvedimento positivo favorevole⁴⁴, poiché solo nel caso in cui sussistesse il dovere di non provvedere si porrebbe la necessità di tradurre il dovere di esercizio della funzione amministrativa in un atto giuridico formale, idoneo ad attestare l'avvenuto esercizio della funzione, cui è correlata la protezione dell'interesse privato di fronte agli atti dell'Amministrazione⁴⁵.

⁴¹ F. LEDDA, *ult. op. cit.*, 78-81. Configura il dovere di provvedere come «dovere “d'ufficio” o “funzionale”» A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005, 142-146. Riconosce, invece, un dovere di provvedere a fronte di qualsiasi istanza del privato N. POSTERARO, *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, Napoli, 2018, 240, 264. Sulle forme di tutela a fronte dell'inerzia provvedimentale v. anche S. VILLAMENA, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela. Profili organizzativi e sostanziali*, Torino, 2020, 187-263.

⁴² Rileva come il dovere di provvedere permanga anche nel caso di formazione del silenzio assenso (configurato come una sanzione per il mancato adempimento del dovere di emanare un provvedimento espresso) M. CALABRO, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *federalismi.it*, X, 2020.

⁴³ F. LEDDA, *ult. op. cit.*, 81-83. L'Autore rileva: «L'agire dell'autorità per l'esercizio del potere si articola sempre in più momenti, cui spesso corrispondono diversi atti giuridici direttamente o indirettamente rilevanti nell'ambito dell'ordinamento generale; col progredire dell'azione, il dovere d'ufficio viene ad assumere un nuovo e diverso contenuto specifico (determinato, di regola, dai risultati dell'azione precedente) e assai spesso si distribuisce tra più figure giuridiche soggettive. È impossibile stabilire, in linea di principio, quali siano le singole specificazioni del dovere, nella fase che precede la valutazione e la determinazione finale: il contenuto della situazione infatti varia con il variare dei procedimenti, i quali sono ancora in larga parte atipici. A ciò si aggiunga che, se ciascuno degli atti di una serie procedimentale ha un effetto di specificazione, o determinazione, del dovere d'ufficio, altre specificazioni di questo possono dipendere da operazioni non puntualizzate in atti ma tuttavia distinte, almeno sotto il profilo che si considera, anche se compiute da una sola persona fisica» (81). Sul dovere di provvedere v. anche G. MARI, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi ai silenzi provvedimentali e procedimentali della P.A. (artt. 2, 17 bis e 20 l. n. 241 del 1990 s.m.i.)*, in M.A. SANDULI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, 199-249.

⁴⁴ Rileva F. LEDDA, *ult. op. cit.*, 109: «La pronuncia negativa è dunque necessaria nel senso della normazione strumentale, poiché in rapporto di alternatività con il provvedimento positivo viene configurata dall'ordinamento come fatto estintivo del dovere d'ufficio».

⁴⁵ F. LEDDA, *ult. op. cit.*, 111-114. L'Autore, a proposito delle prescrizioni formali relative all'obbligo di pronuncia, precisa che esse non devono essere considerate, come comunemente accade, attinenti alla validità o all'efficacia dell'atto, ma devono, più propriamente ritenersi rilevanti in

In altri termini, la norma impositiva dell'obbligo sarebbe necessaria soprattutto per il caso in cui il dovere giuridico avesse un contenuto omissivo, poiché, rappresenterebbe «la forma di esplicazione della funzione amministrativa»⁴⁶, consentendo all'esercizio della funzione amministrativa di *passare* dal piano materiale a quello giuridico.

Per quanto riguarda i rapporti reciproci tra i due ordini di norme, genericamente riferibili all'agire della pubblica Amministrazione, la dottrina in esame ne ha avvertito la rispettiva indipendenza. Si è affermato, infatti, che la rilevanza del comportamento dell'Amministrazione, sotto il profilo della norma strumentale, non comporta necessariamente una rilevanza dello stesso comportamento sul piano della norma materiale. Può accadere, infatti, che l'Amministrazione, emanando un atto, violi le prescrizioni di carattere formale o procedimentale, che non hanno, però, alcuna ripercussione sul piano della normazione materiale, poiché, l'eventuale annullamento dell'atto, non implica l'affermazione della esigenza di un provvedimento opposto, in quanto potrebbero sussistere ragioni di diniego rimaste estranee all'oggetto dell'accertamento principale.

Di contro, possono configurarsi anche ipotesi in cui alla questione di legittimità può far seguito una questione di liceità, rispetto alla quale il dovere acquista rilevanza per se stesso, e non solo come presupposto di rilevanza di un atto⁴⁷.

termini di adempimento o inadempimento solo nell'ambito del rapporto di servizio (115, nota 57). Si afferma: «Naturalmente, la illegittimità può assumere rilievo anche sotto il profilo del dovere, cioè come inadempimento o risultato di un non esatto adempimento, nell'ambito del rapporto di servizio. Su questo piano, però, viene in considerazione non il dovere d'ufficio, ma appunto il dovere di servizio, e in relazione a questo possono risultare decisivi anche elementi (come quello soggettivo) che sono affatto estranei alla nozione di legittimità» (95, nota 30).

⁴⁶ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo, procedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, II, 1952, 134. Sul procedimento v. anche B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2015, 356-358.

⁴⁷ Rileva, infatti, F. LEDDA, *ult. op. cit.*, 20, come la rilevanza della pronuncia sotto il profilo della norma strumentale «[...] non implica necessariamente una corrispondente rilevanza sul piano della normazione materiale, poiché nulla vieta di concepire la pronuncia come un comportamento non *dovuto* in senso proprio, ma solo necessario per il conseguimento di un effetto determinato (e vantaggioso, in ipotesi, per il soggetto che ne è autore). Reciprocamente, la eventuale doverosità dello stesso comportamento non implica necessariamente quello specifico valore dinamico che si ritiene proprio degli atti ed in particolare dei provvedimenti amministrativi, poiché la pronuncia può avere una propria utilità (ad es., rispetto alle esigenze di certezza e di conoscenza), tale da giustificare la imposizione da parte di una norma materiale, ma non connessa ad un particolare effetto giuridico».

4. *Tesi che individua nel dovere d'ufficio e nell'obbligo di pronuncia le situazioni giuridiche soggettive rilevanti per l'Amministrazione a fronte di un'istanza di provvedimento favorevole. L'estinzione del dovere d'ufficio come effetto diretto dell'atto negativo: l'adempimento dell'obbligo di pronuncia come causa di estinzione del dovere d'ufficio*

L'impostazione sistematica riferita è stata assunta da quella dottrina che si è occupata dello studio della natura giuridica dell'atto negativo come fondamento per dimostrare l'idoneità di quest'ultimo a produrre effetti giuridici in senso proprio. I rilievi critici mossi alle ricostruzioni che hanno ravvisato tali effetti nella lesione dell'interesse individuale o in una modificazione delle situazioni giuridiche soggettive del destinatario dell'atto⁴⁸, infatti, hanno condotto quell'Autore

⁴⁸ Con riguardo alla consistenza delle situazioni giuridiche soggettive del privato, coinvolte nel rilascio di provvedimenti amministrativi favorevoli, si sono sviluppate varie ricostruzioni dottrinali che, sulla base di diverse ricostruzioni sistematiche, hanno affermato come, nelle ipotesi di attività vincolata, preesista, al provvedimento amministrativo favorevole, nella sfera giuridica individuale, un diritto soggettivo al *bene della vita*. La teoria dell'incidenza dell'atto amministrativo rispetto alla situazione giuridica di diritto soggettivo trova le sue origini nell'elaborazione di O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative (1894)*, in O. RANELLETTI-E. FERRARI-B. SORDI (a cura di), *Scritti giuridici scelti, III: Gli atti amministrativi*, Camerino, 1992, 25-26: «[...] possiamo riunire sotto un medesimo tipo di atti, tanto quelli, i quali hanno il carattere di approvazione, di consensi, che non sono disposizioni autonome, indipendenti degli organi della amministrazione, ma accedono in via accessoria alle azioni delle persone interessate, attribuendo ad esse un'efficacia giuridica, sia che si presentino nei rapporti con una persona fisica, sia con una giuridica; quanto tutti quegli atti amministrativi, i quali vengono a permettere a qualcuno il compimento di date azioni, che una disposizione legislativa proibiva in generale a tutti, finché l'autorità amministrativa non avesse credito di poterle permettere. In tutti questi casi però questi atti debbono apparire come vere remozioni di limiti, che la legge ha posti al libero esplicamento dell'attività individuale per ragioni di ordine pubblico. In tutti questi casi l'attività del privato si presenta *astrattamente in possibile opposizione* cogli'interessi generali di quella data società o almeno di altre persone, e ciò spiega la proibizione condizionata della legge. [...] E questo ci porta a dire che in tutti questi casi non è l'amministrazione pubblica quella, la quale crea il diritto nel subbietto giuridico, del quale si tratta, ma il diritto subbietivo (*lato sensu*) in lui preesiste, perché o creato da una legge precedente generale, o da altre persone: ma è desso un diritto puramente *possibile*, oppure *potenziale*, e che può divenire *attuale*, cioè essere *acquistato* oppure *esercitato*, quando l'autorità pubblica riconosca che tutte le condizioni, in vista delle quali la legge ha posti quei limiti al libero esplicamento dell'attività individuale, esistono in una maniera rispondente alle esigenze di quell'interesse che la legge con la proibizione condizionata vuole tutelare, e quindi conceda il permesso. Questa maniera di atti amministrativi la comprendo tutta sotto il nome di autorizzazioni». La teoria delle autorizzazioni cui si fa riferimento è esposta anche negli studi ID., *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte II: Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative (1894)*,

in O. RANELLETTI-E. FERRARI-B. SORDI (a cura di), *Scritti giuridici scelti*, cit., 73; ID., *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte III: Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative (1895-1896)*, in O. RANELLETTI-E. FERRARI-B. SORDI (a cura di), *Scritti giuridici scelti*, cit., 241-245.

La dottrina successiva (A.M. SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 791-795), distinguendo tra posizioni statiche e posizioni dinamiche, rileva che dal diritto soggettivo, in quanto situazione statica o *di relazione*, sono da distinguersi le potestà e facoltà che sarebbero, invece, situazioni dinamiche e, cioè, *forze operative* riconosciute solo potenzialmente al titolare del preesistente diritto soggettivo, al fine di consentirgli di operare mediante attività materiali o giuridiche. In particolare, secondo questa ricostruzione, l'autorizzazione opererebbe non sul diritto soggettivo, ma sulle situazioni dinamiche, attribuendo la possibilità di esercizio del diritto soggettivo. L'Autore afferma, infatti: «[...] lo schema tipico degli atti autorizzativi prevede sempre la preesistenza, nel beneficiario del provvedimento, di una posizione di diritto soggettivo, ma, in pari tempo, l'impossibilità della libera espansione di essa – vale a dire del concreto esercizio del diritto – nella particolare direzione cui l'atto autorizzativo si riferisce, se e fin quando l'autorità competente all'autorizzazione non abbia proceduto al necessario riscontro tra l'esercizio del diritto stesso da parte del suo titolare e quel particolare interesse pubblico a tutela del quale la funzione autorizzativa fu predisposta dall'ordinamento, e, constatato, nella propria valutazione discrezionale, che essi non siano in conflitto, non abbia dato il proprio assenso all'espansione del diritto» (791). A riguardo delle autorizzazioni prosegue: «Ciò che di *nuovo* si produce in conseguenza degli atti autorizzativi (ai quali quindi non può esser contestata forza *costitutiva*) attiene alle facoltà da essi rispettivamente suscitate, le quali solo *potenzialmente* erano contenute nei rispettivi diritti, e per diventare *attuali* – e cioè per poter essere *esercitate* mediante l'esplicazione delle attività a esse proprie – abbisognavano appunto, a tutela dell'interesse pubblico specificamente considerato da una norma limitativa di quei diritti, del consenso dell'autorità a che i diritti stessi avessero la loro concreta espansione» (793). Sulla risarcibilità del danno arrecato dal diniego di autorizzazione, poi annullato, all'esercizio dello *ius aedificandi* inerente al diritto dominicale v. A.M. SANDULLI, *Lesione di interessi legittimi e obbligazione risarcitoria della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 1292-1293. *Contra* G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, 63-64: «[...] le nozioni di *affievolimento del diritto* e di *diritto affievolito* (o condizionato), costruite dalla dottrina come intermedie fra il diritto soggettivo vero e proprio (c.d. diritto perfetto) e l'interesse protetto di riflesso, appaiono prive di reale consistenza. Invero, il fenomeno dell'affievolimento del diritto (con che si designa il diritto soggettivo a cui avvenga di essere sacrificato o limitato in vista di un interesse pubblico: es., il diritto di proprietà su un bene soggetto a espropriazione per pubblica utilità) e il fenomeno del diritto affievolito o condizionato (cioè del diritto soggettivo che fin dal suo nascere è subordinato alla condizione della sua compatibilità con un interesse pubblico: es., il diritto a una concessione amministrativa di cui l'interesse pubblico imponga la revoca) non rappresentano categorie diverse dal diritto soggettivo e dall'interesse protetto di riflesso, ma rientrano volta a volta nell'uno o nell'altro secondo che ne presentino i caratteri, e sono perciò prive di autonomia scientifica. Se e in quanto v'è un diritto del proprietario e del concessionario, essi varranno come tali finché rispetto ad essi si possa affermare che non esiste in altri un potere giuridico di sacrificarli o limitarli e si contesti ogni atto o pretesa avanzata sul fondamento di questo (insussistente) potere: in altri termini, si rivendica il proprio diritto puramente e semplicemente e si richiama gli altri all'osservanza dell'obbligo correlativo; se, invece, non si vuole o non si può far valere il proprio diritto, ma, in quella vece, si fa valere una posizione di vantaggio come mero riflesso dell'osservanza delle modalità e delle condizioni prefisse all'esercizio del potere di espropriazione o di revoca, di cui non viene posto in discussione il fondamento, questa posizione

di vantaggio è da qualificare senz'altro come un interesse protetto di riflesso». Esclude la configurabilità della nozione di fatto impeditivo G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali: perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, 112-113: «In un'indagine diretta a delineare la fisionomia di un fatto giuridico, non vi è [...] posto per una distinzione tra elementi costitutivi ed impeditivi. Stando alla terminologia stessa, un elemento impeditivo non sarebbe tanto un elemento del fatto giuridico, quanto l'inverso di un suo elemento, giacché, presente il c.d. elemento impeditivo, il fatto giuridico si intende non integrato. La verità è che tutti gli elementi di un fatto giuridico sono di per ciò stesso costitutivi. Né è consentito identificare gli elementi impeditivi con il contrario degli elementi negativi (ad es., per un reato la presenza di una causa di giustificazione): a parte che non vi sarebbe motivo per non considerare allo stesso modo anche il contrario degli elementi positivi [...] non si tratterebbe comunque di elementi del fatto giuridico». Per quanto riguarda alcuni contributi recenti, non condivide la tesi della degradazione neanche G.U. RESCIGNO, *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana (dialogando con Andrea Orsi Battaglini a proposito del suo libro Alla ricerca dello stato di diritto)*, in *Dir. pubbl.*, I, 2006, 123: «Possiamo intanto dire che non c'è alcuna parte del testo costituzionale che possa fondare quelle costruzioni secondo cui l'atto amministrativo, anche se illegittimo, ha il misterioso e metafisico potere di degradare i diritti soggettivi, o di affievolirli, o come altrimenti si vuole costruire quella presunta vicenda secondo cui di fronte all'atto amministrativo illegittimo il preesistente diritto soggettivo scompare ed al suo posto nasce una diversa situazione dal nome di interesse legittimo». L'Autore, anche con riguardo al giudice giurisdizionalmente competente, rileva che «[...] l'unica soluzione conforme a Costituzione è quella di ritenere che il titolare del diritto soggettivo deve poter tutelare il suo diritto, che per nessuna ragione cessa di essere tale se l'atto amministrativo che lo ha leso è illegittimo, usando tutti gli strumenti che l'ordinamento ha apprestato, e quindi il titolare del diritto può rivolgersi indifferentemente a quello ordinario, se vuole solo il risarcimento, oppure a quello amministrativo se preferisce seguire la tutela che si articola nella sequenza annullamento dell'atto amministrativo – nuovo atto amministrativo e/o giudizio di ottemperanza» (123-124). Questa tutela di fronte al giudice amministrativo, precisa l'Autore, è configurabile quando i diritti soggettivi «[...] hanno come controparte la pubblica amministrazione (non perché sono diritti verso la pubblica amministrazione ma perché sono diritti incisi dalla pubblica amministrazione con atto amministrativo illegittimo) [...]» (125). Afferma la tesi della preesistenza di diritti soggettivi, nell'ipotesi di attività vincolata E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e processo amministrativo*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 361-362. Altra dottrina, pur senza assumere posizioni incompatibili con la teoria di Ranelletti, sviluppò in una direzione diversa l'indagine e, sottolineando il collegamento tra autorizzazione e condizione, elaborò la nozione dell'autorizzazione come atto complesso. È questa la ricostruzione proposta da D. DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, in *Arch. giur.*, LXXI, I, Modena, 1903, 4, 22 e *passim*, che, distinguendo il potere come *energia potenziale* dal suo *esercizio*, condizionato dalla dichiarazione di volontà di un determinato soggetto, lo identifica come il contenuto del diritto soggettivo. L'effetto dell'autorizzazione, dunque, sarebbe quello di rimuovere un ostacolo all'esercizio del potere attraverso l'adempimento della condizione. Effetto del mancato rilascio dell'autorizzazione, invece, sarebbe l'impossibilità di esercitare il potere, con la conseguenza che l'atto, eventualmente assunto dal privato, nell'esercizio del diritto, sarebbe nullo. Respinge la tesi del valore condizionante dell'autorizzazione amministrativa F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965, 142-143: «[...] nell'ipotesi normale di autorizzazione, come relativamente ad ogni fattispecie complessa, gli effetti si realizzano solo in presenza di più elementi e della loro totalità: la preesistente situazione giuridica del destinatario – costituita dalle pretese situazioni condizionate nell'esercitabilità – e l'atto dell'amministrazione. Ciò implica l'inammissibilità di una retrotrazione degli effet-