

MARIA CRISTINA CAVALLARO

Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Palermo  
*mariacristina.cavallaro@unipa.it*

## **DETERMINAZIONE AMMINISTRATIVA E RIPARTO DI GIURISDIZIONE**

### **ADMINISTRATIVE DECISION AND DIVISION OF JURISDICTIONS**

#### SINTESE

L'articolo si occupa del rapporto tra determinazione amministrativa e giurisdizione. Si tratta di un rapporto generalmente risolto attraverso il tradizionale criterio di riparto, basato sulla distinzione tra carenza di potere e cattivo esercizio dello stesso. Viceversa, si vuole ipotizzare di risolvere il rapporto medesimo attraverso un diverso criterio, basato sulla natura discrezionale del potere, dinanzi al quale la situazione soggettiva del privato è qualificabile come interesse legittimo. Il presupposto è che la discrezionalità costituisce l'essenza del potere e della determinazione amministrativa ed è idonea a fondare la giurisdizione del giudice amministrativo.

#### ABSTRACT

The article deals with the relationship between administrative decision and division of jurisdiction. This relationship is usually regulated through the traditional model of division, based on the difference between lack of power and its wrong exercise. On the contrary, the essay proposes to resolve the relationship through a different model, based on the discretionary nature of power, and legal situations in front of this kind of power – to be qualified as a legitimate interest. The assumption is that discretion is the essence of administrative power and determination; as a consequence jurisdiction of the administrative judge shall be affirmed.

PAROLE CHIAVE: determinazione, potere discrezionale, interesse legittimo, riparto di giurisdizione, giurisdizione amministrativa.

KEYWORDS: administrative determination, discretionary power, legitimate interest, model of division, administrative judge.

INDICE: 1. Inquadramento del tema – 2. Interesse legittimo, discrezionalità amministrativa e regola del riparto: il superamento della specialità della giurisdizione amministrativa – 3. Il rapporto tra le due giurisdizioni – 4. Considerazioni conclusive: determinazione amministrativa e giudice ordinario

## 1. Inquadramento del tema

Nella prospettiva di svolgere alcune considerazioni sul tema della determinazione amministrativa e del conseguente riparto di giurisdizione a fronte della stessa, appare opportuno preliminarmente mettere a fuoco i due termini del rapporto evocato: attraverso l'individuazione, sia pure sommaria e a grandi linee, delle caratteristiche tipiche ed essenziali della determinazione amministrativa, e la successiva verifica dell'attualità di una regola del riparto fondata sull'alternativa tra la carenza di potere e il suo cattivo esercizio, anche alla luce del Codice del processo amministrativo e dei più recenti orientamenti della Corte di cassazione.

La determinazione amministrativa può essere concepita come espressione del pubblico potere: essa è incorporata nel provvedimento, ne costituisce la sostanza. Il provvedimento amministrativo, in quanto atto, contiene una decisione, ossia una determinazione, che è frutto di una manifestazione di volontà della pubblica autorità. La qualificazione del provvedimento come atto dell'amministrazione, espressione di una precisa volontà della stessa, si coglie già nelle prime teorie sull'atto amministrativo, che ne riconducono la nozione al più ampio *genus* del negozio giuridico, in quanto appunto atto unilaterale contenente una dichiarazione di volontà preordinata alla produzione degli effetti giuridici<sup>1</sup>; ma persiste anche nelle teorie successive, che, da Giannini in poi<sup>2</sup>, tendono a ricostruire un'autonoma nozione di provvedimento ammini-

---

<sup>1</sup> E non va esclusa la possibilità che la riconduzione del provvedimento amministrativo all'alveo del negozio giuridico sia da imputare anche alla stessa dottrina civilistica, che non ha esitato a riportare come esempio tipico di negozio giuridico unilaterale proprio il provvedimento amministrativo: cfr. sul punto N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, 1929, p. 317; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, Unione Tipografico-editrice torinese, 1960, p. 54; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1951, p. 220 ss.; analogamente A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, Giuffrè, 1941, p. 26. Nella dottrina amministrativistica, solo a titolo esemplificativo, v. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, La Motolotipo, 1914, vol. III, pp. 1212; A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, Athenaeum, 1917, p. 89; S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 283-284; O. RANELLETTI, *Atti amministrativi*, in *Nuovo dig. it.*, Torino 1937, 1093. Per una ricognizione delle ragioni per le quali la dottrina ha aderito alla dogmatica del negozio giuridico v. M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo* (voce), in *Enc. del dir.*, Milano, 1959. Cfr. altresì G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 4; F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia 1979, p. 107 ss.

<sup>2</sup> «Il provvedimento amministrativo nasce dalla costola dell'atto amministrativo, come sua *species eminente*, nel corso degli anni '40 e trova la sua teorizzazione compiuta, ed ormai classica, nell'opera di Massimo Severo Giannini», esso «rappresenta un modello teorico che ha il pregio di riflettere con fedeltà la disciplina positiva della produzione giuridica tipica di diritto amministrativo. Dall'analisi concreta ed attenta di tale disciplina la dottrina ha ricavato le figure ricostitutive essenziali del potere (o potestà), del provvedimento e

strativo, svincolata dalla teoria del negozio giuridico, ma pur sempre manifestazione di volontà dell'amministrazione, finalizzata alla cura di un interesse pubblico<sup>3</sup>. La nozione di provvedimento elaborata da Giannini come atto preordinato alla cura di un interesse pubblico, ne consente altresì l'emancipazione rispetto a tutti gli altri atti del procedimento, che sono invece funzionali alla adozione del provvedimento medesimo, e dunque sono ad esso strumentali<sup>4</sup>.

Tratti essenziali del provvedimento amministrativo, secondo questa impostazione, sono l'unilateralità, l'autorità e la tipicità. Il provvedimento è atto unilaterale, in quanto idoneo a produrre i suoi effetti attraverso una manifestazione di volontà proveniente da un unico soggetto, che deve necessariamente essere una pubblica amministrazione<sup>5</sup>; è espressione dell'autorità, cioè è manifestazione di un potere, capace di incidere sulla sfera soggettiva dei singoli, prescindendo dalla manifestazione del consenso da parte degli interessati<sup>6</sup>; è, infine, un atto tipico, poiché l'azione amministrativa è retta dal principio di legalità e dal principio di «azionabilità delle pretese del cittadino nei confronti dell'amministrazione», principi che secondo Giannini conformano l'agire amministrativo, in quanto presenti nella Costituzione italiana<sup>7</sup>. Strettamente connessa a

---

*dell'interesse legittimo; le peculiarità ed i caratteri delle quali, d'altronde, interagiscono tra loro», F.G. SCOCA, La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento, Milano, Giuffrè, 1995, p. 257 e p. 265.*

<sup>3</sup> «I provvedimenti amministrativi, pertanto, realizzano in via diretta la cura di un interesse pubblico, e precisamente di quell'interesse specifico commesso all'autorità alla competenza della quale essi sono attribuiti. Essi però hanno tutti un tratto comune, che ne costituisce la fine sostanziale: di essere l'affermazione del momento dell'autorità», M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo* (voce), cit., p. 15.

<sup>4</sup> Osserva Giannini che «non ogni atto amministrativo [...] è volto a curare direttamente un interesse pubblico concreto, ma che la maggioranza di essi realizza tale cura in via mediata, ossia in quanto satelliti o serventi ad un atto amministrativo più importante, che è il provvedimento; e che, per altro lato, questo trova atti satelliti o serventi anche in atti del privato e in atti delle stesse amministrazioni, ma di carattere neutro», M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo* (voce), cit.

<sup>5</sup> Sulla necessità che l'atto amministrativo promani da un pubblico potere la dottrina concorda da sempre: cfr. A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, cit., per il quale il fatto che l'atto promani da una amministrazione è condizione necessaria per potersi parlare di atto pubblico, p. 4. Il principio, in realtà, è oggi messo in discussione, a seguito del crescente fenomeno della privatizzazione degli enti pubblici, sicché oggi è dubbio se le società per azioni in mano pubblica possano adottare provvedimenti amministrativi (al riguardo cfr. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 251, che giustifica tale possibilità solo in funzione di garanzia dei privati, non per estendere i poteri amministrativi al di fuori della sfera pubblica, dal momento che la stessa Costituzione identifica il provvedimento con l'atto «della pubblica amministrazione», art. 113 Cost.).

<sup>6</sup> Il provvedimento, secondo Giannini «comprime o sopprime la libertà di taluni amministrati», M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo* (voce), cit.

<sup>7</sup> Segnatamente, «il principio di tipicità ha per contenuto non solamente la predeterminazione normativa delle figure di ciascun provvedimento, ma anche e principalmente la predeterminazione normativa degli elementi che lo compongono, con conseguente delimitazione positiva del contenuto di ciascuno di essi», M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo* (voce), cit.

queste caratteristiche del provvedimento, e in particolare alla nozione di autorità, è l'imperatività del provvedimento, che, nelle prime trattazioni, viene articolata in tre effetti fondamentali: la degradazione dei diritti, la esecutività e l'inoppugnabilità<sup>8</sup>.

Infine, caratteristica sostanziale del provvedimento amministrativo (ma non propria di tutti i provvedimenti) è la discrezionalità, che per Giannini si traduce nel potere di scelta, riservato alla pubblica amministrazione, dello strumento più idoneo alla *massimizzazione* dell'interesse pubblico alla cui cura essa è preposta, e alla stregua di tutti gli interessi coinvolti dalla sua azione<sup>9</sup>. In realtà, si deve già a Ranelletti la qualificazione della discrezionalità come connotato del potere in quanto legato all'interesse pubblico: l'interesse del privato risulta funzionalmente connesso con l'interesse pubblico, al punto che la cura dell'interesse privato è consentita solo se l'interesse pubblico lo permette<sup>10</sup>.

La necessità di un controllo giudiziario sul potere discrezionale ha avuto un ruolo rilevante nel complessivo assetto del sistema di giustizia amministrativa: l'esigenza avvertita era quella di assicurare una maggiore tutela a quegli "affari non compresi" nella nozione di diritto civile o politico, rispetto ai quali, nell'assetto della legge abolitrice del contenzioso, era preclusa la tutela giurisdizionale, in quanto non diritti.

---

<sup>8</sup> Il massimo contenuto autoritario del provvedimento amministrativo, che si spinge fino a «piegare» i diritti dei privati, «perfino i diritti costituzionali», «si esprime nella nozione di imperatività, la quale si articola in tre effetti, tra loro collegati così come son collegati i vari effetti articolativi della regiducata: la degradazione dei diritti, la esecutività e l' inoppugnabilità», M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo* (voce), cit., 187.

<sup>9</sup> È nota la definizione di discrezionalità data da M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, in M. S. GIANNINI, *Scritti*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2000, che, in una parola, consiste nella scelta, che l'amministrazione compie in sede di adozione del provvedimento, dello strumento più idoneo alla *massimizzazione* dell'interesse pubblico alla cui cura essa è preposta, e alla stregua di tutti gli interessi coinvolti dalla sua azione. Tale posizione si distingue notoriamente da quella espressa da C. MORTATI, *Discrezionalità* (voce), in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1960, p. 1098. Più in generale, in tema di discrezionalità, ma senza alcuna pretesa di esaustività, data la vastità dell'argomento, cfr. altresì A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. del dir.*, Milano, Giuffrè, 1964; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. Proc. Amm.* 1984, 463; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1986; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.* 1987, 3165; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, Giuffrè, 1998; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, Cedam, 1989; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Scritti in onore di P. Virga*, Milano, Giuffrè, 1994. F. BASSI, *Note sulla discrezionalità amministrativa*, a cura di S. Amoroso, *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 49; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2001.

<sup>10</sup> O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Scritti giuridici scelti*, vol. II, *La giustizia amministrativa*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p. 68.

Per la dottrina dell'epoca il principio era quasi ovvio: secondo V.E. Orlando, «quando il diritto del cittadino ha una propria e autonoma ragione d'essere, ciò importa che il potere dell'amministrazione non è discrezionale e, reciprocamente, quando una materia è davvero sottoposta al potere discrezionale dell'amministrazione, è impossibile che il cittadino possa vantare un vero diritto»<sup>11</sup>. In altri termini, nel sistema del 1865, la giurisdizione unica per la tutela dei diritti civili e politici muoveva da una duplice considerazione: da un lato, che fosse indifferente, ai fini della tutela, che il diritto soggettivo si misurasse con le pretese di altri soggetti privati o con il potere pubblico<sup>12</sup>; dall'altro, che tutto ciò che non fosse compreso nella nozione di diritto soggettivo, non potesse ambire a una tutela giurisdizionale e, dunque, «gli affari non compresi» nella nozione di diritto civile o politico (art. 2 della l.a.c.) rimanevano affidati alla cognizione della competente autorità amministrativa (art. 3)<sup>13</sup>. Tuttavia, il modello così concepito ha rivelato sin da subito la sua inidoneità ad assicurare la tutela del cittadino rispetto agli atti dell'amministrazione, in considerazione dei limitati poteri processuali di cui disponeva l'autorità giudiziaria.

La successiva istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, alla quale viene affidato il ricorso per l'annullamento dell'atto illegittimo, salvaguarda l'esigenza di assicurare il necessario equilibrio tra l'autorità del potere e, attraverso il sindacato giudiziario su di esso, la tutela dei singoli, per garantirne le libertà fondamentali: e tuttavia, se la tutela del cittadino viene assicurata attraverso il controllo giudiziario sulla discrezionalità, l'assetto originario del sistema di giurisdizione unica è definitivamente tradito, affermandosi la natura giurisdizionale della IV sezione<sup>14</sup>.

Nel mutato contesto normativo, diviene prioritaria l'individuazione di un criterio certo per accedere alla tutela dei diritti dinanzi al giudice ordinario, ovvero invocare l'annullamento dell'atto dinanzi al Consiglio di Stato, in quanto titolari di un interesse.

Dopo un iniziale periodo in cui prevale il criterio del *petitum*<sup>15</sup>, e dunque la domanda di tutela formulata dall'interessato consente l'individuazione del

---

<sup>11</sup> V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, Ed. Barbèra, 1891, p. 332 ss.

<sup>12</sup> Così V.E. ORLANDO, *op. cit.*, p. 322 ss.

<sup>13</sup> Sul punto si veda G. CORSO, *La giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 21.

<sup>14</sup> Sul tema si veda, per un'ampia ricostruzione, F.G. SCOCA, *L'evoluzione del processo amministrativo durante la presidenza di Santi Romano*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 186.

<sup>15</sup> Tra i cui sostenitori più autorevoli deve ricordarsi V. SCIALOJA, *La competenza della IV sezione del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria (1891)*, ripubblicato in *Studi giuridici*, vol. V, *Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè, 1936, p. 195.

giudice al quale rivolgersi, si afferma quasi subito il criterio della *causa petendi*, che postula la diversa qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive del privato nei confronti del pubblico potere. Si tratta di un criterio che trova originariamente la propria *ratio* nella necessità di assicurare il ruolo del giudice ordinario nel sistema di tutela del privato nei confronti dell'amministrazione, ma che condurrà all'affermazione di un principio opposto a quello contenuto nella legge abolitrice<sup>16</sup>: nel senso che se c'è potere non può esserci diritto e la giurisdizione del Consiglio di Stato, alla quale destinare «*gli affari non compresi*» menzionati all'art. 3 l.a.c., si radica tutte le volte in cui l'esercizio del potere, comprimendo il diritto, trova dinanzi a sé un interesse legittimo<sup>17</sup>.

È però a partire dalla sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione, n. 1657 del 1949, che l'alternativa tra carenza di potere e cattivo esercizio del potere ha rappresentato il principale criterio di riparto tra le giurisdizioni. La conseguenza è che, laddove si lamenti la lesione di una situazione giuridica soggettiva come conseguenza di un atto amministrativo per il quale si contesta l'esistenza stessa del potere, la giurisdizione spetterà al giudice ordinario, giacché l'atto, in quanto espressione di un potere di cui l'amministrazione non dispone, è inesistente (o nullo) e dunque improduttivo di effetti; viceversa, se viene in contestazione il modo in cui il potere è esercitato, non dubitandosi della sua esistenza, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo<sup>18</sup>.

Per le ragioni richiamate, dalla seconda metà del Novecento, a fronte di una determinazione amministrativa, espressione del potere, la giurisdizione è stata da sempre affidata al giudice amministrativo tutte le volte in cui il privato lamenti il cattivo esercizio del potere; mentre l'assenza del potere, in quanto sottintende l'inesistenza di una determinazione o la sua nullità, ha consentito di assegnare la relativa giurisdizione al giudice ordinario.

---

<sup>16</sup> O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato (1892)*, cit.: cfr. sul punto R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, cit., p. 171 ss.

<sup>17</sup> Per un'efficace evoluzione storica, che mette in luce il nascere dell'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva v. F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, per il quale è centrale il ruolo del procedimento amministrativo e del privato all'interno del procedimento, p. 455; si veda inoltre B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 361.

<sup>18</sup> Chiarisce A.M. SANDULLI, *Questioni recenti in tema di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, 1952, oggi pubblicato in *Scritti giuridici*, vol. V, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, che «è evidente che alla discriminazione delle competenze non si possa procedere sulla base della richiesta dell'istante – e cioè a seconda che questi intenda far valere la carenza del potere dell'amministrazione, ovvero, senza sollevare tale questione, si limiti a dolersi del cattivo uso del potere che l'Amministrazione avrebbe inteso esercitare – bensì sulla base della posizione a lui realmente fatta dall'ordinamento: e cioè sulla base della circostanza che l'ordinamento neghi o consenta all'Amministrazione il potere di interferire nella sua sfera di azione», p. 200.

Il criterio della sussistenza o meno del potere, quale regola attraverso cui individuare l'ambito delle due giurisdizioni, ha rappresentato, in tal modo, la sintesi della concezione autoritativa del pubblico potere, secondo una logica che, come detto, ha comportato un ribaltamento della prospettiva contenuta nella legge abolitrice del contenzioso.

La giurisdizione unica postulata dalla legge del 1865 ammetteva la possibilità teorica e pratica che il potere pubblico si confrontasse con i diritti civili e politici: rimanevano esclusi dalla tutela solo gli affari non compresi, che non avendo la dignità di diritti subiettivi, potevano essere rimessi alle competenti autorità amministrative. Al contrario, nel momento in cui l'esistenza del potere diviene il criterio attraverso cui definire l'ambito delle due giurisdizioni, il diritto sussiste solo se e quando non c'è il potere; e il potere, a sua volta, si può misurare solo con l'interesse legittimo, che quindi coincide con quegli affari non compresi nella nozione di diritto civile e politico, in un radicale mutamento di prospettiva. La portata dell'art. 2 della legge abolitrice del contenzioso è drasticamente ridimensionata: i casi in cui il giudice ordinario può conoscere dei diritti civili e politici «*comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa*» sono limitati all'ipotesi in cui l'amministrazione agisce al di fuori dell'esercizio del potere. Perché essa esercita la propria capacità di diritto privato, che esclude la manifestazione del potere; ovvero, perché il provvedimento adottato è nullo, in quanto difetta a monte la norma attributiva del potere; o ancora, perché la stessa amministrazione è chiamata a risarcire il danno che residua dopo l'annullamento dell'atto illegittimo, ipotesi che mette a nudo una condotta senza potere<sup>19</sup>. Viceversa, l'esercizio del potere, ancorché illegittimo, comporta, in capo al privato, la titolarità di un interesse legittimo. Ed è per tale ragione che l'interesse legittimo, nella sua qualificazione sostanziale, viene efficacemente definito come la situazione giuridica che “dialoga” con il potere<sup>20</sup>.

Sul punto è possibile svolgere qualche osservazione ulteriore.

Con una certa probabilità, il criterio di riparto delle due giurisdizioni ha potuto risolversi nell'alternativa tra carenza di potere e cattivo esercizio in considerazione della relativa facilità con cui individuare il giudice munito del potere di annullamento del provvedimento. Detto diversamente, il rapporto tra le due

---

<sup>19</sup> M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, parte I, in *Riv. Dir. Proc.*, 1963, ora in *Scritti*, Milano, Giuffrè, 2004, vol. V, p. 292; v. inoltre M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1983, p. 191.

<sup>20</sup> La nota definizione è di F.G. COCCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 25.

giurisdizioni, articolato nel senso che il giudice amministrativo ha il potere di annullamento dell'atto, mentre al giudice ordinario è assegnata la generalità della tutela delle posizioni soggettive, ha consentito la fortuna di una regola del riparto ancorata sulla coppia concettuale carenza di potere e cattivo esercizio del medesimo, sul presupposto che, a fronte del potere, il rimedio dell'annullamento offrisse la migliore tutela per il privato.

Il che vale quanto dire che il criterio di riparto della giurisdizione, in fondo, è stato sempre intimamente dettato dal *petitum*, cioè dalla possibilità di rivolgere al giudice amministrativo la domanda di annullamento del provvedimento: il paventato pericolo di un conflitto tra giudicati, laddove si fosse contestualmente chiesto a un giudice l'annullamento dell'atto e all'altro giudice il risarcimento del danno patito, pericolo apparentemente superato attraverso il criterio della *causa petendi*, viene in realtà risolto dall'affermazione del principio della pregiudizialità amministrativa<sup>21</sup>. Con la conseguenza che il ricorso al giudice amministrativo e la conseguente pronuncia di annullamento dell'atto devono necessariamente precedere l'eventuale tutela risarcitoria, da formulare al giudice ordinario.

In tal modo, il rapporto tra le due giurisdizioni è risolto nel senso di prediligere la via della giurisdizione amministrativa, in considerazione del potere di annullamento dell'atto riconosciuto al giudice amministrativo, a detrimento della giurisdizione ordinaria, rispetto alla quale vigono i limiti dell'art. 4 della legge sul contenzioso<sup>22</sup>: il che giustifica la *specialità* della giurisdizione ammini-

---

<sup>21</sup> Cfr. M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione: dal criterio del petitum con pregiudizialità del giudice amministrativo alla legge n. 205 del 2000*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 291. La c.d. pregiudiziale amministrativa si è affermata quasi subito nell'interpretazione della giurisprudenza: già alla fine dell'Ottocento la Corte di Cassazione affermava che, poiché il giudice ordinario non può svolgere alcun sindacato sull'atto amministrativo (ai sensi dell'art. 4 l.a.c.), il diritto al risarcimento del danno (cagionato dall'atto amministrativo illegittimo) può esser fatto valere solo dopo che la competente autorità amministrativa si sia pronunciata sull'illegittimità dell'atto stesso, Cass. Roma, 9 febbraio 1894, in *Giur. It.* 1894, I, 1, 265. Successivamente, il principio ha trovato accogliimento nell'art. 30 del t.u. sul Consiglio di Stato, approvato con r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, ai sensi del quale il Consiglio di Stato «*conosce anche di tutte le questioni relative a diritti [...] restano, tuttavia, sempre riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni attinenti a diritti patrimoniali consequenziali alla pronuncia d'illegittimità dell'atto o provvedimento contro cui si ricorre*» e poi nell'art. 7 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, c.d. legge Tar.

<sup>22</sup> Vicenda, questa, che sul piano sostanziale, si è tradotta nella necessità di qualificare la posizione giuridica del privato nei riguardi dell'amministrazione in termini di interesse legittimo, dal "diritto fatto valere come interesse" al "diritto che degrada a interesse" di fronte all'imperatività del provvedimento, nell'intento di assicurare l'accesso alla tutela costitutiva di annullamento: «*dopo l'ossequio ai diritti, si preferivano gli interessi legittimi... la libertà del 1865 era stata soppiantata dallo Stato autoritario del 1889*», F. MERUSI, *Dal 1865... e ritorno... al 1864. una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 671.

strativa, intesa come giurisdizione di annullamento dell'atto, e della conseguente giurisdizione ordinaria, alla quale è affidata la *generalità* della tutela dei diritti.

## **2. Interesse legittimo, discrezionalità amministrativa e regola del riparto: il superamento della specialità della giurisdizione amministrativa**

La ricostruzione svolta, che muove dall'esame, sia pure rapido e sintetico, del contenuto essenziale della determinazione amministrativa, per volgere più attentamente lo sguardo sul conseguente riparto di giurisdizione, costituisce la necessaria premessa per compiere un ulteriore ordine di considerazioni.

L'affermazione dell'alternativa tra l'esistenza e la non esistenza del potere quale criterio attraverso cui tracciare la linea del riparto tra le due giurisdizioni è intimamente connessa con la teoria della degradazione<sup>23</sup>, sintesi della concezione autoritativa del potere e dell'imperatività del provvedimento, che ha fondato la giurisdizione del giudice amministrativo in presenza del potere, sul presupposto che il provvedimento fosse capace di comprimere il diritto e *degradarlo* a interesse legittimo.

Per tale ragione, pur dovendosi riconoscere che la categoria concettuale dell'interesse legittimo si sia fondata (e probabilmente continua a fondarsi, per le ragioni che si diranno) sulla necessità di affidare al giudice amministrativo il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità, in funzione di una maggiore garanzia dell'interesse e, quindi, del diritto ad esso sotteso, va tuttavia ricordato come lo stesso interesse legittimo sia stato per lungo tempo qualificato come posizione soggettiva qualitativamente, sul piano sostanziale, e quantitativamente, sotto il profilo processuale, "inferiore" rispetto al diritto soggettivo, poiché l'unica tutela cui poteva aspirare era la tutela costitutiva di annullamento.

L'entrata in vigore della Carta costituzionale, se inizialmente sembra consolidare il quadro tracciato dalle leggi del secondo Ottocento, consente in un successivo momento l'avvio del fenomeno opposto a quello appena descritto: che, attraverso l'affermazione del principio di pienezza ed effettività della tutela dell'interesse legittimo, ha consentito l'evoluzione in senso sostanziale della figura dell'interesse legittimo, al punto da affermare il superamento di una effettiva distinzione con il diritto. In tal modo, l'interesse legittimo viene qualificato come posizione soggettiva di vantaggio e deve avere assicurate le medesime forme di tutela del diritto soggettivo.

---

<sup>23</sup> La cui formulazione è tradizionalmente imputata a O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato (1892)*, cit..

Una sensibile accelerazione nella direzione tracciata è legata all'introduzione del principio della risarcibilità dell'interesse legittimo, che rappresenta il definitivo punto di rottura rispetto al modello precedente ed è percepita come un passaggio necessario<sup>24</sup>. La nota sentenza n. 500 del 1999 della Corte di Cassazione, che afferma la risarcibilità dell'interesse legittimo assegnando la relativa giurisdizione al giudice ordinario, precede solo di un anno la legge 21 luglio 2000, n. 205, la quale introduce definitivamente la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo. Infine, il Codice del processo amministrativo rappresenta il punto di arrivo della parabola che si è disegnata: il principio di effettività della tutela dell'interesse legittimo è espressamente riconosciuto all'art. 1 e la pienezza della tutela è ampiamente garantita attraverso la pluralità di azioni di cui dispone il giudice amministrativo<sup>25</sup>.

La vicenda descritta può essere considerata da una diversa angolatura.

Sino a un certo momento storico, dottrina e giurisprudenza, mosse dall'esigenza di assicurare il controllo giudiziario sulla discrezionalità, hanno dilatato la nozione di interesse legittimo per radicare la giurisdizione del giudice amministrativo, con un processo di riduzione della pluralità delle figure soggettive del privato nei confronti dell'amministrazione nell'unica categoria dell'interesse legittimo; negli ultimi tempi il processo può essere colto nella direzione opposta: tale per cui, la qualificazione dell'interesse legittimo in termini di situazione giuridica sostanziale, di vantaggio e risarcibile, ne comporti la piena assimilazione alla parallela figura del diritto soggettivo. Come se, stavolta, si optasse per «*il riconoscimento del diritto soggettivo come unica situazione giuridica soggettiva del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*»<sup>26</sup>. Sicché, la costante interpretazione dell'interesse legittimo in relazione alla simmetrica figura soggettiva del diritto ne pregiudica l'emancipazione come figura concettuale autonoma e separata dallo stesso diritto soggettivo.

---

<sup>24</sup> Basti pensare che il limite alla risarcibilità, a partire dal secondo Novecento, non è più dogmatico, ma di diritto positivo: l'interesse legittimo non è risarcibile, non perché connesso con l'interesse generale, ma perché il danno ingiusto è solo la lesione del diritto soggettivo e perché il giudice che ha la giurisdizione in materia di interessi non ha il potere di condanna al risarcimento (mentre il giudice che avrebbe il potere di condanna, ha la giurisdizione sui soli diritti soggettivi).

<sup>25</sup> Sull'argomento, E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, a cura di F.G. Scoca, *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 190 ss. Cfr. inoltre, V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 436.

<sup>26</sup> Così A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Enc. Dir. Agg. II*, Milano, 1998, 977, che osserva come «*le tendenze, tradizionali o più recenti, a ridurre ad unità le situazioni giuridiche tutelate del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione non possono dunque essere accolte*».

Il processo di equiparazione dell'interesse legittimo al diritto soggettivo, avviato già da tempo sotto il profilo sostanziale, oggi sembra compiuto anche dal punto di vista processuale: la ricchezza delle azioni proponibili al giudice amministrativo rafforza inevitabilmente la consistenza dell'interesse legittimo e ne assicura la pienezza e l'effettività di tutela, nella direzione di un superamento della specialità del giudice amministrativo.

In altri termini, la trasformazione dell'interesse legittimo in situazione giuridica soggettiva sostanziale e risarcibile, la cui garanzia di tutela è affidata a un giudice munito di una pluralità di poteri processuali, ma anche di mezzi istruttori, manifesta un'evidente simmetria dell'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo, se non addirittura una sostanziale coincidenza tra le due situazioni soggettive.

Per tale ragione, l'esplicita affermazione, contenuta oggi nel Codice del processo amministrativo, del principio della pienezza di tutela dell'interesse legittimo, anche attraverso la pluralità delle azioni proponibili al giudice amministrativo, impone un ripensamento circa la esatta definizione di quella linea di demarcazione tra le due giurisdizioni, che probabilmente non può più tradursi nell'opzione netta tra l'esistenza e la non esistenza del potere e, dunque, non può più fondarsi sulla necessità di formulare solo al giudice amministrativo la domanda di annullamento del provvedimento illegittimo.

Alla luce di quanto s'è detto, le conseguenze investono un duplice ordine di questioni.

Anzitutto, sotto il profilo processuale, non sembra più predicabile una giurisdizione amministrativa come mera giurisdizione di legittimità, dal momento che i poteri processuali del giudice amministrativo vanno ben al di là del potere di annullamento dell'atto illegittimo. Ma, se l'azione di annullamento ha cessato di essere lo strumento principe per la garanzia dell'interesse legittimo nei riguardi del pubblico potere, all'interno del giudizio amministrativo, per la stessa ragione l'alternativa tra carenza di potere e cattivo esercizio dello stesso non può ritenersi più idonea a tracciare la linea del riparto tra le giurisdizioni, poiché l'esercizio del potere non conosce più come unico rimedio di tutela l'annullamento del provvedimento illegittimo che del potere è manifestazione<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Inoltre, nella misura in cui il binomio carenza di potere/cattivo esercizio fonda la giurisdizione ordinaria solo nel caso in cui il potere non esista o difetti la sua attribuzione, tale modello appare incoerente con la legge abolitrice del contenzioso, che ammette invece la giurisdizione ordinaria sui provvedimenti lesivi dei diritti, e con la Carta costituzionale. Che ammette che il giudice amministrativo possa conoscere, in sede di giurisdizione esclusiva, anche dei diritti soggettivi, ma non riconosce, in termini altrettanto espliciti, l'ipotesi opposta: per la quale

In secondo luogo, quindi, si rende necessario il superamento del binomio richiamato, per valutare l'opportunità di ragionare su un diverso criterio ripartitore fondato sulla *natura* del potere, che pone la necessità di un giudice amministrativo che eserciti il sindacato sull'esercizio del potere discrezionale. La natura discrezionale del potere, cioè, può rappresentare il fondamento della giurisdizione amministrativa, in quanto costituisce la vera essenza del potere medesimo, e della conseguente determinazione, idonea a fondare altresì le ragioni di una riserva di amministrazione.

La questione, a questo punto, riguarda il contenuto del potere discrezionale e la qualificazione della discrezionalità amministrativa come caratteristica tipica del pubblico potere, che giustifichi una riserva di amministrazione.

In termini generali, l'esistenza di una riserva di amministrazione è subordinata al riconoscimento del principio del giusto procedimento come principio costituzionale. In tal senso, il rimando è alla celebre riflessione di Crisafulli, secondo cui «*la vera garanzia dei diritti non si esaurisce nel principio di legalità della pubblica amministrazione ..., ma richiede che per di più tra la legge e l'atto applicativo, tra la norma e il provvedimento, sussistano un margine, uno stacco, tali da consentire quei rimedi, in sede amministrativa e in sede giurisdizionale, che non sarebbero possibili nei confronti della legge ...*». Il legislatore normalmente deve «*enunciare ipotesi astratte, predisponendo un procedimento amministrativo*» attraverso il quale, e all'interno del quale, gli organi competenti possano concretamente imporre le limitazioni ai diritti dei cittadini (quelle limitazioni, cioè, astrattamente previste con legge)<sup>28</sup>.

Dunque, il legislatore *prevede*, mentre l'amministrazione *provvede*.

L'attribuzione alla pubblica amministrazione di una riserva di provvedere implica anche l'esistenza, a favore della stessa amministrazione, di una riserva di procedimento: cioè il potere che l'ordinamento riserva alla pubblica amministrazione e che si manifesta con l'adozione del provvedimento, che come detto è funzionale alla miglior cura dell'interesse pubblico, deve essere esercitato attraverso un necessario e preliminare procedimento amministrativo, all'interno del quale può essere garantita la corretta esplicazione del potere medesimo, a garanzia dell'interesse che l'amministrazione persegue. Ma realizzazione dell'interesse pubblico deve essere bilanciata con gli interessi dei singoli destinatari dell'atto, in modo che l'interesse del privato funga da limite per

---

il giudice ordinario possa conoscere anche degli interessi legittimi. Pur ammettendo che lo stesso giudice possa annullare il provvedimento amministrativo illegittimo.

<sup>28</sup> V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962, 135.

l'esercizio del pubblico potere<sup>29</sup>.

E, sotto questo profilo, la natura consensuale o partecipata dell'azione amministrativa induce probabilmente a ritenere superata una nozione di potere inteso come mera espressione di un'autorità unilaterale<sup>30</sup>, ma mantiene del tutto immutata la vera caratteristica del pubblico potere e della determinazione amministrativa, e cioè la sua natura discrezionale, che si sostanzia nella comparazione di interessi pubblici e privati. Da qui, ancora una volta, il dubbio sull'attualità di una regola di riparto fondata sulla alternativa tra carenza di potere e cattivo esercizio dello stesso, per valutare invece la fondatezza di un criterio di riparto fondato sulla diversa *natura* del potere<sup>31</sup>: in base alla quale del potere discrezionale deve conoscere il giudice amministrativo, ma del potere vincolato può conoscere anche il giudice ordinario.

Il tema era noto alla dottrina classica, che proprio sulla natura discrezionale del potere amministrativo aveva argomentato la limitazione dei poteri della giurisdizione ordinaria sull'atto amministrativo, aprendo la via per la giurisdizione del giudice amministrativo<sup>32</sup>; mentre in tempi più recenti, la tesi proposta rievoca il binomio potere vincolato/diritto soggettivo e potere discrezionale/interesse legittimo<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> F.G. SCOCA, *Nozioni introduttive*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, che fa riferimento ai procedimenti concessori o ablatori, ma precisa che nei procedimenti autorizzatori avviene invece il contrario, e cioè è «l'interesse pubblico che funziona da limite all'interesse privato»: l'A. chiarisce che «l'interesse privato non è estraneo alle finalità perseguite dall'amministrazione, ed anzi interviene in misura più o meno rilevante nella determinazione dell'interesse concreto che di volta in volta l'amministrazione deve perseguire», p. 23; da ultimo il tema è stato ampiamente sviluppato dallo stesso A. in *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., p. 201 ss.

<sup>30</sup> Con ciò non si vuol dire che viene meno l'autoritarità del potere, essendosi prodotto, semmai, un mutamento delle sue forme di manifestazione: in generale, la forma più evidente della trasformazione delle modalità di manifestazione del potere si rinviene nella disciplina della partecipazione del privato al procedimento, contenuta nella l. n. 241 del 1990 che può culminare nella stipula di un accordo sostitutivo del provvedimento (art. 11). La dottrina ha parlato di modi di conclusione del procedimento diversi dal provvedimento, G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 281.

<sup>31</sup> In tal senso, di recente, si è espresso anche F.G. SCOCA, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 847, per il quale tuttavia anche tale criterio supererebbe, come il precedente, il criterio costituzionale fondato sulla distinzione tra diritto e interesse.

<sup>32</sup> La questione sarà affrontata nel Capitolo I. Per il momento basti il rinvio alla ricostruzione di G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., 210.

<sup>33</sup> Nei termini descritti la distinzione è accolta dalla dottrina, sia pure con sfumature diverse: da G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1954, p. 249 a E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1983, p. 267; sino a A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3, la cui posizione è stata variamente ripresa da Autori più recenti, su cui v. *infra*. Si veda in particolare, D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir., Annali III*, Milano, 2010, 51.

### 3. Il rapporto tra le due giurisdizioni

Alla stregua delle argomentazioni sin qui svolte, emerge come la qualificazione sostanziale dell'interesse legittimo e la compiuta tutela che ormai ad esso accorda l'ordinamento dinanzi al giudice amministrativo pongono in termini problematici la delimitazione del residuo spazio di tutela di cui il privato può disporre dinanzi al giudice ordinario, ove lamenti la lesione di diritti soggettivi e nelle controversie in cui si faccia questione di un provvedimento della pubblica amministrazione.

Da un altro punto di vista, l'ampliamento della giurisdizione amministrativa, generato dalla pluralità dei poteri processuali di cui oggi dispone il giudice amministrativo, potrebbe comprometterne la ragione giustificatrice: nel senso che, se il giudice amministrativo diventa giudice del rapporto tra il cittadino e l'amministrazione, il rischio è quello di avere due giudici del medesimo rapporto, con una possibile duplicazione della giurisdizione, che conduce, ancora una volta, allo smarrimento della regola di riparto.

Detto diversamente, il superamento della *specialità* del giudice amministrativo, piuttosto che consolidare il fondamento della giurisdizione amministrativa, rischia di condurre nella direzione contraria: quella di un definitivo superamento di un riparto tra le giurisdizioni, non più giustificato dalla diversa natura delle situazioni soggettive e in funzione di un ritorno all'*unità* della giurisdizione.

L'esigenza, al contrario, è quella di affermare la necessità di entrambi gli ordini di giurisdizione, fondata sulla altrettanto necessaria distinzione tra diritto e interesse, che superi l'oscillazione prima ricordata: per la quale la sostanziale coincidenza tra le due posizioni soggettive, perché entrambe appiattite sulla necessaria nozione di interesse legittimo per accedere alla tutela costitutiva di annullamento, ovvero perché elevate alla consistenza del diritto per aspirare alla pienezza di tutela, produca l'effetto di sottrarre terreno, o negare la ragione di esistenza, all'una o altra giurisdizione.

In tal senso, l'operazione che si rende necessaria è quella di individuare un criterio di riparto coerente con l'attuale quadro normativo, per verificare l'ambito delle due giurisdizioni, misurabile anche attraverso l'estensione dei rispettivi poteri processuali: nella costante prospettiva di supportare la necessità stessa del duplice ordine di giurisdizioni.

In altri termini, in presenza di un giudizio amministrativo strutturato per assicurare la pienezza di tutela dell'interesse legittimo, attraverso la pluralità delle azioni proponibili al giudice amministrativo, la linea di demarcazione tra le

due giurisdizioni non può più correre lungo l'opzione tra l'esistenza e la non esistenza del potere e, dunque, non può più fondarsi sulla necessità di poter formulare solo al giudice amministrativo la domanda di annullamento del provvedimento illegittimo. Viceversa, il confine tra le due giurisdizioni può essere tracciato sulla base della sussistenza o meno del potere *discrezionale*, alla stregua di un criterio che sembra trovare spazio anche nei più recenti orientamenti del giudice del riparto.

In particolare, la Corte regolatrice in alcuni casi ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario, e non del giudice amministrativo, perché il potere esercitato dall'amministrazione non ha natura costitutiva, ma si traduce in un mero accertamento<sup>34</sup>; in altri casi ha argomentato la giurisdizione ordinaria perché il potere esercitato non è un potere autoritativo<sup>35</sup>; ovvero, più esplicitamente, perché si tratta di un potere vincolato e non discrezionale<sup>36</sup>. Si tratta, com'è evidente, di nozioni che, rimandano a questioni di enorme rilievo teorico, rispetto alle quali non è possibile soffermarsi per evidenti ragioni di sintesi. È noto tuttavia che, nelle riflessioni della dottrina, il concetto di "atto vincolato" non è univoco, ma racchiude una pluralità di concetti: dall'atto vincolato come espressione di un potere di accertamento, ovvero come adempimento di un dovere, o ancora alla negazione dell'esistenza di un potere vincolato, sino alla formulazione della più ampia nozione di "attività vincolata"<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Si tratta di un orientamento consolidato: tra le pronunce più recenti si veda Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2012, n. 3496; Cons. Stato, sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3030; Cons. Stato, sez. VI, 26 settembre 2011, n. 5357; Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2010, n. 7975.

<sup>35</sup> Si veda ad esempio, Cass. sez. un., 25 marzo 2010, n. 7160.

<sup>36</sup> È il caso delle sentenze in materia di concessioni e revoca dei contributi pubblici: cfr. Cons. Stato, ad. plen., 29 luglio 2013, n. 17; analogamente, Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2013, n. 4327; sul punto V. FANTI, *La giurisdizione sulla revoca dei contributi pubblici e sulle graduatorie scolastiche ad esaurimento*, in E. Follieri, A. Barone (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, cit., p. 205 ss.

<sup>37</sup> In realtà, a fronte di un'ampia parte della dottrina che ammette la sussistenza di un potere vincolato e discrezionale, tra cui M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 266, parte della dottrina ritiene che la distinzione tra potere discrezionale e vincolato non esaurisca le modalità di estrinsecazione del potere: cfr. D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995, p. 231, che afferma la sussistenza di un potere di valutazione non discrezionale, p. 297 ss., che ha pur sempre fondamento in una norma, p. 363 ss. Altri ancora ritiene irrilevante la distinzione medesima pone in dubbio l'esistenza di poteri vincolati: così L.R. PERFETTI, *Per una sistematica dell'equità in diritto amministrativo. Principi istituzionali e regole della relazione tra società ed autorità*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 653. La sussistenza di poteri vincolati in contrapposizione al potere discrezionale è riconosciuta, come s'è visto, dalla scuola fiorentina e di recente, sull'eshaustività della dicotomia potere vincolato-potere amministrativo, si è espresso S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 327; per una diversa ricostruzione, si veda E. FOLLIERI, *Atto autoritativo e giurisdizione. Poteri di trasformazione e poteri di conservazione*, in *L'atto*

Nella consapevolezza che la collocazione di tali concetti in un'unica categoria risponde ad esigenze di sintesi e non tiene conto della vastità dei temi a cui essi rimandano, rimane, però, l'utilità del riferimento per descrivere una tendenza della giurisprudenza. La quale sembra ammettere la possibilità di distinguere, ai fini del riparto, le ipotesi in cui vi sia la spendita di potere discrezionale, dalle ipotesi in cui sia assente qualunque apprezzamento discrezionale, perché si tratta, appunto, di atto o attività vincolata, o perché si tratta di un potere di mero accertamento, ovvero manca il connotato dell'autoritarietà: al di là dell'adesione o meno alla nozione di atto o attività o potere vincolato, sembra cioè che, nell'interpretazione della giurisprudenza, ciò che conta, ai fini del riparto, sia la sussistenza o meno della discrezionalità come attributo del potere.

Il superamento della giurisdizione amministrativa come mera giurisdizione di legittimità, ma ugualmente necessaria per assicurare il controllo sull'esercizio del potere discrezionale e a tutela dell'interesse legittimo, può trovare conferma nella Costituzione, che offre ulteriori indicazioni volte ad assicurare la centralità delle esigenze di tutela del cittadino rispetto al pubblico potere<sup>38</sup>. Così, ad esempio, l'abrogazione del controllo di legittimità sugli atti delle regioni<sup>39</sup>, sottolinea la rilevanza delle disposizioni costituzionali che residuano (in particolare l'art. 24 e l'art. 113): funzionali a garantire la pienezza della tutela giurisdizionale delle pretese del cittadino nei confronti del pubblico potere, senza che tale tutela debba necessariamente passare attraverso la sola verifica della conformità alla legge del potere medesimo.

Più in generale, la giurisdizione amministrativa nell'assetto costituzionale

---

*autoritarivo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Annuario AIPDA 2011, Milano, 2012, p. 43. Con più specifico riguardo al potere vincolato, tra gli autori più recenti che si sono occupati del tema si veda D. SORACE, *Atto amministrativo*, cit., 51; sul potere di accertamento, in generale B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, Cedam, 2001, p. 97; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., p. 42; sull'attività vincolata, A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3. Per una recente ricostruzione del dibattito, F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., p. 432; F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *P.A.: Persona e Amministrazione*, 2017, 111; nonché S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 98 ss.

<sup>38</sup> Va condivisa, in tal senso, l'osservazione di L. R. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali: oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. Proc. Amm.* 2012, 850, secondo cui «è la pretesa che può essere agita nel diritto sostanziale che importa isolare, sicché possa ricevere protezione processuale se necessitata, più ancora che la concettualizzazione che consegue alla riconduzione ad una posizione soggettiva tradizionale», 854.

<sup>39</sup> L'art. 9 comma 2 della legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3, ha abrogato il primo comma dell'art. 125 Cost., secondo cui «il controllo di legittimità sugli atti amministrativi della Regione è esercitato, in forma decentrata, da un organo dello Stato, nei modi e nei limiti stabiliti da leggi della Repubblica. La legge può in determinati casi ammettere il controllo di merito, al solo effetto di promuovere, con richiesta motivata, il riesame della deliberazione da parte del Consiglio regionale».

può trovare il proprio fondamento già nell'art. 24 Cost. e nella necessità di assicurare la pienezza di tutela dell'interesse legittimo, attraverso il sindacato giudiziario sul potere discrezionale, che può essere affidato al solo giudice amministrativo, ma che non necessariamente deve consistere nella verifica della legittimità dell'atto amministrativo.

L'insieme delle disposizioni costituzionali in materia di giustizia amministrativa e, soprattutto, sul riparto tra le due giurisdizioni offre ulteriori argomenti di riflessione: nell'alternativa tra le due giurisdizioni e nell'individuazione dei rispettivi poteri processuali, la Costituzione stabilisce, infatti, alcuni punti di riferimento.

Il giudice amministrativo è il giudice *«per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi»* (art. 103 Cost.). Al giudice amministrativo è affidata anche la tutela dei diritti soggettivi, in determinate materie stabilite dalla legge; ma non è espressamente prevista l'ipotesi opposta, per la quale il giudice ordinario possa conoscere della tutela degli interessi legittimi. Il giudice ordinario è invece il giudice della tutela dei diritti soggettivi<sup>40</sup>, che eventualmente può avvenire anche attraverso il potere di annullare l'atto amministrativo (art. 113 Cost.): se, cioè, la cognizione dell'autorità giudiziaria è limitata ai soli diritti soggettivi, non anche agli interessi legittimi, deve desumersi che l'annullamento del provvedimento amministrativo da parte del giudice ordinario possa riguardare le sole ipotesi in cui tale provvedimento incida sui diritti soggettivi.

La conferma può essere colta in una nota sentenza della Corte Costituzionale: si tratta della sentenza 4 marzo 1970, n. 32, con la quale la Corte ha chiarito che l'ordinanza attraverso cui si esprime il potere sanzionatorio dell'amministrazione deve essere intesa quale *«atto dovuto e non atto discrezionale e la valutazione dell'entità della sanzione da applicare in concreto implica apprezzamento di merito e non apprezzamento discrezionale, cosicché non si può ravvisare alcun affievolimento del diritto soggettivo patrimoniale dell'interessato colpito dalla sanzione pecuniaria, ma, se mai, una eventuale violazione di un diritto soggettivo»*. In tal modo la Corte, nel qualificare la situazione giuridica soggettiva in termini di diritto soggettivo, implicitamente giudica infondata la questione non perché, laddove il giudice ordinario conosca di interessi legittimi, non ci sarebbe violazione degli artt. 24 e 113 Cost., ma perché, al contrario tale violazione è esclusa in quanto la norma affi-

---

<sup>40</sup> *«Il giudice ordinario è giudice dei diritti e la sua giurisdizione viene meno soltanto nei limitati casi in cui la cognizione, in considerazione dell'intreccio, difficilmente districabile per talune controversie, di figure giuridiche attive riconducibili all'una o all'altra categoria, è attribuita al giudice amministrativo»*, Corte Cost. sent. 6 luglio 2004, n. 204.

da al giudice ordinario la cognizione sui soli diritti soggettivi<sup>41</sup>.

Ciò significa che la legittimità costituzionale di una disposizione di legge, che affidi alla cognizione del giudice ordinario determinate materie in cui si faccia questione di un atto amministrativo, può essere ammessa laddove si affermi altresì il privato, a fronte di quel determinato atto, vanta un diritto soggettivo e non un interesse legittimo, poiché la sussistenza di un interesse legittimo preclude la cognizione del giudice ordinario.

Le considerazioni svolte consentono di affermare la permanente attualità dell'interesse legittimo e del suo giudice, che è assicurata anche dalla riaffermazione di uno spazio di tutela riconosciuto al giudice ordinario, laddove il potere incida sul diritto soggettivo. Sul duplice presupposto che, da un lato, esistano situazioni soggettive che anche di fronte al potere devono essere qualificate come diritti, poiché riempiono e circoscrivono uno spazio di protezione dell'individuo nei confronti dell'amministrazione, quando questa si pone come autorità<sup>42</sup>. Dall'altro lato, che è preclusa al giudice ordinario ogni cognizione sull'interesse legittimo, sicché la possibilità che questi possa annullare un provvedimento amministrativo (art. 113 Cost.) è ricondotta alla sola ipotesi che il provvedimento incida sui diritti.

Sotto questo punto di vista, il recupero della teoria della degradazione dei diritti, ma soprattutto il rinvio all'opposta concezione dei diritti resistenti<sup>43</sup>, può

---

<sup>41</sup> Considerazioni non dissimili, pur se originate da un altro quesito sottoposto al giudice delle leggi, si ritrovano nella recente sentenza Corte Cost., 2 febbraio 2016, n. 19: qui la Corte fa salva la discrezionalità del legislatore nel prevedere nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva, ma sostanzialmente condivide l'orientamento espresso dalle Corti superiori (Consiglio di Stato e Corte di Cassazione) nel ripartire la giurisdizione in materia di sovvenzioni e contributi tra giudice ordinario e giudice amministrativo, affermando che «*le controversie in tema di agevolazioni finanziarie sono attribuite alla giurisdizione amministrativa se riferite al momento genetico del rapporto, ovvero se - pur riguardando il momento funzionale - l'amministrazione abbia adottato un provvedimento discrezionale; spettano, invece, al giudice ordinario le controversie relative al momento funzionale, se l'atto che incide sulla posizione del privato consegue all'inadempimento e ha natura vincolata*».

<sup>42</sup> In tal senso, si condivide quanto osservato da B. TONOLETTI, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, in *Quaderni del Seminario di Studi e Ricerche Parlamentari Silvano Tosi*, n. 20, Torino, 2010, p. 121, che, nel far proprio l'insegnamento di Federico Cammeo, afferma che «*le questioni fondamentali del diritto amministrativo, e in particolare quelle relative alle situazioni soggettive, si riferiscono all'ambito in cui l'amministrazione agisca come autorità, perché è appunto questo agire come autorità a fare problema*», p. 125.

<sup>43</sup> L'orientamento in materia di diritti indegradabili, su cui cfr. in termini generali P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 377, è stato inaugurato da Cass. sez. un., n. 1463 del 1979 e non è stato mai del tutto abbandonato. Di recente è stato ripreso e agganciato, appunto, alla natura vincolata del potere. È il caso di alcune pronunce in materia di contenzioso elettorale amministrativo, aventi a oggetto questioni legate all'ineleggibilità, incompatibilità, decadenza e sospensione dalla carica. La materia è stata tradizionalmente attratta alla giurisdizione del giudice ordinario, sia pure con orientamento non sempre univoco e unanimemente accolto, sul presupposto che si tratti di questioni riguardanti

offrire utili spunti di riflessione. Si può, cioè, ritenere che il diritto resiste al potere, se si tratta di un potere vincolato, che non riserva una funzione all'amministrazione in ordine alla sussistenza o meno di determinati presupposti per la sua emanazione, con conseguente giurisdizione ordinaria: e, quindi, più correttamente, il potere è vincolato se incide su un diritto, del quale deve conoscere il giudice ordinario; viceversa il potere discrezionale ammette dinanzi a sé solo un interesse legittimo, per assicurare il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità, a garanzia della pienezza di tutela dell'interesse del privato<sup>44</sup>.

Com'è noto, l'ammissibilità di una relazione tra potere vincolato e diritto soggettivo, da un lato, e potere discrezionale e interesse legittimo, dall'altro, incontra un'obiezione classica, secondo la quale, mentre è comunemente ammesso che il potere discrezionale si relazioni con un interesse legittimo, non altrettanto pacifico è l'altro elemento del binomio evocato, secondo cui il potere vincolato possa relazionarsi con un diritto soggettivo<sup>45</sup>.

---

la tutela di un diritto soggettivo perfetto, legato alla titolarità del diritto di elettorato passivo; laddove, per converso, si ha la giurisdizione amministrativa per le questioni attinenti «*alla regolarità delle operazioni elettorali*», Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3826. In senso analogo può farsi riferimento agli orientamenti emersi in materia di insegnanti di sostegno: Cass. sez. un., 25 novembre 2014, n. 25011, che afferma la giurisdizione ordinaria in materia. Di contrario avviso si segnala Tar Palermo sez. III, 3 dicembre 2014, n. 3111, secondo cui la materia rientra necessariamente nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; tuttavia sulla questione si è poi pronunciato il Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023, nonché nuovamente il Tar Palermo, sez. III, 11 settembre 2017, n. 2139, affermando la giurisdizione del giudice ordinario. O ancora in materia di permesso di soggiorno: Cass. sez. un., 17 giugno 2013, n. 15115. Per una ricognizione della giurisprudenza nella delicata materia, si veda di recente, anche per l'ampia bibliografia riportata, S. D'ANTONIO, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio dello stato italiano*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, 534, la quale esprime delle perplessità in ordine all'effettività della tutela da parte del giudice ordinario, in assenza della specifica attribuzione dei relativi poteri processuali.

<sup>44</sup> Il riferimento è ad A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3.

<sup>45</sup> In tal senso cfr. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 495. In realtà, a fronte di un'ampia parte della dottrina che ammette la sussistenza di un potere vincolato e discrezionale, tra cui M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 266, parte della dottrina ritiene che la distinzione tra potere discrezionale e vincolato non esaurisca le modalità di estrinsecazione del potere: cfr. D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995, p. 231, che afferma la sussistenza di un potere di valutazione non discrezionale, p. 297 ss., che ha pur sempre fondamento in una norma, p. 363 ss. Altri ancora ritiene irrilevante la distinzione medesima ed esclude in radice l'esistenza di poteri vincolati: così L. R. PERFETTI, *Per una sistematica dell'equità in diritto amministrativo. Principi istituzionali e regole della relazione tra società ed autorità*, cit. La sussistenza di poteri vincolati in contrapposizione al potere discrezionale è riconosciuta, come s'è visto, dalla scuola fiorentina e di recente, sull'eshaustività della dicotomia potere vincolato-potere amministrativo, si è espresso S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., p. 327.

Invero, la tesi che qui si vuole prospettare non implica che l'equazione ricordata (potere vincolato/diritto soggettivo e potere discrezionale/interesse legittimo) debba operare in termini assoluti e univoci.

Come in parte s'è detto, l'ampliamento delle azioni da esercitare dinanzi al giudice amministrativo, oltre alla tradizionale azione costitutiva di annullamento, ha prodotto un preciso effetto sul piano del riparto di giurisdizione: cioè non è più predicabile l'alternativa secca tra l'annullamento del provvedimento, da formulare al giudice amministrativo, e le altre forme di tutela, risarcitoria, di condanna e di accertamento, da esercitare dinanzi al giudice ordinario.

Oggi l'interrogativo sulla giurisdizione si pone con riguardo alle azioni di risarcimento del danno che può conseguire all'agire scorretto dell'amministrazione, sicché se il danno è originato dalla lesione di un diritto soggettivo l'azione è esercitata dinanzi al giudice ordinario, se invece è conseguenza della lesione di un interesse legittimo la giurisdizione spetta al giudice amministrativo. Analogamente in caso di nullità del provvedimento: se questo incide su un diritto la declaratoria di nullità spetta al giudice ordinario, se ha ad oggetto un interesse legittimo la tutela è quella prevista dall'art. 31 c.p.a., dinanzi al giudice amministrativo.

Allo stesso modo, ammessa la possibilità di una regola del riparto che rimandi alla natura del potere, e non più alla sua esistenza, si manifesta la necessità di individuare il giudice competente in caso di provvedimento illegittimo: e quindi, alla stregua dell'art. 2 della legge abolitrice del contenzioso, si potrebbe concludere nel senso che se il provvedimento incide su un diritto soggettivo la giurisdizione spetta al giudice ordinario, se invece incide su un interesse legittimo, la stessa deve essere affidata al giudice amministrativo.

La questione, allora, converge sull'ammissibilità teorica di un provvedimento che incide sul diritto soggettivo<sup>46</sup>.

Si tratta di una possibilità che in un certo senso è implicitamente ammessa nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva: qui è lo stesso legislatore che riconosce che di fronte ad una data attività amministrativa, riconducibile all'esercizio del potere<sup>47</sup>, esiste un intreccio di situazioni giuridiche soggettive riconducibili all'interesse legittimo, come al diritto soggettivo. Inoltre, la possibilità di un provvedimento che incida su un diritto è stata riconosciuta dalla giurisprudenza e dalla dottrina, laddove, negli anni cinquanta, secondo la tesi della c.d. doppia tutela, si ammetteva la possibilità di una coesistenza di posizioni di diritto e di

---

<sup>46</sup> In dottrina, sulla possibilità che il provvedimento abbia dinanzi a sé un diritto v. per tutti G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 490.

<sup>47</sup> Secondo le indicazioni offerte dalla Corte Costituzionale nella sentenza 204 del 2004.

interesse in ordine ai medesimi rapporti, alla stregua di un modello assai simile a quello del *petitum* come criterio di riparto: sicché se la parte invocava la tutela del diritto soggettivo, doveva rivolgersi al giudice ordinario, se invece lamentava la lesione dell'interesse avrebbe dovuto impugnare il provvedimento al giudice amministrativo<sup>48</sup>. Non si vuole con ciò ipotizzare un ritorno alla tesi del *petitum* o un recupero della teoria della doppia tutela, perché entrambe le soluzioni si fondano sulla possibilità di una diversa consistenza delle posizioni soggettive all'interno dei medesimi rapporti: la possibilità, cioè, che dal medesimo atto amministrativo il privato possa derivare la lesione di un diritto o di un interesse.

L'esigenza che si ravvisa, al contrario, è quella di riconoscere che nella maggior parte dei casi la situazione soggettiva del privato a fronte del potere deve essere qualificata in termini di interesse legittimo, con conseguente giurisdizione amministrativa; ma è altresì possibile che, in taluni casi, il potere medesimo possa implicare la lesione di un diritto soggettivo, del quale, fuori dalle ipotesi di giurisdizione esclusiva, deve poter conoscere il giudice ordinario. Tali ipotesi possono essere legislativamente previste e, allora, il giudice ordinario avrà attribuito anche il potere di annullamento dell'atto, secondo quanto ammesso dall'art. 113 Cost. Ovvero può mancare l'espressa previsione normativa: in tal caso, ammessa in linea teorica la cognizione del giudice ordinario sull'atto amministrativo lesivo di un diritto, si tratta verificare quali poteri il giudice ordinario possa concretamente esercitare.

Sul punto, il potere più ampio che l'ordinamento assegna, in termini generali, al giudice ordinario nei riguardi dell'atto amministrativo è il potere di disapplicazione del provvedimento che non sia conforme a legge, in base al quale il giudice ordinario può accertare e dichiarare la sussistenza di un diritto soggettivo, «verificare, in via incidentale, la legittimità degli atti amministrativi»<sup>49</sup> e, conseguentemente, pronunciarsi sulla relativa disapplicazione dell'atto illegittimo ai fini della definizione della controversia<sup>50</sup>.

D'altra parte, la cognizione del giudice ordinario sul provvedimento è ammessa *solo* nel caso in cui lo stesso incida sui diritti e consente al giudice di effettuare *solo* il sindacato di legittimità, che conduca alla disapplicazione dell'atto ovvero al suo annullamento, laddove il giudice sia munito del relativo

---

<sup>48</sup> Cfr. Cons. Stato, IV sez., 20 dicembre 1950, n. 619, in *Giur. It.*, 1951, 33, con nota di E. GUICCIARDI, *Diritto, interesse e doppia tutela*; su tali questioni, anche per i rilievi critici formulati, cfr. P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., p. 70 ss.

<sup>49</sup> Cass. Sez. Un., 31 maggio 2016, n. 11387.

<sup>50</sup> Cass. Sez. Un. 7 luglio 2014, n. 15427.

potere ai sensi dell'art. 113 Cost. Ciò permette di sostenere che, se sul versante della giurisdizione amministrativa si può considerare ormai superata una concezione della stessa come mera giurisdizione di legittimità, sul versante opposto è possibile affermare che, nell'assetto costituzionale, il sindacato sulla legittimità del provvedimento amministrativo che incida sui diritti è riconosciuto al giudice ordinario come unica forma di controllo che l'autorità giudiziaria può esercitare sul potere pubblico. A tale sindacato si può correlare il generale potere di disapplicazione del provvedimento che l'ordinamento riconosce allo stesso giudice ordinario, ove questi verifichi la non conformità dell'atto alla legge, ovvero il più penetrante potere di annullamento dell'atto illegittimo, che deve essere espressamente attribuito dalla legge ordinaria, ai sensi dell'art. 113 Cost.

#### **4. Considerazioni conclusive: determinazione amministrativa e giudice ordinario**

L'esigenza di affermare uno spazio di tutela dei diritti in capo al giudice ordinario, nelle controversie in cui sia parte una pubblica amministrazione e ancorché sia emanato un atto della pubblica autorità, non è fine a se stessa, ma ha una propria ragion d'essere, profondamente connessa alle ragioni di esistenza della giurisdizione amministrativa, come giurisdizione sugli interessi legittimi.

La Costituzione ammette un riparto di giurisdizione fondato sulla distinzione tra diritto e interesse: inizialmente la coesistenza tra le due giurisdizioni era giustificata dal carattere specializzato della giurisdizione amministrativa, sicché il giudice amministrativo era il giudice dell'interesse legittimo e del provvedimento, il cui sindacato includeva il potere di annullamento dell'atto, mentre al giudice ordinario era devoluta la generalità della tutela dei diritti soggettivi. Oggi la compresenza dei due giudici trova la propria ragione di esistenza nell'art. 24 Cost. e nella necessità che il giudice amministrativo, che è giudice dell'interesse legittimo, ne assicuri la garanzia di difesa e la pienezza di tutela attraverso il controllo sull'esercizio del potere discrezionale, che non necessariamente si riduce al sindacato di legittimità del provvedimento amministrativo, poiché l'accertamento della legittimità/illegittimità del provvedimento è solo uno dei possibili modi attraverso cui assicurare la tutela del cittadino nei riguardi del potere pubblico. Il principio sembra oggi chiaramente affermato dall'art. 34 comma 3 del codice del processo amministrativo, laddove si afferma che ove «*nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più*

*utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori». La tutela costitutiva di annullamento, cioè, non è più il fulcro attorno al quale opera il giudizio amministrativo, ma è uno dei possibili modi attraverso cui l'ordinamento assicura la pienezza ed effettività di tutela dell'interesse legittimo.*

Al contempo, il giudice ordinario può esercitare il sindacato di legittimità sul provvedimento, ma può conoscerne solo se il provvedimento incida su diritti soggettivi, poiché è preclusa al giudice ordinario la cognizione sull'interesse legittimo e dunque sul potere discrezionale. Per tale ragione il sindacato del giudice ordinario sul provvedimento che incida sui diritti può essere solo un sindacato di legittimità che implichi eventualmente la disapplicazione del provvedimento illegittimo, ovvero si spinga sino all'annullamento, ove il relativo potere sia espressamente attribuito dalla legge ai sensi dell'art. 113 Cost.

In altri termini, la tutela del cittadino nei riguardi del pubblico potere e della determinazione che ne è espressione deve essere rimessa al giudice amministrativo, ove funzionale alla garanzia dell'interesse legittimo, e può articolarsi in una pluralità di rimedi processuali, sul presupposto che il sindacato del giudice amministrativo investa non solo il giudizio di conformità dell'atto rispetto alla legge, ma guardi al modo in cui è stato esercitato il potere discrezionale; per altro verso, la tutela nei riguardi del medesimo potere, fondata sul mero controllo di legittimità del provvedimento può essere affidata anche al giudice ordinario ove il potere incida sul diritto.

In tal senso, la giurisdizione amministrativa nel sistema costituzionale trova il proprio fondamento non più o non solo negli articoli 100 e 103 della Carta costituzionale, che espressamente riservano al giudice amministrativo la tutela degli interessi legittimi, tracciando il perimetro della giurisdizione di legittimità ed esclusiva, ma soprattutto nell'art. 24: che nell'affermare il diritto di difesa per la tutela dell'interesse legittimo, oltre che del diritto soggettivo, implicitamente ammette che lo stesso interesse legittimo possa e debba essere affidato alla cognizione di un giudice diverso dal giudice ordinario. Sicché il giudice amministrativo può essere qualificato il giudice dell'interesse legittimo: e, saldando il principio della pienezza di tutela dell'interesse legittimo, con il principio del giusto processo, il giudice amministrativo diviene il giudice del *giusto processo amministrativo*<sup>51</sup>.

In altre parole, al giudice amministrativo, in quanto giudice del potere di-

---

<sup>51</sup> Interessanti spunti di riflessione sul tema si colgono in F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2011, 1.

screzionale, l'ordinamento assegna oggi una pluralità di poteri, oltre alla generale tutela costitutiva di annullamento, per assicurare la pienezza ed effettività della tutela dell'interesse legittimo, giacché il sindacato sul corretto esercizio del potere discrezionale non passa più, necessariamente e unicamente, attraverso l'annullamento dell'atto illegittimo.

Se sul versante della giurisdizione amministrativa si può ritenere ormai superata una concezione della stessa come mera giurisdizione di legittimità, sul versante opposto è possibile affermare che, nell'assetto costituzionale, il sindacato sulla legittimità del provvedimento amministrativo che incida sui diritti è riconosciuto al giudice ordinario, come unica forma di controllo che l'Autorità giudiziaria possa esercitare sul potere pubblico. A tale sindacato si correla il generale potere di disapplicazione del provvedimento che l'ordinamento riconosce allo stesso giudice ordinario, ove questi verifichi la non conformità dell'atto alla legge, ovvero il più penetrante potere di annullamento dell'atto illegittimo, che deve essere espressamente attribuito dalla legge ordinaria ai sensi dell'art. 113 Cost.

Anche perché, se la Costituzione prevede che la legge deve individuare gli organi giurisdizionali muniti del potere di annullamento, superando così i limiti della legge abolitrice del contenzioso, dal punto di vista delle tutele del privato, la circostanza che il potere di annullamento sia esercitato dal giudice ordinario o dal giudice amministrativo potrebbe essere irrilevante. Sicché, l'esigenza di distinguere e di ripartire l'ambito delle due giurisdizioni deve ricondursi alla natura del potere e alla necessità che il sindacato sul potere discrezionale, e dunque sull'interesse legittimo, sia rimesso al solo giudice amministrativo.

Per concludere. Il fondamento del duplice ordine di giurisdizioni risiede, oggi, non più sul carattere *speciale* della giurisdizione amministrativa di legittimità, a garanzia dell'interesse legittimo, e sul corrispondente principio della *generalità* della tutela dei diritti affidata al giudice ordinario, che può giungere sino all'annullamento del provvedimento illegittimo che incida su diritti, secondo il modello tracciato dagli articoli 100 e 103 Cost., che fonda la giurisdizione del giudice amministrativo sugli interessi legittimi come giurisdizione di legittimità.

Nel corso degli anni, l'esigenza di un giudice preposto al controllo della discrezionalità ha continuato a rivestire un ruolo prioritario, nella prospettiva di assicurare la pienezza di tutela dell'interesse legittimo. Come è stato osservato, la figura soggettiva dell'interesse legittimo e il suo giudice, lungi dal rappresen-

tare una forma «*obsoleta e anacronistica*»<sup>52</sup>, espressione di un ingiustificato privilegio dell'amministrazione e responsabile di una ridotta modalità di garanzia nei riguardi degli amministrati, al contrario ha ampliato e continua ad ampliare le potenzialità di tutela del cittadino rispetto all'esercizio del pubblico potere.

L'intento è quello di riconoscere la perdurante attualità del giudice amministrativo e del suo sindacato sul potere discrezionale, poiché, se è vero che la complessa figura dell'interesse legittimo nel nostro ordinamento «*ha operato una restrizione dell'area che in altri ordinamenti è propria del diritto soggettivo*», deve altresì riconoscersi che «*attraverso l'interesse legittimo hanno trovato protezione nel nostro ordinamento, posizioni giuridiche che altrove sono destituite di tutela giurisdizionale*»<sup>53</sup> e che a tale risultato è stato possibile pervenire anche e soprattutto attraverso il decisivo contributo della giurisprudenza amministrativa<sup>54</sup>.

Senza perdere di vista l'esigenza che qui si vuole rappresentare, che è quella di una differenziazione tra diritto e interesse, che giustifichi la sussistenza del duplice ordine di giurisdizioni: da un lato il giudice amministrativo al quale affidare la tutela dell'interesse legittimo, che si relaziona con il potere discrezionale, attraverso pluralità delle azioni contenute nel Codice del processo amministrativo; dall'altro, il giudice ordinario, al quale riconoscere, nel rispetto della Costituzione, il sindacato sul provvedimento amministrativo, ove questo incida sui diritti.

---

<sup>52</sup> L'espressione è di S. COGNETTI, *Legge Amministrazione Giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 85, che manifesta la propria dura critica a tale modo di interpretare l'interesse legittimo.

<sup>53</sup> Così G. CORSO, *Il Consiglio di Stato nell'ordinamento costituzionale e amministrativo*, in S. Cassese (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1997, che fa l'esempio «*di buona parte degli interessi procedurali*», p. 38.

<sup>54</sup> In tal senso ancora G. CORSO, *op.cit.*, p. 39.