

# INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Avvertenza</i>	XVII

## I

### Profili introduttivi

1. Premessa introduttiva e presentazione della ricerca	1
2. Il quadro iniziale. Il problema del potere. Funzionalizzazione dell'interesse e rapporto non paritario	4
3. Soggettivizzazione dell'interesse e oggetto del processo nella sua originaria elaborazione	11
4. La concezione strumentale della situazione giuridica soggettiva che si pone nei confronti del potere amministrativo: un delicato equilibrio	16
5. La tutela giurisdizionale e la proposta di differenti concezioni strutturali della situazione giuridica che si confronta con il potere	20
6. Il pieno riconoscimento della dimensione sostanziale del privato e la crisi dell'interesse legittimo	27
7. L'attuale quadro di riferimento. Prospettive della ricerca e impostazione metodologica	32

## II

### Potere, situazioni giuridiche e accertamento giudiziale

#### SEZIONE I

Il potere come situazione giuridica soggettiva	36
1. Profili introduttivi	36

	<i>pag.</i>
2. La ricostruzione del potere tra figura di qualificazione deontica e situazione giuridica. Il carattere contenutistico del potere. Profili critici sulla negazione del valore concettuale della figura di potere	38
2.1. La concezione del potere in chiave oggettiva. Profili critici	48
3. La ricostruzione del potere come situazione giuridica soggettiva. Il potere come capacità speciale e come modalità deontica di un atto precettivo	57
3.1. La fattispecie della situazione giuridica di potere	61
4. La modalità deontica della situazione giuridica di potere. La problematica del potere discrezionale: inquadramento tecnico e rinvio	66
5. La caratterizzazione della situazione effettuale precettiva	69
5.1. Il carattere precettivo della situazione effettuale che deriva dall'esercizio di un potere vincolato. Non accoglimento dell'impostazione che nega la sussistenza di situazioni giuridiche di potere in tali ipotesi	73
6. La natura dell'effetto precettivo. La generale considerazione dell'efficacia costitutiva. Configurazione dell'efficacia dichiarativa come effetto di accertamento	77
7. Differenti figure di preclusione in ordine alla situazione giuridica di potere	80
8. Il criterio identificativo della situazione giuridica di potere. Carattere autodeterminato o eterodeterminato della situazione	82
8.1. ( <i>segue</i> ) Precisazioni. Criterio identificativo e discrezionalità dispositiva. Criterio identificativo ed esercizio procedurale del potere	84

## SEZIONE II

L'esercizio del potere attraverso un modello procedurale di accertamento. Il processo giurisdizionale dichiarativo	88
1. Il modello procedurale di accertamento come modulo di esercizio del potere. Il processo giurisdizionale dichiarativo come espressione di tale modello nell'esercizio del potere giurisdizionale. Duplice finalità della presente ricostruzione	88
2. Il modello di accertamento e i suoi differenti significati: l'accertamento come attività, come contenuto dell'atto e come effetto	90
3. L'accertamento come contenuto dell'atto di esercizio del potere giurisdizionale. L'oggetto dell'accertamento giurisdizionale. Struttura e natura dell'azione quale potere procedurale	91
3.1. Il ruolo dei fatti	101
4. L'accertamento come attività di verifica. Il modello procedurale nell'esplicazione strutturale del contraddittorio	102
5. L'accertamento come effetto di vincolo	107

	<i>pag.</i>
5.1. ( <i>segue</i> ) La natura del vincolo. Il rapporto tra giudicato formale e giudicato sostanziale. L'effetto di accertamento al di fuori dell'ambito del processo giurisdizionale	107
5.2. ( <i>segue</i> ) I caratteri del vincolo. L'intensità del vincolo, l'estensione oggettiva del vincolo, l'estensione soggettiva del vincolo	112
5.3. Il rilievo dei fatti in ordine al vincolo. La <i>Begründungstheorie</i> e i suoi criteri applicativi in ordine al potere	114
6. Il contenuto e gli effetti ulteriori dell'atto di esercizio del potere giurisdizionale. L'effetto di condanna	117
6.1. L'effetto costitutivo. Le differenti impostazioni. La tutela costitutiva come espressione (in talune ipotesi) della situazione procedurale, a rilevanza sostanziale, dell'azione concreta	121
6.2. ( <i>segue</i> )	128
6.3. Duplicità dell'analisi compiuta. Caratteri di un modello procedurale di accertamento per l'esercizio del potere e rapporto tra potere e accertamento giudiziale. Necessità di proseguire l'indagine	132
 SEZIONE III	
Il rapporto tra potere e accertamento giudiziale. Le tipologie di situazioni giuridiche coinvolte	134
1. Le differenti situazioni giuridiche che possono ravvisarsi nella vicenda di esercizio del potere. La situazione giuridica di potere. La situazione giuridica che deriva dall'esercizio del potere (la situazione potenzialmente o effettivamente 'incisa' dall'esercizio del potere). La situazione giuridica che si pone all'interno del rapporto con la situazione giuridica di potere. Differenti modelli di rapporto. Il loro accertamento giudiziale	134
2. La situazione giuridica di potere. L'accertamento giudiziale in ordine ad essa. Rilievi	136
3. La situazione giuridica incisa dall'esercizio del potere. Il suo accertamento giudiziale	142
3.1. Il potere quale modalità optativa di avvalersi di un effetto già prodotto ma non operativo. La tesi di A. Piras. Le conseguenze dell'accertamento giudiziale. Non accoglibilità di tale ricostruzione del potere	143
3.2. L'accertamento giudiziale della situazione effettuale come prodotta sul piano sostanziale. Non accoglibilità di tale ricostruzione e delle sue conseguenze	156
3.3. L'accertamento giudiziale della situazione giuridica incisa dal potere come idoneo a definire la regolamentazione del rapporto e a precludere l'esercizio del potere. Non accoglibilità di tale ricostruzione e delle sue conseguenze	159

	<i>pag.</i>
3.4. La differente portata precettiva della pronuncia di condanna	165
3.5. Generale carattere non risolutivo dell'accertamento della situazione giuridica incisa dall'esercizio del potere	168
4. La situazione giuridica che si pone in rapporto con la situazione di potere. Necessità di individuare i suoi caratteri. Rinvio	171

### III

#### La situazione giuridica che si pone in rapporto con la situazione di potere

1. Inquadramento generale della struttura di tale situazione giuridica	174
1.1. Generale carattere relazionale delle situazioni giuridiche	175
1.2. Il concetto di pretesa quale figura di qualificazione deontica rispetto ad una situazione di potere che si pone nei termini della doverosità. La rilevanza giuridica di una pretesa ad un atto precettivo e i suoi caratteri a fronte di un potere discrezionale. Necessità dell'indagine	178
2. La costruzione pubblicistica dell'interesse legittimo e il suo carattere di funzionalizzazione. Il rilievo del potere discrezionale	184
2.1. L'interesse legittimo come situazione giuridica caratterizzata da una <i>strumentalità indiretta</i> rispetto al proprio oggetto. In particolare, le tesi di M. Nigro, F.G. Scoca e L. Bigliazzi Geri. Inaccoglibilità del carattere della strumentalità indiretta	188
2.2. La dimensione dialogica dell'interesse legittimo quale situazione a <i>strumentalità indiretta</i> . Inidoneità di tale carattere a spostare i termini della conclusione raggiunta. Spunti in ordine al rilievo della funzionalizzazione sotto un profilo strutturale	203
3. La mancanza di autonomia concettuale di quella che si è definita <i>strumentalità indiretta</i> e crisi della concezione dell'interesse legittimo	216
3.1. La concezione della situazione giuridica che si confronta con il potere come situazione avente ad oggetto un'utilità strumentale. Critica alla risoluzione nell'obbligazione senza prestazione. Possibile considerazione di obblighi di prestazione rispetto ad una situazione giuridica di pretesa ad un'utilità strumentale	221
3.2. La pretesa all'utilità strumentale. L'impostazione di A. Orsi Battaglini e della Scuola fiorentina. In particolare, la tesi di L. Ferrara come diritto di credito alla possibilità normativa del risultato favorevole	227

	<i>pag.</i>
4. Generale inaccogliabilità della tesi esaminata in ragione della ricostruzione della struttura del potere da noi accolta. Rimodulazione della tesi in termini strutturali. Possibile accogliabilità in via generale della tesi come riformulata. Necessità di verifica della sua accogliabilità in relazione al potere amministrativo	238
4.1. Soggettivismo e oggettivismo del potere pubblico. Il rapporto tra Stato e società civile nelle differenti ricostruzioni. Inaccogliabilità della tesi della pretesa alla possibilità normativa del risultato favorevole in ordine al potere amministrativo. Non condivisibilità della svalutazione della funzionalizzazione sotto il profilo strutturale. Inaccogliabilità dell'impostazione oggettiva nelle sue compiute conseguenze	243
4.2. ( <i>segue</i> ) Ulteriori rilievi. Necessità di prosecuzione della ricerca	254
5. La situazione giuridica che si pone in rapporto ad un potere discrezionale come pretesa all'utilità finale	259
5.1. Le diverse modalità ricostruttive attraverso cui questa può porsi	264
6. La prima modalità ricostruttiva. Negazione della distinzione tra discrezionalità e attività di accertamento. Inaccogliabilità di tale ricostruzione. Rinvio	266
7. La seconda modalità ricostruttiva. L'elemento discrezionale come estraneo al potere ampliativo e afferente ad un potere estintivo o impeditivo. Inaccogliabilità di tale ricostruzione	270
8. La terza modalità ricostruttiva. L'elemento discrezionale come scelta che sia stata effettuata	272
8.1. Discutibile ascrivibilità a tale scenario della tesi del diritto all'effetto/al non effetto di M. Fornaciari. Critica della tesi. Sostanziale non riconducibilità al filone in esame	272
8.2. Il rapporto inteso in senso dinamico. La tesi di G. Greco. Critica	279
8.3. Distinzione tra rapporto inteso in senso compiutamente dinamico (a staticizzazione necessaria nel giudizio) e rapporto inteso in senso 'staticizzato' (a staticizzazione non necessaria) nella loro configurazione di una pretesa all'utilità finale	291
9. Differenza tra rapporto in senso compiutamente dinamico e rapporto in senso 'staticizzato', entrambi rivolti all'utilità finale, da un lato, e rapporto in senso statico, concernente la pretesa all'utilità strumentale, dall'altro. Il rapporto inteso in senso staticizzato come fondamento di una situazione giuridica strutturalmente peculiare, avente ad oggetto l'utilità finale. La tesi di A. Romano Tassone. Rilievi critici. Spunti ricostruttivi	296

## IV

## Potere amministrativo, accertamento giudiziale e preclusioni

## SEZIONE I

L'attuale declinazione dell'oggetto del processo amministrativo 303

1. Profili generali. Necessità di valutare l'attuale declinazione dell'oggetto del processo amministrativo. Critica al valore concettuale delle formule 'giudizio sull'atto' e 'giudizio sul rapporto' 304
2. L'oggetto del processo amministrativo di annullamento. I profili di legittimità fatti valere ed esaminati dal giudice. L'oggetto del giudizio come diritto potestativo/azione concreta all'annullamento dell'atto. L'effetto conformativo come condanna implicita. Perplessità sulle conseguenze di tale ricostruzione 305
  - 2.1. La natura del giudizio di ottemperanza. Rilievi critici in ordine alla possibilità della sua configurazione come processo prettamente esecutivo in relazione ad una pronuncia di annullamento. Perplessità in ordine all'oggetto del giudizio 312
3. L'oggetto del giudizio di annullamento nell'ipotesi prevista dall'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990. Inaccogliibilità della tesi per cui l'oggetto del giudizio è l'intero rapporto 319
4. L'azione di condanna ad un *facere* e l'oggetto del relativo giudizio. Necessità, per la compiuta declinazione di quest'ultimo, di una precisa definizione della situazione giuridica che si pone in rapporto con il potere 324
  - 4.1. I limiti della condanna ad un *facere* di cui all'art. 31, co. 3, c.p.a. Loro riferibilità alla situazione soggettiva fatta valere 326
  - 4.2. Il limite dei poteri non ancora esercitati di cui all'art. 34, co. 2, prima parte, c.p.a. Differenti teorizzazioni. Rapporto con i limiti di cui all'art. 31, co. 3, c.p.a. 328
  - 4.3. Il limite dei poteri non ancora esercitati come riconducibile unicamente alla precisazione dell'ambito della giurisdizione amministrativa. I limiti della condanna ad un *facere* come riferiti alla situazione soggettiva fatta valere. Inaccogliibilità di una loro considerazione come limiti processuali ulteriori 338
  - 4.4. Necessità di raccordarsi ad una precisa ricostruzione della situazione giuridica 345

## SEZIONE II

Preclusioni e accertamento giudiziale

1. Possibili preclusioni sostanziali e processuali ulteriori rispetto all'accertamento giudiziale 346

	<i>pag.</i>
1.1. La tesi della simmetria procedurale di M. Clarich. Il suo legame con il processo impugnatorio. Critica	349
1.2. La tesi del valore preclusivo del preavviso di rigetto. Inaccogliabilità di tale interpretazione dell'istituto	355
1.3. La tesi della struttura normativa che caratterizza il potere amministrativo, con riferimento alla motivazione, di M. Trimarchi. Rilievi critici. Spunti ricostruttivi	358
2. Le preclusioni configurate in giurisprudenza	373
2.1. La tesi del <i>second shot</i> . Critica	373
2.2. La tesi dell'insanabile frattura del rapporto di fiducia dovuto all'agire reiteratamente capzioso, critico e contraddittorio. Critica	376
3. Conclusioni in ordine alla configurabilità di preclusioni	381

## V

### La situazione giuridica a rilievo sostanziale oggetto del processo amministrativo. I caratteri della situazione giuridica soggettiva

1. Riassunto dei profili svolti	384
2. Il modulo procedurale del potere amministrativo. La funzione come farsi della decisione	387
2.1. La caratterizzazione soggettiva del modello procedurale. La funzione amministrativa come processo volto alla decisione sul porre in essere o meno la relativa situazione effettuale. Negazione della struttura di codecisione. La conseguente caratterizzazione delle situazioni giuridiche	395
2.2. La caratterizzazione oggettiva del modello procedurale. Il modello procedurale di accertamento e il problema dell'attività discrezionale. La caratterizzazione della situazione giuridica sostanziale	410
3. Necessità di ricostruire il contenuto dell'attività di accertamento	416
3.1. La qualificazione giuridica e l'interpretazione. Le differenti tesi sul punto	417
3.2. Impossibilità di delineare l'attività di accertamento utilizzando come criterio la presenza o meno di una scelta. Scomposizione della discrezionalità in discrezionalità conoscitiva, teleologica e dispositiva. La presenza della discrezionalità teleologica come necessità di determinazione di un criterio di preferenza tra valori	427

	<i>pag.</i>
3.3. Relatività del criterio proposto. Il potere è sempre funzionale al perseguimento di un valore. La presenza di discrezionalità teleologica non dipende da una scelta meramente tecnica rinvenibile nel dato normativo, ma dalla scelta dell'ordinamento in ordine alla partecipazione del soggetto nella determinazione del valore	439
3.4. La rilevanza dell'elaborazione del criterio di preferenza per l'ordinamento. La rilevanza soltanto indiretta attraverso le clausole generali. La rilevanza diretta attraverso la predisposizione di un modello procedurale di accertamento. La struttura della situazione giuridica dipende dal modello scelto dall'ordinamento	443
3.5. ( <i>segue</i> )	446
3.6. L'accertamento, come valore espresso dall'ordinamento nella scelta del modello procedurale, caratterizza la struttura della situazione giuridica soggettiva di potere, quale conseguenza del modello normativo della funzione. Il preservarsi degli spazi sostanziali di scelta discrezionale e l'equiparazione normativa sul piano procedurale	450
4. I caratteri della situazione giuridica di potere in relazione al modello procedurale. La connotazione del modello procedurale amministrativo quale modello processuale di accertamento	456
4.1. La situazione giuridica di potere e la situazione che con il potere si confronta. Poteri ufficiosi e su istanza di parte, interessi oppositivi e pretenitivi	460
4.2. Rilievi conclusivi sulla situazione giuridica (a rilievo sostanziale) che si confronta con il potere	468
5. La staticizzazione della situazione giuridica. L'accertamento come contenuto dell'atto	470
5.1. Pluralità di situazioni giuridiche rispetto alle quali si esplica l'accertamento	471
5.2. Staticizzazione e contenuto degli atti procedimentali	473
6. Il modello procedurale di accertamento e l'effetto di accertamento. La sua generale estendibilità all'atto amministrativo	475
6.1. La problematica dell'efficacia dichiarativa dell'atto amministrativo	482
6.2. L'ipotesi ricostruttiva sull'effetto di accertamento	495
6.3. Specificazioni sull'efficacia del vincolo	503
6.4. Effetto di accertamento e contenuto degli atti procedimentali	504
7. Profili riassuntivi delle conclusioni raggiunte	507
7.1. Staticizzazione del rapporto in ordine al contenuto della decisione e sindacato del giudice	508

**VI**

## Considerazioni ulteriori

La situazione giuridica a rilievo sostanziale  
quale oggetto del processo amministrativo.

Le situazioni giuridiche (prettamente) procedurali

- |    |   |     |
|----|---|-----|
| 1. | Profili conclusivi in ordine alla parte I del lavoro e proseguo dell'indagine | 515 |
| 2. | La situazione giuridica e l'oggetto del processo amministrativo               | 520 |
|    | 2.1. ( <i>segue</i> ) Il declinarsi della modalità di tutela                  | 521 |
| 3. | L'assetto del giudizio in ordine alla situazione giuridica individuata        | 524 |
| 4. | Le situazioni giuridiche (prettamente) procedurali                            | 527 |

*Indice degli autori*

531