



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE

CICLO XXVIII

COORDINATORE Prof.ssa Barsotti Vittoria

LA DISPONIBILITA' DELL'INTERESSE LEGITTIMO

Settore Scientifico Disciplinare IUS/10

Dottorando

Dott.ssa Vivarelli Benedetta

Tutore

Prof. Ferrara Leonardo

Coordinatore

Prof.ssa Barsotti Vittoria

Anni 2012/2015

SOMMARIO

PREMESSA.....	6
PRIMA PARTE.....	10
CAPITOLO I. IL DIRITTO SOGGETTIVO E IL CONCETTO DI DISPONIBILITÀ NEL SISTEMA CIVILISTICO.....	11
1. <i>Il diritto soggettivo: natura e conformazione strutturale.</i>	11
2. <i>Il diritto di credito e il rapporto giuridico (cenni).</i>	20
3. <i>Disponibilità e indisponibilità dei diritti: caratteristiche e implicazioni.</i>	26
4. <i>Indisponibilità del diritto e inderogabilità della legge.</i>	41
CAPITOLO II. LA DISPONIBILITÀ DELL'INTERESSE LEGITTIMO.....	54
1. <i>Introduzione.</i>	54
2. <i>La disponibilità dell'interesse legittimo.</i>	56
3. <i>La (in)trasmissibilità dell'interesse legittimo nella giurisprudenza: critiche e interpretazioni alternative.</i>	67
4. <i>(segue) Spunti interpretativi sulla trasmissibilità dell'interesse legittimo. I diritti edificatori.</i>	75
5. <i>La rinuncia all'interesse legittimo.</i>	82
6. <i>La transazione degli interessi legittimi.</i>	91
7. <i>Gli accordi ex art. 11, l. n. 241/1990: dalla disponibilità dell'interesse legittimo alla disponibilità del pubblico potere.</i>	102
SPUNTI DI RIFLESSIONE TRA LA PRIMA E LA SECONDA PARTE: DALLA SOSTANZA AL PROCESSO	110
SECONDA PARTE	114
CAPITOLO I. L'ORDINE DI ESAME DEI MOTIVI DEL RICORSO E LA SUA DISPONIBILITÀ	115
1. <i>Introduzione.</i>	115
2. <i>L'ordine di esame dei motivi del ricorso e l'assorbimento improprio: principi e regole.</i>	116

3. (segue) <i>Le deroghe alla determinazione dell'ordine dei motivi: questioni di rito e vizio di incompetenza.</i>	130
4. <i>L'applicazione della giurisprudenza amministrativa.</i>	137
5. <i>La disponibilità dell'ordine di esame dei motivi tra diritto sostanziale ed effettività della tutela.</i>	148
CAPITOLO II. IL PRINCIPIO DI NON CONTESTAZIONE DAL PROCESSO CIVILE AL PROCESSO AMMINISTRATIVO	156
<i>Introduzione.</i>	156
PRIMA SEZIONE	157
1. <i>Le origini: il principio di non contestazione nel processo civile.</i>	157
2. (segue) <i>L'affermazione di un generale principio di non contestazione nella giurisprudenza civile.</i>	162
3. <i>La legge n. 69/2009 e la riforma dell'art. 115 c.p.c.</i>	167
<i>i problemi aperti del principio di non contestazione.</i>	167
SEZIONE SECONDA	174
1. <i>Il principio di non contestazione nel processo amministrativo: origini giurisprudenziali e connessione con il processo civile.</i>	174
2. <i>Il sistema istruttorio nel processo amministrativo alla luce del d.lgs. n. 104/2010 (cenni).</i>	181
3. <i>Il principio di non contestazione ai sensi dell'art. 64, comma 2, d.lgs. n. 104/2010: problematiche interpretative e applicative.</i>	189
4. <i>Il principio di non contestazione quale elemento a favore di una nuova concezione di interesse legittimo.</i>	198
5. <i>L'applicazione giurisprudenziale del principio di non contestazione: elementi generali e casistica.</i>	200
CAPITOLO III. LA DISPONIBILITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE: LA COMPROMETTIBILITÀ IN ARBITRATO DEGLI INTERESSI LEGITTIMI.....	208
1. <i>Introduzione.</i>	208

2. <i>La disponibilità della tutela giurisdizionale: l'arbitrabilità costituzionalizzata. Cenni sulla rinuncia al ricorso.</i>	211
3. <i>L'inammissibilità dell'arbitrato di diritto amministrativo nel panorama antecedente alla l. n. 205/2000 (cenni).</i>	217
4. <i>L'articolo 6 della legge n. 205/2000 e l'art. 12 del d.lgs. n. 104/2010.</i>	223
5. <i>Note critiche sulla non compromettibilità in arbitrato degli interessi legittimi.</i>	231
5.1. <i>La disponibilità come unico criterio di operatività dell'arbitrato nel diritto amministrativo.</i>	231
5.2. <i>La compromettibilità in arbitrato degli interessi legittimi.</i>	239
6. <i>Arbitrato e interesse legittimo: le vertenze sul risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi.</i>	245
OSSERVAZIONI CONCLUSIVE: LA SIMILARITÀ STRUTTURALE TRA DIRITTO SOGGETTIVO E INTERESSE LEGITTIMO	252
BIBLIOGRAFIA.....	263

PREMESSA

La disponibilità dell'interesse legittimo si rivela centrale per interpretare l'intero sistema amministrativo¹. La tematica, infatti, è solo apparentemente specifica: attraverso tale qualifica è possibile cogliere le linee evolutive generali della relazione giuridica che lega il privato all'amministrazione.

Dal punto di vista funzionale, la disponibilità si concretizza in vicende abdicative o traslative e rientra nel più generale potere di autonomia negoziale dei privati, che può essere derogato solo in casi particolari.

L'indisponibilità, pertanto, ha natura eccezionale e l'analisi che segue è improntata a distinguerne due *species*: intrinseca ed estrinseca.

Quest'ultima si manifesta in ipotesi espressamente tipizzate dal legislatore e accomunate dalla presenza di interessi extraindividuali che limitano (o eliminano) l'autonomia dei privati titolari. In tali casi l'indisponibilità non è una caratteristica originaria dell'interesse presupposto, ma opera nella fase di esercizio della situazione giuridica.

L'indisponibilità intrinseca, invece, è attributo strutturale di alcune figure soggettive ed è questo il profilo di maggior interesse interpretativo: le situazioni per natura non disponibili sono quelle *personali* – e non patrimoniali – inscindibili dal titolare. Ne costituiscono esempio i diritti alla vita e all'integrità fisica, al nome e all'immagine, all'onore e alla libertà individuale e, in generale, tutte le posizioni strettamente inerenti al titolare e funzionali a esigenze di natura esistenziale e personale.

La portata del fenomeno dell'indisponibilità è generale. Lo studio muove dal sistema civilistico e dal concetto di diritto soggettivo per poi spostarsi sull'interesse legittimo che, secondo l'opinione tradizionale, è indisponibile in quanto inserito in vicende a carattere pubblicistico. La qualifica, quindi, deriverebbe da elementi esterni, ma coesistenti con la situazione giuridica: il potere amministrativo e l'interesse generale.

La trattazione pone in evidenza, invece, l'evoluzione sostanzialistica della figura indicata, evidenziandone in primo luogo l'essenza patrimoniale e individuale. La pretesa che il privato vanta verso l'apparato pubblico, infatti, è posta a garanzia di interessi economici o comunque in tal senso valutabili, non potendo invece riflettersi in interessi morali o personalissimi. Al contempo, l'interesse legittimo, sebbene inserito nell'ambito di una vicenda pubblicistica, rientra nell'esclusiva sfera del privato: difetta, quindi, una reciprocità biunivoca tra esso e il pubblico potere.

¹ La disponibilità dell'interesse legittimo è stata sporadicamente considerata da gran parte della dottrina rispetto a questioni di impatto più immediato. In questo senso si rimanda alle considerazioni di F. G. Scoca, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, p. 37, che osserva come l'argomento sia stato «assai poco studiato»; nello stesso senso anche M. Del Signore, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 191.

Dagli elementi indicati consegue la configurazione *strutturalmente disponibile* dell'interesse legittimo, pur residuando la possibilità di verificare caso per caso la sussistenza di limiti legali al potere dispositivo. Nello studio sono esaminate, quindi, le vicende che riguardano la sfera *dinamica* della situazione soggettiva in questione: trasmissibilità/alienabilità, rinuncia, transazione, accordi *ex art.* 11, L. n. 241/1990. In tal modo il profilo strutturale viene associato a quello funzionale, attinente alla possibilità per il titolare di compiere negozi a contenuto dismissivo.

Le caratteristiche, già indicate, dell'interesse legittimo si riflettono anche sul fronte della tutela giurisdizionale, come emerge dall'evoluzione del sistema verso un giudizio di tipo soggettivo: l'interrelazione tra la natura sostanziale e individuale dell'interesse legittimo e il principio soggettivistico si traducono nella vigenza del principio processuale dispositivo. Dovrebbe spettare esclusivamente alle parti la delimitazione dell'oggetto della cognizione e della decisione giudiziale, a favore altresì della terzietà e imparzialità dell'organo adito.

Oggetto di studio, quindi, è l'effettivo livello di autonomia che il privato ha nel momento patologico del rapporto e, più precisamente, nella scelta sull'*an* e sul *quomodo* della tutela. In questa chiave si esamina la portata e la ragione per cui tuttora sussistono, nel processo, poteri giudiziali d'ufficio. Qualsiasi ingerenza dell'organo decidente, infatti, mina il potere dispositivo delle parti nel processo e dovrebbe trovare giustificazione nell'esigenza di garantire protezione pubblicistica a situazioni soggettive a carattere non esclusivamente individuale. Ciò trova riscontro nel sistema civilistico, ove la protezione giurisdizionale dei diritti intrinsecamente indisponibili è <<faccenda di ordine pubblico>>², rispetto alla quale è necessario prevedere la possibilità di un intervento attivo statale.

Il legame tra la tutela dell'interesse legittimo e la natura *disponibile* del medesimo è messa in evidenza mediante l'analisi di tre profili indicativi: l'ordine di esame giudiziale dei motivi del ricorso, il principio di non contestazione, l'arbitrato.

La doppia prospettiva, sostanziale e processuale, in cui si articola il lavoro fa emergere l'interazione tra i due ambiti, che convergono verso il medesimo risultato:

² Cfr. G. Gitti, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, in particolare p. 260: <<il diritto all'identità personale e al nome, il diritto all'integrità fisica e tutti i diritti fondamentali ed inviolabili di libertà sono infatti situazioni soggettive la cui tutela è, anche sul piano civilistico, faccenda di ordine pubblico e perciò stesso campo di elezione dell'attività del pubblico ministero nell'ambito del diritto privato., la nullità dei *negozi* o degli atti che abbiano ad oggetto, o comunque coinvolgano, diritti *generali* non solo è assoluta, e cioè rilevabile da chiunque ne abbia interesse come pure d'ufficio dal giudice, ma può anche esser fatta valere dal pubblico ministero - <<nelle cause che egli stesso potrebbe proporre>> (artt. 69 e 70 c.p.c.) e in ogni altra causa in cui, ravvisandovi un "pubblico interesse", egli decida di intervenire (artt. 70, terzo alinea e 72, secondo alinea, c.p.c.) - come pure dal giudice tutelare (art. 320, terzo alinea, c.c.) o dal Tribunale (art. 375 c.c.) per negare l'autorizzazione, tra atti di disposizione, anche a transazioni che abbiano ad oggetto, o comunque coinvolgano, diritti *generali* dei minori>>.

la disponibilità dell'interesse legittimo deriva infatti dalla disciplina legislativa³, sostanziale⁴ e processuale. Le obiettive difficoltà concettuali delle questioni analizzate sono rese ancor più complesse da un sistema in continua trasformazione, come tale caratterizzato da un'alta percentuale di instabilità, nel quale le lacune della legge non devono costituire un alibi, ma uno stimolo per dare nuovo impulso allo sviluppo del sistema amministrativo verso la valorizzazione dell'individuo.

³ Concordi nell'approccio metodologico – nonostante pervenga a conclusioni non condivisibili – sono L. Bigliuzzi Geri, U. Breccia, F. D. Busnelli, U. Natoli, *Diritto Civile*, Torino, 1988, in particolare p. 270: <<L'osservazione della norma costituisce lo strumento preferenziale ai fini di un'analisi strutturale sulle situazioni giuridiche soggettive. La norma si compone di due parti, quella ipotetica, che prevede l'instaurarsi di certe condizioni di fatto da cui sorge oggettivamente una situazione di interesse e l'altra dispositiva che tende a ricollegare alla situazione di fatto una determinata situazione (conseguenza) predisposta dalla legge in funzione di realizzazione di tale interesse. Si realizza così un processo di qualificazione tramite cui gli interessi – presupposti sono elevati a rango di situazioni soggettive>>.

⁴ Si veda V. Domenichelli, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato: riflessioni e interrogativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, pp. 227 e ss., che mette in rilievo il carattere prioritario della sfera sostanziale, rispetto alla quale la tutela interviene in un secondo momento. Si veda in particolare p. 236: <<la disponibilità del diritto non può discendere dalle regole sulla giurisdizione, ma solo dalle norme sostanziali che lo disciplinano, dal rapporto cioè fra diritto e norma sostanziale, essendo il processo "strumento" di tutela del diritto e non risolvendosi il diritto sostanziale nel processo>>. Così anche M. Antonioli, *Arbitrato e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, pp. 326 e ss.

PRIMA PARTE

CAPITOLO I

IL DIRITTO SOGGETTIVO E IL CONCETTO DI DISPONIBILITÀ NEL SISTEMA CIVILISTICO

SOMMARIO. 1. Il diritto soggettivo: natura e conformazione strutturale. – 2. Il diritto di credito e il rapporto giuridico (cenni). – 3. Disponibilità e indisponibilità dei diritti: caratteristiche e implicazioni. – 4. Indisponibilità del diritto e inderogabilità della legge.

1. *Il diritto soggettivo: natura e conformazione strutturale.*

Il concetto di disponibilità delle situazioni giuridiche soggettive ha origine nel diritto civile. È da tale branca, quindi, che occorre muovere i primi passi di questo lavoro.

Innanzitutto, l'attenzione deve focalizzarsi sulla figura del diritto soggettivo, la cui analisi strutturale costituisce il presupposto fondante ai fini di uno studio delle sue caratteristiche (tra le quali la disponibilità).

La definizione di diritto soggettivo è tutt'altro che scontata⁵, nonostante che esso costituisca un concetto cardine non limitato esclusivamente all'ambito civilistico⁶,

⁵ Il difficile inquadramento del diritto soggettivo è evidente dalla mole di studi che si sono sviluppati sul tema. Cfr. R. Orestano, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, Bologna, 1978 e Id., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987. Parlano di «varietà di accezioni del diritto soggettivo» G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarnieri, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Sacco, *Il diritto soggettivo*, in R. Sacco (diretto da) *Trattato di Diritto Civile*, Torino, 2001, p. 63. Si veda altresì P. Rescigno, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1975, pp. 236 e ss., che ha evidenziato l'indeterminatezza del concetto, causata dall'ampiezza della portata dello stesso: «La figura di prerogativa dotata di maggior ampiezza di libertà, per il privato a cui è accordata, rimane il diritto soggettivo. L'affermazione vale sotto il profilo concettuale e storico, e sotto il profilo pratico. La legge parla di “diritto”, e intende “diritto soggettivo”, a proposito dei poteri del proprietario, del titolare di un diritto reale su cosa altrui, del creditore; e alla “tutela dei diritti” (ancora, s'intende, “dei diritti soggettivi”) intitola un intero libro (sesto) del codice civile». È stato anche detto che a fronte dell'eterogeneità delle impostazioni sul diritto soggettivo non avrebbe più senso cercarne una definizione unitaria, soprattutto perché l'istituto non ha nell'ordinamento una disciplina generale e valevole per tutte le multiformi varietà in cui esso si presenta, cfr. R. Sacco, *Il possesso*, Milano, 1988, p. 354, nonché P. G. Monateri, *Diritto soggettivo*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1990, pp. 411 e ss., in particolare p. 420. Peraltra, a motivo del mancato raggiungimento di una visione concorde, da parte di alcuni Autori si è addirittura parlato di crisi del diritto soggettivo, cfr. G. Ballardore Pallieri, *Diritto soggettivo e diritto reale*, in *Jus*, 1952, pp. 1 e ss.; cfr. altresì R. Alessi, *La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo e i suoi possibili riflessi nel campo del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir.*

Il diritto soggettivo ha da sempre assunto un ruolo centrale all'interno del sistema giuridico privato⁷, per la correlazione tra l'elemento volontaristico che lo caratterizza e l'essenza dell'ordinamento civile quale settore delle libere azioni dei consociati⁸.

Il riferimento principale nell'origine e nello studio del diritto soggettivo è la Germania: in Italia la nozione ha iniziato ad assumere importanza soltanto nel momento in cui le elaborazioni dottrinali, dapprima ispirate al sistema francese, hanno volto lo sguardo agli studi tedeschi⁹, svincolandosi dagli schemi di pensiero dell'antico regime.

Sulla questione si sono inizialmente succedute differenti teorie, idealmente suddivise in due ampie categorie: quella che ha dato rilievo principale all'elemento volontaristico e quella che, invece, si è incentrata in prevalenza sull'interesse protetto. In Italia, sull'onda delle teoretiche tedesche, si è fatto riferimento ora all'una, ora all'altra delle impostazioni anzidette, la cui analisi è, quindi, funzionale per comprendere la complessità del tema.

A livello di inquadramento generale è da osservare in primo luogo l'appartenenza del diritto soggettivo al novero delle situazioni giuridiche soggettive¹⁰. A ciò si connette l'affermazione secondo cui il diritto soggettivo

pubbl., 1953, pp. 307 e ss. Sullo stesso tenore, cfr. A. Gentili, *A proposito de "Il diritto soggettivo"*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, pp. 351 e ss.: << (...) con il volgere del secolo, dopo duecento anni di gloria, un progressivo silenzio è sceso sul concetto. Gli scritti dedicatigli si sono rarefatti e l'attenzione sviata>>. L'Autore si sofferma a lungo sul velo di ombra calato attorno alla figura del diritto soggettivo, offrendone un'interessante contestualizzazione storica e culturale.

⁶ Cfr. E. Russo, *Il concetto di diritto soggettivo*, in *Riv. dir. civ.* 2008, pp. 1 e ss. Cfr. altresì P. G. Monateri, *Diritto soggettivo*, in *Dig. civ.*, Torino, 1990, pp. 411 e ss., che evidenzia come l'importanza della situazione giuridica soggettiva in questione investa anche i settori del diritto pubblico, della teoria generale, della filosofia del diritto.

⁷ Così D. Barbero, *Il diritto soggettivo*, in *Foro It.*, pp. 1 e ss. L'interesse per la figura del diritto si è ancor più accentuato all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione.

⁸ Cfr. P.G. Monateri, *Diritto soggettivo*, cit., p. 411 e 412, che sul punto cita l'opera di Helmut Coing, *Zur geschichte des Begriffs <<subj. Recht>>*, in Coing, Lawson, Granfors, *Das subj. Recht u.d. Rechtsschutz d. Personlichkeit*, Berlino, Frank./M., 1959. Del resto, il profilo della libera volontà del singolo titolare quale elemento caratterizzante il diritto soggettivo è stato ripreso, nello studio sul rapporto giuridico, da Savigny, *Sistema del diritto Romano attuale*, Torino, 1886. Si veda in proposito G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarnieri, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Sacco, *Il diritto soggettivo*, cit.

⁹ In Francia, infatti, la teoria del diritto soggettivo non si è mai sviluppata. Si veda, anche per i copiosi riferimenti dottrinali, P. G. Monateri, *Diritto soggettivo*, cit., p. 412, nonché Id., pp. 415 – 416. Così anche G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarnieri, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Sacco, *Il diritto soggettivo*, cit., p. 33: <<Per il cultore del diritto privato odierno il diciannovesimo secolo non è unicamente il secolo delle codificazioni civili. È anche il secolo del diritto soggettivo, inteso quale principio ordinatore del diritto privato>>.

¹⁰ Le situazioni giuridiche soggettive costituiscono una specie caratterizzata dall'atipicità: <<le specie di situazioni soggettive devono essere necessariamente aperte: la situazione è il criterio di qualificazione dei comportamenti e può quindi avere tante manifestazioni quanto varie e complesse sono le soluzioni ai problemi di convivenza e di costruzione dell'equilibrio tra potere e dovere>>, così P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2014, pp. 81 e ss. In generale sulle situazioni

segnerebbe l'avvenuto passaggio dal precetto normativo astratto – il cosiddetto diritto oggettivo – alla volontà individuale che concretizza il potere¹¹.

La prospettiva, sotto tale angolazione, denota un transito dalla statica alla dinamica, avente quale presupposto la legge, la previsione normativa di una determinata posizione di titolarità¹².

Storicamente, il momento di maggior fulgore del concetto di diritto soggettivo coincide con il giusnaturalismo¹³ che, nell'esaltare l'individuo, interpretò tale situazione giuridica quale soggettivizzazione del diritto positivo.

L'evoluzione storico – sociale successiva, influenzata dall'ideologia liberale del XIX secolo, affiancò al pur sempre persistente individualismo un riscoperto ruolo del diritto oggettivo statale. Ciò, tuttavia, non ebbe pregnante influenza sulla concezione di diritto soggettivo, come dimostrato dalla diffusione sempre più convinta, nell'arco dell'800, della definizione di esso quale potere della volontà¹⁴, con tutte le critiche che si svilupparono in seguito¹⁵.

giuridiche soggettive si veda, *ex multis*, N. Irti, *Introduzione allo studio del diritto privato*, I, Torino, 1973, p. 59; V. Frosini, voce *Situazione giuridica*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, pp. 468 e ss.

¹¹ Così P. Perlingieri, *Manuale*, cit. pp. 81: <<la norma comanda un comportamento ad un soggetto (in posizione di svantaggio); questo comando è posto alla libera disposizione di un altro soggetto (in posizione di vantaggio): la volontà del titolare di tale posizione di vantaggio è decisiva per l'attuazione della norma. La norma vive se egli decide di giovarsene: il diritto oggettivo diventa diritto soggettivo>>. Si veda altresì G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarnieri, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Sacco, *Il diritto soggettivo*, cit., p. 13: <<La riflessione intorno al diritto soggettivo deve così affrontare in modo esplicito il problema di conciliare il positivismo giuridico e la sovranità statale con la dottrina del diritto soggettivo, santuario dell'autonomia privata>>. La definizione di diritto soggettivo origina dalla distinzione dello stesso dal diritto oggettivo anche per F. Galgano, *Diritto privato*, XVI ed., Padova, 2013, nonché per A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, ILVI ed., Padova, 2013, il quale in particolare osserva che <<la nozione di diritto soggettivo [è] in qualche modo ricompresa in quella di diritto oggettivo, cosicché le due espressioni si presentano in realtà come due diversi aspetti di un fenomeno fondamentalmente unitario>>.

¹² Sul punto, si veda L. Bigliuzzi Geri, U. Breccia, F. D. Busnelli, U. Natoli, *Diritto Civile*, cit., pp. 260 e ss.: <<(…) quando si faccia riferimento all'interesse come situazione – presupposto iniziale di situazioni soggettive – conseguenze, esso non può essere inteso che in senso oggettivo, in quanto interesse tipico (…) astrattamente identificato dalla legge>>. L'Autrice si riferisce altresì all'interesse configurandolo quale <<fondamento al processo genetico delle situazioni giuridiche soggettive e, più in particolare, di quelle di vantaggio>>, *Id.*, cit., p. 269.

¹³ Gli studi mirati sul giusnaturalismo sono moltissimi ed esulano dall'oggetto di questa ricerca. Tra i numerosi contributi si indicano: N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965; R. Bagnulo, *Il concetto di diritto naturale in San Tomaso d'Aquino*, Milano, 1983; S. Cotta, *Giusnaturalismo*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, pp. 510 e ss.

¹⁴ Sul diritto soggettivo come potere della volontà del titolare di agire entro i confini segnati dal diritto oggettivo, cfr. F. C. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, il quale pose la nozione di diritto soggettivo in relazione a quella di rapporto giuridico. La teoria è stata in seguito perfezionata da Windscheid, che mise in rilievo la necessità della spinta volontaristica del singolo ai fini della realizzazione del precetto normativo posto dall'ordinamento giuridico. Si veda, per la completezza dei riferimenti, D. Barbero, *Il diritto soggettivo*, cit., pp. 2 e ss., nonché E. Russo, *Il concetto di diritto soggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, pp. 1 e ss., in particolare pp. 10 e ss. In Italia, la teoria è stata seguita da: F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Milano, 1944, pp. 71 e ss.; W. Cesarini

Il dominio della volontà del singolo quale sostanza fondante il diritto soggettivo tramontò definitivamente con il passaggio da una visione individualista a una più marcatamente statalistica, che segnò il sopraggiungere di una nuova concezione in cui la sfera della volontà fu collocata all'esterno della struttura del diritto soggettivo, nel momento effettuale.

Inizì ad avanzare, quindi, l'elaborazione della teoria dell'interesse giuridicamente protetto¹⁶, non senza ulteriori critiche da parte della dottrina¹⁷.

A ben vedere, come in seguito evidenziato dall'evoluzione degli studi in materia, entrambe le impostazioni citate peccavano per un eccesso di assolutezza, considerando esclusivamente uno dei due elementi (la volontà o l'interesse) connessi alla situazione giuridica di diritto soggettivo ed estromettendone l'altro. Malgrado ciò, è stato osservato come le due tesi indicate, pur differenti nella prospettiva da ciascuna di esse favorita, presentavano un basilare elemento di comunanza: <<una visione delle situazioni soggettive che dà loro sostanza precedente e indipendente dalle leggi>>¹⁸.

Sforza, *Diritto soggettivo*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1944; F. Ferrara, *Diritto civile*, Roma, 1921. Parla di diritto soggettivo come potere attribuito alla volontà anche A. Trabucchi, *Istituzioni*, cit., p. 2.

¹⁵ Nell'ambito di tali critiche, si segnala quella – assai diffusa e dotata di fondamento – circa la difficoltà (per non dire impossibilità) di attribuzione dei diritti soggettivi a soggetti che siano privi di una volontà giuridicamente rilevante, come gli incapaci, cfr. sul punto L. Bigliazzi Geri, *Diritto civile*, cit., p. 281, D. Barbero, *Il diritto soggettivo*, cit., pp. 4 e ss., P. D. Monateri, *Diritto soggettivo*, cit. p. 415.

¹⁶ Cfr. Jhering, *Der Geist ecc.*, Leipzig, 1852, III.

¹⁷ Tra le osservazioni occorre far riferimento a quella che ha denunciato l'eccessiva genericità della teoria in esame. Se, quindi, diritto soggettivo è interesse giuridicamente protetto, dovrebbe concludersi che qualsiasi interesse, purché protetto, è diritto soggettivo. La realtà, tuttavia, rende evidente l'inesattezza della definizione, sussistendo tanti interessi protetti non qualificati alla stregua di diritti soggettivi. Di differente tenore, invece, la critica di G. Miele, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, pp. 114 e ss.: <<(…) né si può farlo consistere in un interesse giuridicamente protetto, perché, se il termine interesse viene inteso in senso soggettivo, come esigenza del soggetto che sia data soddisfazione a certi suoi bisogni (e oggetto dell'interesse è un bene, giudicato atto alla soddisfazione di quei bisogni), incontriamo le stesse difficoltà opposte dall'esistenza di soggetti che non hanno il <<minimum>> psichico per avvertire e determinare siffatte esigenze; e, se inteso in senso oggettivo, come necessità od opportunità presunte dall'ordinamento giuridico che sia data soddisfazione a taluni bisogni, esso, oltre tutto, appare la ragione del conferimento del diritto soggettivo che un elemento della sua struttura>>. In ogni caso, decisiva risulta la critica di Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, pp. 218 – 219, per il quale l'interesse rappresenta lo scopo del diritto soggettivo e non l'essenza concettuale del medesimo. Si veda, anche per i riferimenti, L. Bigliazzi Geri, *Diritto civile*, cit., pp. 283 e ss.

¹⁸ Così A. Gentili, *A proposito*, cit. p. 360 e ss. Da ciò la principale critica alle teorie cosiddette sostanzialiste, che ritengono che la sostanza del diritto soggettivo esista prima e a prescindere della legge: esse sono ritenute teoricamente deboli e viziate da eccessivo (e anacronistico) antropomorfismo. Del resto, la facile – e probabilmente fondata – critica alle teorie cosiddette riduzioniste si concretizza nella criticata confusione del diritto soggettivo nel diritto oggettivo, con un effetto di immobilismo che non dà atto della sostanza della situazione giuridica stessa, inserita nella realtà storica e concreta e, pertanto, in continua evoluzione. Si veda altresì L. Bigliazzi Geri, *Diritto civile*, cit., p. 260, che individua nell'interesse l'elemento che sta a fondamento del processo di

La fase successiva è stata caratterizzata, invece, da una visione più <<imperativistica>>¹⁹, oggettivistica e normativa: si è posta l'attenzione, in pari misura, su entrambi gli aspetti considerati antecedentemente, oltre che sulla tutela²⁰.

In alcune prospettive²¹ si è delineato un procedimento complesso, caratterizzato dall'interesse protetto unitamente a una situazione del soggetto posta in funzione del soddisfacimento dell'interesse medesimo. In tale visione la volontà, in precedenza all'interno della struttura del diritto soggettivo, ha un assunto rilievo esterno, agendo *ex post* quale elemento funzionale ad attivare il potere di realizzazione dell'interesse.

Dalla sequenza indicata emerge la definizione del diritto soggettivo quale *agere licere*, consistente in una facoltà di agire per la realizzazione dell'interesse sotteso²²: corollario di tale impostazione è la tutela diretta e immediata della situazione giuridica²³.

qualificazione operata dalla norma, quindi la base sostanziale della situazione soggettiva. Cfr. per la nozione di interesse E. Betti, *interesse (Teoria generale)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, 1962, pp. 838 e ss.

¹⁹ A. Gentili, *A proposito*, cit., p. 360. Si veda altresì G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarnieri, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Sacco, *Il diritto soggettivo*, cit., p. 29 che tratta di una visione <<imperativistica>> nel legare il diritto soggettivo al diritto oggettivo: <<il diritto soggettivo mobilita, quando necessario, la coercizione, ma fa appello in primo luogo alla spontanea osservanza delle norme interiorizzate dai singoli>>.

²⁰ Non interessa in questa sede soffermarsi sulle impostazioni intermedie, che ai fini che premono possono essere soltanto accennate: si intende fare riferimento alla concezione del diritto soggettivo come protezione di un interesse, su cui cfr. A. Thon, *Norma giuridica e diritto subiettivo*, Padova, 1989, nonché a quella del diritto soggettivo come potere giuridico, su cui cfr. E. Betti, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1919, pp. 119 e ss., nonché M. Allara, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, 1958, ovvero del diritto soggettivo come comando giuridico, su cui cfr. F. Carnelutti, *Teoria Generale del diritto*, Padova, 1940, pp. 217 e ss. Per le ulteriori definizioni che si sono succedute, nonché per i preziosi riferimenti bibliografici, cfr. D. Barbero, *Il diritto soggettivo*, cit., pp. 3 e 4, nonché G. Ballardore Pallieri, *Diritto soggettivo*, cit., p. 1 e ss. Si veda altresì P.G. Monateri, *Diritto soggettivo*, cit., pp. 414 – 415. Per un'analisi delle impostazioni che si sono succedute in Inghilterra, cfr. G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarnieri, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Sacco, *Il diritto soggettivo*, cit., pp. 47 e ss.

²¹ Cfr., per tutti, G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, Milano, 1912, pp. 49 e ss. In Italia, la posizione è stata autorevolmente espressa da D. Barbero, *Il diritto soggettivo*, cit., pp. 1 e ss., secondo cui il diritto soggettivo consiste in un a<<esser lecito agire>> per il soddisfacimento di un interesse, in aperto contrasto con la concezione di diritto soggettivo come potere.

²² Così L. Bigliuzzi Geri, *Diritto civile*, cit., pp. 285, che individua proprio nell'*agere licere* il <<criterio differenziale tra le situazioni di vantaggio>>. Questa impostazione, collocando la volontà al di fuori della struttura sostanziale del diritto soggettivo e qualificandola alla stregua di esercizio di esso, supera il problema della titolarità di diritti soggettivi in capo a soggetti incapaci. Nella concezione del diritto soggettivo quale *agere licere* si riscontra la connessione tra diritto e facoltà, nonché quella tra diritto e libertà. Cfr. anche A. Trabucchi, *Istituzioni*, cit., p. 3, nonché P. G. Monateri, *Diritto soggettivo*, cit. p. 420, che parla di <<nozione sincretica>> del diritto soggettivo <<come ambito entro cui al privato è lecito agire a sua discrezione, ovvero entro cui si riconosce un potere alle sue decisioni, alla sua volontà, per il perseguimento di un interesse, di attuare un dato rapporto>>. Cfr. altresì G. Ballardore Pallieri, *Diritto soggettivo*, cit., p. 13, secondo cui il diritto soggettivo è *agere licere* unito a protezione giuridica.

²³ Cfr. G. Miele, *Potere giuridico*, cit. p. 119. La tutela diretta e immediata del diritto soggettivo costituisce un elemento qualificativo pacificamente accettato dalla dottrina e che assume specifico

Anche l'accezione appena esposta, che attualmente costituisce quella più comunemente accolta, non è andata esente da critiche²⁴.

Altra dottrina²⁵ è pervenuta a un risultato simile, pur se non pienamente coincidente, mediante un'analisi strettamente strutturale del diritto: individuando nel contenuto delle situazioni giuridiche attive il rapporto che intercorre tra un soggetto e la fattispecie normativa configurante un comportamento del soggetto medesimo, si è riscontrata la sussistenza del diritto soggettivo ove tale rapporto sia di liceità (quindi di *agere licere*²⁶).

La classificazione appena esposta si è declinata in molteplici sfumature, tra cui quella – riaffiorata in tempi recenti – che ha dato rilievo preminente alla pretesa alla base del diritto soggettivo, soffermandosi sull'interrelazione soggettiva tra il titolare di tale situazione giuridica e il terzo *obligato*²⁷. Pertanto, la sostanza del diritto soggettivo consisterebbe nella posizione autonoma e particolare che l'ordinamento conferisce a un soggetto: l'ottenimento dei vantaggi connessi a tale posizione sarebbe direttamente legato all'imposizione di un obbligo (assoluto o relativo) rispetto al

rilievo nel confronto tra tale situazione giuridica e l'interesse legittimo, ritenuto dalle opinioni maggioritarie come tutelato in via indiretta. Sul punto si tornerà nel seguito della trattazione.

²⁴ Cfr., diffusamente, P. G. Monateri, *Diritto soggettivo*, cit., p. 420. Secondo l'Autore, infatti, all'interno della nozione di diritto soggettivo come potere della volontà volto alla realizzazione di un interesse positivizzato dalla norma è proprio tale nozione di interesse a rappresentare il punto di maggior criticità, giacché o esso è rimesso del tutto, nella sua delineazione, alla volontà del privato, andando a confondersi con essa, ovvero è uno strumento che l'ordinamento predispone per controllare e limitare il potere del privato: «<si mette al centro della scena la volontà, ma la si controlla con la nozione di interesse. Interesse tutelato dal diritto soggettivo e scopo della norma che concede la tutela divengono due facce della stessa medaglia e la visione teleologica dell'ordinamento sale sul palcoscenico>>». Critico verso la concezione di diritto soggettivo quale *agere licere* è altresì G. Balladore Pallieri, *Diritto soggettivo*, cit., p. 13, che vi aggiunge invece l'elemento della protezione giuridica, dando a questo prevalenza.

²⁵ Si veda G. Guarino, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, pp. 238 e ss.

²⁶ La deduzione è dimostrata dal confronto tra il rapporto di liceità che caratterizza il diritto soggettivo e quello di necessità che caratterizza la posizione di dovere (qualificato dall'Autore come *necessitas agendi*), cfr. G. Guarino, *Potere giuridico*, cit., p. 256 e ss. L'impostazione appena esposta si rifà a quanto sostenuto da H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, 1911.

²⁷ Cfr. F. Galgano, *Diritto civile*, cit., p. 20, che, partendo dalla definizione di diritto soggettivo quale interesse protetto, specifica che: «<Il diritto soggettivo è (...) la pretesa di un soggetto ad esigere da un altro soggetto l'osservanza di un dovere che una norma impone al secondo nell'interesse del primo>>». Cfr. altresì S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, II ed., Firenze, 1928: «<il diritto soggettivo è la facoltà accordata dal diritto oggettivo ad uno di esigere una certa condotta di altri>>». Il rilievo non è di poco conto, laddove si consideri che questa impostazione implica un rapporto di genere e specie tra il diritto soggettivo e il diritto di credito, tutt'altro che scontata nella dottrina. La delineazione del diritto soggettivo come pretesa di adempimento dell'obbligo, professata anche nella metà del '900, si presta alla critica della sua possibile sovrapposizione con il diritto di azione. Si veda sul punto G. Balladore Pallieri, *Diritto soggettivo*, cit. p. 7.

bene oggetto di interesse²⁸. Da ciò si è fatta derivare, alternativamente, la sussistenza di un rapporto giuridico tra soggetti, ovvero tra soggetto e norma giuridica²⁹.

Le varie teorie illustrate convergono verso una concezione di protezione piena e diretta del diritto soggettivo quale carattere distintivo di esso.

Tutte le situazioni giuridiche originano da una valutazione discrezionale di meritevolezza a opera dell'ordinamento, da cui deriva in capo al titolare un'opponibilità vincolante, verso tutti o taluni consociati, della situazione stessa. Tuttavia, secondo quello che è il pensiero dominante, solo il diritto soggettivo è caratterizzato dalla <<più alta forma di protezione>>³⁰.

In ogni caso, di là dalla definizione di diritto soggettivo, che ormai si è assestata sulla teoria della facoltà di agire, l'aspetto su cui interessa soffermarsi è il ragionamento logico deduttivo che si pone alla base degli attuali orientamenti indicati.

In essi l'origine sostanziale della situazione giuridica è individuata nella legge, punto di riferimento dell'interprete³¹. Sotto tale profilo, pertanto, il diritto soggettivo è al tempo stesso statica, nell'imprescindibile momento normativo, e dinamica, nel rapporto di liceità che lega il soggetto alla fattispecie.

L'approdo appena esposto assume particolare interesse, poiché mette in primo piano il ruolo normativo nella qualificazione e definizione delle situazioni giuridiche soggettive.

²⁸ Così G. Miele, *Potere*, cit., p. 115: <<(…) la nozione di diritto soggettivo va ricercata, fuori del potere di volontà e dell'interesse, nella particolare e autonoma posizione che l'ordinamento giuridico fa a un soggetto, assicurandogli determinati vantaggi in ordine a un bene per la tutela dei propri interessi (ossia degli interessi connessi con quel bene). Onde assicurare tali vantaggi l'ordinamento giuridico si vale dell'obbligo, che è anch'esso una posizione giuridica creata a un soggetto dalla necessità (giuridica) di tenere un certo comportamento in ordine a un dato bene e a tutela dell'altrui interesse (...) l'obbligo funziona da strumento per la conservazione e la realizzazione del diritto soggettivo>>.

²⁹ Cfr. G. Balladore Pallieri, *Diritto soggettivo*, cit., pp. 3 e 5, in cui si pone in dubbio il fatto che il diritto soggettivo implichi o meno nella sua struttura il rapporto con un altro soggetto, ovvero sia un rapporto esclusivo con il disposto normativo. Cfr. altresì D. Barbero, *Il diritto soggettivo*, cit., p. 35. Sul punto si tornerà *infra*, §. 2.

³⁰ Così F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2014, che descrive il diritto soggettivo come una sintesi di forza e libertà: il titolare è libero di avvalersi o meno del potere che gli è conferito a protezione dell'interesse protetto. Se lo esercita, però, l'interesse è pienamente soddisfatto. L'Autore osserva altresì come l'unico limite al diritto soggettivo sia il divieto di abusarne, secondo una moderna concezione che trova le proprie basi normative nell'art. 2 della Costituzione.

³¹ <<Il rapporto, in cui si concreta la situazione giuridica attiva, è oggettivo e deriva unicamente dalla norma; ed è solo in virtù della norma che la situazione esiste>>, così G. Guarino, *Potere giuridico*, cit. p. 254. Più avanti l'Autore prende altresì posizione sulle teorie del diritto soggettivo come volontà e come interesse protetto. Quanto alla prima, cfr. Id., p. 284: <<la volontà non rientra nello schema del diritto soggettivo (...) Il rapporto è lecito per la sua struttura obiettiva indipendentemente dall'atteggiamento volitivo. La volizione può influire soltanto sull'assunzione del concreto atteggiamento corrispondente alla fattispecie normativa contenuta nel diritto soggettivo, ma non sul diritto come tale>>. Cfr. anche A. Trabucchi, *Istituzioni*, cit., p. 3: <<(…) i diritti (soggettivi) si fondano sul diritto (oggettivo). Ovverosia il diritto soggettivo trae la sua affermazione dall'ordinamento giuridico che, nel riconoscerlo, appresta anche gli strumenti per la relativa tutela>>.

Anche la dottrina contraria alla concezione del diritto soggettivo come *potere di realizzazione dell'interesse*³² ha motivato proprio dalla centralità della legge: il richiamo alla funzione determinante della disposizione normativa nella struttura della situazione giuridica in esame ha accomunato orientamenti tra loro nettamente divergenti³³.

In particolare, per il tramite della valorizzazione della previsione di legge, si è giunti a capovolgere la prospettiva rispetto al passato: non si individua più la protezione dell'interesse quale prodotto finale dell'esercizio del diritto soggettivo, ma è dalla protezione stessa che ha origine il diritto soggettivo³⁴.

La norma, tipizzando un vincolo, fornisce di protezione un interesse e costituisce un diritto³⁵. Pertanto, l'osservazione che muove dal dato di legge non altera la struttura del diritto soggettivo con elementi a esso estrinseci, che, seppure necessari, assumono una rilevanza esclusivamente *ex ante* ovvero *ex post*³⁶.

³² Si fa riferimento a G. Balladore Pallieri, *Diritto soggettivo*, cit. p. 5, nonché a D. Barbero, *Il diritto soggettivo*, cit., p. 25 e ss., nonché D. Barbero, *Guerra e pace tra <<interno>> e <<esterno>> del diritto soggettivo*, in *Jus*, 1952, pp. 326 e ss., ove l'Autore distingue significativamente tra un duplice intervento protettivo dell'ordinamento giuridico rispetto al diritto soggettivo: da un lato, quello effettuato con la norma <<che risolve il conflitto di interessi allo stato pre – normativo>> e, dall'altro, quello effettuato con la sanzione <<al ripresentarsi del conflitto – ormai risolto secundum ius – come concorrenza contra ius>>. Si veda anche, per un'attenta ricostruzione, R. Alessi, *Il diritto soggettivo*, cit. pp. 311 e ss: <<il potere sta già nella norma ed è pienamente sufficiente (...) il diritto soggettivo sarà dunque il prodotto del comando contenuto nella norma, non conterrà alcun potere e sarà qualcosa di diverso dall'interesse protetto dalla norma, in quanto questo rappresenta soltanto l'elemento finale della protezione da parte del diritto oggettivo>>. In altre parole, l'Autore descrive dettagliatamente come la struttura del diritto soggettivo non contempli alcun potere di soddisfazione dell'interesse da parte del titolare del medesimo; infatti, è la norma che vincola l'obbligato alla realizzazione dell'interesse del titolare del diritto soggettivo. Un potere del titolare del diritto soggettivo, quindi, nulla potrebbe aggiungere all'adempimento spontaneo del precetto normativo da parte dell'obbligato. Né, d'altra parte, si può far coincidere il potere in questione con la facoltà di ricorrere al Giudice in caso di inadempimento, giacché così facendo si creerebbe una sovrapposizione tra diritto soggettivo e diritto di azione, tra fase fisiologica del rapporto giuridico e fase patologica.

³³ La divergenza è palese laddove si consideri che nell'impostazione da ultimo illustrata non è soltanto il potere a venire estromesso dalla struttura del diritto soggettivo, ma anche l'interesse: <<l'interesse non costituisce elemento intrinseco del diritto soggettivo, ma elemento estrinseco; non è affatto dentro il diritto soggettivo, come sua sostanza e substrato, ma fuori, come elemento teleologico del vincolo dal quale nasce il diritto. Onde il diritto soggettivo non è affatto un interesse protetto>>, così R. Alessi, *Il diritto soggettivo*, cit. p. 317, nonché Barbero, *Il diritto soggettivo*, cit. p. 43.

³⁴ Pertanto in questo senso si è detto che <<si aggancia la tutelabilità alla meritevolezza dell'interesse>>, P.G. Monateri, *Diritto soggettivo*, cit.

³⁵ <<Il diritto soggettivo pertanto non è il mezzo di protezione, bensì l'effetto della protezione>>, così R. Alessi, *Il diritto soggettivo*, cit. p. 317.

³⁶ Sul punto, diffusamente G. Balladore Pallieri, *Diritto soggettivo*, cit., pp. 20 e ss, ove si evidenzia come la protezione o la tutela stiano al di fuori della struttura del diritto soggettivo. Le maggiori difficoltà della dottrina sono derivate, infatti, dalla volontà di coagulare l'interesse – che da solo non può valere a differenziare il ds – con la tutela – che invece sta al di fuori del medesimo-. Secondo la visione dell'Autore, l'interesse costituisce il substrato del diritto soggettivo, ma non ne è elemento. Presenta alcuni elementi di concordanza l'opinione di D. Barbero, *Il diritto soggettivo*, cit.,

Posto che la norma offre la prima e fondamentale protezione dell'interesse, la situazione di diritto apporta un grado ulteriore di protezione, ponendosi quale presupposto per l'esercizio di poteri o attività a difesa dell'interesse medesimo³⁷: il comando deriva dalla disposizione normativa e il diritto soggettivo esprime la partecipazione a tale comando.

Pertanto, ai fini che qui interessano l'aspetto da evidenziare è il rilievo che la legge assume nella struttura della situazione giuridica soggettiva³⁸: tutte le moderne concezioni del diritto soggettivo sono in tal senso.

A questo punto occorre fare solo un ultimo rilievo. È emersa dalla trattazione una preferenza per la prospettiva che dichiaratamente ha incentrato l'attenzione verso il solo aspetto interno (anziché verso quello esterno)³⁹ del diritto soggettivo. Il metodo di analisi che qui si intende adottare, infatti, si concentra sulla conformazione intrinseca e strutturale delle situazioni giuridiche: vengono pertanto tenuti distinti gli elementi che, pur coesistendo nelle medesime vicende, restano estrinseci rispetto all'oggetto della situazione stessa. Tale impostazione caratterizzerà tutto il lavoro, rivelandosi essenziale ai fini dell'indagine sulla disponibilità, delle relative

p. 26: <<l'interesse non rappresenta la sostanza, ma l'elemento teleologico, sia del comando normativo, che viene emesso "per" – cioè al fine di – assicurarne il soddisfacimento, sia del diritto soggettivo, il cui scopo è appunto quella soddisfazione>>. Secondo l'Autore, quindi, il diritto soggettivo si sostanzia nel *licere*, il cui contenuto è l'*agere* e il cui scopo è l'interesse, entrambi elementi che stanno fuori dalla struttura della situazione giuridica. La definizione di diritto soggettivo per l'Autore è valutazione dell'agire di un soggetto rispetto alla volontà manifestata della norma che culmina nel giudizio di licitum o di licere. È il *licere*, quindi, che differenzia il soggetto da tutti gli altri. Per quel che riguarda la tutela, il diritto soggettivo non consiste nel riconoscimento al titolare di mezzi per ottenere la soddisfazione dell'interesse sottostante, poiché essi sono diritti autonomi (per es. il diritto di azione). Cfr. altresì D. Barbero, *Guerra e pace*, cit., p. 354: <<Il licere continua a restare l'espressione del midollo concettuale del diritto soggettivo (...) insomma la sua essenza; il <<difendere>> e, se si vuole, anche il <<pretendere>> è una funzione che si esprime dal diritto soggettivo in presenza dell'offesa, estrinsecandosi però e concretandosi nella figura autonoma dell'azione>>: funzione, così, teoricamente eventuale, perché l'aggressione non è, teoricamente, necessaria; ma storicamente reale, perché storicamente l'aggressione si è data, si dà al presente>>.

³⁷ Cfr. G. Balladore Pallieri, *Diritto soggettivo*, cit. p. 19: <<credo proprio che se, malgrado tutto, così pochi progressi si sono fatti in questo campo dalla scienza giudicata e se così gravi incertezze regnano tuttora dopo secoli di studio sull'argomento, ciò sia dovuto al fatto che si è trascurato di ricercare il contenuto del diritto subiettivo là dove solo lo si può rivenire: nelle leggi positive>>. L'Autore adotta quindi un approccio casistico, analizzando le norme che delineano il diritto soggettivo, quali l'art. 2907 cc, l'art. 52 c.p., l'art. 2044 c.c. Quindi <<il diritto subiettivo viene sempre in considerazione come premessa o titolo per l'esercizio di un potere o di un'attività rivolta alla difesa di un interesse del titolare del diritto>>. Critico verso tale impostazione, ritenuta vaga e imprecisa, è D. Barbero, *Guerra e pace*, cit., p. 345.

³⁸ Cfr. F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali*, cit.; S. Rodotà, *Il diritto di proprietà tra dommatica e storia*, in *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, II ed., 1990, pp. 223 e ss.

³⁹ Così D. Barbero, *Guerra e pace*, cit., p. 342. Parzialmente in disaccordo è G. Balladore Pallieri, *Diritto soggettivo*, cit., p. 13, in cui è invece evidenziato che la diretta connessione tra il diritto soggettivo e la legge configura non solo la sfera di *agere licere* concessa al singolo, ma altresì il *rappporto* che si crea con i soggetti tenuti a *doveri*, intendendo il termine come comprensivo genericamente di posizioni giuridiche soggettive passive.

conseguenze processuali e del raffronto del diritto soggettivo con l'interesse legittimo.

2. *Il diritto di credito e il rapporto giuridico (cenni).*

I diritti soggettivi di natura patrimoniale sono stati tradizionalmente ripartiti nelle categorie del diritto reale e del diritto di credito⁴⁰. Due i principali modelli di riferimento. Quello classico, predominante tra il XVIII secolo e l'inizio del XIX, riscontrava la differenza tra le due specie nell'oggetto della relazione giuridica del titolare: una *res* nel diritto reale, una persona determinata nel diritto di credito.

L'opinione più recente, sviluppata dalla metà del XIX secolo, ha invece posto in rilievo l'elemento personalistico anche nel diritto reale, caratterizzato dal rapporto tra il titolare e la sfera indeterminata dei terzi.

Hanno fatto seguito orientamenti che, riprendendo e combinando insieme i profili anzidetti, hanno delineato la bipartizione principalmente sui concetti di assolutezza e di relatività.

Deve darsi atto, tuttavia, che la netta divisione tra le due categorie indicate (nonché la stessa appartenenza delle stesse entro il più ampio *genus* dei diritti a natura patrimoniale) è stata messa in crisi dalla consapevolezza dei limiti sottesi a siffatta rigidità. In tal senso, svariate impostazioni hanno offerto ipotesi alternative⁴¹.

⁴⁰ La bipartizione ha origine nella tradizione romanistica: per un'analisi specifica, anche di natura comparata, cfr. G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarnieri, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Sacco, *Il diritto soggettivo*, cit., pp. 424 e ss. La definizione di un nucleo comune tra diritto di credito e diritto reale, quali *species* appartenenti al *genus* del diritto soggettivo risale alla pandettistica. Sulla distinzione tra diritti reali e diritti di credito, si veda altresì E. Russo, *Il concetto di diritto soggettivo*, cit., p. 50 e ss., nonché A. Gentili, *A proposito*, cit., p. 371, secondo cui per cogliere i profili di diversità, andando oltre l'astrattezza, si deve guardare alla disciplina concreta; la bipartizione in questione, quindi, rileva in tema di circolazione dei diritti per atto tra vivi, in tema di atti ricognitivi, nonché – ed è questo ciò che più interessa ai nostri fini – nel campo delle fattispecie estintive, come la rinuncia, la confusione dei diritti di credito e la consolidazione dei diritti su cosa altrui, ma soprattutto sul piano della protezione dei diritti. Cfr. altresì D. Barbero, *Il diritto soggettivo*, cit., p. 27, ove l'Autore, prima di esporre la propria posizione, ripercorre le differenti impostazioni che si sono succedute sul tema

⁴¹ Cfr. G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarnieri, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Sacco, *Il diritto soggettivo*, cit., p. 432 e ss., ove è contenuta una dettagliata analisi delle varie teorie che si sono susseguite, non solo in Italia, ma nei più importanti paesi europei. In questa sede, ove non è possibile né pertinente dare conto delle diverse soluzioni proposte, non si può omettere di evidenziare che uno dei più rilevanti elementi di crisi della bipartizione tra diritti reali e diritti di credito sia stato l'affermarsi della distinzione – all'interno dei primi – tra diritto di proprietà e diritti di godimento su cosa altrui. In epoca più moderna, deve menzionarsi l'emersione della categoria dei diritti potestativi, dei diritti su beni immateriali e dei diritti della personalità. In generale, l'Autore mette in risalto la <<grande varietà di accezioni dei termini della partizione; l'assenza di una chiara delimitazione delle due categorie; atteggiamenti minoritari ricorrenti, favorevoli ad un superamento dell'antitesi, onde sostituirla con una categoria unitaria dei diritti patrimoniali, o con nuove forme di aggregazione e con nuovi tipi di classificazione, fondati su nuove e diverse combinazioni dei caratteri differenziatori: e

La problematica non ha natura meramente classificatoria, tuttavia analizzarne le ripercussioni pratiche condurrebbe la ricerca oltre i confini prefissati. Non essendo, pertanto, strettamente necessario prendere posizione sulla questione, occorre soffermarsi sull'effettivo e concreto elemento distintivo dell'una categoria di diritto rispetto all'altra: l'efficacia soggettivamente limitata che denota le situazioni giuridiche relative⁴². Sotto tale profilo, la distinzione con il diritto reale è più definita, incentrandosi sull'oggetto della relazione nascente dalla situazione giuridica: la *res* nel diritto reale, la prestazione nel diritto di credito⁴³.

La differenziazione permette altresì di configurare nel primo un rapporto diretto con il bene che non necessita di cooperazione altrui.

Diversamente, la natura del diritto di credito è fisiologicamente dinamica e strumentale, coinvolgendo il contributo di un preciso soggetto⁴⁴: l'oggetto del diritto

un'opinione dottrinale prevalente, favorevole, sia pure con varie sfumature, al mantenimento della classificazione>>. L'analisi dell'Autore prosegue poi con l'osservazione della sopravvivenza della dicotomia tra le due *species* dal punto di vista pratico, avendo quale punto di riferimento tre ambiti: l'acquisto per atto tra vivi, la tutela aquiliana, la tutela possessoria. L'indagine, tuttavia, esula dal tema che interessa. Cfr. altresì A. Gentili, *A proposito*, cit., p. 361, ove la distinzione tra diritti di credito e diritti reali è inserita nell'ambito del più ampio discorso sulla crisi di unitarietà della figura del diritto soggettivo.

⁴² Si veda F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 61: <<Al segnalato carattere specifico dell'obbligo consegue che nel caso di diritti di credito sussiste un vero e proprio rapporto giuridico consistente nella relazione intersoggettiva che si instaura tra creditore e debitore. Tale rapporto non è invece ravvisabile nel caso di diritti assoluti dove non sussiste un rapporto tra soggetti data l'indeterminatezza del soggetto passivo, ma solo una relazione tra il titolare del diritto e il bene>>. Per F. Galgano, *Diritto privato*, cit., p. 22: <<Sono diritti relativi i diritti che spettano ad un soggetto nei confronti di una o più persone determinate o determinabili (...) Alla serie dei diritti relativi appartengono i diritti di credito, che sono diritti ad una prestazione avente valore economico (...) Il dovere correlativo al diritto di credito assume il nome di obbligazione o di debito; ed il rapporto giuridico fra il creditore ed il debitore è detto rapporto obbligatorio>>. Si veda altresì L. Bigliuzzi Geri, *Diritto civile*, cit., p. 292, che distingue tra diritti assoluti (proprietà e diritti della personalità) e diritti relativi (diritti di credito e diritti potestativi).

⁴³ Per A. Trabucchi, *Istituzioni*, cit. p. 68, mediante la titolarità del diritto di credito <<il soddisfacimento dell'interesse del creditore si realizza tramite il potere riconosciuto a quest'ultimo di esigere l'adempimento di una prestazione da parte del debitore, in questo caso si tratta di una pretesa che ha la forza di far sorgere in capo al debitore un obbligo correlativo>>.

⁴⁴ Cfr. F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit. pp. 60 e ss. ove il diritto di credito viene analizzato con riguardo all'aspirazione a una utilità che necessita dell'altrui cooperazione e che di conseguenza dà luogo a una modificazione patrimoniale, che può essere ideale o anche materiale (se si modifica concretamente anche la realtà). Il diritto di credito è ricondotto alla modificazione materiale della realtà, che poi presuppone anche e sempre una modificazione giuridica. Oggetto dell'obbligo connesso al diritto relativo è pertanto non una condotta di astensione, ma piuttosto di adempimento, un'azione positiva (che include anche i comportamenti omissivi, ma pur sempre a carattere positivo perché generatori di modificazioni patrimoniali, alla stregua di sottrazione di utilità). Si veda altresì P. Perlingieri, P. Femia, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004, p. 82, che, partendo dalla concezione del diritto soggettivo quale potere della volontà di agire per la soddisfazione di un proprio interesse tutelato dalla legge, evidenzia la relatività del diritto di credito, data dal fatto che in esso il <<titolare della situazione attiva può esercitare il suo potere (non verso tutti ma) soltanto verso un soggetto determinato, obbligato a un comportamento>>.

di credito è, quindi, un'utilità che non appartiene, ma piuttosto *spetta* al titolare. L'autonomia del diritto relativo rispetto a quello assoluto si manifesta nella necessaria intermediazione di un comportamento altrui, quale momento indispensabile per la realizzazione dell'interesse presupposto⁴⁵.

La sussistenza di un obbligo specifico in capo a un soggetto determinato consente di inquadrare il diritto di credito in un'ottica di *rapporto giuridico* tra due distinti centri d'imputazione di interessi, solitamente ricondotti alle figure del debitore e del creditore⁴⁶.

La nozione di rapporto, strettamente legata a quella di diritto oggettivo e soggettivo, è stata elaborata dalla scienza del diritto⁴⁷ e riveste tuttora interesse.

Di là dalla definizione – più o meno ampia⁴⁸ – che si intenda accogliere di rapporto giuridico, interessa che in esso le situazioni soggettive vengano in evidenza

⁴⁵ Così L. Bigliazzi Geri, *Diritto civile*, cit. pp. 296 e ss., nonché, più nel dettaglio, p. 312: <<il credito (...) [vive] in un rapporto (c.d. obbligatorio), che presenta ai suoi poli due distinte situazioni: una, attiva e di vantaggio (appunto il credito), l'altra passiva, ma di svantaggio (l'obbligo) funzionalmente coordinate nel senso che la seconda è posta in funzione (non del venire ad esistenza, ma) del soddisfacimento della prima e quale mezzo di tale soddisfacimento>>.

⁴⁶ L'interconnessione tra il diritto soggettivo e il rapporto è chiaramente enunciata da Savigny, per il quale per intendere il diritto soggettivo occorre muovere dal rapporto giuridico <<del quale ogni singolo diritto rappresenta soltanto una faccia particolare, separata per astrazione dal tutto>>, così F. C. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. V. Scialoja, I, Torino, 1886, § 4, p. 36. Si veda, sul punto, anche per la ricchezza di riferimenti bibliografici, M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008.

⁴⁷ Storicamente, il rapporto giuridico è stato innanzitutto studiato dal punto di vista della teoria generale. Cfr., per un'analisi dettagliata e per i copiosi riferimenti, S. Palazzolo, *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.* XXXVIII, Milano, 1987, pp. 289 e ss., che effettua una disamina dei vari orientamenti dottrinali formati con riguardo al rapporto distinguendoli in due categorie: il rapporto viene in evidenza quando il fatto diventa diritto oppure, viceversa, esso si ravvisa quando il diritto diventa fatto. Cfr. altresì F. C. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., che ha definito il rapporto come <<una relazione tra più persone determinata da una regola di diritto>>, riscontrando la ragione di tale rapporto nel conflitto delle libertà. Di centrale rilievo, peraltro, è l'opera di Ernst Rudolf Bierling, *Juristische Principienlehre*, 1894 – 1917. L'Autore, considerato come il massimo esponente tra gli studiosi del rapporto giuridico del XIX secolo, si è approfonditamente soffermato sulla relazione soggettiva (che si manifesta nella correlazione tra diritti e obblighi) quale dato caratterizzante del rapporto giuridico, evidenziando altresì la centralità del ruolo della norma nella configurazione del rapporto giuridico medesimo. Tale concezione è contrastata da Kelsen, che invece ricostruisce il rapporto giuridico come relazione tra norma e soggetti, prescindendo da qualsiasi profilo di intersoggettività. L'Autore ha avuto seguito in Italia: si veda F. B. Cicala, *Il rapporto giuridico*, II ed., Firenze, 1935, pp. 15 e ss. All'opposto di questa teoria, vi è la dottrina ispirata al pensiero marxista del diritto che dà valore al rapporto sociale: Marx afferma che l'analisi del rapporto giuridico deve prendere le mosse non dalla norma, ma dal rapporto materiale tra soggetti. Per un'approfondita ricostruzione delle teorie sviluppatesi sul rapporto giuridico, si v. M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, cit., pp. 1 e ss.

⁴⁸ L. Bigliazzi Geri parla di <<relazione variamente strutturata tra situazioni facenti capo, più che a soggetti, a centri di interessi diversi>>, in *Diritto civile*, cit., p. 347, accogliendo una nozione ampia di rapporto giuridico, che non esige la necessità di due soggetti diversi. Per una ricostruzione delle differenti opinioni sulla definizione di rapporto giuridico, si veda Id., pp. 255 e ss. Ugualmente, cfr. P. Perlingieri e P. Femia, *Nozioni introduttive*, cit., p. 81: <<(…) vi sono molteplici ipotesi nelle quali

nella loro realtà dinamica⁴⁹. Pertanto, la conformazione strutturale del rapporto è data dalla comunanza del fatto da cui traggono origine i singoli titoli di qualificazione e dalla reciprocità funzionale delle situazioni che di siffatta qualificazione costituiscono la risultante⁵⁰.

Tale angolo di visuale permette all'interprete di spostarsi dalla staticità propria dell'analisi strutturale del diritto soggettivo, per osservarne la relazionalità dinamica con le situazioni passive corrispondenti. È nell'essenza del rapporto, quindi, che è possibile spostare la prospettiva dalla spettanza, quale *quid* staticamente attivo, all'obbligatorietà corrispondente, anch'essa al tempo stesso autonoma ove considerata esclusivamente dal punto di vista del titolare della stessa⁵¹.

La connessione del rapporto con le situazioni giuridiche soggettive esige di fare un ulteriore passo in avanti.

La centralità della previsione di diritto positivo nella costituzione e nella struttura del diritto soggettivo induce a riflettere sul valore della legge anche rispetto al rapporto giuridico.

La derivazione di quest'ultimo dalla legge, pur se non univocamente accolta⁵², pone l'esistenza della relazione intersoggettiva giuridica in linea di consequenzialità, temporale e funzionale, con il disposto normativo⁵³.

mancano due soggetti, ma sono già individuati due interessi e quindi due situazioni soggettive. una situazione soggettiva può essere momentaneamente senza soggetto o anche priva di soggetto determinabile a priori (...) il rapporto, sotto il profilo strutturale, è dunque relazione tra situazioni soggettive e non tra soggetti>>. Per F. Galgano, *Diritto privato*, cit., p. 19, il rapporto giuridico si configura ogni volta che i rapporti tra gli uomini siano regolati da norme, o, meglio, dal diritto oggettivo: <<ogni rapporto tra uomini regolato dal diritto oggettivo è rapporto giuridico. Entro il rapporto giuridico possiamo distinguere tra un soggetto, cosiddetto soggetto passivo, al quale una norma impone un dovere, e un altro soggetto, cosiddetto soggetto attivo, nell'interesse del quale il dovere è imposto. La medesima norma che impone un dovere al primo soggetto abilita il secondo a pretendere dal primo l'osservanza del dovere impostogli: in questa correlazione tra il dovere di un soggetto e la pretesa di un altro soggetto è la struttura fondamentale del rapporto giuridico>>.

⁴⁹ Si veda P. Perlingieri, P. Femia, *Nozioni introduttive*, cit., p. 80: <<la situazione soggettiva si coglie come concetto di durata che vive nel suo essere continuo riferimento per la qualificazione di una pluralità di comportamenti>>.

⁵⁰ Così L. Bigliazzi Geri, *Diritto civile*, cit. p. 348, che specifica come non necessariamente il rapporto giuridico sia caratterizzato da una relazione di funzionalità, ma anche di complementarietà, che l'Autrice ritiene tipica dal rapporto diritto soggettivo – interesse legittimo o potestà – interesse legittimo. L'Autrice evidenzia altresì la necessaria reciprocità che denota il rapporto giuridico, quale <<Vincolo intercorrente tra due o più soggetti nell'ambito del quale le diverse posizioni giuridiche siano in grado di influenzarsi reciprocamente>>, Id., p. 289.

⁵¹ La terminologia, spesso, non è precisa. Si veda Perlingieri – Femia, *Nozioni introduttive*, cit. p. 82, secondo cui <<le situazioni soggettive correlate al diritto soggettivo sono l'obbligazione e l'obbligo>>, ove l'obbligazione è la situazione correlata al diritto di credito e si caratterizza per essere il dovere di eseguire una determinata prestazione patrimoniale per la soddisfazione di un interesse anche non patrimoniale del creditore. L'Autore osserva altresì che <<il linguaggio del legislatore non è rigoroso: obbligo e obbligazione sono spesso impiegati come sinonimi; altrettanto spesso in luogo di obbligo si impiega dovere>>.

⁵² La derivazione del rapporto giuridico dalla legge non è in realtà unitariamente accolta: cfr. S. Palazzolo, *Rapporto giuridico*, cit., p. 292, che illustra efficacemente come in origine venisse favorita

Tale indirizzo ha suscitato critiche in merito al rischio di svilimento del concetto di rapporto giuridico, subordinato al diritto oggettivo⁵⁴.

l'impostazione per la quale il rapporto si collocava in una fase antecedente alla norma. L'Autore rileva come dalla concezione del rapporto al momento successivo alla norma sia derivata la crisi del rapporto giuridico medesimo, tendendo esso a <<estendersi a tutte le relazioni che si possono porre non solo tra le persone, ma anche fra le persone e le cose o, addirittura, tra le cose>>. Cfr. altresì P. Perlingieri, P. Femia, *Nozioni introduttive*, cit., p. 81: <<dalla norma sorgono, senza alcuna precedenza logica, diritti e doveri. In tanto esiste un diritto in quanto esiste un correlativo dovere e intanto vi sono un obbligo e un dovere in quanto esistono interessi protetti che si sostanziano nell'adempimento di quell'obbligo e di quel dovere>>.

⁵³ *Contra* si veda D. Barbero, *Il diritto soggettivo*, cit. pp. 31 e ss. L'Autore nega la sussistenza di un vero e proprio rapporto giuridico tra soggetti, riscontrando invece tale rapporto tra il soggetto individualmente considerato e la norma: <<diritto e dovere si esprimono come due diverse valutazioni dell'agere collocato di rimpetto alla norma. Questo, in poche parole, come qui mi è consentito di fare, vuol dire che il dovere consiste e si esplica immediatamente, non nel soddisfare una pretesa individuale, ma nell'eseguire il comando normativo, cioè porre in atto il suo contenuto: e che il diritto (soggettivo) consiste non nell'esprimere all'obbligato quella pretesa, che partecipa essenzialmente dell'idea di comando e come tale è inammissibile nel singolo, emanando già e potendo il comando emanare solo dalla norma, ma nella liceità del tenere una condotta a piacimento, in quanto la norma non ne comandi (a quel soggetto) una determinata e comandi anzi agli altri di non mettersi in conflitto con lui. Diritto (soggettivo) e dovere non si stanno perciò di fronte, sebbene l'uno possa accompagnarsi all'altro nel senso di coesistere simultaneamente all'altro per virtù di una stessa norma (...); essi stanno, ciascuno per conto proprio, di fronte alla norma; non comunicano fra loro, ma comunicano con la norma>>. Si veda altresì sul punto G. Ballardore Pallieri, *Diritto soggettivo*, cit. p. 4: <<la sfera del diritto subiettivo diviene semplicemente la sfera dell'agere licere, dell'attività lecita per il soggetto, in cui questo si può muovere liberamente, sia permanendo nella posizione iniziale sia modificandola. È bene inteso, liceità giuridica e cioè come tale prevista e valutata dall'ordine giuridico per mezzo delle sue norme e al lecito di un soggetto corrisponde il dovere degli altri soggetti di rispettare la libertà del primo. Ma il rapporto non è fra due soggetti: il rapporto è esclusivamente fra ciascuno di essi e la norma>>. Le opinioni riportate rilevano nella misura in cui pongono in evidenza la derivazione del rapporto giuridico dalla previsione normativa.

⁵⁴ L'asserito depotenziamento del concetto di rapporto giuridico è stato quindi riscontrato nel sempre più intenso rilievo che rispetto ad esso ha assunto la legge. Tale processo ha conosciuto, negli studi, fasi graduali. Dapprima, infatti, il rapporto giuridico è stato concepito quale relazione tra soggetti, ma di diretta emanazione del diritto oggettivo, cfr. S. Palazzolo, *Rapporto giuridico*, cit. 292, nonché p. 262: <<la veste giuridica del rapporto materiale non viene dall'occulto ed è possibile proprio perché vi è una materia nella quale si concreta l'equilibrio delle libertà, ove riposa il momento giuridico. Da questo profilo ogni diritto nasce dal diritto, "nel" fatto e non "dal" fatto, costituito dal rapporto materiale, come ogni fatto nasce dal fatto "con riguardo" al diritto e non dal diritto, ma la "figurazione" causale incrociata è lecita, perché il diritto "in quanto moralità interindividuale" abbisogna di una realtà dualistica che la riempie>>. Si veda altresì sul punto M. Proto, *Il rapporto amministrativo*, cit., p. 15. Successivamente, i termini della relazione sono stati individuati esclusivamente nel soggetto e nella norma, a partire dall'analisi di H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, 1934. Per l'Autore, il rapporto tra soggetti è meramente riflesso, con la conseguente evanescenza del concetto di diritto soggettivo, assorbito in quello oggettivo. In Italia, ciò è stato ripreso e sostenuto da F. B. Cicala, *Il rapporto giuridico*, cit., che espressamente ha configurato il rapporto giuridico come <<relazione tra i soggetti, intesi come persone, e la norma, ovvero tra l'ordinamento giuridico e i soggetti>>. La centralità della norma e la sussistenza di una relazione tra essa e i soggetti quale definizione sostanziale di rapporto giuridico è stata infine fatta propria dagli studi di Barbero, anch'egli seguace delle teorie di Kelsen, il quale è tuttavia giunto a restituire

La questione ha avuto, peraltro, importanti conseguenze nelle teorie dottrinali⁵⁵, in ordine alla riconduzione o meno del diritto di credito (e anche del diritto reale⁵⁶) entro la categoria del diritto soggettivo.

Ai fini che qui interessano, è sufficiente aver evidenziato il legame tra situazioni giuridiche soggettive (attive e passive) e legge, sia nella fase strutturale che nella fase relazionale⁵⁷.

autonoma dignità giuridica alla categoria del diritto soggettivo mediante l'individuazione del contenuto di esso nell'*agere licere*. Tutte le predette impostazioni sono state criticate per l'effetto di eccessiva astrattezza che da esse scaturiva: per un ritorno del rapporto giuridico alla realtà sociale e materiale, si veda gli studi di K. Marx e F. Engels, *Werke*, Berlino, 1960.

⁵⁵ Cfr., D. Barbero, *Il diritto soggettivo*, cit., pp. 38 e ss., in cui l'Autore sostiene che il diritto di credito non è da considerare diritto soggettivo, nonché U. Natoli, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943, p. 96, il quale, pur aderendo alla teoria di Barbero, ammette la natura di diritto soggettivo dei diritti di credito: la pretesa è infatti una facoltà (di agire) che si dirige verso un altro ben determinato soggetto, titolare della situazione passiva complementare. *Contra* cfr. L. Bigliuzzi Geri, *Diritto civile*, cit., p. 313, che evidenzia il contenuto di attività che riconduce il diritto di credito entro i diritti soggettivi: <<anche rispetto ad esso il soddisfacimento dell'interesse presupposto dipende innanzi tutto dal comportamento del creditore stesso (esercizio della pretesa), mentre l'attività del debitore (indispensabile sotto il profilo di una necessaria cooperazione) rappresenta, a tale effetto, soltanto lo strumento, per così dire, materiale di quel soddisfacimento, al quale risulta specificamente ed immediatamente coordinata>>. Si veda altresì G. Balladore Pallieri, *Diritto soggettivo*, cit., p. 14, ove si cerca di esulare dalla definizione di *agere licere*, poiché accogliendo quella senza alcuna aggiunta di ulteriori elementi strutturali, il diritto soggettivo non potrebbe comprendere il diritto di credito, né, più in generale, ogni diritto soggettivo non consistente in un mero *agere licere* del proprietario: <<l'errore, insomma, a mio modo di vedere, della ultima dottrina italiana, è consistito nel lasciarsi ipnotizzare dai diritti reali e nel ricercare esclusivamente una definizione del diritto subiettivo che si attagliasse ai diritti reali e ad alcuni altri pochi analoghi come i diritti della personalità e in genere i cosiddetti diritti assoluti, trascurando le mutilazioni e, vorrei aggiungere, le incomprendimenti a cui per tal modo si giungeva rispetto ad altre categorie di diritti>>.

⁵⁶ Cfr. G. Balladore Pallieri, *Diritto soggettivo*, cit., pp. 25 e ss., secondo il quale – posto il problema dell'indeterminatezza dei diritti reali – il diritto di proprietà non è un diritto soggettivo. Nella visione dell'Autore, infatti, il diritto soggettivo è presupposto, titolo legittimante l'esercizio di poteri e facoltà rivolti a ottenere l'adempimento di un obbligo altrui. Difetta quindi nel diritto di proprietà tale aspetto direttamente relazionale: a ciascun atto che il proprietario può compiere non è necessariamente contrapposto l'obbligo specifico del singolo. Siffatta impostazione respinge quindi la concezione del diritto reale come diritto *erga omnes*: il diritto di proprietà non è diritto di <<godere e disporre>>, ma diritto di <<essere lasciato godere e disporre>>. *Contra*, cfr. D. Barbero, *Guerra e pace*, cit., pp. 348 e ss., secondo cui il diritto soggettivo non si configura soltanto nel momento del torto subito (momento *contra ius*) ma prima e soprattutto in quello *secundum ius*: <<il torto rappresenta la fase patologica delle relazioni giuridiche, il diritto soggettivo è la categoria fisiologica>>. L'Autore da ultimo citato, quindi, rigetta una prospettiva da lui stesso definita come meramente passiva, che condurrebbe di nuovo a una visione del diritto soggettivo quale pretesa. Barbero individua quindi confini positivi e non meramente negativi nella definizione di diritto di proprietà: <<la funzione della proprietà è di permettere al proprietario, sotto la guardia normativa dell'ordinamento giuridico, di fabbricare le case, seminare e raccogliere il frumento. Da questa funzione primaria si svolge, sussidiariamente, l'aspetto di pretesa (...) quando si presenti un'offesa, o il pericolo di essa; quando a torto e *contra ius* (oggettivo e soggettivo) si avveri il fatto illecito, che alcuno turbi o penetri o usurpi il fondo altrui!>>. La concezione interioristica conduce al *licere*, la concezione esterioristica conduce alla pretesa.

Tali concetti saranno infatti ripresi quando ci si occuperà del raffronto tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quando si accennerà alla conformazione statica di quest'ultima situazione giuridica, che, ove connessa a situazioni giuridiche passive a carico della pubblica amministrazione, dimostrerebbe l'esistenza di un *rapporto amministrativo*.

3. *Disponibilità e indisponibilità dei diritti: caratteristiche e implicazioni.*

Il diritto soggettivo si compone strutturalmente di una serie di facoltà⁵⁸, talvolta individuate verificandone l'autonomia rispetto al diritto medesimo⁵⁹. La disponibilità appartiene al novero di esse⁶⁰.

Non tutte le situazioni giuridiche soggettive attive sono caratterizzate dalla disponibilità: per tale ragione, la dottrina ha spesso ritenuto che essa non costituisca una qualità imprescindibile del diritto soggettivo⁶¹.

⁵⁷ Si veda la definizione di L. Bigliazzi Geri, *Diritto civile*, cit., p. 259: «se il rapporto giuridico è una relazione tra soggetti (o, come pare più corretto, tra situazioni giuridiche soggettive) ciò significa che non può darsi rapporto (ed equivoco è il riferimento ad esso) là dove manchi una simile relazione, sicché l'interesse (individuale o «collettivo») «tutelato» dalla norma non risulti comunque coordinato (...) con altra situazione, ma la «tutela» (*rectius*, qualificazione giuridica) si esprima nel riconoscimento di un «potere» che si manifesta *su* una cosa (...) o *verso* altro bene (...)».

⁵⁸ Così L. Bigliazzi Geri, *Diritto civile*, vol. I, cit., pp. 291 – 292, nonché, con particolare riferimento alla facoltà di disporre del diritto di credito, p. 315: «È infatti facoltà del creditore disporre del proprio diritto, provocando quindi una modificazione sostanziale nella propria posizione. È quanto accade tutte le volte in cui, ad esempio, egli trasferisca – dietro corrispettivo o meno (cioè, come dice la legge, a titolo oneroso o gratuito) – il credito ad un terzo (cessione del credito: art. 1260 e ss. c.c.), ovvero rinunci a esso (remissione del debito: art. 1236 e ss. c.c.) o, ancora, consenta a sostituire all'obbligazione originaria (che si estingue) una nuova obbligazione avente oggetto diverso e perciò, all'originario diritto, un nuovo diritto, che risulta diverso dal precedente sotto il profilo oggettivo (novazione oggettiva: art. 1230 e ss. c.c.) e così via». Cfr. altresì S. Piras, *Sull'esercizio della facoltà di disporre*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1947, pp. 21 e ss., che parla di «vincolo di accessoriarietà e complementarietà che lega facoltà giuridiche e posizione principale».

⁵⁹ Cfr. P. G. Monateri, *Diritto soggettivo*, cit., p. 421, che porta efficacemente a esempio il diritto di proprietà che continuerebbe a sussistere «anche se il proprietario ha ceduto ad altri la facoltà di godimento della cosa», facoltà che cessa di esistere ove il diritto di proprietà sia alienato. Le varie facoltà attinenti al diritto di proprietà, quindi, non configurano situazioni di diritto autonome. Nel proseguo sarà in particolare analizzato il potere di disposizione, quale facoltà inerente i diritti soggettivi.

⁶⁰ Cfr. S. Pugliatti, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Diritto civile. Metodologia – pratica*, Milano, 1951, p. 5: «La facoltà di disposizione sarebbe, nella sua espressione sintetica, il potere legittimo che ha il titolare di un diritto di trasferire ad altri il diritto stesso. Ma, a rigore, di questa facoltà non si ha un vero e proprio concetto: essa infatti non esiste come entità giuridica e come unità logica».

⁶¹ Cfr. F. Ferrara, che riprende in pieno la teoria di Thon, in *Trattato di diritto civile italiano*, I, Napoli, 1921, pp. 327 e ss. Si veda, altresì, G. Ballardore Pallieri, *Diritto soggettivo*, cit., p. 23,

L'indagine in merito all'eventuale relazione di coesistenza tra la facoltà in esame e la situazione giuridica di riferimento costituisce un aspetto centrale della trattazione, che sarà inquadrato con maggior precisione alla luce delle risultanze interpretative che seguono.

Lo studio della disponibilità, difficilmente inquadrabile concettualmente, deve essere condotto coniugando una visione astratta a un'analisi attenta alle ipotesi concrete e alle ricadute applicative. Solo così sarà possibile cogliere il senso di un istituto *scivoloso*, che soffre di una carenza definitoria a livello legislativo⁶² e che si manifesta in molteplici gradazioni intermedie⁶³.

secondo cui il potere di disposizione non rientra nel nucleo essenziale del diritto soggettivo, salvo che sia espressamente previsto dalla legge, motivo per cui non tutti i diritti soggettivi sono disponibili. In senso contrario, cfr. E. Russo, *Il concetto di diritto soggettivo*, cit. p. 20, il quale parla della disponibilità quale elemento <<coessenziale>> al diritto soggettivo, che <<attribuisce ad esso la sua dimensione teleologica fondamentale costituita dalla sua strumentalità ad attuare la circolazione della ricchezza>>. L'Autore, in modo ancor più esplicito, enuncia che <<Il diritto soggettivo è essenzialmente trasferibile, e ciò che non è trasferibile (...) non è diritto soggettivo. Nella disponibilità del diritto soggettivo si riflette l'essenziale carattere *disponibile* della norma civile. I diritti per loro natura indisponibili e non soggetti alla prescrizione sono una <<cosa>> diversa rispetto al diritto soggettivo. Essi rispondono a esigenze diverse, diverso è il nucleo di interessi (non patrimoniale) che essi proteggono, diversa la disciplina giuridica, attengono alla persona e non al patrimonio>>. Sull'autonomia del diritto soggettivo dalla facoltà di disporre si veda S. Piras, *Sull'esercizio della facoltà di disporre*, cit., p. 24: <<la differenza di piani tra le due figure: "posizione giuridica principale" e "facoltà giuridica" determina una fondamentale differenza di trattamento da parte del legislatore. Non è logicamente concepibile infatti che l'ordinamento giuridico possa valutare allo stesso modo la titolarità di una posizione giuridica, avente per sé piena rilevanza e funzione indipendentemente da qualsiasi volontà immanente od attuale di qualsiasi soggetto (...) e la titolarità di un mezzo giuridico che invece è strumento per la produzione di dati effetti, riconosciuti dall'ordinamento giuridico all'attività del soggetto il quale, utilizzando la forza propulsiva della propria volontà impiegata nell'uso del detto strumento, intenda produrre un movimento del mondo giuridico per l'attuazione di un determinato scopo>>.

⁶² L'analisi del significato comunemente attribuito dal legislatore alla nozione si rende necessaria perché essa, anche se viene menzionata spesso all'interno del Codice Civile, non è mai stata definita dettagliatamente, essendo priva di un espresso riferimento legislativo. Nonostante si tratti di una figura giuridica di solida tradizione nel diritto civile, i richiami più significativi all'indisponibilità sono contenuti nell'ambito degli artt. 1966, comma 2, c.c., 2731 c.c., 2733, comma 2, c.c., 2739, comma 1, c.c., 2934, comma 2, c.c., 2937 c.c., 2968 c.c. e 806, comma 1, c.p.c. Il testo dell'art. 1966, comma 2, c.c., in materia di transazione, menziona i <<diritti (...) sottratti alla disponibilità delle parti>>; quello degli artt. 2731 e 2733, comma 2, c.c., in tema di confessione, richiama il concetto di <<disposizione dei diritti>>; quello dell'art. 2739, comma 1, c.c., relativo al giuramento, parla di <<diritti di cui le parti non possono disporre>>; quello dell'art. 2934, comma 2, c.c., in materia di prescrizione, contiene l'espressione <<diritti indisponibili>>; quello dell'art. 2937 c.c., concernente la rinuncia alla prescrizione, si riferisce a coloro che non possono <<disporre validamente>> di un diritto; quello dell'art. 2968 c.c., in materia di decadenza, richiama il concetto di indisponibilità dei diritti; quello dell'art. 806, comma 1, c.p.c., in tema di arbitrato rituale, si riferisce ai <<diritti indisponibili>>. Si veda sul punto P. Moro, *I diritti indisponibili. Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, Torino, 2004.

⁶³ Negativo sulla possibilità di pervenire a un'unitaria definizione dell'indisponibilità è A. M. Palmieri, *Transazione e rapporti eterodeterminati*, Milano, 2000, in particolare si veda p. 318: <<i>tentativi di elevare l'indisponibilità a categoria concettuale generale si sono scontrati con le difficoltà

Le medesime difficoltà interpretative emergono altresì rispetto al riflesso negativo della nozione anzidetta: l'indisponibilità giuridica, concetto sfuggente⁶⁴, impiegato in modo vago e impreciso e dato per presupposto dalle disposizioni legislative che ne delincono le conseguenze operative.

Occorre quindi procedere all'inquadramento sistematico della questione, per cercare di tracciarne i contenuti con riferimento non solo ai dati di diritto positivo, ma prima ancora alla *ratio* sottostante.

Il concetto di disponibilità va di pari passo con quello di potere di disposizione del diritto⁶⁵ da parte del soggetto titolare dello stesso⁶⁶, che può in tal modo dar

opposte da un sistema normativo che di essa non offre una definizione positiva e nel quale non è dato di rinvenire utili indicazioni ricostruttive>>.

⁶⁴ Cfr. F. Negro, *I diritti indisponibili nel sistema dell'ordinamento giuridico*, in *Foro it.*, 1956, pp. 208 e ss.

⁶⁵ Cfr. L. Mengoni – F. Realmonte, *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, pp. 189 e ss., che pone innanzitutto l'attenzione sugli studi tedeschi e sul carattere dell'immediatezza del trasferimento, della modificazione o dell'estinzione del negozio dispositivo, che sotto tale aspetto si colloca agli antipodi del negozio obbligatorio; cfr. altresì A. Binni, *Potere di disposizione*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, pp. 450 e ss.; U. Carnevali, *Appunti di diritto privato*, VIII ed., Milano, 2007, p. 50: <<disporre di un diritto significa venderlo, donarlo, permutarlo, rinunciargli direttamente o indirettamente, farne oggetto di accordi transattivi, darlo in pegno o in ipoteca>>. Si veda altresì S. Piras, *Sull'esercizio della facoltà di disporre*, cit., p. 23, il quale anzitutto pone in rilievo come la facoltà di disporre sia un elemento <<non rilevante dal punto di vista della statica>>, in tal modo escludendone la necessità ai fini dell'indagine sulla struttura del diritto soggettivo. Tale potere è stato studiato dalla dottrina tradizionale in correlazione al diritto di proprietà, senza un'attenzione alla sua autonomia concettuale, che è sopraggiunta soltanto in un secondo momento. Si veda anche M. Magnani, *Disposizione dei diritti*, in *Dig. disc. priv.* IV, Torino, 1990, pp. 51 e ss. Esulano dall'oggetto del presente studio le questioni relative al rapporto tra potere di disposizione e capacità di agire e giuridica, sulle quali, cfr. ancora, anche per i copiosi riferimenti dottrinali, A. Binni, *Potere di disposizione*, cit., pp. 453 e ss., ove l'Autore affronta altresì la questione della scissione tra titolarità del diritto e titolarità dell'esercizio del potere dispositivo (legittimazione al negozio), nonché L. Mengoni – F. Realmonte, *Disposizione*, cit., pp. 192 e ss., sempre per un raffronto sistematico tra ordinamento italiano e ordinamento tedesco. Sul tema della dissociazione tra titolarità e indisponibilità dei diritti non si può, inoltre, prescindere dalla trattazione di P. Negro, *Indisponibilità giuridica*, cit., pp. 605 e ss., il quale individua il fenomeno nella <<singolare posizione del del titolare del diritto, conseguente al fatto che il diritto stesso è destinato ad assolvere una particolare funzione nei confronti di determinate persone (terzi creditori): nel frattempo il soggetto non può dimetterlo dal suo patrimonio, cioè non può compiere atti dispositivi>>: in tal senso, l'Autore sottolinea che non si tratta di una situazione invalidante, ma <<il legittimante, in quanto il soggetto è capace e l'oggetto è trasferibile>>. Sul punto, cfr., ancora, S. Piras, *Sull'esercizio della facoltà di disporre*, cit., p. 24, in particolare cfr. nota n. 10 per i riferimenti codicistici, nonché S. Pugliatti, *Considerazioni sul potere di disposizione*, cit. Si veda, infine, anche P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 93, per il quale libertà e potere di disposizione costituiscono <<elementi del contenuto della situazione e ne configurano il profilo dinamico. Nel potere di disposizione rientrano tutte le ipotesi (di esercizio) che determinano un mutamento nei rapporti giuridici preesistenti. Il potere di disposizione è il potere di provocare una vicenda costitutiva, modificativa o estintiva di un rapporto giuridico. È atto di disposizione non solo il trasferimento ad altri (alienazione a terzi), ma ogni atto di autonomia con il quale si costituisca una situazione soggettiva in capo ai terzi. L'atto di disposizione può riguardare situazioni reali o di credito, situazioni patrimoniali e non patrimoniali>>.

luogo a una modificazione sostanziale della propria situazione soggettiva⁶⁷. L'anzidetto potere rientra, a sua volta, in quello più ampio di autonomia privata⁶⁸, costituendone una particolare modalità di esercizio⁶⁹.

I due termini rappresentano lo stesso fenomeno osservato da due angolazioni differenti: statica (la disponibilità dei diritti) e dinamica (il potere dispositivo).

Nell'esame del potere dispositivo si riscontrano l'indeterminatezza e la disomogeneità che caratterizzano la nozione di (in)disponibilità⁷⁰. Di esso si ricavano due definizioni. La prima, più generica, corrispondente alla facoltà del titolare della situazione soggettiva di compiere negozi, e la seconda, più specifica, coincidente con quel particolare modo di esercizio dell'autonomia privata, cui consegue un immediato effetto dismissivo (che sia trasferimento, estinzione o modificazione) dalla sfera giuridica del titolare stesso⁷¹.

A tali elementi se ne aggiunge necessariamente uno di natura obiettiva: la situazione soggettiva deve essere suscettibile di disposizione⁷².

È così possibile cogliere il minimo comune denominatore della categoria della disponibilità (e, quindi, anche del potere dispositivo) dividendo le indicazioni anzidette in presupposti – oggettivi e soggettivi – ed effetti. Quanto ai primi, deve sussistere il potere di produrre effetti giuridici in relazione a una determinata situazione soggettiva sostanziale intrinsecamente disponibile, a fronte di un atto di volontà. Dal punto di vista effettuale, si ha una separazione – quantomeno parziale –

⁶⁶ Cfr. G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarnieri, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Sacco, *Il diritto soggettivo*, cit., p. 67: <<la nozione di diritto soggettivo implica il potere di compiere atti di esercizio del diritto>>.

⁶⁷ Si veda S. Pugliatti, *L'atto di disposizione*, cit., p. 4 <<il potere di disposizione presuppone una soggezione materiale rivestita di formalità giuridica, dalla quale nasce il diritto soggettivo che importa preliminarmente la legittima attribuzione a un soggetto, con la conseguente garanzia di protezione verso tutti gli altri consociati, e nel contempo di disporre del diritto a favore degli altri, cioè di far sì che altri si sostituisca al titolare originario nel godimento e nell'esercizio del diritto>>.

⁶⁸ Così I. Capelli, *La disponibilità dei diritti nelle controversie societarie*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, pp. 670 e ss. e in particolare sul punto p. 679. Si veda anche F. Lucarelli, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, in particolare per lo studio dell'ampliamento delle fattispecie normative che limitano il potere di disposizione, cfr. pp. 224 e ss.

⁶⁹ Sul punto cfr., anche per i copiosi richiami, A. Motto, *Commento all'art. 806 (Controversie arbitrabili)*, in A. Briguglio, B. Capponi (a cura di) *Commentario alle riforme del processo civile*, Padova, 2009, pp. 463 e ss.; S. Pugliatti, *Considerazioni sul potere di disposizione*, in *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951, pp. 33 e ss.

⁷⁰ Per l'analisi delle diverse teorie in ordine al significato concreto, nonché alla natura, proprie del potere di disposizione, si veda A. Binni, *Potere di disposizione*, cit. p. 452.

⁷¹ A. Motto, *Controversie arbitrabili*, cit., pp. 475 – 476; L. Mengoni – F. Realmonte, *Disposizione*, cit., p. 189.

⁷² S. Pugliatti, *L'atto di disposizione*, cit., pp. 5 e ss., ripartisce ogni atto di disposizione in due elementi: la facoltà di disposizione e la concreta manifestazione di volontà. L'anzidetta facoltà, poi, essendo nozione complessa, è ulteriormente suddivisa in un elemento di natura soggettiva (facoltà attiva di disposizione o capacità di agire) e un elemento a natura oggettiva (capacità passiva di disposizione o attitudine dispositiva della situazione giuridica soggettiva).

della situazione giuridica dal titolare, con un'eventuale attribuzione della stessa a un terzo soggetto⁷³.

Dal concetto così inteso si distingue, peraltro, un ulteriore modo di intendere il fenomeno che fa leva sul legame del potere dispositivo con la legittimazione, per cui l'esercizio di esso è in capo a chi si trovi in una determinata posizione (generalmente di titolarità) rispetto al relativo diritto⁷⁴. Ciò, tuttavia, esula dalle finalità del presente studio, poiché non apporta alcun contributo utile rispetto alla determinazione delle caratteristiche sostanziali della disponibilità giuridica applicata alla situazione soggettiva.

Occorre quindi soffermare l'attenzione esclusivamente sulle definizioni indicate in precedenza, esaminando la disciplina legale di riferimento.

Nel sistema civilistico, al privato non spetta un'assoluta libertà negoziale: non di rado l'ordinamento pone limiti mediante previsioni legislative e principi generali.

Quando il potere di disposizione è depotenziato (o radicalmente eliminato) si verifica il fenomeno dell'indisponibilità giuridica⁷⁵, oggetto di differenti e graduate modalità di manifestazione.

A ben vedere, la mancanza di omogeneità nelle ipotesi concrete di indisponibilità permette di porre innanzitutto una basilare distinzione, a cui corrispondono due differenti approcci metodologici nello studio dell'istituto.

Da un lato, infatti, si può osservare l'indisponibilità quale attributo derivante dalla disciplina legislativa di volta in volta considerata: seguendo tale criterio, l'interprete può apprezzare i diversi gradi di limitazione legale al potere di disposizione dei privati⁷⁶.

Dall'altro lato, si può invece muovere dall'analisi delle situazioni giuridiche, riscontrando in alcune di esse un'intrinseca natura indisponibile e distinguendole pertanto da quelle rispetto alle quali la stessa caratteristica è aggiunta *dall'esterno*, per mezzo di una previsione di legge⁷⁷.

⁷³ Tale fenomeno non si verifica in caso di rinuncia, ove la vicenda rimane circoscritta soggettivamente al titolare del diritto, senza il coinvolgimento di terzi.

⁷⁴ Così S. Piras, *Sull'esercizio della facoltà di disporre*, cit., p. 25. L'ipotesi in questione, tuttavia, è più propriamente qualificabile come «capacità di disposizione» che come potere di disposizione, cfr. A. Motto, *Controversie arbitrabili*, cit., p. 476; P. Negro, *Indisponibilità giuridica*, in *Nov.dig.ilt.*, VII, Torino, 1957, pp. 605 e ss. Sul punto si è sviluppata la problematica relativa alla scissione tra la titolarità del diritto e il potere di disposizione del medesimo, che esula dall'oggetto della presente ricerca, cfr. P. D. Monateri, *Diritto soggettivo*, cit., p.424, che pone gli esempi della rappresentanza e dei titoli di credito, cfr. p. 424.

⁷⁵ Così G. Maniaci, *La dittatura dei diritti indisponibili*, in *Diritto e quest. Pubbl.*, 2014, pp. 669 e ss.; G. Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Corte dei Diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pp. 801 e ss.

⁷⁶ Tale è l'approccio metodologico di S. Piras, *Sull'esercizio della facoltà di disporre*, cit. e di F. Negro, *Indisponibilità giuridica*, cit.

⁷⁷ Non si può omettere di citare, in ordine all'approccio appena indicato, il disposto dell'art. 1966 c.c., comma 2, secondo cui «La transazione è nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti». F. Negro, *Indisponibilità giuridica*, cit., p. 606, parla di «indisponibilità giuridica in senso tecnico» ove essa agisce

Le due linee interpretative appena tracciate sono, invero, non in un rapporto di contrapposizione, ma di complementarità, se non di presupposizione. Infatti, la visione che ha origine dalle situazioni soggettive è preliminare rispetto a quella che si occupa di studiare le graduate manifestazioni dell'indisponibilità. Entrambi gli approcci sono quindi necessari ai fini dell'esaustiva comprensione della problematica.

Da quanto esposto emerge che per tracciare i confini della disponibilità e collocarla nell'ordinamento giuridico occorre l'esatta identificazione dell'indisponibilità, con riguardo alle principali teorie elaborate dalla dottrina.

Negli anni cinquanta l'anzidetta qualifica fu individuata nella sussistenza di un vincolo apposto dalla legge al potere di disposizione del titolare della situazione soggettiva, in funzione di garanzia dei terzi creditori contro eventuali atti dismissivi⁷⁸. In tal senso l'indisponibilità, concepita quale vincolo all'esercizio del potere di disposizione, operava rispetto ai soli diritti a carattere patrimoniale⁷⁹ ed era, pertanto, netta la distinzione tra indisponibilità, inalienabilità e irrinunciabilità⁸⁰.

Siffatta visione appare, tuttavia, eccessivamente limitativa rispetto a un fenomeno caratterizzato da una funzione e una portata molto più ampie e complesse.

Hanno fatto seguito le teorie concentrate sull'individuazione dell'effetto sanzionatorio derivante dalle violazioni ai limiti legali del potere dispositivo⁸¹. Le impostazioni in questione sono, tuttavia, orientate in via esclusiva sull'aspetto effettuale (e patologico) del fenomeno, a scapito di un'analisi unitaria che ne cerchi, invece, il fondamento giuridico.

dall'esterno, per il tramite della legge, non mutando i connotati del diritto (come accade nell'ipotesi del diritto agli alimenti o nell'ipotesi della dote). L'A. cita, a supporto, le conclusioni cui era pervenuto anche A. De Mattia, *Contributo per una teoria generale dell'indisponibilità giuridica*, in A. Agundez, R. Beraud, A. De Mattia, K. Dixon, M. Duni, N. Gowland, E. Heinitz, G. Rat, H. Schilier, *La teoria dell'indisponibilità giuridica attraverso le critiche e le osservazioni della dottrina*, Padova, 1958, pp. 95 e ss., osservando che <<il De Mattia raffigura sinteticamente il fenomeno come una retta, nella quale troverebbero posto ai poli estremi i diritti della personalità e il demanio, nella zone intermedia da una parte gli alimenti ex lege e dall'altra la dote e al centro le fattispecie di indisponibilità in senso stretto>>.

⁷⁸ Cfr. P. Negro, *Indisponibilità giuridica*, cit., p. L'A. esprime ancor più dettagliatamente il proprio pensiero in *Lineamenti di un trattato dell'indisponibilità giuridica*, Padova, 1957. In seguito, tale visione è stata ripresa e condivisa da C. Scuto, *Inalienabilità*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1965, pp. 475 e ss., nonché da V. Lojacono, *Inalienabilità (clausole di)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, pp. 892 e ss.

⁷⁹ Per quanto attiene ai diritti della personalità, secondo questa corrente interpretativa a essi l'indisponibilità appartiene quale caratteristica naturale, necessaria e inscindibile. Non può parlarsi, per tali diritti, di disponibilità in senso tecnico. Cfr. P. Negro, *I diritti indisponibili*, cit. p. 215 e ss.

⁸⁰ Cfr. C. Scuto, voce *Inalienabilità*, cit., p. 475, nonché V. Lojacono, *Inalienabilità*, cit., p. 892, i quali riprendono l'orientamento di P. Negro. Si veda altresì G. Piola, *Inalienabilità*, in *Dig.it.*, VI, Torino, 1899, pp. 346 e ss.

⁸¹ Tra tutti si veda C. M. Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, F. Vassalli (diretto da), Torino, 1972.

Infine, più di recente l'attenzione è nuovamente tornata sull'aspetto strutturale e sostanziale attinente alle situazioni giuridiche soggettive⁸².

Spunti di maggiore interesse emergono dagli studi che più approfonditamente si sono occupati di fornire un quadro generale sull'indisponibilità giuridica⁸³, ove si può riscontrare la differenziazione tra diritti indisponibili per natura – quali i diritti della personalità⁸⁴ – e diritti il cui potere di disposizione è stato limitato – o talvolta eliminato in radice – dall'ordinamento⁸⁵, per motivazioni non omogenee quali la particolare destinazione del diritto soggettivo (cosiddetta indisponibilità oggettiva)⁸⁶

⁸² Cfr. M. Magnani, *Disposizione dei diritti*, cit., p. 52, il quale distingue tra diritti oggettivamente indisponibili (a <<destinazione necessaria>>, quali i diritti della personalità) e diritti soggettivamente indisponibili (tali sono i diritti patrimoniali per i quali è prevista un'attenuata capacità dispositiva del titolare, in funzione di garanzia patrimoniale).

⁸³ Cfr. P. Negro, *Indisponibilità giuridica*, cit., p. 606, che distingue tra diritti inseparabili dal soggetto (diritti di stato e diritti della personalità), diritti inalienabili per natura (credito alimentare e usufrutto legale) e diritti inalienabili per disposizione di legge (dote, patrimonio familiare, quote delle società personali, azioni degli accomodatari nella società in accomandita per azioni).

⁸⁴ I diritti indisponibili per natura non costituiscono un gruppo chiuso e predeterminato. Alcuni esempi sono: i diritti personalissimi alla vita e all'integrità fisica, al nome e all'immagine, all'onore e alla libertà individuale. Nei casi appena citati si rinviene una stretta inerenza della situazione soggettiva alla persona del titolare. Per una disciplina specifica e dettagliata, si veda la legge 633 del 22/4/41 dedica alla protezione dei diritti sull'opera a difesa della personalità dell'autore la sezione seconda del capo terzo e più esattamente gli artt. 20 - 24 tutte norme sulle quali si rinvia alla specifica sezione. I diritti sull'opera a difesa della personalità dell'autore sono: a) Inalienabilità. L'art.20 della legge.sottolinea il rapporto indissolubile sul piano spirituale tra l'opera e la persona dell'autore. Si possono cedere i diritti di utilizzazione economica dell'opera pur restando titolari del diritto morale. L'art.22 della legge stabilisce espressamente l'inalienabilità del diritto morale. Unica deroga è quella prevista dall'art.22 secondo comma L.A. che ammette la cessione contrattuale del diritto di modificare l'opera. In questo caso l'autore non è più ammesso ad agire per impedire l'esecuzione dell'opera o chiederne la sua soppressione. Interessante a questo proposito sono le pronunce della giurisprudenza, quali Tribunale di Milano 13/12/84, che ha stabilito che: <<Il divieto di alienazione del diritto morale, posto dall'art.22 L.A. persegue una finalità di indole pubblicistica consistente nella garanzia della paternità dell'opera e della sua integrità pertanto ogni rinuncia al diritto morale deve essere interpretata restrittivamente ed è vincolante soltanto tra le parti del negozio di rinuncia>>. b) Irrinunciabilità. La semplice rinuncia del diritto, fatto che di per sé non comporta l'acquisto da parte di altri del diritto rinunciato, è invalida. c) Autonomia. Il diritto morale d'autore è indipendente rispetto alla libera disponibilità dei diritti patrimoniali. Tant'è che anche dopo la cessione dei diritti di utilizzazione economica, l'autore può richiedere ai sensi dell'art.142 della legge il ritiro dell'opera dal commercio quando concorrano gravi ragioni morali, intese queste ultime nel significato più ampio comprendente motivi sia di ordine etico che intellettuale politico e religioso. d) Imprescrittibilità. La tutela del diritto morale d'autore, essendo questo indisponibile, è sempre esercitabile ex art.2934 c.c. senza limiti di tempo.

⁸⁵ La distinzione si trova testualmente indicata nell'art. 1966 c.c. che disciplina il contratto di transazione: <<Per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite. La transazione è nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti>>.

⁸⁶ È indisponibile in questo senso il diritto (patrimoniale) agli alimenti di cui agli artt. 433 e ss. c.c., il quale presuppone uno stato di bisogno. La ragione di detta indisponibilità va ricercata nella tutela della personalità di ciascun componente la famiglia, in quanto il diritto al sostentamento minimo e basilare è diritto funzionale a garantire detta tutela e pertanto deve essere sottratto al potere di

o la capacità giuridica attenuata del titolare del diritto (cosiddetta indisponibilità soggettiva)^{87 88}.

Le due categorie sono ben distinte dal punto di vista strutturale, poiché nella seconda l'indisponibilità non discende dalla natura dell'interesse presupposto, ma ha luogo soltanto nella fase dinamica della situazione giuridica⁸⁹. Non è, quindi, una caratteristica del diritto, ma un elemento estrinseco a esso⁹⁰, che interviene nel successivo momento funzionale⁹¹.

Dal punto di vista del diritto positivo, si riscontrano molteplici previsioni codicistiche che riguardano il fenomeno: un esame di esse pone in evidenza il rischio di frammentarietà della problematica.

Talvolta la natura indisponibile del diritto è presupposto preclusivo all'applicazione di determinati istituti di natura probatoria⁹², o di negozi transattivi⁹³,

disposizione delle parti. Sul diritto agli alimenti, cfr. F. Lucarelli, *Solidarietà*, cit., pp. 282 e ss. Per quanto riguarda invece l'indisponibilità del diritto di mantenimento, essa è ricavabile dall'esame del combinato disposto dell'art. 160 e dell'art. 143 che vietano di patteggiare gli oneri del matrimonio, e dell'art. 5, comma 6, della legge sul divorzio. Da tali disposizioni emerge che l'assegno di mantenimento non può essere oggetto di rinuncia preventiva da parte dei coniugi, né di un accordo che ne stabilisca la spettanza, la misura e la decorrenza.

⁸⁷ M. Magnani, *Disposizione dei diritti*, cit., p. 52. Si veda P. Negro, *Indisponibilità giuridica*, cit., p. 606, per il quale nel caso in cui l'indisponibilità colpisca l'oggetto o il soggetto – come accade rispettivamente nelle ipotesi dei beni del demanio e dei diritti della personalità – è il diritto stesso a essere trasformato.

⁸⁸ Un'altra ipotesi, difficilmente collocabile all'interno della distinzione indicata, è quella propria delle potestà, indisponibili per mancanza di coincidenza tra il soggetto titolare delle stesse e il soggetto nel cui interesse i poteri devono essere esercitati.

⁸⁹ Concordemente si veda F. Lucarelli, *Solidarietà e autonomia privata*, cit., pp. 215 e ss.: <<L'inalienabilità (o incedibilità ecc...) può esser determinata da ragioni intrinseche e, precisamente, dalla particolare funzione o destinazione giuridica del bene; ma, il che complica notevolmente l'indagine, può esser anche dovuta a motivazioni estranee all'oggetto del rapporto>>. L'Autore riporta esempi di diritti indisponibili per natura, rispetto ai quali l'inalienabilità <<va intesa come *quid* che inerisce al bene per la sua funzione>>.

⁹⁰ L'indisponibilità estrinseca è categoria che comprende differenti limitazioni alla sfera funzionale di esercizio della situazione giuridica soggettiva. Il termine ha tuttavia valenza solo descrittiva, dal momento che essa è un *contenitore* che prende forma specifica caso per caso.

⁹¹ Si intende il caso dei vincoli derivanti dal sequestro ex art. 2905 c.c. e artt. 670 e 671 c.p.c. o dal pignoramento ex artt. 2912 c.c., 491 e ss., 513 e ss., 555 e ss. c.p.c., che danno luogo a questioni di opponibilità. Si veda L. Bigliuzzi Geri, *Diritto civile*, cit., p. 298. Della medesima specie sono: le obbligazioni alimentari – indisponibili nella misura in cui l'atto di disposizione pregiudica l'interesse tutelato -, i rapporti patrimoniali tra i coniugi, i rapporti societari. Cfr. sul punto Corte Cass. 9 luglio 2003, n. 10794. In Corte Cass., n. 12412/2000 l'indisponibilità è individuata in relazione agli interessi della società e all'interesse collettivo dei soci e dei terzi.

⁹² Si veda gli artt.: 2698 c.c. (<<Sono nulli i patti con i quali è invertito ovvero è modificato l'onere della prova, quando si tratti di diritti di cui le parti non possono disporre o quando l'inversione o la modificazione ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto>>); 2731 c.c. (<<La confessione non è efficace se non proviene da persona che è capace di disporre del diritto, a cui i fatti confessati si riferiscono>>); 2733 c.c. (<<Essa forma piena prova contro colui che l'ha fatta, purché non verta su fatti relativi a diritti non disponibili>>); 2739 c.c. (<<Il giuramento non può essere deferito o riferito per la decisione di cause relative a diritti di cui le parti

o, infine, dell'arbitrato⁹⁴. Altre volte la facoltà dispositiva è vietata espressamente in virtù della natura della situazione soggettiva, ovvero in virtù di un'eventuale contrapposizione tra i principi ordinamentali e l'esercizio della facoltà stessa⁹⁵. In molti altri casi, la legge prevede l'indisponibilità di una determinata disciplina, alla quale le parti non possono rinunciare⁹⁶. Infine, vi sono numerose previsioni che interessano singolarmente la situazione soggettiva di volta in volta disciplinata⁹⁷.

non possono disporre ...>>). Sul tema delle prove legali ci si soffermerà *infra* nella seconda parte della ricerca.

⁹³ Si veda l'art. 1966 c.c.: <<Per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite. La transazione è nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti>>. Sulla transazione con particolare riferimento al diritto pubblico, cfr. *infra*, capitolo II, § 6. Si veda altresì il disposto dell'art. 2113 c.c.: <<Le rinunzie e le transazioni, che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi concernenti i rapporti di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile, non sono valide. L'impugnazione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla data di cessazione del rapporto o dalla data della rinunzia o della transazione, se queste sono intervenute dopo la cessazione medesima. Le rinunzie e le transazioni di cui ai commi precedenti possono essere impuginate con qualsiasi atto scritto, anche stragiudiziale, del lavoratore idoneo a renderne nota la volontà. Le disposizioni del presente articolo non si applicano alla conciliazione intervenuta ai sensi degli articoli 185, 410 e 411, 412-ter e 412-quater del codice di procedura civile>>.

⁹⁴ Cfr. art. 806 c.p.c.: <<Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge>>. Ugualmente per quanto riguarda la preclusione della cognizione secondo equità per i diritti non disponibili *ex art.* 114 c.p.c.: <<Il giudice, sia in primo grado che in appello, decide il merito della causa secondo equità quando esso riguarda diritti disponibili delle parti e queste gliene fanno concorde richiesta>>. All'arbitrato nell'ambito del diritto amministrativo sarà dedicata apposita trattazione, cfr. *infra*, seconda parte, capitolo III.

⁹⁵ Cfr. art. 5 c.c.: <<Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume>>.

⁹⁶ Si fa riferimento all'art. 2936 c.c.: <<E' nullo ogni patto diretto a modificare la disciplina legale della prescrizione>>, nonché all'art. 2937 c.c.: <<Non può rinunciare alla prescrizione chi non può disporre validamente del diritto. Si può rinunciare alla prescrizione solo quando questa è compiuta (...)>>. Pertanto, il presupposto fondante della rinunzia è il potere di disporre del vantaggio economico prodotto dalla prescrizione, ossia di possedere la titolarità della situazione giuridica soggettiva in questione. Si veda altresì gli artt. 2968 c.c. (<<Le parti non possono modificare la disciplina legale della decadenza né possono rinunciare alla decadenza medesima, se questa è stabilita dalla legge in materia sottratta alla disponibilità delle parti>>), 2969 c.c. (<<La decadenza non può essere rilevata di ufficio dal giudice, salvo che, trattandosi di materia sottratta alla disponibilità delle parti, il giudice debba rilevare le cause di improponibilità dell'azione>>), che tuttavia parlano di <<materia sottratta alla disponibilità delle parti>> non di situazioni giuridiche soggettive indisponibili: ciò espunge le norme indicate dalla trattazione in esame e sposta il tema sull'inderogabilità della legge, su cui, v. *infra* § 4.

⁹⁷ È il caso di diritti comunemente disponibili e a natura patrimoniale, quali l'usufrutto legale dei genitori sui beni del figlio minore, *ex artt.* 327 e 327 c.c., ovvero alle previsioni relative ai diritti di uso e abitazione *ex artt.* 1021 e ss. In ordine alle ipotesi appena citate, cfr. F. Lucarelli, *Solidarietà*, cit., pp. 274 e ss.

Dalla rapida elencazione appena compiuta⁹⁸ consegue che, data l'assenza di una definizione legislativa del concetto di disponibilità (o di quello di indisponibilità), gli elementi di diritto positivo rivestono un ruolo imprescindibile sul versante effettuale e applicativo⁹⁹, ma sono insufficienti ove si intendesse individuare e demarcare l'istituto in una prospettiva unitaria e non frammentata¹⁰⁰.

Tutto quanto appena illustrato offre l'occasione per avanzare alcune osservazioni sul fenomeno dei diritti indisponibili, partendo da un approccio strutturale.

In linea generale – e con le precisazioni che saranno in seguito apportate – le situazioni giuridiche soggettive caratterizzate *per loro natura* dall'indisponibilità¹⁰¹ sono quelle a contenuto non essenzialmente patrimoniale¹⁰², che rispondono a

⁹⁸ Per ulteriori previsioni codicistiche relative a divieti di disporre di origine negoziale, che esulano dall'oggetto della presente ricerca, cfr. S. Piras, *Sull'esercizio della facoltà di disporre*, cit., p. 22.

⁹⁹ In questo senso I. Capelli, *La disponibilità dei diritti*, cit., p. 680: «<Posto che l'indisponibilità deve essere rilevata tramite criteri ermeneutici, senza il determinante aiuto di norme a ciò dedicate, un indirizzo di lavoro potrebbe consistere nell'esame della disciplina dei diritti indisponibili. Si tratta di norme che, di frequente, non attengono all'aspetto sostanziale, ma a questioni di carattere processuale, con cui l'ordinamento esclude espressamente, sul piano della legge positiva, che determinati atti di natura processuale abbiano rilevanza nella soluzione di controversie in cui si fanno valere diritti disponibili>>».

¹⁰⁰ Un tentativo di razionalizzazione e unitarietà lo compie G. Gitti, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, in particolare sul punto p. 263: «<Semberebbero due, allora, le cifre di questi diritti indisponibili speciali: da una parte il carattere necessariamente personale degli stessi, che ne richiede l'*incedibilità*, dall'altra l'immodificabilità del loro contenuto, il quale perciò non risulta derogabile né per transazione, né per confessione, né per giudizio d'equità, come pure non risulta, di regola, consumabile per prescrizione>>».

¹⁰¹ Si vedano le osservazioni di G. Gitti, *L'oggetto della transazione*, cit. p. 256, ove l'Autore si sofferma sui diritti indisponibili per natura, contrapponendoli a quelli indisponibili per legge: «<Questi diritti sono variamente identificati (...) dalla dottrina e dalla giurisprudenza che, di conseguenza, ne redigono elenchi piuttosto confusi>>».

¹⁰² Si pensi, tra tutti, agli *status* rientranti nell'ambito familiare (riconoscimento di un figlio, validità di un'adozione), nonché, per citare un esempio ancor più immediato, ai diritti della personalità (quali l'integrità fisica, l'onore e la riservatezza) comunemente denominati diritti *assoluti* e necessari, poiché appartengono a ogni soggetto. Cfr. P. Negro, *Indisponibilità dei diritti*, cit., p. 212, che tuttavia esclude che ai diritti della personalità possa essere attribuita la caratteristica dell'indisponibilità, poiché gli stessi non soddisfano bisogni relativi a beni esteriori, ma sono piuttosto «<modi di essere della persona>>», sono inseparabili dal soggetto. Nello stesso contributo, l'Autore circoscrive la sussistenza della caratteristica della disponibilità ai soli diritti a contenuto patrimoniale, cfr. Id., p. 218; P. Rescigno, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, pp. 7 e ss.; L. Montuchi, *Art. 32, primo comma*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1977; U. Pardolesi (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2003; M. Garutti, *Il diritto all'onore e la sua tutela civilistica*, Padova, 1985, nonché, per l'aspetto relativo alla sottrazione dei diritti della personalità alla libera circolazione, cfr. *ex multis* G. Pugliese, *Aspetti civilistici della tutela del diritto della personalità nell'ordinamento italiano*, in AA. VV., *Alcuni problemi sui diritti della personalità*, Milano, 1964; G. Alpa, G. Resta, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2006, pp. 489 e ss.; V. Zeno Zencovich, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in *Dir.inf.*, 1993, pp. 545 e ss. Per la distinzione tra diritti a contenuto patrimoniale e diritti a contenuto non patrimoniale, si veda L.

esigenze di natura esistenziale e personale¹⁰³. Pertanto, le limitazioni legali (ed esterne) al potere di disporre incidono per lo più (*ex post*) su diritti comunemente disponibili e patrimoniali¹⁰⁴, per i quali rilevano particolari denotazioni soggettive del titolare, ovvero una destinazione del diritto stesso a esigenze che sopravanzano il singolo¹⁰⁵. In quest'ultima categoria rientra altresì l'utilizzo dell'indisponibilità quale forma di tutela di interessi connessi a esigenze di ordine pubblico di protezione, come accade nell'ambito di una relazione contrattuale tra parti in posizioni non paritarie¹⁰⁶.

Secondo un'analisi strutturale, quindi, l'indisponibilità *intrinseca* costituisce una caratteristica che nasce insieme alla situazione giuridica soggettiva ed è con essa

Bigliazzi Geri, *Diritto civile*, cit., p. 295, che inoltre aggiunge: «<vi sono diritti che, data la qualità dell'interesse presupposto, risultano, per così dire, naturalmente indisponibili: tali, quelli già indicati come strettamente personali e i c.d. diritti della personalità, dunque situazioni essenzialmente non patrimoniali>>. Esclude la riconduzione dei diritti patrimoniali nell'ambito dei diritti soggettivi E. Russo, *Il concetto di diritto soggettivo*, p. 41: «<Il diritto soggettivo si muove in una dimensione attinente alle relazioni intersoggettive patrimoniali (...) la mancanza di patrimonialità, e quindi la intrasferibilità, portano la categoria dei c.d. diritti della personalità al di fuori dello schema concettuale di diritto soggettivo>>».

¹⁰³ Così L. Bigliazzi Geri, *Diritto civile*, cit. p. 297, che in queste ipotesi parla di «<diritti naturalmente indisponibili>>. Altra dottrina ritiene che l'indisponibilità in senso tecnico attenga soltanto ai diritti patrimoniali, mentre gli altri sarebbero, piuttosto, diritti non scindibili dal soggetto, ovvero non alienabili per via della connessione con una determinata veste soggettiva del titolare o con un interesse pubblico, così P. Negro, *I diritti disponibili*, cit., p. 211.

¹⁰⁴ Così anche F. Lucarelli, *Solidarietà*, cit., p. 218, ove, con riferimento ai beni indisponibili per previsione di legge, si osserva che: «<la ragione giustificatrice nei casi di indisponibilità in esame risieda precisamente nell'esser i beni oggetto di limitazione (...) idonei a costituire oggetto di disposizione. Trattasi di beni di comune commerciabilità, mobili o immobili; di valori patrimoniali *inter vivos* e *mortis causa*; di rapporti creditizi (...) tutti valori non caratterizzati in sé da particolare ed individuata destinazione soggettiva, ma teoricamente trasferibili>>».

¹⁰⁵ Si pensi, nel primo caso, ai beni appartenenti al demanio (o, sebbene con alcune limitazioni, al patrimonio indisponibile) dello Stato e, nel secondo, ai beni oggetto di usufrutto legale *ex artt.* 324 e 327 c.c. La questione ha interessato anche l'ambito del diritto societario; partendo dal problema specifico della compromettibilità, o meno, in arbitri delle controversie societarie, la dottrina si è interrogata sul concetto di disponibilità dei diritti. Si veda sul punto, anche per i copiosi rinvii dottrinali e giurisprudenziali, F. Ungaretti Dell'Immagine, *Note sull'indisponibilità dei diritti, l'inderogabilità della normativa ed impugnazione delle delibere assembleari*, in *Riv. arb.*, 2009, pp. 323 e ss. In premessa, l'Autore ricorda come tradizionalmente «<l'impugnazione delle delibere assembleari non fosse materia arbitrabile quando l'oggetto dell'atto coinvolge interessi non soltanto del singolo socio ma anche della società, ovvero nel caso in cui la domanda postula violazione di norme dettate a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi>>. Si conferma in tal modo la caratteristica dell'indisponibilità per quelle situazioni giuridiche soggettive volte alla soddisfazione di interessi superindividuali. Si veda altresì, sul tema della disponibilità in ambito societario, I. Capelli, *La disponibilità dei diritti*, cit., pp. 670 e ss.

¹⁰⁶ Ipotesi di questo tipo si rinvencono agevolmente all'interno del Codice del consumo, d.lgs. n. 206/2005. Cfr. I. Capelli, *La disponibilità dei diritti*, cit., p. 678, che esclude tale significato di disponibilità dall'ambito societario, concludendo per «<l'estraneità del riferimento alla disponibilità dei diritti alla tutela del contraente debole: esiste uno spazio di indisponibilità non dettato da esigenze di ordine pubblico di protezione>>».

inscindibile¹⁰⁷. Invece, l'indisponibilità *estrinseca* agisce mediante vincoli legali alla facoltà dispositiva e va di pari passo con la sussistenza di interessi extraindividuali¹⁰⁸ coinvolgenti anche la sfera pubblicistica.

Ove si sposti la prospettiva sul profilo dinamico e funzionale, invece, la problematica appare più caotica: diritti indisponibili sono quelli non suscettibili di trasferimento a terzi, né di rinuncia, transazione e prescrizione¹⁰⁹, pur con le diverse graduazioni cui abbiamo fatto riferimento¹¹⁰. Pertanto, anche i diritti a natura patrimoniale possono subire tali effetti, nonostante non presentino in sé un'indisponibilità strutturale di tipo intrinseco¹¹¹.

¹⁰⁷ Si veda S. Pugliatti, *L'atto di disposizione*, cit., p. 7, il quale, partendo dall'assunto per cui la disponibilità costituisce <<qualità intrinseca di esso [il diritto soggettivo], quasi la forza di coesione delle sue parti, il nucleo del suo contenuto, il suo impulso vitale interiore>> arriva a concludere che <<tra diritti subiettivi ve ne sono alcuni "a cui non corrisponde una facoltà concreta di disposizione". Questa categoria, che comprende ogni diritto subiettivo che "non è oggetto idoneo di disposizione, o perché inerente per sua natura alla persona del titolare, o perché una norma di legge lo dichiara intrasmissibile, come il diritto di uso e di abitazione", (...) tali diritti [sono] intrasmissibili, non perché rispetto ad essi la capacità di agire non possa produrre una concreta facoltà di disposizione (...), ma perché essi mancano dell'attitudine a subire atti dispositivi>>.

¹⁰⁸ Concordemente F. Lucarelli, *Solidarietà*, cit., p. 250, che in merito ai divieti di acquisto o di alienazione osserva che <<piuttosto che inquadrare il problema nella generica o nebulosa indisponibilità del bene, è, invece, significativo insistere sulla particolare destinazione dei valori che ne formano oggetto, la cui funzione si riverbera in altre sfere di interessi, anche a livelli differenti. Di conseguenza, la *ratio* del divieto non va ricercata nella intrinseca natura dell'oggetto, ma riferita ai valori intersoggettivi che da esso si sprigionano; ed individuata precisamente nell'impegno legislativo di comporre e contemperare, in unico contesto funzionale, esigenze molteplici, laddove l'atto di disposizione individuale non si presenti isolabile, per la complessa articolazione degli interessi espressi nella vicenda>>.

¹⁰⁹ Sebbene non sia vero che ogni diritto disponibile sia, per ciò solo, prescrivibile, come si desume facilmente dall'esempio del diritto di proprietà, disponibile eppure imprescrivibile (per imprescrivibilità dell'azione di rivendicazione, *ex art. 948 c.c.*). L'art. 2934 c.c. dispone l'imprescrivibilità per i diritti indisponibili, ma la norma è stata interpretata in maniera restrittiva. Lampante è l'applicazione che ne è stata data nel campo lavoristico. La Corte Cost. ha riportato a tale regola i diritti della personalità e non i diritti di credito derivanti dal contratto di lavoro, si veda Corte Cost., n. 63/1966: <<nel nostro ordinamento non sono soggetti a prescrizione i diritti indisponibili (art. 2934 cc); ma l'indisponibilità del diritto alle prestazioni salariali non è sancita all'art. 36 né si ricava da altre norme della Costituzione: ad esso il lavoratore non può rinunciare, come si desume a fortiori dall'ultimo comma dello stesso art. 36, che stabilisce l'irrinunciabilità del diritto alle ferie e meno ampio dell'indisponibilità richiamata dal codice civile, non basta a rendere perpetuo un diritto soggettivo>>; nello stesso senso si veda altresì Corte Cost., n. 174/1972.

¹¹⁰ Cfr. L. Bigliazzi Geri, *Diritto civile*, cit., p. 296, per cui la disponibilità a livello assoluto comporta che il diritto sia <<inalienabile (dunque, non trasferibile né cedibile), intrasmissibile *mortis causa*, irrinunciabile, impignorabile, inusucapibile. Indisponibilità, cui consegue l'assoluta invalidità (nullità) dell'atto (negozio) col quale di esso si disponga alienandolo, rinunciandovi, costituendo, se del caso, su di esso diritti reali minori (...)>>. L'Autrice si preoccupa altresì di fornire esempi di diritti indisponibili solo in relazione a determinati aspetti, come l'usufrutto, intrasmissibile *mortis causa*, ma trasferibile *inter vivos*.

¹¹¹ La regola generale in tema di situazioni soggettive attive a contenuto patrimoniale è quella della disponibilità da parte del titolare. Così, il proprietario di un fabbricato può alienarlo: pone quindi

Sul punto, la dottrina ha distinto tre diverse gradi di indisponibilità¹¹².

Innanzitutto, quella coincidente con il divieto assoluto di esercizio della facoltà di disporre¹¹³, per la sussistenza di un interesse pubblico o per la natura strettamente personale del diritto¹¹⁴.

In secondo luogo vi sarebbero le ipotesi di temporanea sospensione del potere di disposizione, in vista di un pubblico interesse, cui spesso corrispondono interessi di terzi soggetti ovvero di una determinata categoria di riferimento: in tali frangenti, quindi, l'interesse generale è strettamente connesso con altre situazioni giuridiche soggettive che derivano dalla tutela di esso.

Altre volte, infine, la facoltà di disporre è subordinata alla sussistenza di presupposti, necessari ai fini dell'efficacia.

Tutti gli elementi sinora indicati permettono di tracciare alcune conclusioni. L'individuazione di un diritto a natura indisponibile deve interessare non il solo aspetto funzionale – che rappresenta un profilo che interviene in un secondo momento – ma in primo luogo quello strutturale. L'interprete deve muovere, quindi, dalla situazione giuridica soggettiva.

I diritti che costituiscono oggetto del potere di disposizione sono quelli di cui un soggetto acquisisce la titolarità per effetto di un'obbligazione patrimoniale, suscettibile di valutazione economica; ciò che rileva è, appunto, che la prestazione

in essere un atto negoziale tale da determinare, nell'ambito della dinamica del rapporto giuridico, l'acquisto derivativo-traslativo dello stesso diritto di proprietà in capo all'acquirente. Ciò importa, sotto il profilo della relazione giuridica, la cessazione di essa in capo al dante causa e la parallela costituzione della medesima in capo all'avente causa. del pari, il titolare di un diritto di credito può disporre anche rinunciandovi (remissione: art. 1236 cod.civ.): conseguentemente si determina l'estinzione del rapporto giuridico (obbligatorio) tra creditore e debitore.

¹¹² S. Piras, *Sull'esercizio della facoltà di disporre*, cit.

¹¹³ In merito al divieto assoluto della facoltà di alienazione, si veda L. Bigliuzzi Geri, *Diritto civile*, cit., p. 296: <<perché un diritto possa dirsi assolutamente indisponibile, occorre che esso sia inalienabile, (dunque, non trasferibile né cedibile) *inter vivos*, intrasmissibile *mortis causa*, irrinunciabile, impignorabile, inusucapibile. Indisponibilità, cui consegue l'assoluta invalidità (nullità) dell'atto (negozio) col quale di esso si disponga alienandolo, rinunciandovi, costituendo, se del caso, su di esso diritti reali minori, e così via>>. Si veda altresì A. Briguglio, E. Fazzolari, R. Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, p. 3: <<ogni atto di disposizione importa una modifica dell'assetto della posizione giuridica soggettiva su cui incide, sul piano dell'esistenza o del collegamento di essa al soggetto titolare. L'indisponibilità consiste, pertanto, in ciò che il titolare della posizione giuridica soggettiva non è legittimato al compimento di atti che ne importino il trasferimento, la limitazione o la rinuncia. In tal modo, l'ordinamento garantisce – anche nell'interesse della collettività – l'esistenza di quella posizione giuridica soggettiva e il suo collegamento a un soggetto determinato>>.

¹¹⁴ S. Piras, *Sull'esercizio della facoltà di disporre*, cit., p. 30. L'Autore indica le conseguenze processuali di tale indisponibilità, enucleando gli articoli codicistici di riferimento: art. 2698 c.c. (patti relativi a inversione o modificazione dell'onere della prova), art. 2733 c.c. (confessione giudiziale), art. 2739 c.c. (giuramento), artt. 2966, 2968, 2969 c.c. (disciplina della decadenza). L'Autore fornisce successivamente un'ampia casistica delle previsioni codicistiche attinenti il divieto di alienazione. Sugli effetti che la legge prevede per i diritti indisponibili, si veda anche P. Negro, *I diritti indisponibili nel sistema*, cit. p. 211, che aggiunge alle ipotesi indicate anche l'inammissibilità del compromesso ex art. 806 c.p.c. e la nullità della transazione ex art. 1966 c.c.

sia caratterizzata dalla patrimonialità, per cui diritti disponibili sono i diritti reali, i diritti sui beni immateriali e i diritti di credito.

All'opposto, diritti indisponibili sono tutti quelli *per loro natura* inadonei a costituire oggetto di negozi dispositivi, o semplicemente a essere trasferiti da un soggetto a un altro: sono tali, in senso proprio, solo quelli che presentano siffatta qualificazione sotto entrambi i profili indicati, strutturale e funzionale.

Di là dalle ipotesi di diritti intrinsecamente indisponibili, la legge interviene, con diversa intensità limitativa, laddove sussistano interessi degni di tutela ulteriori a quello del titolare della situazione giuridica oggetto di disposizione¹¹⁵. Il valore ultraindividuale del diritto deve essere oggetto di un'indagine concreta e casistica¹¹⁶.

In definitiva, si può parlare di indisponibilità in senso ampio per ogni ipotesi di limitazione legale al potere di disposizione. Sul punto, la distinzione ulteriore è tra i diritti per i quali la legge stabilisce un'effettiva limitazione al potere di disposizione da parte del titolare e i casi in cui, invece, l'esercizio di tale potere è semplicemente subordinato a un elemento esterno¹¹⁷.

Così interpretato, il tema in oggetto, oltre ad avere una *ratio* variegata, si manifesta in modalità operative differenti a seconda della natura del diritto di volta in volta considerato¹¹⁸. Oltretutto, l'impossibilità di predefinire un numero chiuso di

¹¹⁵ Cfr. S. Piras, *Sull'esercizio della facoltà di disporre*, cit., p. 27: «Un tale interesse ha carattere che può, volta a volta, considerarsi quale interesse pubblico in senso stretto, quale interesse familiare o, comunque, quale interesse facente capo a soggetti diversi da quello o da quelli che cui normalmente farebbe o fa capo la facoltà di disporre relativa alla posizione di cui questi ultimi siano titolari».

¹¹⁶ Si veda sul punto G. Verde, *La convenzione di arbitrato*, in G. Verde (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2005, pp. 43 e ss. e in particolare p. 60: «l'individuazione dei diritti indisponibili impone una non semplice ricerca di diritto positivo, nel cui ambito bisogna tener conto del fatto che le scelte del legislatore non sono valide in assoluto, ma sono storicamente determinate in relazione ad interessi di volta in volta ritenuti prevalenti».

¹¹⁷ Si fa qui riferimento alla distinzione tra limitazione (o preclusione) al potere di disporre e (mero) vincolo nelle modalità di esercizio, il quale lascia inalterato il potere dispositivo. In tal senso, una parziale limitazione al potere di disposizione si ravvisa, infatti, anche in alcuni diritti propriamente patrimoniali, quali l'uso e l'abitazione (che tuttavia possono estinguersi per rinuncia): ai sensi dell'art. 1024 c.c. «i diritti di uso e abitazione non si possono cedere o dare in locazione». La disposizione vieta, con l'esclusione della cessione e della locazione, tutti i trasferimenti, volontari o imposti, del diritto, quali l'ipoteca – art. 2808 c.c. – il sequestro – art. 2905 c.c. – il pignoramento – artt. 2906 e 2912 c.c. – dei frutti pendenti con riferimento al diritto del uso, a meno che questi non siano compresi nel patrimonio dell'utente al momento della raccolta. Discorso a parte merita, invece, il diritto alimentare, anch'esso a natura patrimoniale, ma indisponibile in quanto volto a garanzia di interessi che vanno oltre la sfera esclusiva del privato titolare

¹¹⁸ L. Bigliuzzi Geri, *Diritto civile*, cit. p. 296, distingue tra diritti che sono indisponibili solo per alcuni aspetti (quali l'usufrutto, l'uso e l'abitazione) e diritti relativamente indisponibili, ponendo attenzione in tale ultima ipotesi alla patologia che vizia l'atto dispositivo: non nullità, ma annullabilità (si veda l'art. 2113 c.c.).

situazioni giuridiche soggettive¹¹⁹ fa emergere la centralità di un'analisi specifica, condotta alla luce dei principi ordinamentali e del diritto positivo¹²⁰.

In conclusione, l'individuazione dei diritti indisponibili, se intesa in senso ampio, costituisce un'operazione interpretativa complessa, articolata su più livelli. Innanzitutto si impone lo studio del diritto soggettivo da un punto di vista statico e strutturale. Ove da ciò emerga l'eventuale sussistenza di un'indisponibilità intrinseca, sarà necessario osservarne le modalità operative concrete. Nel caso in cui, invece, la situazione giuridica risulti intrinsecamente disponibile, a ciò seguirà un'analisi funzionale, volta al riscontro di eventuali vincoli al potere di disposizione che, ove sussistenti, comunque non muterebbero la natura strutturale (disponibile) del diritto in questione.

Pertanto, secondo l'approccio qui favorito, la disponibilità, ovvero l'indisponibilità, sono qualifiche congenite al diritto soggettivo¹²¹; tutto ciò che incide dall'esterno esula dalla natura di esso. Dall'analisi svolta è altresì emerso come nel sistema civilistico le situazioni giuridiche intrinsecamente indisponibili siano una categoria eccezionale¹²².

¹¹⁹ Così P. Moro, *I diritti indisponibili*, cit., p. 50: <<ad ulteriore testimonianza della difficoltà di ritrovare *de jure condito* un catalogo – anche incompleto – di diritti indisponibili, bisogna notare (...) che la maggior parte delle regole codicistiche in cui compare l'indisponibilità non contiene attribuzioni sostanziali di tale qualificazione a determinate situazioni soggettive, ma rappresenta una serie di regole processuali la cui applicazione nel concreto svolgersi dell'esperienza giudiziale è limitata dalla possibilità di disporre del diritto oggetto della contesa>>. Si veda, altresì Negro, *I diritti indisponibili nel sistema*, cit., pp. 209 e ss., che osserva come il diritto alla vita, pur se non esplicitamente previsto dalla prima parte della Costituzione, è pacificamente ritenuto indisponibile e connesso strettamente ai diritti inviolabili *ex art. 2 Cost.* Del pari, il diritto agli alimenti, indisponibile, discende dall'obbligo di assistenza familiare. Per un interessante approfondimento sul bilanciamento (quale superamento della indisponibilità) dei diritti assoluti, cfr. A. Spadaro, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Pol. dir.*, 2006, pp. 167 e ss.

¹²⁰ Cfr. A. Berlinguer, *La compromettibilità per abitri. Studio di diritto italiano e comparato*, I, Torino, 1999, p. 58: <<la nozione di indisponibilità non è connaturata ad alcuna situazione giuridica specifica in guisa da poter configurare un diritto indisponibile in sé e per sé, né è giustificabile concettualmente in base a criteri dommatici, ma assolve piuttosto a ragioni di opportunità e ad una funzione strumentale proiettata verso il presidio, in ogni ambito del diritto privato, dei limiti tradizionali dell'autonomia negoziale, costituiti appunto dai principi di ordine pubblico, dai canoni del buon costume, dagli interessi protetti da norme imperative>>.

¹²¹ La prevalente dottrina, oltretutto, ritiene che la facoltà dispositiva sia una qualità intrinseca al diritto soggettivo, mentre altri interpreti ne hanno sostenuto l'alterità rispetto alla struttura della situazione giuridica soggettiva, cfr. S. Romano, *Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, pp. 1018 e ss.; D. Barbero, *Sistema del diritto privato italiano*, 6 ed., I, Torino, 1962, p. 719; G. Chiovenda, *Sulla natura giuridica dell'espropriazione forzata, Saggi di diritto processuale*, II, Roma, 1931, pp. 459 e ss. Per la dottrina che ritiene che il potere di disporre sia una qualità intrinseca al diritto soggettivo, al pari della facoltà di godimento, cfr. S. Pugliatti, *L'atto di disposizione*, cit., pp. 1 e ss.; U. Natoli, *Il diritto soggettivo*, cit., pp. 125 e ss.

¹²² Si veda, con riferimento all'ambito lavoristico, ma con argomentazioni valevoli per l'intero sistema civilistico, C. Timellini, *La disponibilità dei diritti dei lavoratori per il tramite di rinunce e transazioni negli orientamenti della giurisprudenza*, in *ADL, Argomenti di diritto del lavoro*, 2012,

Gli anzidetti risultati interpretativi costituiranno la base di partenza per un'indagine strutturale dell'interesse legittimo¹²³.

Prima di procedere in tal senso, tuttavia, occorre soffermarsi su un profilo rilevante, che costituisce un punto di connessione dell'ordinamento privato con quello pubblico.

4. Indisponibilità del diritto e inderogabilità della legge.

La questione del rapporto intercorrente tra indisponibilità della situazione giuridica soggettiva e inderogabilità¹²⁴ della legge¹²⁵ è strettamente collegata con il tema in esame.

La problematica è di ordine generale, ma ai fini della ricerca rileva specificamente per i riflessi che essa ha sul sistema amministrativo, caratterizzato dalla natura generalmente inderogabile¹²⁶ delle norme di diritto pubblico¹²⁷.

pp. 1367 e ss., in particolare p. 1384 <<Alla luce delle considerazioni svolte una parte della dottrina ritiene che la maggior parte dei diritti del lavoratore non siano indisponibili>>; P. Tullini, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti. Atti delle Giornate di studio di Diritto del lavoro, Modena 18-19 aprile 2008, Milano, 2009*, pp. 115 – 210, per cui l'area dei diritti propriamente indisponibili è <<assai ristretta, se non ridotta a un mero simbolo>>. Nello stesso senso, I. Capelli, *La disponibilità dei diritti*, cit., p. 679: <<nel diritto civile, infatti, la regola è rappresentata dalla disponibilità giuridica e la limitazione degli spazi lasciati all'azione, o in altri termini, alla "disposizione" del singolo, può consentire la tutela di determinati interessi, oppure rappresentare uno strumento di indirizzo dell'ordinamento sull'attività dei privati>>. Similmente, nonostante le diverse conclusioni cui perviene, E. Russo, *Il concetto di diritto soggettivo*, cit., p. 21, il quale muove dalle norme per dimostrare che <<tutto il sistema è orientato verso la disponibilità o trasferibilità del diritto soggettivo>>.

¹²³ Si veda *infra*, capitolo II.

¹²⁴ Cfr. F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 13 e ss., il quale suddivide, nell'ambito del diritto privatistico, le norme inderogabili dalle norme imperative, nel cui alveo circoscrive ulteriormente quelle imperative a carattere derogabile <<ove la parti siano assistite dalle associazioni di categoria>>, come avviene ai sensi dell'art. 2113, terzo comma, c.c. In linea generale, si osserva che il concetto di inderogabilità (similmente a quello di disponibilità) difetta di una definizione a livello legislativo. Nell'ambito civilistico, l'unico richiamo a cui l'interprete può far riferimento è quello di norma imperativa, che rende nullo il contratto (art. 1418 c.c.) o illecita la causa che vi contrasti (1343 c.c.).

¹²⁵ La problematica è da lungo tempo al centro del dibattito dottrinale: si veda C. Timellini, *La disponibilità dei diritti dei lavoratori*, cit., pp. 1367 e ss.; R. De Luca Tamajo, *Considerazioni sull'inderogabilità e sull'indisponibilità dei diritti del lavoratore subordinato*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, pp. 577 e ss. e in particolare p. 595: <<le norme inderogabili riflettono innanzitutto l'interesse pubblicistico all'integrità fisica e morale del prestatore o, se si vuole, al promovimento della eguaglianza sostanziale dei cittadini>>.

¹²⁶ Le norme di diritto pubblico sono spesso qualificate, indifferentemente, inderogabili ovvero imperative. Per una critica all'anzidetta identificazione, ma più in generale per la questione dei tratti caratterizzanti le norme imperative si veda M. Nuzzo, *Negozi giuridico. IV) negozio illecito*, in *Enc.*

Occorre pertanto esaminare se inderogabilità e indisponibilità siano fenomeni coincidenti (costituendo il primo la conseguenza del secondo o viceversa) ovvero autonomi. L'eventuale assenza di distinzione tra i due istituti condurrebbe, infatti, alla difficoltà di ammettere, nel sistema pubblicistico, situazioni giuridiche disponibili¹²⁸.

Nell'analisi si muoverà in prima battuta dall'ordinamento civile, ove la questione è stata oggetto di specifica trattazione. Ciò consentirà di dedurre elementi di carattere generale, da cui trarre alcune conseguenze interpretative con riferimento alla sfera amministrativa.

I principali contributi nello studio della relazione intercorrente tra inderogabilità e indisponibilità derivano da due ambiti.

Innanzitutto, l'arbitrato (sia quello civile che quello amministrativo): sul punto, si rinvia alla separata trattazione che sarà svolta nella seconda parte del presente lavoro¹²⁹.

In secondo luogo, nel settore del diritto del lavoro¹³⁰ gli interpreti si sono concentrati sulla previsione di cui all'art. 2113 c.c.¹³¹, che offre una particolare tutela ai diritti del lavoratore¹³², coinvolgendo anche la questione in esame.

giur., XX, Roma, 1991, pp. 1 e ss.; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002, in particolare pp. 114 e ss.; R. Moschella, *Il negozio contrario a norme imperative*, in *Legisl. econ.*, 1981, pp. 271 e ss.

¹²⁷ Uno degli aspetti distintivi del diritto pubblico rispetto a quello privato è dato dalla predominanza, nel primo, delle norme inderogabili e imperative. Si veda F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 13, il quale evidenzia efficacemente la distinzione, sul lato sanzionatorio, tra le norme inderogabili pubbliche e quelle private. La problematica, quanto al diritto pubblico, è emersa principalmente per le ricadute in ordine alla compromettibilità – o meno – in arbitrato delle vertenze aventi a oggetto interessi legittimi. Ugualmente, A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2013. Il tema sarà oggetto di separata e specifica trattazione, cfr. *infra*, seconda parte, cap. III. Nel rinviare, quindi, alla predetta sede, ci si limita qui a richiamare, per la completezza dell'analisi e anche per i copiosi riferimenti dottrinali, M. Delsignore, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., pp. 91 e ss., che sulla specifica questione rileva che <<se si applicasse il ragionamento della dottrina e giurisprudenza civile sopra ricordato al diritto pubblico, ne deriverebbe che tutte le norme di diritto pubblico, per definizione inderogabili e finalizzate alla cura di interessi pubblici, sarebbero in ogni caso fonte di rapporti indisponibili e di conseguenza mai compromettibili in arbitrato>>.

¹²⁸ Cfr. M. Delsignore, *La compromettibilità*, cit., p. 106.

¹²⁹ Come già anticipato nell'introduzione, parte del lavoro sarà incentrata sugli effetti della natura indisponibile dell'interesse legittimo sul versante della tutela processuale (o, appunto, arbitrale) dell'interesse legittimo. Per il rilievo centrale della disponibilità nell'ambito dell'istituto dell'arbitrato, si veda *infra*, seconda parte, capitolo III.

¹³⁰ Cfr., *ex multis*, P. Tullini, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, cit., pp. 115 e ss.; M. Magnani, *Disposizione dei diritti*, cit., p. 52, nonché, ancor più specificamente, p. 57; C. Cester, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, pp. 407 e ss.; A. Occhino, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 2008, pp. 183 e ss.; D. Borghesi, *Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, pp. 121 e ss.; R. De Luca Tamajo, *Considerazioni sull'inderogabilità*, cit., pp. 577 e ss.

L'articolo in questione non cita espressamente l'indisponibilità; essa è stata elaborata in via interpretativa quale requisito della fattispecie ivi prevista, per identificare il vincolo di irrinunciabilità e di intrasmissibilità dei diritti dei lavoratori previsti da norme – di legge o della contrattazione collettiva – non derogabili.

La norma, pertanto, è indicativa di come, data la mancanza di chiari indizi di diritto positivo, la sussistenza o meno di un'autonomia concettuale tra inderogabilità e indisponibilità sia stata rimessa all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

Un primo indirizzo, condiviso dalla risalente giurisprudenza¹³³, ha inteso le due caratteristiche come strettamente connesse: alla natura inderogabile della norma conseguirebbe il carattere indisponibile delle situazioni giuridiche soggettive dalla stessa derivanti¹³⁴. In tal modo le due qualificazioni sarebbero tra loro complementari, avendo a oggetto profili diversi di un fenomeno unitario: l'inderogabilità, infatti, riguarderebbe il rapporto tra il titolare del diritto e la norma, mentre l'indisponibilità avrebbe attinenza con la relazione tra il medesimo soggetto e l'interesse sotteso alla legge¹³⁵.

La rigidità dell'indicato orientamento ha dato luogo a una successiva posizione della dottrina e della giurisprudenza vertente sull'aspetto patologico dei vizi negoziali. Si è così distinto tra situazioni soggettive indisponibili in assoluto (il cui atto dismissivo sarebbe radicalmente nullo) e situazioni soggettive indisponibili solo relativamente (per le quali sarebbe invece prevista la disciplina dell'annullabilità *ex art. 2113 c.c.*)¹³⁶. Tale ultima corrente di pensiero, inizialmente consolidata nella giurisprudenza¹³⁷, è successivamente tramontata.

¹³¹ G. Ferraro, *Rinunce e transazioni del lavoratore*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XXVII, pp. 3 e ss. Si veda altresì AA.VV., *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Modena, 18 – 19 aprile 2008*, Padova, 2008.

¹³² Si riporta il testo dell'articolo 2113 c.c.: <<Le rinunzie e le transazioni, che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi concernenti i rapporti di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile, non sono valide. L'impugnazione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla data di cessazione del rapporto o dalla data della rinunzia o della transazione, se queste sono intervenute dopo la cessazione medesima. Le rinunzie e le transazioni di cui ai commi precedenti possono essere impugnate con qualsiasi atto scritto, anche stragiudiziale, del lavoratore idoneo a renderne nota la volontà. Le disposizioni del presente articolo non si applicano alla conciliazione intervenuta ai sensi degli articoli 185, 410 e 411, 412-ter e 412-quater del codice di procedura civile>>.

¹³³ La giurisprudenza in questione ha peraltro sovrapposto le conseguenze patologiche di cui all'art. 2113 c.c. a quelle di cui all'art. 1418 c.c.: Corte Cass., n. 2951/1958; Corte Cass., n. 3254/1958; Trib. Milano, 14 maggio 1959.

¹³⁴ Cfr. R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976, nonché Id., *Considerazioni sull'inderogabilità*, cit., p. 580, cui si rinvia anche per le copiose citazioni; D. Borghesi, *Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili*, cit., pp. 121 e ss.

¹³⁵ Cfr. in tal senso G. Pera, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore (art. 2113)*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 1990, pp. 19 e ss.

¹³⁶ Cfr. F. Guidotti, *Il fondamento giuridico dell'indisponibilità dei diritti del prestatore di lavoro*, in *DL*, 1955, pp. 365 e ss.; U. Prosperetti, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, Milano, 1964, in particolare pp. 65 e ss.; R. De Luca Tamajo, *Considerazioni sull'inderogabilità*, cit.; T.

L'opzione interpretativa affermata in un secondo momento ha fatto leva sulla distinzione tra diritti indisponibili già sorti (o già maturati), rispetto ai quali rilevarebbe quindi l'aspetto funzionale dispositivo di cui all'art. 2113 c.c. (sanzionato dalla norma medesima con l'annullamento), e diritti ancora nella fase genetica, per i quali invece avrebbe luogo la nullità dell'atto dispositivo¹³⁸. In altre parole, l'indisponibilità sarebbe un fenomeno destinato a operare esclusivamente in una fase successiva rispetto alla venuta a esistenza delle situazioni giuridiche soggettive. Predetto indirizzo, che ha iniziato ad affermarsi negli anni '60 del secolo scorso¹³⁹, è ormai consolidato nella giurisprudenza, di merito e di legittimità¹⁴⁰: l'art. 2113 c.c. configura, quindi, l'ipotesi di rinuncia a situazioni giuridiche soggettive già rientranti nel patrimonio del soggetto titolare, mentre la rinuncia preventiva è regolata esclusivamente dall'art. 1418 c.c.

Quanto esposto¹⁴¹ rende palese come l'approdo finale e ormai prevalente propenda per l'autonomia dei due fenomeni¹⁴²: indisponibilità e inderogabilità

Mancini, *Ancora in tema di diritti indisponibili e diritti posti da norme inderogabili di legge*, in *Riv. giur. lav.*, 1966, pp. 23 e ss.; C. Cester, *La norma inderogabile*, cit., p. 409.

¹³⁷ Cfr. Corte Cass., n. 12556/1998, che, muovendo dal presupposto per cui il regime di cui all'art. 2113 c.c. configura una limitata possibilità di disposizione, ha distinto tra diritti indisponibili in assoluto, per provenienza diretta da norma inderogabile (cosiddetti diritti primari) e diritti derivanti da essi, a natura patrimoniale (denominati diritti secondari), soggetti alle limitazioni di cui alla norma in questione. La distinzione è riportata anche da P. Tullini, *Indisponibilità dei diritti*, cit., p. 11, a cui si rinvia anche per i copiosi riferimenti dottrinali. Si veda anche M. Magnani, *Disposizione dei diritti*, cit., p. 59.

¹³⁸ In merito all'ulteriore distinzione tra inderogabilità e indisponibilità riferite a un rapporto lavorativo in corso ovvero a un rapporto che è cessato, si veda G. Ianniruberto, *Rinunzie, transazioni e quietanze a saldo nel diritto del lavoro*, Roma, 1969; si veda altresì P. Tullini, *Indisponibilità dei diritti*, cit., p. 5, nonché M. Magnani, *Disposizione dei diritti*, cit., p. 53, che pone efficacemente in evidenza le insistenti contraddizioni di tale orientamento, per il quale la natura indisponibile delle situazioni giuridiche muterebbe connotati a seconda della circostanza che il rapporto perduri o meno.

¹³⁹ Corte Cass., n. 499/1964; Corte Cass., n. 2388/1965; Corte Cass., n. 2368/1965,.

¹⁴⁰ Corte Cass., n. 12561/2006, nonché Corte Cass., n. 4822/2005; Corte Cass., n. 20686/2004; Corte Cass., n. 13834/2004; Corte Cass., n. 7843/2003; Corte Cass., n. 13834/2001.

¹⁴¹ Per una più dettagliata ricostruzione delle varie fasi applicative e interpretative dell'inderogabilità, si veda C. Cester, *La norma inderogabile*, cit., p. 19 e ss., nonché P. Tullini, *Indisponibilità dei diritti*, cit., p. 118 e ss. per un'ampia ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale.

¹⁴² Così I. Capelli, *La disponibilità dei diritti*, cit., p. 677; cfr. altresì le riflessioni sul punto di R. De Luca Tamajo, *Considerazioni sull'inderogabilità*, cit., p. 599, ove l'Autore distingue nettamente l'inderogabilità dall'indisponibilità <<in quanto i limiti al potere di disposizione che la prima pone (art. 1418) discendono dall'indisponibilità dell'interesse, che nel singolo interesse trova protezione; quelli ex art. 2113 c.c., al contrario, sono posti in considerazione di un interesse esterno ed ulteriore rispetto a quello (...) di cui è portatore il diritto rinunciato o transatto>>; R. Voza, *La disponibilità assistita dei diritti del lavoratore*, in *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Modena, 18 – 19 aprile 2008*, Padova, 2008, pp. 228 e ss. Si veda altresì M. Delsignore, *La compromettibilità*, cit., p. 114, che cita la sentenza Corte di App. Milano 13 settembre 2002: <<le categorie concettuali dei "diritti indisponibili" e delle "norme imperative" non vanno confuse e sovrapposte tra loro, giacché, di certo, non tutte le norme imperative e neppure tutte quelle di "ordine pubblico" hanno ad oggetto diritti indisponibili, cioè sono tali da

costituiscono entrambe tecniche limitative dell'autonomia privata, ma ciò che muta è l'oggetto di tale limitazione.

Ferma l'alterità anzidetta, tra i due istituti sussistono punti di contatto (se non di sovrapposizione), cosicché gli stessi possono talvolta coesistere nell'ambito di una medesima fattispecie giuridica.

Posto ciò, la questione va precisata e inquadrata alla luce dei risultati cui si è pervenuti nella trattazione precedentemente svolta. La distinzione tra disponibilità intrinseca e disponibilità estrinseca (o *ex post*) incide anche rispetto al fenomeno dell'inderogabilità¹⁴³, del quale occorre quindi una delimitazione precisa.

Si ha inderogabilità ove il rapporto giuridico considerato non possa essere diversamente regolamentato dalla volontà delle parti: in queste ipotesi, pertanto, l'unica disciplina applicabile è quella legale. Da ciò deriva che l'ambito operativo dell'istituto si pone a un livello strettamente normativo.

Elemento caratteristico delle previsioni inderogabili è dato dalla loro sovraordinazione rispetto alle diverse fonti: il precetto inderogabile si impone anche nel silenzio delle altre norme, alle quali è comunque inibita una regolamentazione difforme della materia.

Nel concreto, l'inderogabilità costituisce un fenomeno complesso, che non si esaurisce in una tecnica normativa di regolazione, ma evidenzia il rilievo dato dall'ordinamento a un interesse pubblico¹⁴⁴.

In altre parole, le leggi inderogabili, nell'imporre una determinata disciplina, si ispirano sempre a un interesse che, trascendendo quello del singolo, viene sottratto

sottrarre in radice diritti soggettivi alla disponibilità dei privati (...). La massima parte del più ampio *genus* delle norme imperative agisce, invece, con comandi o divieti pur sempre perentori, ma nel territorio dei diritti disponibili, che restano tali anche quando il loro esercizio sia "conformato" da una disciplina inderogabile>>.

¹⁴³ Cfr. R. De Luca Tamajo, *Considerazioni sull'inderogabilità*, cit., p. 599, ove tale distinzione è funzionale ai fini della *ratio* dell'art. 2113 c.c., il quale esprimerebbe due fenomeni autonomi che vengono in relazione: il diritto e la disponibilità. Cfr. altresì A. Auricchio, *Appunti sull'ambito di applicazione dell'art. 2113 c.c.*, in *Dir. giur.*, 1957, pp. 162 e ss., ove pure è messa in rilievo l'inderogabilità quale effetto giuridico proveniente da norma diversa da quella che prevede il diritto medesimo.

¹⁴⁴ Come osservato, con la norma inderogabile l'ordinamento persegue interessi pubblici ovvero tutela una parte in posizione di debolezza, quale il lavoratore nel rapporto con il datore di lavoro. Si vedano le considerazioni di C. Cester, *La norma inderogabile*, cit., in particolare p. 416: <<E' certo infatti che l'inderogabilità opera come tecnica normativa, e dunque come criterio di confronto e di regolazione della concorrenza tra fonti (in senso ampio) di disciplina di un certo rapporto giuridico, segnando la prevalenza (totale o parziale, definitiva o temporanea) di una di esse sull'altra o sulle altre. Ma è altrettanto certo che la tecnica dell'inderogabilità non è fine a se stessa, perché le ragioni di quella prevalenza si spiegano solo in relazione a scelte su valori ed interessi, secondo priorità ricavabili dall'ordinamento e in particolare dal quadro costituzionale. Insomma, l'inderogabilità si presenta come un binomio nel quale fini e mezzi dell'intervento normativo si fondono insieme e, nel loro complesso, forniscono una chiave di identificazione e di lettura dello stesso ordinamento generale>>.

all'autonoma regolazione del medesimo¹⁴⁵: la norma, quindi, può essere qualificata come inderogabile ove persegua finalità di interesse generale^{146 147}.

Volgendo, adesso, l'attenzione all'inderogabilità, si rileva che la dimensione extra individuale propria dell'inderogabilità caratterizza (come già visto) anche quelle ipotesi in cui l'ordinamento limita *ab externo* il potere dispositivo dei privati su situazioni soggettive, che quanto alla struttura sono invece disponibili¹⁴⁸.

Siffatta identità di *ratio*¹⁴⁹ non comporta, tuttavia, la possibilità di assimilare i due fenomeni.

¹⁴⁵ Cfr. C. Timellini, *La disponibilità dei diritti*, cit., p. 1380, che distingue tra le norme assolutamente inderogabili – a presidio dell'interesse generale, senza alcuna possibile interferenza dell'autonomia privata – e le norme relativamente inderogabili, dirette alla salvaguardia anche degli interessi individuali del lavoratore. La prime sono, per esempio, quelle previste nella Costituzione (art. 36 e art. 38 Cost.), rispetto alle quali non è possibile al lavoratore fare rinunce e transazioni. Si veda altresì, nello stesso senso, C. Cester, *La norma inderogabile*, cit., p. 425: «<l'inderogabilità è stata collegata, in generale, al necessario rispetto di interessi di carattere generale, i soli che consentirebbero di ed anzi imporrebbero la compressione dell'autonomia privata e della sua libertà fino a invalidarla>>. Conformemente, G. Ferraro, intervento in *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Modena, 18 – 19 aprile 2008*, Milano, 2008, p. 269: «<l'inderogabilità qualifica determinate norme in relazione agli interessi implicati, che sono interessi che investono l'intera collettività, o, comunque, interessi che riguardano una parte notevole della nostra comunità>>».

¹⁴⁶ Aderendo a tale linea interpretativa, la Corte di Cassazione ha qualificato come norme di ordine pubblico quelle volte a tutela di interessi generali, cfr. Corte Cass., n. 6997/2000; Corte Cass., n. 4334/1999, ove si specifica che la norma di cui all'art. 2721 c.c. sull'ammissibilità della prova testimoniale non attiene a ragioni di ordine pubblico, essendo dettata a tutela di interessi privatistici. La giurisprudenza di legittimità ha, del pari, ritenuto altre norme derogabili in quanto non poste a tutela di un interesse pubblico, ma privato, cfr. Corte Cass., n. 104002002; Corte Cass., n. 6613/2000.

¹⁴⁷ Per l'individuazione degli ulteriori fondamenti del fenomeno dell'inderogabilità, con speciale riferimento all'ambito lavoristico, si veda, ancora, C. Cester, *La norma inderogabile*, cit., pp. 425 e ss., secondo cui alla *ratio* di garantire la tutela di interessi essenziali (o comunque extraindividuali) si affianca altresì la necessità di correggere asimmetrie di potere contrattuale, nonché l'opportunità di uniformità di regolamentazione. Si veda altresì V. Speciale, intervento, in *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Modena, 18 – 19 aprile 2008*, Milano, 2008, pp. 341 e ss, il quale rileva l'espansione della tecnica dell'inderogabilità «<quando si tratta di proteggere categorie deboli e/o di tutelare interessi di carattere generale, che non solo hanno un rilievo collettivo, ma addirittura una valenza pubblica>>».

¹⁴⁸ Si intende riferirsi, a titolo di esempio, alle limitazioni imposte ai beni del demanio statale. Rileva questa sovrapposizione tra inderogabilità della norma e indisponibilità della disciplina anche G. Gitti, *L'oggetto della transazione*, cit., p. 258, che si sofferma in particolare sull'identificazione tra indisponibilità dei diritti ai fini della transazione con l'illiceità del rapporto contrattuale controverso.

¹⁴⁹ Evidenziata efficacemente da U. Carabelli, intervento in *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Modena, 18 – 19 aprile 2008*, Milano, 2008, pp. 277 e ss.. Cfr. altresì F. Rosi, *L'arbitrabilità delle controversie in materia di marchi*, in *Riv. arb.*, 1991, pp. 625 e ss., secondo cui l'inderogabilità è tutelata «<dall'ordinamento giuridico con norme imperative al fine di tutelare un interesse superiore, cioè l'interesse pubblico. L'ordine pubblico, pertanto, porta a comprimere la libertà negoziale dei privati, riservando la competenza all'autorità giudiziaria. Cosicché l'invalidità del contratto per violazione di norme imperative viene sottratta alla disponibilità delle parti in quanto rilevabile, ai sensi dell'art. 1421 c.c., da chiunque vi abbia interesse, nonché dal giudice d'ufficio>>».

Prima di proseguire nell'analisi, occorre circoscrivere ulteriormente l'ambito di interesse ai fini dell'oggetto della ricerca. Esulano, infatti, dalla trattazione di cui al presente paragrafo le situazioni giuridiche soggettive intrinsecamente (o, altrimenti detto, strutturalmente) indisponibili. In esse il rapporto tra inderogabilità e indisponibilità non presenta caratteri problematici: i due istituti, pur mantenendo differenti ambiti di incidenza, vanno di pari passo.

In altre parole, vi è uno spazio di sovrapposizione tra inderogabilità e indisponibilità (intrinseca) in quelle situazioni giuridiche soggettive riferite alla persona nella sua natura essenziale¹⁵⁰, tanto che l'ordinamento non può impedirne la realizzazione, poiché in tal modo rinnegherebbe se stesso¹⁵¹.

Da ciò deriva necessariamente che tali situazioni sono caratterizzate da un limite bilaterale, che ricade non solo sulla possibilità di disposizione negoziale dei titolari, ma anche sulla <<possibilità di diversificazione derogatoria>>¹⁵², ove sussista una disciplina normativa.

Fatta questa precisazione metodologica e concettuale, la complessità della relazione tra inderogabilità della legge e indisponibilità dei diritti si presenta invece

¹⁵⁰ Si veda M. Delsignore, *La compromettibilità*, cit., pp. 94 e ss. L'Autrice muove il ragionamento proprio dalla considerazione per cui <<nel diritto privato si considerano, senz'altro, di ordine pubblico le norme che attengono a stati giuridici soggettivi (...) i motivi di ordine pubblico che determinano la disciplina legislativa non lasciano alcun margine al potere dispositivo dei privati>>, arrivando a configurare tali diritti in quelli <<riferiti alla personalità>>. In ciò si può quindi riscontrare una conferma di quanto esposto in merito alla coesistenza (ma non coincidenza) in tali ipotesi tra inderogabilità e indisponibilità, nonostante l'Autrice pervenga infine a una conclusione in linea con l'insegnamento di F. Negro, che – come già rilevato *supra* – ha espunto i diritti della personalità dal novero delle situazioni giuridiche indisponibili, ritenendo operativa tale qualifica per i soli diritti a natura patrimoniale. In merito, poi, alla nozione di norma di ordine pubblico, l'Autrice si preoccupa di precisare che essa <<non si esaurisce affatto nel riferimento a *status* giuridici, poiché si parla di ordine pubblico riferendosi a quelle norme che siano comunque dettate per la tutela di pubblici interessi>>.

¹⁵¹ Si veda ancora C. Cester, *La norma inderogabile*, cit., p. 97. Nello stesso senso L. Raggi, *Contributo alla dottrina delle rinunce nel diritto pubblico*, Roma, 1914, in particolare cfr. p. 74: <<una legge deve intendersi di ordine pubblico quando, concedendo diritti, li concede in modo che il titolare di essi non possa spogliarsene (abbandonarli, rinunciarvi), in quanto tale perdita sarebbe in contraddizione con interessi pubblici speciali (...), alla cui protezione la legge mira concedendo quei dati diritti>>.

¹⁵² Così C. Cester, *La norma inderogabile*, cit., p. 96: <<Occorre cioè constatare l'esistenza di un'autonoma ragione di indisponibilità – una indisponibilità "per natura": art. 1966 c.c. – di talune posizioni giuridiche facenti capo al prestatore di lavoro, indisponibilità che, ove accertata, non solo costituirebbe un limite invalicabile a possibili rinunzie e transazioni che sarebbero perciò nulle secondo la norma appena ricordata, ma inciderebbe necessariamente sulla sfera dell'inderogabilità, nel senso di porsi anche come limite alla possibilità di diversificazione derogatoria. È chiaro, infatti, che beni ed interessi che l'ordinamento nel suo complesso considera essenziali e caratterizzanti non possono – per ragioni di coerenza intrinseca del sistema – costituire oggetto di deroghe né di disposizione>>. L'Autore, pur inquadrando la tematica nel settore del diritto del lavoro, esprime principi idonei a essere estesi all'ambito generale dell'intero ordinamento giuridico. Cfr. altresì M. Magnani, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Padova, 2006.

nelle ipotesi in cui sia il precetto normativo – *ab externo* – a influire sui limiti dispositivi delle parti. È in tale ambito che emerge una più netta esigenza di chiarificazione, soprattutto per comprendere l'esatta portata di determinati istituti¹⁵³.

Come detto, l'inderogabilità è fenomeno puramente normativo e pertanto influisce sui presupposti di esistenza della situazione giuridica soggettiva. Si possono citare, a titolo di esempio e portando il tema sul fronte amministrativistico, gli artt. 22 e ss. della legge n. 241/1990, che disciplinano il diritto di accesso, ma – prima ancora – lo conformano. Tale normativa è inderogabile e stabilisce i presupposti sostanziali all'origine del diritto di accesso. In particolare, l'art. 24 della legge n. 241/1990¹⁵⁴ enuclea una serie di ipotesi ove la situazione giuridica in questione non viene a esistenza: ciò implica, evidentemente, che la stessa (non esistendo) non potrà neanche essere oggetto di disposizione.

Da questo primo profilo di incisione della norma inderogabile sulla situazione soggettiva ne risulta evidente la distinzione rispetto all'indisponibilità (estrinseca): l'inderogabilità opera quale *prius* logico ed è ben possibile che dia origine a un diritto disponibile¹⁵⁵.

¹⁵³ Tra cui quelli già ricordati: arbitrato, transazione, 2113 c.c.

¹⁵⁴ Si riporta per completezza il testo dell'art. 24, legge n. 241/1990: <<1. Il diritto di accesso è escluso per i documenti coperti da segreto di Stato ai sensi dell'articolo 12 della legge 4 ottobre 1977, n. 801, nonché nei casi di segreto o di divieto di divulgazione altrimenti previsti dall'ordinamento. 2. Il Governo è autorizzato ad emanare, ai sensi del comma 2 dell'articolo 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti intesi a disciplinare le modalità di esercizio del diritto di accesso e gli altri casi di esclusione del diritto di accesso in relazione alla esigenza di salvaguardare: a) la sicurezza, a difesa nazionale e le relazioni internazionali; b) la politica monetaria e valutaria; c) l'ordine pubblico e la prevenzione e repressione della criminalità; d) la riservatezza di terzi, persone, gruppi ed imprese, garantendo peraltro agli interessati la visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro interessi giuridici. 3. Con i decreti di cui al comma 2 sono altresì stabilite norme particolari per assicurare che l'accesso ai dati raccolti mediante strumenti informatici avvenga nel rispetto delle esigenze di cui al medesimo comma 2. 4. Le singole amministrazioni hanno l'obbligo di individuare, con uno o più regolamenti da emanarsi entro i sei mesi successivi, le categorie di documenti da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso per le esigenze di cui al comma 2. 5. Restano ferme le disposizioni previste dall'articolo 9 della legge 1° aprile 1981, n. 121, come modificato dall'articolo 26 della legge 10 ottobre 1986, n. 668, e dalle relative norme di attuazione, nonché ogni altra disposizione attualmente vigente che limiti l'accesso ai documenti amministrativi. 6. I soggetti indicati nell'articolo 23 hanno facoltà di differire l'accesso ai documenti richiesti sino a quando la conoscenza di essi possa impedire o gravemente ostacolare lo svolgimento dell'azione amministrativa. Non è comunque ammesso l'accesso agli atti preparatori nel corso della formazione dei provvedimenti di cui all'articolo 13, salvo diverse disposizioni di legge>>.

¹⁵⁵ A titolo di esempio, la norma che disciplina il riparto degli utili tra i soci è inderogabile, ma il diritto agli utili concretamente nato è disponibile. In tal senso, pertanto, l'art. 2113 c.c. costituisce strumento a protezione ulteriore di diritti con valore extraindividuale. Il principio dell'inderogabilità delle norme che riconoscono diritti al lavoratore sarebbe svilito se poi acquisito il diritto il lavoratore ne potesse disporre senza limiti, attraverso un atto di rinuncia o transazione. Si veda il caso del diritto alla retribuzione sufficiente che è tale per cui esso si identifica come interesse superiore a quello del

Conseguentemente, l'inderogabilità ha un ambito operativo ben più ampio¹⁵⁶ e contribuisce a conformare la struttura e la sostanza della situazione giuridica soggettiva, la quale a sua volta può essere (o anche non essere) disponibile indipendentemente dalla natura (inderogabile o meno) della disciplina cui afferisce¹⁵⁷.

Pertanto, i due istituti fanno riferimento a momenti diversi: l'uno attiene all'esistenza della situazione giuridica soggettiva, l'altro trova invece luogo nel momento in cui la stessa viene esercitata. In altri termini, l'indisponibilità interviene *ex post*, limitando dall'esterno un diritto (o un interesse legittimo) già plasmato nei suoi tratti qualificanti.

In secondo luogo, la legge inderogabile può consistere non in un requisito essenziale alla conformazione del diritto, ma in un limite esterno al potere dispositivo¹⁵⁸. Anche in siffatta ipotesi, tuttavia, sarebbe erroneo sovrapporre i due istituti, che mantengono un ambito operativo ben separato¹⁵⁹, l'uno normativo¹⁶⁰, l'altro soggettivo – volontaristico¹⁶¹.

singolo. Ulteriori situazioni giuridiche indisponibili, sempre afferenti all'ambito lavoristico sono le ferie, i diritti previdenziali, il diritto allo sciopero

¹⁵⁶ L'inderogabilità interviene anche rispetto a situazioni giuridiche disponibili. Cfr. F. Ungaretti Dell'Immagine, *Note su indisponibilità dei diritti*, cit., p. 327, che pure si sofferma sulla distinzione tra inderogabilità e indisponibilità, rilevando altresì come la prima sia certamente un forte indizio circa la sussistenza di interessi extra individuali. Si veda anche A. Occhino, *Riflessioni sulla inderogabilità e sulla indisponibilità*, in *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Modena, 18 – 19 aprile 2008*, Padova, 2008, pp. 211 e ss. e in particolare p. 224: <<possono darsi diritti disponibili derivanti da norme inderogabili e diritti indisponibili derivanti da norme derogabili>>.

¹⁵⁷ Sulla medesima linea di pensiero, si veda R. Nicolò, *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 910 e ss., per il quale le norme di ordine pubblico non sono da intendersi quali limiti all'autonomia privata, ma piuttosto quale elemento connaturale allo stesso riconoscimento della stessa

¹⁵⁸ Del resto, se la legge ponesse un vincolo all'indisponibilità di un diritto, ma tale vincolo fosse derogabile dall'autonomia negoziale delle parti, lo stesso diritto non potrebbe dirsi indisponibile, dal momento che tale qualifica funzionale sarebbe rimessa alla discrezionalità delle parti. Si veda A. Vallebona, intervento in *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Modena, 18 – 19 aprile 2008*, Milano, 2008, p. 252: <<Non è concepibile una norma inderogabile sulla disciplina del rapporto, se non viene completata da una norma di limitazione degli atti di disposizione, con i quali, altrimenti, l'inderogabilità sarebbe facilmente aggirata>>.

¹⁵⁹ Così anche M. Delsignore, *La compromettibilità*, cit., p. 110: <<l'inderogabilità della norma nulla ha a che fare con la disponibilità della posizione giuridica, riferendosi semmai alla disponibilità della regolazione del rapporto giuridico. In altri termini, il fatto che il rapporto debba essere regolato secondo il dettato legislativo non influisce sulla disponibilità della situazione soggettiva, ma, semmai, sullo svolgersi e sulla disciplina del rapporto esistente tra le parti>>. Ugualmente G. Verde, *La convenzione di arbitrato*, cit., p. 61: <<La inderogabilità, infatti, attiene al criterio di giudizio da utilizzare al momento della decisione, là dove l'indisponibilità riguarda la sfera di autonomia dei soggetti>>. Per un'analisi delle principali pronunce giurisprudenziali sul tema dei rapporti tra indisponibilità e inderogabilità – applicato alla questione dell'arbitrato – si veda E. Righetti, A. Piotto, *L'arbitrato nella giurisprudenza italiana*, Milano, 2005, pp. 52 e ss.

L'inderogabilità, che in linea generale costituisce un attributo eventuale della legge, diviene qualifica propria della norma che impone un vincolo al potere dispositivo delle parti: ma – ancora una volta – da ciò non deriva alcuna coincidenza tra i due profili. Pertanto, mentre la natura inderogabile del precetto costituisce un fenomeno esclusivamente legislativo, i cui effetti si riversano sulla disciplina delle fonti del rapporto e sul criterio di giudizio che deve essere utilizzato al momento della decisione, l'indisponibilità del diritto opera nell'ambito dell'autonomia negoziale delle parti¹⁶².

Occorre quindi tenere ben separata l'indisponibilità della materia (o della disciplina)¹⁶³ – che è sinonimo di inderogabilità – dall'indisponibilità della situazione giuridica soggettiva.

Alla luce di tutto quanto esposto, occorre ribadire i principali passaggi logici, da cui ricavare alcune conclusioni funzionali alla presente ricerca.

La disciplina legislativa propria di un diritto (o di un interesse legittimo) può avere natura derogabile o meno. In questa sede ci si è soffermati esclusivamente sul fenomeno dell'inderogabilità, spesso confuso o impropriamente accostato a quello

¹⁶⁰ Cfr. *ex multis* A. Occhino, *Riflessioni sulla inderogabilità e sulla indisponibilità*, cit., p. 211: <<Come relazione tra fonte e autonomia privata l'inderogabilità è un concetto di relazione tra atti a struttura diversa: essendo eteronoma la struttura della norma, di cui la fonte è l'origine, ed invece autonoma la struttura del contratto individuale, espressione di autonomia privata>>.

¹⁶¹ Cfr. P. Tullini, *Indisponibilità dei diritti*, cit., p. 11, per la quale l'indisponibilità dei diritti non dipenderebbe dall'inderogabilità della norma che li sancisce, ma dalla tecnica di tutela che eventualmente li sottragga al potere negoziale del loro titolare. Si veda anche F. P. Luiso, *Diritto processuale civile. I processi speciali*, Milano, 1999, IV, in particolare cfr. p. 307: <<l'inderogabilità della normativa impedisce alle parti di disciplinare per il futuro il rapporto fondamentale con determinati contenuti piuttosto che con altri (...) Quando, invece, si parla di indisponibilità dei diritti ci riferiamo a diritti già sorti, vale a dire agli effetti nati dallo svolgimento del rapporto, effetti che le parti hanno già acquisito nel loro patrimonio (...) L'indisponibilità del diritto e l'inderogabilità della normativa attengono a due fenomeni completamente diversi: la prima guarda al passato, la seconda al futuro>>.

¹⁶² Si veda, anche per le copiose citazioni dottrinali e giurisprudenziali, G. Verde, *La convenzione di arbitrato*, cit., p. 61; G. Cassano, M. Nisati, *La riforma dell'arbitrato*, Milano, 2006, pp. 15 e ss., ove si afferma che <<non sembra avere rilievo, se non indiretto, il fatto che la disciplina sia fissata con norma inderogabile. L'inderogabilità, infatti, attiene al criterio di giudizio da utilizzare al momento della decisione, laddove l'indisponibilità riguarda la sfera di autonomia dei soggetti. È solo da dire che, di frequente, l'inderogabilità interagisce sulla disponibilità, come dimostra il fatto che, normalmente, la disciplina del processo relativo a norme inderogabili è accompagnata dalla necessaria presenza del Pubblico Ministero, agente o interveniente necessario. In concreto, la ricerca sulle situazioni indisponibili va appuntata, quando non vi sia l'espressa disposizione di legge, sull'esistenza del limite all'autonomia. Ma non basta: da un lato, non tutti i limiti o divieti comportano indisponibilità; dall'altro lato, anche quando nella situazione giuridica si sia ravvisato il carattere dell'indisponibilità, bisogna studiare se la controversia riguardi tale situazione, oppure una sua specifica manifestazione di natura patrimoniale e, come tale, disponibile>>.

¹⁶³ Un esempio si rinviene nelle ipotesi di decadenza, irrinunciabili e rilevabili di ufficio, artt. 2968 e 2969 c.c.

dell'indisponibilità¹⁶⁴ (e, in particolare, all'indisponibilità di tipo estrinseco). L'interrelazione tra i due concetti è evidente a livello astratto nella comune *ratio* di tutela di interessi generali, mentre a livello concreto emerge in particolare nella natura inderogabile dei vincoli legali al potere dispositivo per i titolari di determinate situazioni giuridiche.

La fondamentale linea di demarcazione tra l'inderogabilità e l'indisponibilità è data dal differente ambito operativo (normativo l'uno, negoziale l'altro) che le caratterizza, ma, soprattutto, dalla più ampia portata della prima categoria indicata¹⁶⁵. È emerso, infatti, come l'inderogabilità della norma si ponga talvolta entro l'assetto strutturale del diritto (o dell'interesse legittimo), talaltra sul piano (non strutturale, ma) funzionale, di esercizio del medesimo¹⁶⁶.

Gli aspetti che caratterizzano l'indisponibilità dei diritti devono essere individuati, allora, in altri caratteri e, precisamente, nei limiti legali al loro trasferimento, ovvero alla loro rinuncia o dismissione. In definitiva, si presenta come indisponibile il diritto rispetto al quale esiste un divieto espresso o implicito (derivante, cioè, dalla natura intrinseca del medesimo) di rinuncia o di dismissione.

Le due categorie danno pertanto luogo a problematiche differenti; l'inderogabilità, quale caratteristica della norma, si manifesta come aspetto da risolvere nel momento della regolazione del rapporto¹⁶⁷, attenendo quindi al criterio di giudizio cui affidarsi nel risolvere la controversia¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Si veda Corte Cass., n. 18600/2011, ove il Collegio fa coincidere l'indisponibilità con l'inderogabilità. Tuttavia, l'inderogabilità non comporta indisponibilità, ma semplicemente rispetto delle regole. Le norme inderogabili ben possono riguardare posizioni disponibili (concordemente, si veda la sentenza Trib. Belluno, 8 maggio 2008).

¹⁶⁵ Cfr. Corte Cass., n. 18671/2012, ove è evidenziata l'autonomia della norma (inderogabile) rispetto agli interessi dei singoli.

¹⁶⁶ Questa valenza biunivoca è efficacemente posta in luce da R. De Luca Tamajo, *Considerazioni sull'inderogabilità*, cit., p. 607: <<Allorquando il legislatore ha voluto riferirsi anche alla mancanza di disponibilità del diritto immediatamente conseguente all'inderogabilità della norma, lo ha fatto espressamente, se è vero che l'art. 1966 c.c. chiaramente distingue i diritti sottratti per loro natura alla disponibilità delle parti e da quelli sottratti per espressa disposizione di legge. In sostanza l'articolo in questione, che prevede la medesima sanzione sia per le transazioni aventi ad oggetto diritti derivanti da norma inderogabile che per quelle aventi ad oggetto <<diritti indisponibili>> (*stricto sensu*), riflette proprio la distinzione, che fin qui si è cercato di porre in evidenza, tra limiti alla disponibilità derivanti dall'inderogabilità che pone il diritto (...) e limiti posti *ab extrinseco* da talune disposizioni di legge>>.

¹⁶⁷ Non a caso, l'istituto ha interessato gli interpreti prevalentemente con riferimento all'arbitrato. Sul punto, si veda *ex multis* E. Fazzalari, *L'arbitrato*, Torino, 1997; C. Cecchella, *L'arbitrato*, Torino, 1991; A. Berlinguer, *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato*, Torino, 1999. Più in generale, in materia di arbitrabilità della controversia e inderogabilità della norma, F. P. Luiso, *L'impugnazione del lodo equitativo per violazione di norme inderogabili*, in *Riv. arb.*, 1994, pp. 500 e ss. La tematica dell'arbitrato, con particolare riferimento alla portata dell'istituto nel sistema amministrativistico, sarà oggetto di separata trattazione, cfr. capitolo 5.

¹⁶⁸ G. Cassano – M. Nisati, *La riforma dell'arbitrato*, cit., p. 15, ove si afferma che non <<sembra avere rilievo, se non indiretto, il fatto che a disciplina sia fissata con norma inderogabile. La inderogabilità, infatti, attiene al criterio di giudizio da utilizzare al momento della decisione, laddove

Il problema dell'applicazione della norma inderogabile, in tal senso, si pone nel momento decisorio (che sia giurisdizionale ovvero demandato ad arbitri), laddove l'indisponibilità riguarda invece la stretta autonomia negoziale dei soggetti.

Le anzidette considerazioni conclusive acquistano particolare valore nell'indagine sulla natura, disponibile o meno, dell'interesse legittimo.

Alle previsioni legislative pubbliche, come detto, si è per lo più attribuita valenza inderogabile¹⁶⁹: da qui la necessità di valutare se il fenomeno dell'inderogabilità sia autonomo da quello dell'indisponibilità. Ove, infatti, le due categorie suddette non fossero distinguibili, non si potrebbe configurare un interesse legittimo disponibile e la ricerca, giunta a un obbligato esito negativo, non avrebbe seguito.

Tuttavia, l'indagine di cui al presente paragrafo ha messo in luce che da norme inderogabili ben possono derivare situazioni giuridiche disponibili e che quindi i due fenomeni hanno oggetto e operatività ben differenti.

A ciò si deve aggiungere un dato distintivo, specificamente riferito al settore pubblicistico. Le norme di diritto pubblico sono spesso state sovrapposte alle norme di ordine pubblico¹⁷⁰. Queste ultime, tuttavia, rappresentano un concetto più specifico, riflettendo i principi essenziali alla conservazione della Costituzione e della politica sociale. Per tale motivo, l'inderogabilità, lungi dal costituire caratteristica automatica di qualsivoglia precetto appartenente al settore pubblicistico, è invece qualifica connatura alla legge di ordine pubblico¹⁷¹.

La questione, a ben vedere, si pone a monte di quella sui rapporti tra inderogabilità e indisponibilità, vertendo piuttosto sull'individuazione di quando una

l'indisponibilità riguarda la sfera di autonomia dei soggetti. È solo da dire che, di frequente, l'inderogabilità interagisce sulla disponibilità, come dimostra il fatto che, normalmente, la disciplina del processo relativo a norme inderogabili è accompagnata dalla necessaria presenza del Pubblico Ministero, agente o interveniente necessario. In concreto, la ricerca sulle situazioni indisponibili va appuntata, quando non vi sia l'espressa disposizione di legge, sull'esistenza del limite all'autonomia>>.

¹⁶⁹ All'inderogabilità si è spesso affiancata la qualifica dell'imperatività delle norme di diritto pubblico; critico sul carattere imperativo di tutte le norme diritto pubblico è A. Bartolini, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002.

¹⁷⁰ Si veda O. Ranelletti, *Concetto di ordine pubblico*, in *Trattato Orlando*, vol. IV, pp. 420 e ss., il quale individua tre diversi significati dell'ordine pubblico: il primo coincide con i principi sull'organizzazione dello Stato, il secondo con il concetto di bene comune e, infine, il terzo è dato dall'assetto della società, che tutela e disciplina eventuali lesioni intercorrenti tra i membri della medesima. Nel diritto amministrativo, norma di ordine pubblico è diversa da norma di diritto pubblico. Con la prima si intende la norma che riflette i principi essenziali alla conservazione della costituzione politica e sociale. Per quanto riguarda, altresì, il concetto di ordine pubblico nel diritto privato, con esso si fa riferimento alle norme che regolano gli stati giuridici soggettivi (stato di figlio naturale, diritti familiari anche di natura patrimoniale, diritti della personalità), nonché norme dettate comunque per la tutela di interessi pubblici. Si veda, anche per la casistica giurisprudenziale, M. Delsignore, *La compromettibilità*, cit., pp. 95 e ss.

¹⁷¹ Così L. Raggi, *Contributo alla dottrina*, cit., p. 75: <<una legge è di ordine pubblico quando mira a regolare rapporti, di cui l'interesse sociale non consente possa modificarsi in qualche modo il regolamento legale. E tali rapporti sono quelli di cui lo Stato moderno non può concepirsi faccia a meno, e che sono inerenti ed essenziali all'ordinata compagine dello Stato moderno>>.

norma sia – o meno – inderogabile: ciò porterebbe l'indagine ben oltre i confini prefissati. È sufficiente, ai fini che qui interessano, aver posto in evidenza che nel diritto amministrativo non vi è un univoco (e semplicistico) monopolio dell'inderogabilità legale, che peraltro mal si concilierebbe con il mutamento di ruolo che ha interessato la pubblica amministrazione sin dagli anni '90 dello scorso secolo¹⁷².

In conclusione, anche nel sistema amministrativo deve tracciarsi una linea di differenziazione tra ciò che caratterizza sia (a livello strutturale che funzionale) l'interesse legittimo e ciò che invece riguarda esclusivamente la norma: l'indisponibilità della disciplina legale non coincide con l'indisponibilità della situazione giuridica soggettiva.

Nel seguito della trattazione i risultati interpretativi raggiunti sinora saranno applicati nell'indagare se l'interesse legittimo sia o meno indisponibile, avendo altresì cura di distinguere tra indisponibilità strutturale – intrinseca e indisponibilità estrinseca derivante da precetti di legge.

¹⁷² Il tramonto (in realtà non ancora del tutto compiuto) della Pa – autorità sarà oggetto di trattazione *infra*, capitolo II, nonché nelle osservazioni conclusive.

CAPITOLO II

LA DISPONIBILITÀ DELL'INTERESSE LEGITTIMO

SOMMARIO. 1. Introduzione. – 2. La disponibilità dell'interesse legittimo. – 3. La (in)trasmissibilità dell'interesse legittimo nella giurisprudenza: critiche e interpretazioni alternative. – 4. (segue) Spunti interpretativi sulla trasmissibilità dell'interesse legittimo. I diritti edificatori. – 5. La rinuncia all'interesse legittimo. 6. La transazione degli interessi legittimi. – 7. Gli accordi ex art. 11 L. n. 241/1990: dalla disponibilità dell'interesse legittimo alla disponibilità del pubblico potere.

1. Introduzione.

L'analisi svolta in precedenza ha evidenziato la natura e la struttura del diritto soggettivo, soffermandosi in particolare sulla caratteristica della disponibilità.

Si è pervenuti infine alla bipartizione tra indisponibilità intrinseca ed estrinseca quali fenomeni autonomi e differenti, l'uno derivante dall'essenza della situazione giuridica soggettiva, l'altro da scelte di politica legislativa e dalla compresenza tra la situazione stessa e interessi ultraindividuali, la cui protezione consente eccezionalmente la fissazione di deroghe all'autonomia privata.

Tale risultato costituisce la base operativa sulla quale si fonda questo capitolo, avente a oggetto l'interesse legittimo. La trattazione, tuttavia, seguirà un ordine metodologico differente rispetto a quello del capitolo precedente.

Non sarà, infatti, esaminata la definizione di tale controversa situazione giuridica, che come noto è frutto di una lunga evoluzione interpretativa del pensiero giuridico¹⁷³. L'interesse legittimo, che sorge nell'ambito di vicende in cui la parte

¹⁷³ I contributi sul tema dell'interesse legittimo sono moltissimi. Se ne indica pertanto solo una limitata parte. Per ciò che riguarda gli studi che hanno indagato l'origine della figura dell'interesse legittimo, cfr. F. Cammeo, *Commentario della legge sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, 1911, in particolare cfr. pp. 376 e ss.; A. M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, 1963, pp. 11 e ss.; F. Benvenuti, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, pp. 589 e ss.; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, cfr. soprattutto pp. 67 e ss.; M. S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, pp. 229 e ss.; B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985. Per l'osservazione dell'evoluzione dalla concezione processuale a quella sostanziale dell'interesse legittimo cfr. O. Ranalletti, *Diritti subiettivi e interessi legittimi*, in *Foro it.*, 1893, I, pp. 481 e ss.; M. S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, pp. 272 e ss.; E. Guicciardi, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, pp. 51 e

pubblica esercita un potere, discrezionale¹⁷⁴ o vincolato¹⁷⁵, nel perseguimento di un interesse primario legislativamente determinato, spesso è stato posto in posizione di specularità (o, comunque, di diretta dipendenza funzionale) con il potere¹⁷⁶ o con l'interesse pubblico^{177 178}. Siffatta associazione rileva nello studio della disponibilità

ss., le cui posizioni sono apertamente contestate da A. Amorth, *Una nuova sistematica per la giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1943, pp. 64 e ss.; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1954, p. 189; G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923; G. Miele, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, pp. 49 e ss., nonché Id., *Potere, diritto soggettivo*, cit., pp. 114 e ss.; G. Guarino, *Potere giuridico*, cit., pp. 249 e ss.; A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962; E. Capaccioli, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni*, in *Dir. proc.*, Padova, 1978, pp. 100 e ss., nonché Id., *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1983, pp. 251 e ss.; M. S. Giannini, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, pp. 469 e ss.; G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980. Non si possono omettere gli spunti riflessivi contenuti in A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, pp. 3 e ss.; D. Sorace, *Gli <<interessi di servizio pubblico>> tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, pp. 205 e ss. Recentemente, cfr. G. Greco, *Il rapporto amministrativo*, cit., pp. 590 e ss., che imposta la questione della natura dell'interesse legittimo distinguendo tra teorie che riscontrano in esso una situazione strumentale e teorie che invece sostengono la sussistenza di una situazione finale (ove il bene della vita non è esterno, ma interno alla struttura della situazione medesima).

¹⁷⁴ Si veda C. Mortati, *Discrezionalità*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, pp. 1098 e ss.; A. Piras, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, pp. 65 e ss.

¹⁷⁵ A fronte di attività vincolata, in astratto o in concreto, la posizione di interesse legittimo non si differenzia da quella di diritto soggettivo: infatti, quando è esclusa ogni possibilità di scelta in relazione a ciascuno degli aspetti del provvedere ma siano riscontrabili solamente posizioni di obbligo, l'attività dell'amministrazione è meramente esecutiva del disposto di legge: cfr. E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 279; A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata*, cit., pp. 267 e ss. *Contra*, cfr. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit. per il quale in ogni caso l'effetto giuridico deriverebbe in ogni caso dal potere amministrativo e non dalla legge che si limita a predeterminare il contenuto del potere medesimo. La giurisprudenza è orientata verso la posizione da ultimo indicata.

¹⁷⁶ Si veda R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, pp. 455 e ss., per il quale l'interesse legittimo è <<una situazione giuridica sostanziale, consistente in una posizione di vantaggio, non autonoma come il diritto soggettivo, ma dipendente da un potere o dovere giuridico altrui>>. L'Autore, pur sostenendo la natura sostanziale dell'interesse legittimo, lo correla in modo speculare al potere.

¹⁷⁷ Le impostazioni tradizionali hanno posto in secondo piano l'interesse legittimo, qualificandolo come interesse occasionalmente o indirettamente protetto <<perché strettamente connesso con un interesse pubblico e protetto dall'ordinamento giuridico attraverso la tutela giuridica di quest'ultimo>>, così Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, cit., pp. 188 e ss. In modo similare, cfr. Guarino, *Potere e diritto soggettivo*, cit., che imposta un'analisi dell'interesse legittimo, ma lo definisce situazione inattiva, poiché rispetto a essa il titolare è in una posizione di inattività. Per l'Autore solo il dovere e il diritto soggettivo sono situazioni attive, mentre l'interesse legittimo è indirettamente collegato all'esercizio di una situazione attiva altrui, poiché si collega a una situazione attiva di un altro soggetto che agisce in vista di un interesse pubblico e, quindi, terzo. Si schiera a favore della correlazione tra interesse legittimo e potere anche G. Greco, *L'accertamento autonomo*, cit., p. 165.

¹⁷⁸ Per una profonda e dettagliata illustrazione e critica alle teorie che hanno contrapposto l'interesse legittimo al *dovere*, si veda L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., pp. 104 e ss.

ed è contrastata mediante un approccio interpretativo obiettivo, incentrato sui dati legislativi: in tal senso, lo specifico oggetto della ricerca costituisce elemento indiziante a favore di una generale visione innovativa della situazione soggettiva nella titolarità del privato.

Nel presente capitolo, quindi, l'interesse legittimo sarà analizzato nell'aspetto della disponibilità sostanziale che, come nella trattazione precedente, sarà studiata non quale fenomeno a sé stante, ma come elemento obiettivo e strutturale dell'interesse legittimo. Saranno, in particolare, individuate la *ratio* e la funzione di tale qualifica, allargando la trattazione alle principali vicende funzionali di tale situazione giuridica. Non rientra, invece, nell'oggetto della ricerca la classificazione delle singole ed eventuali ipotesi di (in)disponibilità.

2. La disponibilità dell'interesse legittimo.

L'eventuale riscontro della *disponibilità* della situazione soggettiva vantata dal privato può discendere soltanto dal diritto sostanziale¹⁷⁹ e condurrà, all'esito del lavoro, alla conformazione della natura e della struttura della situazione medesima.

Siffatta operazione interpretativa implica in primo luogo la considerazione delle tradizionali opinioni contrarie, che negano la sussistenza di poteri dispositivi afferenti all'interesse legittimo¹⁸⁰, per la strumentalità dello stesso all'interesse pubblico^{181 182}, ovvero perché inserito in una vicenda che fronteggia un potere pubblico¹⁸³.

¹⁷⁹ Cfr. V. Domenichelli, *Giurisdizione amministrativa*, cit., p. 236.

¹⁸⁰ Le posizioni della dottrina relativamente all'indisponibilità dell'interesse legittimo sono le più diverse, come del resto diverse sono le definizioni che se ne danno. Cfr. *ex multis*, A. Amorth, *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, Milano, 1980, I, pp. 43 e ss., secondo cui la disponibilità degli interessi legittimi sarebbe in capo alla Pubblica Amministrazione, perché è quest'ultima che «li fa sorgere e ne stabilisce l'entità»; G. Panzarini, *Diritti disponibili, specialità di materie e tipi di arbitrato per la pubblica amministrazione* in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1999, pp. 123 e ss.; L. Acquarone, C. Mignone, *Arbitrato nel giudizio amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, pp. 367 e ss.; P. De Lise, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. e proc.*, 1990, pp. 1169 e ss.; P. Chirulli, P. Stella Richter, *Transazione (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, pp. 867 e ss. Concorde nella posizione contraria anche R. Laschena, voce *Arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, pp. 1 e ss., il quale afferma l'indisponibilità *tout court* delle posizioni di interesse legittimo, senza peraltro offrire la spiegazione alcuna. Più di recente, cfr. D. Amadei, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2004, pp. 855 e ss., secondo il quale «le situazioni di interesse legittimo [...] non possono «per loro natura» ritenersi «disponibili», se non per la autorità amministrativa che li fa sorgere e ne stabilisce la entità, commisurata bensì alle leggi, in cui trovano la rispettiva fonte, ma, di regola, con previa valutazione di interesse pubblico».

¹⁸¹ Cfr. E. Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1986, p. 249, che propende conseguentemente per la valenza non sostanziale dell'interesse legittimo («l'interesse legittimo è soltanto un concetto da impiegare nella sistematica del processo amministrativo di annullamento come

componente del metro di legittimazione, cioè per stabilire su chi stia per incidere il provvedimento giurisdizionale, e di conseguenza chi possa chiedere al giudice amministrativo l'annullamento>>), come rilevato da F. G. Scoca, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, in particolare p. 37, il quale invece contesta tale posizione: << (...) a prescindere dal fatto che sussistono anche numerosi diritti soggettivi che sono naturalmente o positivamente indisponibili (e nessuno dubita che si tratti di situazioni giuridiche sostanziali), va ribadito che il carattere sostanziale dell'interesse legittimo va rilevato in relazione al suo oggetto (il comportamento amministrativo, ossia atti o non-atti di diritto sostanziale)>>. Si veda sul punto la considerazione di A. Amorth, *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, cit., pp. 2155 e ss. Si veda anche R. Spagnuolo Vigorita, *Situazioni soggettive private e processo amministrativo: per l'attuale difesa dell'interesse pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, p. 319, nonché S. Satta, *Diritto processuale civile*, 1947, p. 5 e Id., *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in S. Satta, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Nuoro 2004, p. 333: <<La dottrina ha ad un tempo avvertito e misconosciuto questa indissociabile correlazione tra interesse pubblico e situazione soggettiva, quando ha creato la formula di interesse occasionalmente protetto, là dove più giusto sarebbe dire, come ho accennato altre volte, che l'interesse del soggetto è occasionalmente offeso dall'attività della p.a. quando questa non rispetta la legge>>. Si veda sul punto P. Moro, *I diritti indisponibili*, cit., p. 43, nonché P. De Lise, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., pp. 1196 e ss., secondo il quale gli interessi legittimi non sarebbero disponibili <<stante la stretta connessione tra queste posizioni e l'interesse pubblico. Manca in questo caso il requisito della disponibilità della *res litigiosa*, non potendosi ritenere disponibile, dalla pubblica amministrazione o dal privato, la legittimità dell'esercizio della pubblica funzione, su cui l'interesse legittimo fonda la propria tutela>>.

¹⁸² Nella giurisprudenza, si veda Cons. Stato, n. 1050/1995, che – pur se intervenendo sulla diversa questione dell'arbitrabilità – ha statuito che: <<gli interessi legittimi, invece, devono essere tutelati innanzi al giudice amministrativo, poiché essi, a causa del loro intrinseco collegamento con un interesse pubblico (...) sono insuscettibili di formare oggetto di una rinuncia preventiva, generale e temporalmente illimitata, alla tutela giurisdizionale>>; cfr. altresì, più recentemente, Cons. Stato, n. 3447/2003. Seppure attinente all'istituto dell'arbitrato, la pronuncia suddetta contiene deduzioni di natura sostanzialistica. Il Collegio arriva, infatti, a sostenere la non arbitrabilità della controversia (relativa alla legittimità di un provvedimento di revoca dell'alloggio sociale) in quanto l'interesse legittimo è situazione non disponibile e correlata all'esercizio del potere, come tale vertente altresì sul concreto perseguimento dell'interesse pubblico. A ben vedere, quindi, l'indisponibilità dell'interesse legittimo discenderebbe in modo indiretto dall'indisponibilità del potere.

¹⁸³ In tal senso si è talvolta espressa qualche posizione che ha studiato il fenomeno con riferimento al tema della non compromettibilità in arbitrato delle suddette posizioni giuridiche soggettive: M. Vaccarella, *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, Torino, 2004; E. Righetti, A. Piotto, *L'arbitrato nella giurisprudenza italiana*, Milano, 2005, in particolare pp. 55 e ss.; D. Argenio, *Il sistema arbitrale e le controversie amministrative (negli orientamenti del Consiglio di Stato)*, in *Dir. amm.*, 2004, pp. 887 e ss., secondo cui l'interesse legittimo non è in sé indisponibile, ma lo diventa perché tale è il potere amministrativo a esso contrapposto; S. Nicodemo, *Arbitrato e giurisdizione amministrativa in una recente pronuncia del Consiglio di Stato*, in *www.experta.it. Contra*, TAR Puglia, n. 898/2014, che ammette una successione a titolo particolare dell'interesse legittimo, espressamente soffermandosi sull'aspetto dell'esercizio del potere pubblico: << (...) va considerato che, a differenza di quanto accade nel rapporto concessorio, nel quale alla pubblica Amministrazione deve riconoscersi uno specifico interesse alla qualità dell'aspirante concessionario, nell'ipotesi di autorizzazione l'Amministrazione non è titolare di altro potere che quello di verificare la sussistenza in capo al richiedente il provvedimento autorizzatorio dei requisiti di legge; cosicché la successione a titolo particolare nel procedimento amministrativo, e così nelle situazioni giuridiche soggettive che in esso si costituiscono (aspettative, facoltà, poteri, obblighi, etc.), non può ritenersi che abbia, di per sé sola, un qualsiasi rilievo di valore ostativo all'esercizio del potere di cui

Gli anzidetti profili ostativi¹⁸⁴ sono stati spesso utilizzati senza una precisa distinzione, ma quali argomenti cumulabili, se non indistinti.

Sembra, invece, opportuno esaminarli singolarmente, pur rilevandone la complementarità: il soddisfacimento dell'interesse generale, infatti, deriva dall'esercizio del potere amministrativo, che a sua volta sussiste in capo all'apparato a tale precipuo fine.

La situazione soggettiva del privato è autonoma rispetto a entrambi.

Innanzitutto, essa non è in relazione biunivoca diretta con il pubblico interesse, la cui realizzazione non incide sulla spettanza o meno delle pretese del singolo. I due elementi si pongono su due piani diversi.

Mentre, infatti, il perseguimento di scopi generali costituisce la ragione e il fine dell'agire amministrativo¹⁸⁵, l'interesse legittimo è una posizione giuridica individuale che, sebbene inserita nell'ambito di una vicenda pubblicistica, riguarda esclusivamente ciò che giuridicamente al privato è dovuto¹⁸⁶. Anche se l'interesse legittimo consente al privato di incidere sulla concreta esplicazione del potere, ciò rientra solo nelle prerogative che la posizione di interesse legittimo conferisce al titolare: significa partecipazione al procedimento e non partecipazione alla attribuzione potere¹⁸⁷

l'Amministrazione è intestataria (...) l'interesse legittimo al corretto esercizio della funzione pubblica, del quale può, dunque, affermarsi la trasmissibilità, fatto salvo, naturalmente, ogni potere-dovere della pubblica amministrazione di valutare l'esistenza dei presupposti di legge per l'adozione dell'autorizzazione ad essa domandata>>. Si vedano le considerazioni di L. Ferrara, *L'ordinamento sportivo e l'ordinamento statale si imparruccano di fronte alla Camera di conciliazione e arbitrato per lo sport*, in *Foro amm. C.D.S.*, 2005, pp. 1218 e ss., che contesta il cosiddetto <<dogma dell'indisponibilità degli interessi legittimi>>. Si veda altresì F. G. Scoca, *La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri*, in S. Ristuccia (a cura di), *Arbitrato e pubblica amministrazione*, a cura di S. Ristuccia, Milano, 1991, in particolare p. 106: <<non c'è dubbio che l'interesse legittimo sia disponibile. Il problema non è se esso sia disponibile, il problema è semmai se sia disponibile la situazione soggettiva contrapposta all'interesse legittimo, cioè il potere dell'Amministrazione>>. Per una trattazione apposita sul tema dell'arbitrato amministrativo, centrale ai fini della ricerca, si rinvia *infra*, seconda parte, capitolo III.

¹⁸⁴ Come sarà più avanti rilevato nello specifico, l'indisponibilità dell'interesse legittimo è stata studiata per lo più con riferimento al tema della non compromettibilità in arbitrato delle suddette situazioni giuridiche soggettive, su cui cfr. E. Righetti, A. Piotto, *L'arbitrato nella giurisprudenza italiana*, cit., pp. 55 e ss.; S. Nicodemo, *Arbitrato e giurisdizione amministrativa in una recente pronuncia del Consiglio di Stato*, cit.; L. Ferrara, *L'ordinamento sportivo e l'ordinamento statale*, cit., pp. 1218 e ss.; F. G. Scoca, *La capacità della pubblica amministrazione*, cit.

¹⁸⁵ Sul perseguimento dell'interesse pubblico come causa del provvedimento amministrativo, cfr., anche per i copiosi riferimenti dottrinali, C. Cudia, *Funzione amministrativa*, cit., pp. 231 e ss.

¹⁸⁶ A favore della concezione dell'interesse legittimo come situazione nell'interesse esclusivo del titolare, cfr., V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, in particolare pp. 18 e ss.

¹⁸⁷ Così G. Greco G., *Contratti e accordi*, cit., p. 4; nonché Giannini M.S., *Corso di diritto amministrativo*, vol. III, Milano 1967, p. 103. Questo significa anche che l'interesse legittimo si trova in una posizione di alterità rispetto all'interesse pubblico: certamente è possibile che interesse legittimo e interesse pubblico coincidano, ed anzi ciò avviene nella fisiologia delle cose, ma l'interesse legittimo è pur sempre una posizione di vantaggio riferita ad interessi personali del titolare.

La negazione del rapporto di strumentalità tra la situazione soggettiva in esame e l'interesse pubblico corrisponde quindi all'autonoma valenza sostanziale della prima¹⁸⁸: ciò non significa che tra essi sussista conflittualità, né alternatività. Non è da escludere, infatti, che il soddisfacimento dello scopo generale vada di pari passo con l'interesse del privato; si tratta di ambiti che non si pongono necessariamente in opposizione¹⁸⁹.

Pertanto, se ci si pone in una prospettiva *statica*¹⁹⁰, attenta all'essenza strutturale delle situazioni giuridiche, non si vede come la presenza del fine pubblico possa intaccare la sfera dispositiva dell'interesse legittimo.

Come detto, l'ulteriore ostacolo concettuale è dato dal potere amministrativo, che tuttavia appare anch'esso autonomo e distinto dalla posizione del cittadino per ambito di operatività¹⁹¹.

¹⁸⁸ La natura sostanziale dell'interesse legittimo è esplicitamente negata da E. Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, cit., p. 249, secondo cui «l'interesse legittimo è soltanto un concetto da impiegare nella sistematica del processo amministrativo di annullamento come componente del metro di legittimazione, cioè per stabilire su chi stia per incidere il provvedimento giurisdizionale, e di conseguenza chi possa chiedere al giudice amministrativo l'annullamento». Una simile impostazione rendeva tuttavia l'interesse legittimo una situazione giuridica soggettiva anomala, posto che tradizionalmente del diritto soggettivo si evidenziava la struttura essenziale data dall'endiadi del potere di godere e di disporre. La ricostruzione sostanzialistica ha avuto origine sin dall'entrata in vigore della Costituzione, che qualifica l'interesse legittimo come situazione giuridica sostanziale, pur senza definirne il contenuto, cfr. V. Bachelet, *La giustizia amministrativa*, cit. Sulla valenza dell'interesse legittimo ancor prima dell'emanazione del provvedimento, si veda M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002. L'interpretazione che vede l'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva sostanziale implica che «esso viv[a] e si esprim[a] fisiologicamente soltanto prima del provvedimento», cfr. F. G. Scoca, *Contributo sulla figura*, cit., p. 36. Per una connessione tra la natura sostanziale dell'interesse legittimo e la disponibilità del medesimo, si veda V. Domenichelli, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato: riflessioni e interrogativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, pp. 227 e ss. e in particolare p. 241: «Bisognerebbe intendersi innanzitutto sul concetto di disponibilità. Se esso non è altro che la capacità di disporre della situazione giuridica che forma oggetto della lite (...) non è dubbio che sia disponibile il diritto soggettivo ancorché conosciuto dal giudice amministrativo esclusivo. Ma non potrebbe considerarsi disponibile, a questa stregua, anche l'interesse legittimo, se è veramente una situazione giuridica sostanziale che si concreta essenzialmente in una pretesa nei confronti della pubblica amministrazione?». La natura dell'interesse legittimo quale situazione giuridica sostanziale e indipendente rispetto al pubblico interesse è evidente anche dall'osservazione dell'evoluzione delle tecniche e delle modalità di tutela del medesimo, come sarà indicato *infra*, seconda parte. Concorde con l'indipendenza dell'interesse legittimo dallo scopo pubblico generale è anche L. Bigliuzzi Geri, *Interessi legittimi*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, IX, Torino, 1993, pp. 527 e ss., che formula una nozione unitaria della situazione, valevole quindi sia in ambito civilistico che in ambito pubblicistico, caratterizzata dalla relazionalità con un'altra situazione attiva, a carattere discrezionale.

¹⁸⁹ Cfr. U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, in particolare p. 34, ove invece viene messo in rilievo il fenomeno della compenetrazione tra l'interesse del privato e quello pubblico. Nel senso di quanto sostenuto in merito al differente ambito applicativo tra i due interessi, cfr. M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, pp. 67 e ss., ove si osserva come l'interesse pubblico non «incorpora o nega gli interessi privati», ma convive con essi secondo varie modalità.

¹⁹⁰ La contrapposizione è esposta da L. Ferrara, *Statica e dinamica dell'interesse legittimo: appunti*, in *Dir. amm.*, 2013, pp. 465 e ss.

La scissione del pubblico potere dalla struttura dell'interesse legittimo si spiega rilevando la natura *attiva* di entrambe le situazioni giuridiche anzidette, che quindi non possono essere considerate correlate reciprocamente, ma semmai meramente coesistenti¹⁹².

Quindi, osservando la relazione tra privato e amministrazione nell'ottica *dinamica* è innegabile che sussista un *dialogo* (e in tal senso anche un condizionamento) tra pubblico potere e interesse legittimo¹⁹³; ciò che non sussiste, però, è la corrispondenza tra essi: c'è coesistenza, non posizione di reciprocità.

Per quanto riguarda, in particolare, il potere¹⁹⁴, lo stesso è stato rapportato funzionalmente alla soggezione¹⁹⁵, situazione giuridica (passiva) non solo divergente dall'interesse legittimo, ma soprattutto non compatibile con lo stesso¹⁹⁶.

Del resto, le opinioni contrarie e prevalenti si sono incentrate non sul concetto di potere in sé considerato, ma sulla contestualizzazione di esso all'interno dell'ordinamento amministrativo¹⁹⁷: la sussistenza di interessi a natura pubblica comporterebbe, quindi, una prevalenza di essi sull'interesse del privato¹⁹⁸, senza

¹⁹¹ M. S. Giannini, *Corso di diritto amministrativo*, vol. III, Milano, 1967, p. 103, che sottolinea che è solo la P.a. a essere titolare del potere/dovere di perseguire l'interesse pubblico.

¹⁹² Cfr. F. G. Scoca, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., p. 33: «non è concepibile un rapporto di contrapposizione tra interesse legittimo e potere amministrativo, così come è tipico del rapporto che sussiste tra diritto ed obbligo. Sia l'interesse legittimo sia il potere sono situazioni di vantaggio, che si svolgono parallelamente nel medesimo procedimento».

¹⁹³ Così L. Ferrara, *Statica e dinamica*, cit., pp. 474 – 475.

¹⁹⁴ Si veda l'efficace analisi svolta da G. Pino, *Diritti soggettivi. Lineamenti di un'analisi teorica*, in *Materiali per una storia di una cultura giuridica*, pp. 487 e ss. e in particolare p. 502. «mentre i diritti in senso stretto (pretese) e le libertà hanno di solito un nesso diretto con l'interesse sottostante, le posizioni hohfeldiane «di secondo grado» o meta-diritti (poteri e immunità) hanno con l'interesse un legame solo indiretto: il loro oggetto diretto è invece la creazione, modifica o estinzione di (altre) posizioni hohfeldiane. Così, il potere di concludere un contratto ha un legame solo indiretto con l'interesse sottostante, che è solitamente quello di godere di (= pretesa di ricevere, oppure libertà di fruire di) un bene o un servizio. Per questa ragione non è nemmeno necessario che una posizione hohfeldiana di secondo grado (potere o immunità) sia attribuita al titolare dell'interesse da proteggere: un potere può essere attribuito ad un soggetto per soddisfare o realizzare l'interesse di un altro soggetto (il potere attribuito all'ufficiale di stato civile di celebrare matrimoni è, si può ipotizzare, finalizzato al soddisfacimento dell'interesse di chi intende sposarsi)».

¹⁹⁵ Si veda A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato*, cit., p. 119.

¹⁹⁶ Si veda L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., pp. 168 e ss.

¹⁹⁷ Sul raffronto tra i poteri privati e quelli pubblici, cfr. A. Pioggia, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004, nonché G. Sigismondi, *La tutela nei confronti del potere pubblico e dei poteri privati: prospettive comuni e aspetti problematici*, in *Dir. pubbl.*, 2003, pp. 475 e ss.

¹⁹⁸ Cfr. G. Miele, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, cit., p. 122: «creare in modo diretto e autonomo una posizione di vantaggio per un soggetto significa svincolare gli interessi del soggetto, per il cui soddisfacimento essa è costituita, dagli interessi degli altri soggetti, subordinare questi a quelli: ma nel diritto amministrativo, istituzionalmente, dominano gli interessi di un solo soggetto, la Pubblica Amministrazione (...) se nel privato si determinano posizioni di vantaggio, questo avviene solo di riflesso, per il collegamento dei suoi interessi con quelli dell'amministrazione, ma non, ordinariamente, perché tali posizioni siano prese in diretta e autonoma considerazione

tuttavia considerare che il riconoscimento positivo di una situazione di vantaggio non può essere qualitativamente sminuita da un elemento (l'interesse pubblico) a essa esterno.

Oltretutto, a oggi risulta difficile negare che la positivizzazione di pretese esigibili dal privato¹⁹⁹ non renda le medesime volte a diretto vantaggio del titolare. In tal senso, il singolo è titolare di una situazione soggettiva attiva da esercitare *nel suo esclusivo interesse*.

Pertanto, il potere in capo all'amministrazione non rientra nella struttura dell'interesse legittimo, né può ritenersi a questo corrispondente in una dialettica funzionale. Le due situazioni sono tra loro autonome²⁰⁰.

Quanto esposto costituisce un risultato interpretativo che assume valore a prescindere dalla natura giuridica che si voglia riconoscere all'interesse legittimo. Al momento interessa depurare la situazione soggettiva in capo al privato da elementi esterni che tradizionalmente ne hanno precluso un esame approfondito e specifico (non solo quanto alla sfera strutturale, ma anche) quanto alla sfera funzionale²⁰¹.

dall'ordinamento giuridico, e quindi la posizione di vantaggio del privato sussiste nei limiti e subordinatamente alle norme che sono dettate per la disciplina dell'attività amministrativa>>. In giurisprudenza, si veda Cons. Stato, Ad. Plen. n. 12/2007, per cui l'interesse legittimo <<origina da un compromesso, chiaramente solidaristico, tra le esigenze collettive di cui è portatrice ex art. 97 e 98 Cost. l'amministrazione stessa e le pretese, di colui che dalla loro legittima soddisfazione è coinvolto, di veder preservati quei suoi beni giuridici che preesistono all'attività pubblica ovvero che nel corso di questa si profilano. Ne deriva un coinvolgimento costante dell'interesse del singolo nell'interesse della collettività che si esprime nell'attività, non libera, ma doverosa e funzionalizzata dell'amministrazione>>.

¹⁹⁹ Ci si riferisce, in primo luogo, alle disposizioni di cui alla legge n. 241/1990.

²⁰⁰ Cfr. G. Miele, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, cit., p. 126, per il quale non è l'assenza di potere giuridico in altri a delineare il diritto soggettivo, ma la circostanza che tale posizione sia già costituita in modo positivo e autonomo secondo l'ordinamento giuridico e particolarmente attraverso l'imposizione di un obbligo correlativo nel soggetto da cui si chiede l'attuazione nel contenuto del proprio diritto. Id., p. 116: <<potere giuridico è (...) una forza attiva di cui è investito un soggetto dall'ordinamento giuridico, in guisa da produrre o concorrere a produrre, mediante un suo comportamento volontario, una modificazione giuridica. (...) esso è una figura autonoma (...) il diritto subiettivo non include l'elemento del potere>>. Si veda espressamente sul punto L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., p. 171: <<Il che non può dire che il titolare dell'interesse legittimo non possa influire sul suo esercizio. Vuol dire, piuttosto, che alle facoltà (o ai poteri) partecipativi del cittadino non possono non corrispondere ancora che situazioni passive della p.a. (aventi ad oggetto la presa in considerazione delle rappresentazioni dei suoi interessi materiali), confermandosi la conclusione che non è il potere a fronteggiare l'interesse legittimo>>. *Contra*, nel senso che nel procedimento amministrativo l'interesse legittimo dialoga col potere e dunque non vi è una vera e propria contrapposizione come si ha nelle dinamiche intersoggettive civilistiche, F. G. Scoca, *Interesse legittimo come situazione risarcibile*, in *Atti del Convegno "Lesione delle situazioni giuridicamente protette e tutela giurisdizionale"*, in *Riv. Corte Conti*, 2004, pp. 86 e ss.

²⁰¹ Cfr. V. Domenichelli, *Compromettibilità in arbitri*, cit., p. 269: <<le facoltà proprie dell'interesse legittimo sono date (...) nell'interesse del cittadino: ma allora non è affatto chiaro perché quest'ultimo non dovrebbe disporre come giudica più opportuno>>. L'Autore conclude quindi che <<non pare sia mai stata fornita un'effettiva dimostrazione dell'indisponibilità (...) degli interessi legittimi (...). Sembra anzi che essa sia (...) da escludere>>.

Pertanto, dopo aver rigettato preclusioni aprioristiche circa la disponibilità dell'interesse legittimo, occorre verificare se sussistano altrove (ma pur sempre a livello di diritto sostanziale) eventuali indici di indisponibilità dello stesso. Tenendo sempre presente la natura eccezionale del fenomeno limitativo in questione.

Seguendo la metodologia già utilizzata rispetto al diritto soggettivo, si favorisce in prima battuta un'indagine di natura sostanzialistica²⁰² e strutturale, verificando se l'interesse legittimo sia una situazione giuridica *intrinsecamente* indisponibile.

Ebbene, in difetto di univoche indicazioni legislative, i fattori da tenere in considerazione sono gli stessi che caratterizzano i diritti soggettivi strutturalmente indisponibili: in specie, la non patrimonialità e la funzionalità della situazione giuridica a esigenze di natura strettamente esistenziale e personale. Intesa in questi termini, l'indisponibilità è una caratteristica che nasce insieme al diritto, con esso inscindibile²⁰³.

Nessuno degli elementi suesposti può dirsi sussistente nella struttura dell'interesse legittimo.

Infatti, di là dalla natura da riconoscere a tale situazione, ne risulta evidente l'essenza (non personale, ma) patrimoniale²⁰⁴. La pretesa che il privato vanta nei confronti dell'apparato pubblico, infatti, è posta a garanzia di interessi economici o comunque in tal senso valutabili, non potendo invece riflettersi in interessi morali²⁰⁵ o personalissimi, rispetto ai quali il bene oggetto di protezione non si trova *all'esterno*, ma inerisce alla persona

Da ciò consegue la configurazione *strutturalmente disponibile* dell'interesse legittimo: del resto, il potere di disposizione non costituisce una facoltà riservata esclusivamente al diritto soggettivo²⁰⁶.

²⁰² A. Amorth, *Annotazioni sull'arbitrato*, cit., p. 45, il quale rileva come la disponibilità della situazione giuridica soggettiva scaturisca dalla loro disciplina sostanziale e non dalle norme processuali.

²⁰³ Come già ampiamente esposto, i diritti di natura strettamente personale ineriscono inscindibilmente alla sfera individuale del soggetto, da cui non possono essere separati. Essi risiedono nell'individuo come singolo e nei suoi rapporti sociali e, proprio perché indisponibili, risultano altresì imprescrittibili, inusucapibili, inalienabili, irrinunciabili.

²⁰⁴ Oltretutto, a ulteriore supporto del criterio strutturale qui favorito, l'eccezionalità delle ipotesi di indisponibilità mal si concilierebbe con l'indiscriminata attribuzione di tale caratteristica a tutti gli interessi legittimi.

²⁰⁵ La distinzione tra diritti patrimoniali e diritti non patrimoniali, infatti, si basa sulla qualità dell'interesse presupposto: i diritti patrimoniali sono la risultante della qualificazione di un interesse patrimoniale, mentre i diritti non patrimoniali sono la risultante della qualificazione di un interesse non patrimoniale e in quest'ultima categoria rientrano i c.d. diritti della personalità e i diritti personalissimi.

²⁰⁶ Si veda A. Piras, *Sull'esercizio della facoltà di disposizione*, cit., p. 25, il quale a proposito dell'atto di disposizione sostiene che «<un tale movimento giuridico può avere come punto di riferimento o – se più piaccia – come oggetto qualsiasi posizione giuridica attiva che venga dall'ordinamento giuridico riconosciuta in capo a un determinato soggetto>>. Ben può ammettersi, quindi, il potere di disposizione quale facoltà propria anche dell'interesse legittimo. a favore della disponibilità dell'interesse legittimo (nonostante l'inclusione, in esso, del bene della vita finale) è G. Greco, *Il rapporto amministrativo*, cit., p. 615: «<gli istituti procedurali (...) e l'esperienza pratica

Fatta salva, quindi, una verifica caso per caso circa la sussistenza di espressi limiti legali al potere dispositivo, l'interesse legittimo nasce come situazione *intrinsecamente disponibile*^{207 208}.

Dal punto di vista effettuale, sono due i principali modi in cui si può manifestare tale disponibilità²⁰⁹: la trasmissibilità a terzi²¹⁰ e la rinuncia²¹¹.

A queste ipotesi saranno dedicate trattazioni specifiche e autonome²¹².

Quel che interessa sin da ora è una lettura congiunta di esse alla luce dell'essenza dell'interesse legittimo: mentre, infatti, vengono per lo più²¹³ riconosciute

di tutti i giorni dimostrano chiaramente che il potere di disposizione dell'interesse legittimo sussiste ed è ampiamente utilizzato da parte del suo titolare>>.

²⁰⁷ La natura ordinariamente disponibile dell'interesse legittimo non è pacificamente accolta e la giurisprudenza si è espressa esplicitamente a favore di tale interpretazione solo in alcuni casi. Talvolta la disponibilità è stata riscontrata nell'ammissione della rinuncia al ricorso giurisdizionale azionato a tutela di siffatta situazione soggettiva. Si veda Corte Cass., n. 427/1982 che, riconosciuta in capo alla parte la sussistenza dell'interesse legittimo, precisa che <<nessuna disposizione vieta che si possa disporre di detto interesse personale e che quindi lo stesso possa essere oggetto di transazione (...)>>. In tema di rinuncia e transazione, si veda in particolare *infra*, § 5 e 6. In dottrina, dà per acquisita la disponibilità dell'interesse legittimo G. P. Cirillo, *La tutela in via arbitrale delle conseguenze patrimoniali derivanti dalla lesione dell'interesse legittimo*, in www.giustizia-amministrativa.it: <<Pertanto, atteso che l'indisponibilità riguarda unicamente la potestà pubblica e non la situazione del privato, quale che sia, e che su di essa si fonda il corollario della non arbitrabilità delle controversie che possano insorgere per effetto del suo esercizio, occorre concentrarsi su di essa e saggiarne la reale consistenza, proprio alla luce del nuovo sistema normativo, così come ci viene consegnato dalle l. n. 241 del 1990 e n. 205 del 2000>>. Del pari si veda G. Greco, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 223 e ss., che, nell'occuparsi nello specifico del tema della transazione nell'ambito del diritto pubblico, dà per scontata la natura disponibile dell'interesse legittimo, cfr. p. 239.

²⁰⁸ Se pertanto il cittadino rinunciasse alle sue prerogative nel corso del procedimento, o si obbligasse nei confronti dell'amministrazione a non impugnare un provvedimento che ritiene illegittimo, o magari a rinunciare al giudizio, o ancora favorisse la convalida del provvedimento, non si vedrebbero ostacoli al riconoscimento della vincolatività di tale accordo.

²⁰⁹ Cfr. A. Zoppini, *I "diritti disponibili relativi al rapporto sociale" nel nuovo arbitro societario*, in *Riv. soc.*, 2004, pp. 1173 e ss., che a p. 1179 osserva come ordinariamente si ritengano equivalenti – dal punto di vista normativo – <<la disponibilità del diritto, la capacità di trasferirlo e il potere di rinunziarvi>>.

²¹⁰ Il termine trasmissibilità viene inteso qui in senso ampio, comprensivo sia dei trasferimenti *mortis causa*, sia di quelli *inter vivos*.

²¹¹ Il termine rinuncia include anche l'istituto specifico della transazione, disciplinato all'art. 1966 c.c.

²¹² Si veda *infra*, in questo capitolo, § 3 e ss.

²¹³ La rinuncia, pur se ammessa dalla maggior parte degli studiosi, rimane avversata da altra parte della dottrina. Gli ostacoli maggiori all'ammissione generalizzata della rinuncia all'interesse legittimo si hanno nell'analisi delle ricadute applicative, con particolare riferimento agli istituti della transazione e dell'arbitrato (i cui elementi di comunanza sono ben evidenti anche solo dalla mera lettura delle disposizioni civilistiche, cfr. art. 1966 c.c. e art. 806 c.p.c.), per la ritenuta connessione tra tale situazione soggettiva e l'interesse pubblico. A ben vedere, ciò si collega alla già dimostrata natura autonoma e sostanziale dell'interesse legittimo, che quindi si trova in una posizione di alterità rispetto all'interesse pubblico: l'interesse legittimo è pur sempre una posizione di vantaggio riferita a interessi personali del titolare, che può liberamente rinunziarvi senza che l'interesse pubblico ne risenta, senza

l'operatività e – prima ancora – l'ammissibilità della rinuncia, quanto alla trasferibilità/trasmissibilità si sono invece riscontrati maggiori sfavori. Se, tuttavia, interpretiamo i due ambiti funzionali come connessi l'uno con l'altro, si possono desumere dati importanti ai fini del tema oggetto di analisi.

A ben vedere, l'inclusione della rinuncia entro il novero delle facoltà proprie dell'interesse legittimo non può che avvalorare l'interpretazione a favore della disponibilità del medesimo²¹⁴. In questo senso, l'eventuale esistenza di limitazioni al potere di trasferimento dell'interesse legittimo non può avere alcuna ricaduta sulla natura (*rectius*: con la struttura) di esso, dovendo altrimenti essere negata – o, comunque, limitata – anche la possibilità di rinunciarvi²¹⁵.

In altri termini, il riconoscimento della rinuncia all'interesse legittimo costituisce una manifestazione concreta della disponibilità di esso ed eventuali contenimenti al potere di trasferibilità della situazione soggettiva si collocano pertanto a un livello (non strutturale, ma) esterno, legislativo, tipico.

In concreto, coloro che hanno sostenuto l'impossibilità di trasmettere a terzi la situazione giuridica soggettiva in esame hanno fatto leva sul carattere strettamente personale della stessa²¹⁶, con la conseguente – ed errata – deduzione che l'interesse

ledere interessi coincidenti o concorrenti. Del resto l'ordinamento riconosce e tutela l'interesse legittimo nell'esclusivo interesse del titolare, ben potendo l'amministrazione agire efficacemente anche senza riconoscere alcuna rilevanza alle posizioni del privato. Se, pertanto, il cittadino rinunciasse alle sue prerogative nel corso del procedimento o si obbligasse nei confronti dell'amministrazione a non impugnare un provvedimento che ritiene illegittimo, o magari a rinunciare al giudizio, o ancora favorisse la convalida del provvedimento, non si vedrebbero ostacoli al riconoscimento della vincolatività di tale accordo. Si rinvia all'apposita trattazione *infra* § 5.

²¹⁴ Come osservato anche da V. Domenichelli, *Giurisdizione amministrativa*, cit., pp. 236 e ss., il quale rileva l'incongruenza tra la rinunciabilità dell'interesse legittimo e la ritenuta indisponibilità del medesimo: <<Si potrà tutt'al più discutere della disponibilità delle posizioni che si contrappongono all'interesse legittimo: del potere dunque della cui doverosità ed irrinunciabilità nessuno sembra realmente dubitare>>

²¹⁵ Cfr. in questo senso A. De Cupis, *I diritti della personalità*, Milano, 1982, che, dopo aver ricondotto sia la facoltà di rinunciare che quella di trasferire entro il potere di disposizione, osserva che i due aspetti non sono necessariamente coniugati, dal momento che ben possono esistere diritti rinunciabili, ma non trasferibili

²¹⁶ Si veda, in questi termini, M. Del Signore, *La compromettibilità*, cit., p. 191: <<pur essendo ipotesi infrequente, quella di un privato che cede ad un terzo la propria istanza del provvedimento, ovvero la posizione maturata in riferimento al procedimento aperto su quella stessa istanza, non può non osservarsi come, in concreto, muterebbero, senz'altro – in quanto muta il titolare dei medesimi ed è difficile immaginare un'esatta coincidenza tra la sfera giuridica e soggettiva del terzo e quella del precedente istante – gli interessi privati di cui il terzo, diverso soggetto, si fa portatore nel procedimento. L'interesse legittimo in capo al terzo sarebbe, cioè, lo stesso vantato dal suo precedente titolare solo nell'istante della cessione, dopo di che si conformerebbe autonomamente, proprio in quanto il momento di confronto con il potere non può essere indifferente se rapportato alla sfera soggettiva di un soggetto piuttosto che di un altro>>. L'Autrice si sofferma successivamente sull'attività vincolata, che nella sua ricostruzione sembrerebbe apparentemente un ambito ove <<minori trasformazioni subirebbe tale interesse legittimo, non essendo il potere influenzato nel suo determinarsi dagli interessi rilevanti, ma invece già conformato dalla norma di legge>>, ma anche in questo caso <<non pare immaginabile pensare a un'istanza presentata da un privato e poi ceduta ad un

legittimo sarebbe indisponibile per il valore determinante che in esso riveste la qualifica soggettiva del titolare. Un simile ragionamento viene sostenuto – come vedremo²¹⁷ – anche da quella giurisprudenza che nega la possibilità di trasferire l'interesse da un soggetto a un altro.

La posizione indicata, tuttavia, presenta due incongruenze logiche.

Innanzitutto, si confonde l'indisponibilità (che, se intesa in senso proprio, è caratteristica essenziale della situazione soggettiva, come già esposto)²¹⁸ con l'intrasmissibilità (che invece è una mera manifestazione funzionale – applicativa della prima, ma dotata di un ambito di operatività più ampio).

È vero che tutto ciò che è indisponibile intrinsecamente è anche intrasferibile, tuttavia le limitazioni al potere di trasferimento ben possono riguardare anche situazioni giuridiche strutturalmente disponibili. L'intrasferibilità, in quest'ottica, è un limite (esterno) impresso dalla legge al diritto (o all'interesse legittimo), che a sua volta può essere *per natura* disponibile o indisponibile.

In secondo luogo, su un piano più generale, occorre tenere distinto il piano dell'esistenza – e, quindi, della conformazione e configurazione – dell'interesse legittimo da quello della sua disposizione. Infatti, il riferimento alle caratteristiche soggettive del titolare della situazione soggettiva evoca la rispondenza della posizione di questo a requisiti predeterminati legalmente, che devono sussistere ai fini del sorgere di una legittima titolarità²¹⁹. A tal riguardo, non erra la dottrina²²⁰ che manifesta perplessità sull'ipotesi di trasferimento di un interesse legittimo inserito in un determinato procedimento già in corso, ma ciò non per motivazioni legate all'indisponibilità della situazione giuridica, quanto per il valore che i requisiti personali possono avere nel *costituire* la situazione stessa²²¹. In altri termini, in siffatte circostanze il mutamento di soggetto determinerebbe il sorgere di una nuova situazione soggettiva, calibrata su differenti caratteristiche²²².

Altra cosa, invece, è l'indisponibilità quale limite alla cessione dell'interesse legittimo, senza che si verifichi alcun mutamento sostanziale della figura soggettiva:

soggetto terzo, senza che si inizi un procedimento *ex novo*>>. Nell'interpretazione qui favorita non assume alcun rilievo la distinzione tra le due attività – discrezionale e vincolata – giacché la struttura disponibile dell'interesse legittimo costituisce caratteristica allo stesso immanente e consustanziale, a prescindere dalla sussistenza o meno di un potere discrezionale.

²¹⁷ Cfr. *infra* in questo capitolo, § 3.

²¹⁸ Cfr. *supra*, capitolo I, § 3.

²¹⁹ Tale legittima titolarità, sul fronte processuale, si riflette nella legittimazione a ricorrere, che è una condizione generale dell'azione.

²²⁰ Ci si riferisce di nuovo a M. Del Signore, *La compromettibilità*, cit., p. 191, nonché a F. G. Scoca, *Contributo sulla figura*, cit., p. 37.

²²¹ Il ragionamento sembra in parte espresso anche da TAR Sicilia, Palermo, n. 1774/2010: <<nella fase procedimentale, prodromica al rilascio [di un'autorizzazione], contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa regionale, una eventuale vicenda circolatoria non può che comportare come conseguenza una verifica preventiva dei requisiti dell'avente causa>>.

²²² La personalità quale limite alla trasferibilità dell'interesse legittimo sarà nuovamente affrontata *infra*, in questo capitolo, § 3 e 4.

in assenza di espressi divieti legali in tal senso, l'ipotesi non può essere esclusa, ma anzi si ritiene del tutto ammissibile²²³, nonostante di non frequente verifica²²⁴.

Esperito il primo livello di indagine ed escluso il carattere indisponibile a livello intrinseco dell'interesse legittimo²²⁵, residua il piano *estrinseco*, attinente alla possibile sussistenza di vincoli normativi al potere di disporre. Siffatte previsioni di legge, come detto, incidono *ex post* su situazioni giuridiche comunemente disponibili e patrimoniali, per le quali rilevino particolari denotazioni soggettive del titolare, ovvero una destinazione dell'interesse legittimo a esigenze che sopravanzano il singolo. Il fenomeno, pertanto, fuoriesce dall'essenza della situazione giuridica soggettiva e assume fattezze tipizzate legalmente caso per caso²²⁶.

²²³ Cfr. F. G. Scoca, *Contributo sulla figura*, cit., p. 37: «non è peraltro inimmaginabile la disposizione dell'interesse a ottenere la concessione edilizia (senza la contemporanea disposizione del diritto di proprietà sul terreno da edificare) ovvero dell'interesse ad ottenere la licenza commerciale; così come non è impossibile pensare che un privato subentri ad altro privato in un procedimento iniziato da quest'ultimo e faccia propri gli atti da questi compiuti». Ciononostante, l'Autore conclude sostenendo la «normale assenza di poteri dispositivi» in capo al titolare dell'interesse legittimo e da ciò ricava la conferma del fatto che l'oggetto di tale situazione soggettiva non vada ravvisato in un bene della vita.

²²⁴ La scarsa applicazione dell'ipotesi indicata è rilevata da M. Del Signore, *La compromettibilità*, cit., p. 191 e da F. G. Scoca, *Contributo sulla figura*, cit., p. 37.

²²⁵ Ciò sembra escluso anche da F. G. Scoca laddove osserva che l'assenza di poteri di disposizione in capo al titolare dell'interesse legittimo costituisce «un tratto tipico, anche se non essenziale, dell'interesse legittimo», cfr. *Contributo sulla figura*, cit., p. 37. La *non essenzialità* dell'indisponibilità sembra favorire un approccio di natura casistica, che confligge con il fenomeno dell'indisponibilità intrinseca.

²²⁶ Si veda L. Ferrara, *L'arbitrato nelle controversie amministrative. In particolare, la compromettibilità dell'interesse legittimo*, in V. Putorti (a cura di), *La Giustizia Arbitrale*, Napoli, 2015, pp. 245 e ss.: «Chiarito che l'interesse legittimo, almeno nella sua dimensione statica e giustiziabile, non è correlato al potere (e all'interesse pubblico), di esso si dovrà dire, anche senza volerne riconoscere la struttura di diritto di credito (al c.d. bene della vita, ove l'attività amministrativa è vincolata; alla *chance* attribuita dalla legge, se l'attività è discrezionale), quanto si dice in generale del diritto soggettivo: cioè, che può essere, a seconda dei casi, disponibile oppure indisponibile. Si rende, pertanto, necessaria un'analisi fattispecie per fattispecie, tenendo ancora presente il monito di P. Perlingieri, secondo cui è tutt'altro che facile distinguere diritti disponibili e diritti indisponibili, ovvero, a questo punto, situazioni giuridiche disponibili e situazioni giuridiche indisponibili». Per indicare un esempio di vincolo legale indiretto al potere di disposizione di interessi legittimi, si veda l'art. 2, comma 1, lett. C) del Decreto del Presidente della Regione Sicilia 9 marzo 2009, ai sensi del quale il richiedente l'autorizzazione produce una «autocertificazione con la quale assume nei confronti dell'Amministrazione la responsabilità, diretta e *non trasmissibile*, per l'interrezza delle fasi di realizzazione e avvio dell'impianto». La norma, oggetto del giudizio di cui alla sentenza TAR Sicilia, Palermo, 9 febbraio 2010 n. 1774, è stata impugnata dal ricorrente, il quale ha desunto che l'intrasmissibilità della responsabilità a terzi impedirebbe la trasmissione della titolarità del progetto, con violazione del diritto alla libera iniziativa economica privata, *ex art. 41, comma 1, Costituzione*. Sul fronte civilistico, a favore di un approccio casistico nell'individuazione dei casi di indisponibilità estrinseca, cfr. F. Lucarelli, *Solidarietà*, cit., p. 219: «l'indisponibilità di ciò che appare logicamente disponibile va, forse, ricercata mediante la ricostruzione della vicenda giuridica a cui si inerisce la limitazione».

Uno studio di questo tipo è utile per la risoluzione di problematiche specifiche, ma non assume un rilievo concettuale generale; ciò che conta ai fini della ricerca è l'esito interpretativo raggiunto: la natura (strutturalmente) disponibile dell'interesse legittimo²²⁷, derivante dalla sua scissione dal potere amministrativo e dall'interesse pubblico.

La trattazione proseguirà con l'analisi di alcuni particolari aspetti funzionali che consentono di approfondire l'effettiva *disponibilità* dell'interesse legittimo.

3. *La (in)trasmissibilità dell'interesse legittimo nella giurisprudenza: critiche e interpretazioni alternative.*

La possibilità per il privato di trasferire la propria situazione di interesse legittimo è stata oggetto di trattazione soprattutto da parte della giurisprudenza.

L'analisi dei principali orientamenti, nonché delle connesse problematiche, consente di comprendere come sia avvertito (e risolto) nell'ordinamento amministrativo il più ampio problema della disponibilità dell'interesse legittimo.

In linea generale, è ritenuta possibile la circolazione delle situazioni giuridiche di vantaggio a natura patrimoniale^{228 229}; come già detto²³⁰, la caratteristica della patrimonialità denota anche l'interesse legittimo²³¹.

²²⁷ F. Goisis, *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, Milano, 2007; Id. *Compromettibilità in arbitri (e transigibilità) delle controversie relative all'esercizio del potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, pp. 243 e ss.; F. G. Scoca, *La capacità della pubblica Amministrazione*, cit., p. 106: «non c'è dubbio che l'interesse legittimo sia disponibile»; A. Romano Tassone A., *L'arbitrato*, in AA. VV., *Il processo avanti al giudice amministrativo, commento sistematico alla l. 205/2000*, II ed., Torino, 2004, pp. 525 e ss.; S. A. Villata, *Controversie di pubblico impiego, arbitrato e disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, pp. 803 e ss.

²²⁸ Si veda A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, 1989, p. 158: «la regola è che le posizioni di vantaggio degli amministrati non si trasferiscano da un soggetto a un altro. Ciò vale per i diritti fondamentali, per i diritti funzionali, per i diritti civili. È possibile tuttavia il passaggio a un altro soggetto di talune posizioni di vantaggio a fondo patrimoniale, per tale passaggio però occorre di norma il consenso dell'amministrazione, occorre inoltre che il sottentrante possieda i requisiti richiesti per quella specifica posizione giuridica».

²²⁹ Nel diritto civile, si veda quanto disposto dall'art. 1260 c.c.: «Il creditore può trasferire a titolo oneroso o gratuito il suo credito, anche senza il consenso del debitore, purché il credito non abbia carattere strettamente personale o il trasferimento sia vietato dalla legge (...)». I presupposti per aversi cessione del credito sono quindi: la titolarità della situazione soggettiva da cedere e la *disponibilità* della stessa (per un'ipotesi espressa di incedibilità, si veda quanto previsto dall'art. 447 c.c. sul credito alimentare): generalmente non sono cedibili i diritti strettamente afferenti alla persona del titolare. Quanto alla disciplina, la notifica dell'accordo al debitore non vale ai fini della validità, ma dell'efficacia della cessione (art. 1264 c.c.). Sul punto è opportuno rilevare che la cessione dei crediti è esclusa nelle sole ipotesi tassativamente previste e disciplinate dalla legislazione medesima. Nell'ambito dei divieti di carattere oggettivo è ravvisabile il principio, ex art. 9, legge n. 2248/1865,

L'apposizione di un limite (esterno) alla trasferibilità della situazione, quindi, costituisce un'ipotesi eventuale, per lo più rimessa alla previa determinazione legislativa, in piena coerenza con la (già dimostrata) natura intrinsecamente disponibile dell'interesse legittimo.

Nonostante ciò, parte della giurisprudenza si è nettamente schierata a favore dell'assoluta non trasferibilità degli interessi legittimi²³², motivandola sulla base dell'interrelazione con il pubblico potere.

A ben vedere, a livello giurisprudenziale ha avuto maggior diffusione un profilo più specifico della questione indicata: ove l'interesse legittimo sia collegato essenzialmente alla titolarità di un diritto su una cosa, si è posto il quesito sulla possibilità – o meno – di un trasferimento separato tra l'interesse predetto e la cosa stessa. In altri termini, i casi concreti oggetto di giudizio hanno per lo più indagato la trasmissibilità dell'interesse legittimo non come tale, ma in quanto separato dal rapporto sostanziale alla base dello stesso²³³.

all. E, e dagli artt. 69 e 70, r.d. n. 2440/1923, in base al quale la cessione dei crediti vantati verso lo Stato o altre Pubbliche Amministrazioni per somministrazioni, forniture o appalti (che deve risultare da atto pubblico o scrittura privata autenticata da un notaio) è inefficace in mancanza dell'adesione della pubblica amministrazione debitrice. Si inserisce nei divieti di carattere oggettivo anche l'inibizione di cessione dei crediti per stipendi, pensioni o salari dei dipendenti di pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1 d.p.r. 5/1/1950, n. 80.

²³⁰ Cfr. *supra*, in questo capitolo, § 2.

²³¹ Cfr. G. P. Cirillo, *La trascrizione dei 'diritti edificatori' e la circolazione degli interessi legittimi*, in *Riv. not.*, 2013, pp. 601 e ss., il quale fa espresso riferimento al <<“valore patrimonialistico” di detta situazione soggettiva, che determina l'effetto reale del negozio o dell'atto che la costituisce o la trasferisce>>.

²³² Cfr. Cons. Stato, n. 6490/2005, secondo cui <<l'oggetto dell'accordo investiva infatti l'interesse legittimo all'intestazione di una concessione, ovverosia una situazione soggettiva assolutamente indisponibile dai privati in assenza di un conforme provvedimento della pubblica amministrazione procedente, titolare del potere dominicale sul bene demaniale controverso>>; Cons. Stato, n. 1420/2007, secondo cui <<deve ribadirsi l'estraneità di qualunque soggetto diverso dal cessionario dell'intero compendio, – quand'anche avente titolo, in base ad atti *inter privatos* provenienti dal precedente concessionario, alla detenzione o al possesso di delimitate aree facenti parte delle superfici oggetto della concessione –, a contestare gli atti della competente amministrazione con cui si provveda in ordine al subingresso nella concessione medesima; ciò in quanto detti atti negoziali sono inopponibili all'Amministrazione concessionaria, e come tali, non abilitanti a creare, in capo agli aventi causa dall'originario concessionario, posizioni differenziate di interesse legittimo relative ad un rapporto pubblicistico al quale sono, invece, rimasti del tutto estranei, non essendo infatti contemplata, dalle norme in tema di subingresso nella concessione, la posizione di siffatti soggetti>>.

²³³ Si veda, di nuovo, A. M. Sandulli, *Manuale*, cit., p. 158, che esclude che la situazione giuridica collegata alla titolarità di un diritto reale su un bene possa essere trasferita autonomamente da esso. Concordemente V. Caianiello, *Diritto processuale amministrativo*, II ed., Torino, 1994, secondo cui il trasferimento ad altro soggetto della situazione giuridica soggettiva oggetto della tutela è <<possibile certamente *mortis causa* o *inter vivos* quando venga trasferito da un soggetto all'altro il rapporto sostanziale su cui la situazione di diritto soggettivo o di interesse legittimo si innesta. Non sembra difatti consentito il trasferimento dell'interesse legittimo con un atto traslativo particolare, indipendentemente dal rapporto sostanziale sul quale l'interesse si fonda>>. Nello stesso senso P. Virga, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1976, in

Sul punto, un filone giurisprudenziale – evidentemente contraddicendo il postulato dell'assoluta intransmissibilità dell'interesse legittimo, sostenuto dalle decisioni già citate – ha riconosciuto sin da tempi meno recenti la possibilità di trasferire tale situazione giuridica (non in via autonoma, ma) unitamente al rapporto sostanziale sottostante²³⁴.

Ciò si è legato alla necessità che, per poter continuare a godere della tutela apprestata dall'ordinamento all'interesse legittimo, permanessero in capo al titolare dell'interesse le condizioni sostanziali che lo avevano generato. Con questa impostazione si tende a evitare che l'interesse legittimo assuma le fattezze di una situazione soggettiva astratta²³⁵, senza considerarne, tuttavia, la natura sostanziale²³⁶ e l'autonomia.

La dottrina ha adottato, talvolta, posizioni più accomodanti²³⁷.

Un altro ambito in cui la giurisprudenza ha preso posizione, collegato sia pure indirettamente con il tema oggetto di studio, attiene alla possibilità di ammettere la circolazione dei diritti patrimoniali generati dall'interesse legittimo, questione che ha acquisito rilievo soprattutto in seguito al riconoscimento della risarcibilità dell'interesse legittimo²³⁸.

particolare p. 43, che nega la possibilità di trasferire l'interesse legittimo a contestare la licenza edilizia rilasciata al frontista separatamente dal trasferimento del diritto di proprietà che costituisce la posizione legittimante.

²³⁴ Cfr. Cons. Stato, n. 483/1982, in cui si dice che «titolare dell'interesse legittimo correlato all'esercizio della potestà di imprimere ad un bene il vincolo d'interesse storico o artistico, ex art. 1., l. 1.6.1939, n. 1089, è il proprietario del bene medesimo o titolare di altro diritto di godimento; il trasferimento della proprietà del bene vincolato determina, pertanto, nell'avente causa il trasferimento dell'interesse legittimo correlato alla potestà di vincolo del bene, cui consegue, sotto il profilo della tutela di questa posizione soggettiva, la legittimazione attiva dell'avente causa all'impugnazione del provvedimento di vincolo». Più recentemente, TAR Sicilia, Palermo, n. 2278/2010, ha provato a sistematizzare la materia ed è arrivato a dire in modo più esplicito che «la posizione d'interesse legittimo – ivi compresa quella connessa al rilascio dell'autorizzazione – è, nel sistema del diritto amministrativo italiano, pacificamente trasmissibile. Si insegna infatti tradizionalmente che l'interesse legittimo può essere trasferito unitamente al rapporto sostanziale connesso (diversamente argomentando, si negherebbe che la vendita di un terreno in relazione al quale è stata presentata domanda di permesso di costruire, possa determinare in capo all'acquirente la titolarità dell'interesse legittimo al rilascio di detto provvedimento)». Nello stesso senso, cfr. TAR Sicilia, Palermo, n. 5146/2010, che conferma che «la posizione d'interesse legittimo è, nel sistema del diritto amministrativo italiano, pacificamente trasmissibile e che l'interesse legittimo può essere trasferito unitamente al rapporto sostanziale connesso» e TAR Sicilia, Palermo, n. 1774/2010.

²³⁵ Per *astrattezza* si intende l'idoneità dell'interesse legittimo a circolare a prescindere dal rapporto sottostante.

²³⁶ La natura sostanziale dell'interesse legittimo sarà ripresa nelle conclusioni del lavoro.

²³⁷ Cfr. F. G. Scoca, *Contributo sulla figura*, cit., p. 37: «non è peraltro inimmaginabile la disposizione dell'interesse ad ottenere la concessione edilizia senza la contemporanea disposizione del diritto di proprietà sul terreno da edificare, ovvero dell'interesse ad ottenere la licenza commerciale, così come non è impossibile pensare che un privato subentri ad un altro privato in un procedimento iniziato da quest'ultimo e faccia propri gli atti già da questi compiuti».

²³⁸ Come noto, il superamento della non risarcibilità dell'interesse legittimo è avvenuto a far data dalla sentenza Corte Cass., SS. UU., n. 500/1999.

Sul punto, la giurisprudenza ha adottato in origine una posizione decisamente negativa²³⁹, suscitando alcune critiche da parte della dottrina²⁴⁰.

Più di recente, invece, è stata ammessa la circolazione autonoma dei diritti patrimoniali derivanti dall'interesse legittimo, pur negando che ciò comporti il trasferimento di tale situazione sottostante²⁴¹.

Dalla breve rassegna appena svolta emerge che il tema della trasferibilità dell'interesse legittimo è stato oggetto di pochi approfondimenti, per lo più giurisprudenziali, spesso in contrasto l'uno con l'altro,.

Un tentativo di sistematizzazione unitaria da parte del Consiglio di Stato è pervenuto soltanto nel 2013, con una decisione²⁴² che ha dettagliatamente esaminato la possibilità di trasferire l'interesse legittimo, nonché il relativo diritto al risarcimento del danno. Il Collegio ha assunto una posizione negativa su entrambe le

²³⁹ Si intende riferirsi al tempo in cui i diritti patrimoniali che potevano sorgere dall'interesse legittimo consistevano soltanto nelle pretese azionabili attraverso l'art. 26, ultimo comma, della legge n. 1034/1971 per le somme di cui l'amministrazione risultasse debitrice. Si veda Cons. Stato, n. 769/1968: sul presupposto che l'interesse legittimo alla conservazione di un pubblico impiego inerisca in via esclusiva alla persona che ne è investita e non è trasferibile a terzi né *mortis causa*, né *inter vivos*, viene negata agli eredi del dipendente pubblico la possibilità di continuare a coltivare il giudizio azionato dal loro congiunto deceduto per la conservazione della titolarità di un pubblico impiego di cui era stato privato

²⁴⁰ Si veda V. Caianello, *Manuale*, cit., che ritiene che «< l'azione in corso sia trasmissibile agli eredi tutte le volte in cui dal suo esito favorevole possa conseguire un vantaggio patrimoniale, il che si verifica certamente quando dall'accoglimento della domanda fatta valere dal titolare dell'ufficio possa derivare la corresponsione di emolumenti ad esso connessi>>.

²⁴¹ Si veda la decisione del C.g.a., n. 7/2009: «<la cessione di credito, nelle linee generali e per come sostanzialmente attuata con la scrittura citata, implica la successione in un diritto di natura personale (il diritto di credito), e non anche nella posizione di interesse legittimo, alla cui tutela è stato rivolto il ricorso di primo grado e da cui dipende, anche, l'*an* ed il *quantum* del credito del dante causa. Mentre, dunque, non può mettersi in discussione l'interesse conservativo del successore a titolo particolare e, dunque, quello processuale di opporsi alla riforma della sentenza appellata, ancorché venga ad investire (per la parte costitutiva) posizioni di interesse legittimo del dante causa, non appare configurabile l'autonoma legittimazione ad impugnare, in assenza di titolarità della posizione di interesse legittimo che fa capo al cedente. L'appello incidentale (in quanto investe la parte costitutiva dell'azione proposta in primo grado) è, dunque, inammissibile, spettando soltanto alla originaria ricorrente la possibilità di proporre appello incidentale>>.

²⁴² Cons. Stato, n. 1403/2013. Nel caso di specie, la sentenza del TAR impugnata aveva riconosciuto in primo grado il risarcimento del danno, riferito a una posizione di interesse legittimo pretensivo, qualificandolo come perdita di chance al rilascio dell'autorizzazione a urbanizzare l'area di proprietà. In secondo grado, il Collegio nega tale risarcimento del danno alla società di diritto privato creata dagli eredi dell'originario titolare dell'interesse legittimo, sostenendo che essa non era legittimata a farne richiesta, in quanto il tipo di interesse legittimo azionato in giudizio poteva essere attivato solo dal titolare e non era trasmissibile a terzi: «<nell'ambito della situazione dinamica in cui si pone l'esercizio del potere amministrativo, dunque, l'interesse è "personale" in quanto esso si appunta solo in capo al soggetto che si rappresenta come titolare, non è trasferibile né è consentito al soggetto ampliarne o comunque modificarne l'ambito di titolarità (inter vivos o mortis causa)>>.

questioni²⁴³, ma la sentenza merita attenzione per la completezza e per la precisione dell'analisi²⁴⁴.

La netta negazione della trasmissibilità dell'interesse legittimo (e dei diritti patrimoniali allo stesso consequenziali), pur costituendo il punto di partenza generale del Collegio, viene attuata mediante la distinzione tra azioni a tutela dell'interesse legittimo trasmissibili a terzi ed azioni invece non trasmissibili a terzi²⁴⁵. La ripartizione indicata, che non coincide con la natura pretensiva od oppositiva della situazione giuridica del privato²⁴⁶, consiste nell'individuazione di due diverse ipotesi: nella prima, la relazione tra interessato e potere amministrativo è sorta <<in riferimento ad aspetti del suo patrimonio giuridico in cui sono possibili fenomeni di successione>>, nell'altra, <<tale contatto attiene a profili personali, e non trasmissibili, dello stesso patrimonio giuridico>>²⁴⁷.

²⁴³ Il Consiglio di Stato, nella decisione in esame, avendo concluso per la generale intrasmissibilità dell'interesse legittimo, non può che concludere anche per la generale intrasmissibilità ante del risarcimento del danno all'interesse stesso: <<Se non è possibile ipotizzare una "circolazione" della posizione di interesse legittimo, non è allo stesso modo possibile ipotizzare la circolazione delle forme di tutela del medesimo, con il connesso potere di agire in giudizio, sia al fine di ottenere tutela ripristinatoria, sia al fine di ottenere tutela risarcitoria (...) Alla luce di quanto sin qui esposto, può allora affermarsi che le caratteristiche di "personale" e "diretto", che devono assistere l'interesse legittimo, svolgono, sul piano sostanziale, anche il ruolo di definire l'ambito della (possibile) titolarità della posizione giuridica, il riconoscimento e tutela della medesima da parte dell'ordinamento giuridico>>. L'interesse è personale in quanto esso si appunta solo in capo al soggetto che si rappresenta come titolare ed è anche diretto, in quanto il suo titolare è posto in una relazione di immediata inerenza con l'esercizio del potere amministrativo.

²⁴⁴ La decisione è citata da G. Greco, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 585 e ss., che sul punto afferma che la sentenza in questione, nel negare la trasferibilità dell'interesse legittimo anche ai fini della tutela risarcitoria della *chance* determinerebbe il ripristino di una <<sia pur parziale irrisarcibilità dell'interesse legittimo pretensivo, tornando ad una situazione di immunità anteriore alla sentenza 500/1999 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione>>.

²⁴⁵ Il Collegio è costretto a cercare un'attenuazione al divieto assoluto di trasferimento delle situazioni patrimoniali conseguenti all'interesse legittimo, atteso il problema del diniego di giustizia cui si sarebbe pervenuti in molte fattispecie concrete. A titolo di esempio, si faccia il caso della morte in corso di giudizio del proprietario del fondo espropriato sulla base di dichiarazione di pubblica utilità non seguita da decreto di esproprio: seguendo la posizione del Consiglio di Stato, l'amministrazione avrebbe potuto non risarcire il danno da illegittima occupazione del fondo, perché la facoltà di azione per il risarcimento del danno all'interesse legittimo non sarebbe transitata agli eredi.

²⁴⁶ Il Consiglio di Stato osserva che <<esistono interessi oppositivi che generano azioni trasmissibili (come quello del proprietario del suolo espropriato) ed interessi oppositivi che generano azioni non trasmissibili (quelli del pubblico dipendente trasferito di autorità), così come esistono interessi pretensivi che ammettono la trasmissibilità dell'azione (quelli del proprietario cui è stato negato il permesso di costruire) ed interessi pretensivi che non la ammettono (quelli del soggetto escluso dalla partecipazione ad un pubblico concorso)>> (sentenza Cons. Stato, n. 1403/2013).

²⁴⁷ Così espressamente Cons. Stato, n. 1403/2013: se quindi è trasmissibile la posizione preesistente nel patrimonio giuridico dell'interessato e che ad un certo punto viene a interagire con il potere amministrativo (determinando la nascita dell'interesse legittimo), allora con il trasferimento di tale posizione l'avente causa assume anche la titolarità della connessa posizione di interesse legittimo.

In altri termini, il Collegio sembra richiamarsi all'inerenza dell'interesse legittimo a un bene, ammettendone in tal caso la trasferibilità unitamente a esso, in tal modo conformandosi alla giurisprudenza amministrativa già richiamata precedentemente. Laddove, invece, il bene della vita sottostante all'interesse legittimo <<si present[i] come mera *utilitas*, come possibilità di ottenere un risultato utile dall'esercizio del potere amministrativo, senza che ciò intercetti ambiti già definiti del patrimonio giuridico del soggetto istante>>, non c'è nessuna posizione giuridica soggettiva preesistente che si possa trasferire; conseguentemente l'avente causa non può essere considerato titolare di un interesse legittimo da azionare in giudizio²⁴⁸.

La decisione in esame ha assunto un'importanza centrale nella risoluzione delle problematiche amministrativistiche vertenti su fenomeni di successione intersoggettiva nella situazione giuridica soggettiva. Non a caso, la giurisprudenza successiva si è conformata al precedente del Consiglio di Stato, talvolta specificandone i principi di diritto²⁴⁹.

²⁴⁸ Si veda, ancora, Cons. Stato, n. 1403/2013. Applicando i principi esposti al caso di specie, il Collegio conclude osservando che nei casi in cui chi agisce chieda il risarcimento del danno subito da una sua posizione giuridica preesistente al contatto con il potere amministrativo, l'azione risarcitoria è trasmissibile; nei casi in cui la domanda risarcitoria attenga ad una *perdita di chance individuale*, l'azione non è trasmissibile agli aventi causa.

²⁴⁹ Cfr. TAR Campania, Napoli, n. 15522013. La sentenza predetta aderisce all'orientamento espresso dalla pronuncia Cons. Stato, n. 1403/2013, arricchendolo ulteriormente con un passaggio in più. Secondo il TAR, infatti, in presenza del trasferimento di un diritto sostanziale sottostante, è legittimata anche la traslazione all'avente causa dell'interesse legittimo *ob rem*, ma sempre non in modo automatico. La relazione intercorrente tra soggetto e pubblica amministrazione avente riferimento a un bene della vita <<assume connotati di automatica successione tutte le volte in cui l'individuazione normativa del successore avvenga in applicazione di criteri predefiniti, quale l'ipotesi della successione mortis causa in universum ius o del fallimento (...) ove, invece, la vicenda circolatoria trovi causa in un atto espressione di autonoma negoziale inter vivos - come nel caso di specie la vendita del diritto di proprietà in favore della ricorrente - occorre che attraverso una manifestazione espressa di volontà il nuovo titolare confermi il carattere attuale dell'interesse legittimo, a riprova ed in coerenza con l'immanente natura dinamica di tale posizione giuridica soggettiva>>. In tal modo, il Tribunale di primo grado distingue tra successioni a titolo universale, in cui il trasferimento si verificherebbe *ex lege*, e successioni a titolo particolare in cui l'effetto traslativo non sarebbe automatico, ma necessiterebbe di un'integrazione volontaristica. si veda altresì TAR Puglia, n. 898/2014: <<qualora il "bene della vita" si presenti come *utilitas* (ossia come possibilità di ottenere un "risultato utile" dall'esercizio del potere amministrativo) che interferisce con ambiti già definiti del patrimonio giuridico del soggetto istante, modificandone in senso ampliativo o riduttivo l'estensione, può ammettersi l'esercizio del potere di azione (di annullamento) a tutela dell'interesse legittimo pretensivo di cui detta "utilitas" costituisca oggetto e, conseguentemente, detta posizione giuridica soggettiva è trasmissibile. (...) Nel caso di specie, in presenza della pretesa (intesa come aspirazione operante sul piano sostanziale prima ancora che processuale) del privato di conseguire lo specifico bene della vita costituito dall'autorizzazione unica già richiesta dalla Nextwind s.r.l., a fronte dell'esercizio del potere amministrativo sollecitato dalla domanda del privato, sussiste un ambito del patrimonio giuridico del ricorrente già "predefinito" con la stipula del contratto del 12.11.2012. Il contratto in esame ha, infatti, trasferito alla cessionaria beni aventi un valore economico ed imprenditoriale certo e determinato, consistente nei progetti indicati, in tutti gli aspetti giuridici, tra

Si sta, così, consolidando l'orientamento che sostiene, a fronte di vicende circolatorie aventi a oggetto interessi legittimi, la necessità non solo di una manifestazione espressa di volontà²⁵⁰, ma anche dell'adesione da parte della pubblica amministrazione²⁵¹.

Le indicazioni giurisprudenziali riportate offrono l'occasione per avanzare alcune osservazioni critiche sul modo in cui in concreto è stato inteso e risolto il problema della trasferibilità dell'interesse legittimo. Da qui si muoverà per tentare di sistematizzare – quanto meno sommariamente – la tematica.

Tre sono i profili che destano maggiori perplessità²⁵².

In primo luogo, secondo la ricostruzione giurisprudenziale, la stretta inerenza dell'interesse legittimo al potere amministrativo comporta che fonte della situazione soggettiva può essere solo il rapporto giuridico di diritto pubblico che si instaura tra *quel* soggetto che aspira a *quel* bene della vita e la pubblica amministrazione titolare del potere, al cui esercizio è subordinato il conseguimento del bene stesso²⁵³. L'impostazione, tuttavia, oltre a configurare erroneamente il potere quale situazione

cui i diritti vantati sui fondi interessati, con il subentro del soggetto istante (Etirya) nei contenziosi e nei procedimenti in essere, il subentro nei confronti di TERNA s.p.a. nella STMG, la titolarità delle compatibilità ambientali già rilasciate o che dovessero essere rilasciate dalla Regione. detto accordo ha ad oggetto il trasferimento non solo dell'interesse legittimo procedimentale” (titolarità delle autorizzazioni uniche che dovessero essere rilasciate dalla Regione) e “processuale” (subentro nei contenziosi in essere per il rilascio delle autorizzazioni), ma anche dei diritti vantati sui terreni interessati dai progetti>>.

²⁵⁰ Cfr. Corte Cass., n. 22905/2011: <<legittimato alle azioni giudiziali relative al rapporto concessorio (nella specie, in sede risarcitoria per i danni causati dalla revoca illegittima di concessione edilizia) è esclusivamente il titolare originario della concessione e, in difetto del formale atto di volturazione della medesima, la legittimazione non può trasmettersi ad alcun terzo, neppure se titolare del terreno o avente causa dal concessionario, sicché i rapporti tra questi ultimi restano confinati, rispetto a quello con la p.a., in un ambito privato>>. Conformemente, si veda Corte Cass., n. 15812/2003.

²⁵¹ Cfr. Cons. Stato atti normativi, 1° agosto 2012 n. 2659: <<in ipotesi di cessione di suoli su cui è stato ottenuto un permesso di costruire, affinché il titolo sia utilizzabile dal nuovo proprietario occorre un apposito procedimento amministrativo, poiché l'autorizzazione amministrativa, pur inerendo alla *res*, è sempre "*ad personam*", e la p.a. ha il potere-dovere di accertare la sussistenza dei presupposti perché la stessa sia trasferita a persona diversa, non essendo l'effetto pubblicistico ricollegabile automaticamente al contratto privatistico; ne consegue, altresì, che la mera presentazione dell'istanza di voltura non è sufficiente, poiché il trasferimento si perfeziona solo con l'apposito provvedimento>>.

²⁵² I tre aspetti problematici che si vanno adesso a esaminare sono stati spesso combinati l'uno con l'altro dalla giurisprudenza amministrativa. Secondo la più volte richiamata sentenza del Cons. Stato, n. 1403/2013, <<la "perdita di chance" individuale, collegata come essa è alla "personalità" dell'interesse legittimo al momento in cui esso è intercettato dall'esercizio del potere amministrativo, affrisce ad una posizione giuridica non trasmissibile, e che, dunque, non può formare oggetto né di trasferimento mortis causa, né di conferimento in società>>. Nel passo della sentenza indicato, il Collegio combina la caratteristica della personalità dell'interesse legittimo con quella dell'intrasmissibilità della cosiddetta perdita di chance.

²⁵³ Con la conseguenza che, in generale, non è possibile ipotizzare né una "circolazione" della posizione di interesse legittimo, né, allo stesso modo, la circolazione delle forme di tutela del medesimo, cfr., ancora, Cons. Stato, n. 1403/2013.

giuridica contrapposta all'interesse legittimo (aspetto su cui già ci si è soffermati)²⁵⁴, confonde i requisiti all'origine dell'interesse legittimo con la possibilità di trasferimento del medesimo, mentre i due aspetti appartengono a due *fasi* diverse: l'una statica e originaria, l'altra dinamica e funzionale. Ove, infatti, il subentrante non sia rispondente a determinati presupposti fondanti il sorgere dell'interesse, l'intrasmissibilità sarebbe un mero effetto, ma il reale (e originario) problema sarebbe che quella situazione giuridica non può sussistere in difetto dei suddetti requisiti²⁵⁵.

In altre parole, si tratterebbe di un impedimento soggettivo, legato all'inidoneità del terzo ad assumere la titolarità della situazione in questione. Occorre, quindi, distinguere due ambiti: quello della circolazione della posizione d'interesse (a sua volta connessa o meno alla circolazione giuridica del bene cui essa in ipotesi afferisce) e quello del mantenimento dei requisiti e dei presupposti che in base alla legge condizionano il rilascio dell'autorizzazione.

In secondo luogo, con argomento strettamente legato al precedente, la giurisprudenza richiamata definisce *personale* l'interesse legittimo, nel senso che esso sarebbe inerente strettamente ed esclusivamente all'iniziale titolare. Tale personalità – sulla quale ci soffermeremo a breve – pur implicando una limitazione alla trasmissibilità non comporta anche l'indisponibilità della situazione soggettiva. La possibilità di trasferire un diritto (ovvero un interesse legittimo) è soltanto una tra le molteplici modalità di manifestazione della disponibilità; da ciò deriva che possono ben darsi diritti (e interessi legittimi) disponibili eppure non trasferibili.

Infine, appare opinabile anche la divisione del Consiglio di Stato tra gli interessi legittimi connessi a un bene – trasmissibili unitamente a esso – e quelli consistenti invece in una mera aspettativa di *utilitas*, ritenuti non appartenenti alla sfera patrimoniale del titolare e non trasferibili. Ciò che stona nella predetta ricostruzione è l'effetto di degradazione del regime giuridico dell'interesse legittimo, in particolare di quella specie di interesse legittimo il cui rapporto sostanziale sottostante consista nella mera aspettativa di una *utilitas*. Infatti, l'aspirazione all'*utilitas*, priva della base costituita da una posizione preesistente nel patrimonio giuridico dell'interessato (ossia un diritto soggettivo),

²⁵⁴ Cfr. *supra*, in questo capitolo, § 2. Si tornerà sulla questione *infra*, nelle conclusioni del lavoro.

²⁵⁵ Sul punto, interessanti sono i rilievi della sentenza già citata del TAR Sicilia Palermo, n. 1774/2010: <<La posizione d'interesse legittimo - ivi compresa quella connessa al rilascio dell'autorizzazione per l'esercizio degli impianti di che trattasi - è, nel sistema del diritto amministrativo italiano, pacificamente trasmissibile. Si insegna infatti tradizionalmente che l'interesse legittimo può essere trasferito unitamente al rapporto sostanziale connesso (diversamente argomentando, si negherebbe che la vendita di un terreno in relazione al quale è stata presentata domanda di permesso di costruire, possa determinare in capo all'acquirente la titolarità dell'interesse legittimo al rilascio di detto provvedimento). Altrettanto trasmissibile è la posizione d'interesse connessa all'avvenuto rilascio dell'autorizzazione: fermo restando l'accertamento del possesso, in capo all'avente causa, dei requisiti oggettivi e soggettivi che hanno consentito il rilascio del titolo nei confronti del dante causa>>.

finisce per essere considerata quale mera aspettativa di fatto, come tale mai entrata nel patrimonio medesimo (e pertanto non trasmissibile)²⁵⁶.

Il Collegio, tuttavia, omette di considerare che l'interesse legittimo è situazione giuridica autonoma e sostanziale, che ben può coesistere con un diritto soggettivo, ma che non ha bisogno di questo per essere esercitata e tutelata.

Peraltro, oltre a essere errata di per sé la suddivisione, ancor più inesatto è il differente trattamento giuridico che da essa deriva: non si comprende, infatti, perché il rapporto giuridico sostanziale consistente nella mera aspettativa di un'*utilitas* non dovrebbe essere trasferibile al pari di quello che ha alla sua base un diritto soggettivo.

Infatti, una situazione giuridica siffatta è pur sempre un interesse legittimo e quindi ha già superato il vaglio della rilevanza giuridica, diventando a tutti gli effetti un rapporto giuridico appartenente al patrimonio del titolare e astrattamente idoneo a essere oggetto di trasferimento.

L'interesse all'aspettativa di un'*utilitas* è comunque una *res* (pur se immateriale), il che dovrebbe in ogni caso determinare la possibilità di cessione dell'interesse legittimo.

4. (segue) Spunti interpretativi sulla trasmissibilità dell'interesse legittimo. I diritti edificatori.

I rilievi appena avanzati rendono opportuna la necessità di tentare un'ipotesi interpretativa di tipo ricostruttivo sulla problematica in esame.

È pur vero, infatti, che talvolta l'interesse legittimo si lega strettamente a requisiti soggettivi propri del titolare²⁵⁷, tuttavia tale carattere personale è ben diverso da quello che contraddistingue le situazioni giuridiche intrinsecamente indisponibili (se non altro per la natura patrimoniale dell'interesse legittimo stesso).

La *personalità* di una situazione giuridica soggettiva è una denotazione che assume molteplici sfaccettature e che quindi non può essere automaticamente associata all'indisponibilità.

Talvolta, la personalità è consustanziale al contenuto della situazione medesima, quale elemento strutturale di essa²⁵⁸, a cui consegue altresì l'indisponibilità (e non la mera intrasferibilità): è il caso dei diritti della personalità.

²⁵⁶ La contraddizione di fondo è data dal riconoscere a questo interesse, il cui rapporto sostanziale sottostante consiste nella mera aspettativa di una *utilitas*, rilevanza giuridica finché esso viene esercitato dal titolare e nel degradarlo invece a mera aspettativa di fatto quando questi viene meno nell'ambito di un fenomeno successorio.

²⁵⁷ È il caso, per fare un esempio, del partecipante a un concorso pubblico, non idoneo in graduatoria e titolare di un interesse.

²⁵⁸ Si pensi ai diritti della personalità: la differenza tra questi e un interesse legittimo a carattere *personale* è di tutta evidenza. Mentre nel primo caso la situazione soggettiva inerisce inscindibilmente con la persona del titolare, nel secondo la personalità si manifesta nel fatto che il privato si trovi in una

In altri casi, invece, per *personalità* si intende una mera dipendenza fattuale o funzionale tra la situazione giuridica soggettiva e la *posizione* (e non l'*essenza*) del singolo titolare: è a tale ipotesi che si riconduce l'interesse legittimo^{259 260}, che spesso sorge allorché il titolare si trovi in un determinato contesto.

Nei casi di interesse legittimo *personale* (nel senso da ultimo indicato), pertanto, non vi è alcuna interrelazione con l'essenza del titolare²⁶¹.

In altri termini, la tutela di tali situazioni soggettive è pur sempre rivolta alla soddisfazione di un *quid* (non interno, come nei diritti della personalità, ma) *esterno* al privato.

In tali ipotesi la limitazione alla trasmissibilità è una ricaduta logica, giacché non può configurarsi il trasferimento della situazione a un terzo che non sia – o non si sia trovato – in quella determinata posizione propria del titolare originario²⁶².

Non si tratta di indisponibilità, ma – più limitatamente – di intrasmissibilità.

particolare posizione (come può essere quella di partecipare a un concorso) ovvero risponda a determinate caratteristiche prodromiche al sorgere dell'interesse legittimo stesso.

²⁵⁹ Concorde sul punto è G. Greco, *Il rapporto amministrativo*, cit., p. 615, il quale infine conclude nel senso che «l'intrasferibilità di un interesse legittimo per il suo carattere "personale" o prevalentemente "personale" non vale in assoluto, né preclude fenomeni successori, se ed in quanto detta situazione presenti risvolti anche di carattere patrimoniale».

²⁶⁰ Gli studi che hanno preso in considerazione la personalità dell'interesse legittimo sono quelli che si sono interessati del fenomeno degli interessi collettivi e diffusi, categorie che derogano alla predetta caratteristica. Cfr. V. Spagnuolo Vigorita, *Una Giustizia per la pubblica amministrazione*, Napoli, 1983, pp. 363 e ss.; M. Tucci, *L'amministrazione tra pubblico e privato e il principio di legalità dall'antichità ai giorni nostri. Aspetti ricostruttivi e prospettive di sviluppo*, Milano, 2008, pp. 331 e ss.; V. Cerulli Irelli, *Lineamenti di diritto amministrativo*, IV ed., Torino, 2014, p. 272, che non esclude che l'interesse legittimo possa essere comune a una pluralità di soggetti, purché riferibile alla sfera individuale di ciascuno.

²⁶¹ In questo senso, potrebbe valere anche per tali ipotesi quanto già osservato in precedenza in merito al rischio di confondere il piano *statico* di configurazione della situazione giuridica soggettiva, con quello funzionale relativo alle vicende circolatorie che interessano la medesima. La circostanza che *quell'*interesse legittimo sorga solo a fronte di un determinato assetto fattuale che riguarda un singolo (come può essere lo svolgimento di un concorso o l'instaurazione di un procedimento amministrativo) attiene alla fase costitutiva e configurativa dell'interesse medesimo e l'intrasmissibilità è una mera conseguenza logica e non una caratteristica intrinseca e strutturale.

²⁶² Deve darsi atto, tuttavia, che in passato è stato indagato il tema della possibile interferenza tra interesse legittimo e diritti della personalità. Si veda G. B. Verbari, *Principi di diritto processuale amministrativo*, II ed., Milano, 1995, p. 148: «gli interessi legittimi – al pari dei diritti soggettivi – possono distinguersi: in interessi cosiddetti patrimoniali e interessi della personalità. Gli interessi della personalità mirano a tutelare un bene della vita che inerisce alla persona medesima e ai suoi valori morali e sociali. I diritti della personalità si differenziano dai diritti patrimoniali: essi non mirano a permettere l'utilizzazione della cosa, ma a differenza tutelano un bene che inerisce alla persona fisica, quindi privo di una valenza economica. Questo è il motivo per cui tali diritti sono intrasferibili ed irrinunciabili. Per questo aspetto le caratteristiche dei diritti della personalità non sono diverse da quelle degli interessi legittimi della personalità, in quanto anche questi ultimi tutelano un bene della vita che non si trova fuori dal soggetto ed a cui non si può dare una valenza economica. L'unica differenza tra i diritti della personalità e gli interessi legittimi è data che gli uni permettono la tutela del bene della vita nei confronti dei privati, gli altri nei confronti della potestà della pubblica amministrazione».

Senza contare che sarebbe errato assimilare gli interessi legittimi legati a caratteristiche soggettive del titolare ai diritti intrinsecamente indisponibili, ove si consideri che in ogni caso per i primi vale la previsione di un termine decadenziale ai fini della tutela giudiziale²⁶³.

Comunque, non sempre l'interesse legittimo è contrassegnato dalla personalità, che non costituisce qualifica necessaria di esso. Talvolta, infatti, la situazione giuridica in esame può sorgere in connessione con la titolarità di un diritto soggettivo su un bene materiale²⁶⁴.

In tal caso, come visto, la giurisprudenza per lo più ammette il trasferimento unitario delle due situazioni soggettive, mentre l'eventualità di una vicenda circolatoria riferita esclusivamente all'interesse legittimo (scisso, quindi, dal sottostante diritto sulla *res*) ha incontrato ostilità nella giurisprudenza, per la stretta inerenza dell'interesse stesso al bene di riferimento.

L'innegabile relazione di connessione tra la situazione soggettiva vantata verso la pubblica amministrazione e quella che ricade sul bene materiale non deriva da una dipendenza strutturale tra le due, ma – ugualmente a quanto osservato in precedenza – ha piuttosto la funzione di qualificare e differenziare la prima²⁶⁵.

La possibilità di trasferire l'interesse legittimo sussisterebbe, pertanto, ove sia ceduto con esso anche il bene mediante l'attribuzione di un diritto su esso, ma ciò non per una mancanza di autonomia sostanziale tra le due situazioni, quanto perché la *res* costituirebbe elemento di qualificazione e di differenziazione della pretesa del privato nei confronti della pubblica amministrazione²⁶⁶.

Quanto sinora esposto in termini generali trova conferma nell'analisi sulla natura giuridica dello *ius aedificandi*, situazione giuridica connessa all'esercizio di poteri pubblici²⁶⁷, ormai (a seguito di un'evoluzione interpretativa²⁶⁸) da più parti ritenuta

²⁶³ Non ci si sofferma in questa sede sull'ulteriore riscontro dato dalla possibilità di rinuncia alla situazione giuridica soggettiva, su cui cfr. *infra*, § 5.

²⁶⁴ È il caso del privato che richiede all'amministrazione competente il rilascio del permesso di costruire, instaurando un procedimento amministrativo e vantando quindi un interesse legittimo pretensivo nei confronti del soggetto pubblico. Cfr. artt. 10 e ss. D.P.R. n. 380/2001, in particolare art. 11, commi 1 e 2: «<Il permesso di costruire è rilasciato al proprietario dell'immobile o a chi abbia titolo per richiederlo. Il permesso di costruire è trasferibile, insieme all'immobile, ai successori o aventi causa. (...)>>».

²⁶⁵ Sui caratteri dell'interesse legittimo come situazione soggettiva qualificata e differenziata, cfr. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, pp. 66 e ss.

²⁶⁶ A titolo di esempio, si pensi al caso della situazione di interesse legittimo vantata da un privato nei confronti di un'amministrazione con riferimento a una richiesta di nulla osta per l'esercizio di attività commerciale.

²⁶⁷ Si veda, nella giurisprudenza, Cons. Stato, n. 874/1996. Si veda sul punto A. Bartolini, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, in *Riv. giur. urb.* 2007, pp. 302 e ss., in specie p. 303: «<lo *ius aedificandi* (...) non è una facoltà assoluta esercitabile senza limiti, risultando, invece, essere oggetto della funzione di conformazione esercitata dal potere di piano. Per cui la volumetria attribuita dal potere di piano al proprietario (o a figure soggettive ad esso equiparate) risulta essere oggetto, a monte, dello strumento urbanistico che conforma astrattamente lo *ius aedificandi*, il quale, tuttavia, per poter essere concretamente esercitato necessita, a valle, di un titolo abilitativo che autorizzi la

autonomamente individuabile²⁶⁹ rispetto al diritto di proprietà²⁷⁰ (con il quale, comunque, ha una stretta connessione) e idonea quindi a costituire oggetto di vicende circolatorie tra privati²⁷¹.

realizzazione della cubatura. Ci troviamo, dunque, di fronte a situazioni soggettive che dialogano e convivono con il potere e, quindi, dinanzi ad interessi legittimi>>.

²⁶⁸ Già prima della legge urbanistica n. 1150/1942 lo *ius aedificandi* era considerato quale mera estrinsecazione del diritto di proprietà, soggetto, quindi, alle stesse garanzie e alla stessa disciplina prevista per quest'ultimo. Il titolare del bene immobile era quindi libero di procedere a interventi edilizi sul proprio bene, salvo il rispetto di prescrizioni dell'ordinamento non dettate a fini urbanistici, ma dirette al controllo dell'esistenza di determinate condizioni e alla rimozione di degli ostacoli posti all'esercizio delle facoltà comprese nel più generale diritto di proprietà. È sopraggiunta ben presto, tuttavia, la necessità per il legislatore di fronteggiare l'aumento di densità abitativa, specie nei centri urbani, con le relative esigenze sanitarie, igieniche e di sicurezza. È emersa, in altre parole, la necessità di controllare lo sviluppo urbanistico – edilizio delle città. Con la legge n. 10/1977 si stabilisce che ogni attività comportante trasformazione urbanistica ed edilizia è subordinata a *concessione*: si passa, così, dal sistema della licenza (provvedimento autorizzatorio, che toglie un limite all'esercizio di un diritto) a quello della concessione (provvedimento che attribuisce un diritto prima inesistente nel patrimonio del destinatario). Da qui inizia a farsi strada l'idea dell'autonomia tra diritto di proprietà e *ius aedificandi*, situazione connessa all'esplicazione di poteri pubblici. A tale teoria ha continuato a contrapporsi quella che ha continuato a inquadrare il diritto di edificare – pur se limitato – in quello di proprietà, cfr. Corte Cost., n. 5/1980. I sostenitori di quest'ultimo orientamento fanno leva sull'assenza di discrezionalità in capo all'amministrazione competente al rilascio del provvedimento.

²⁶⁹ Sulla tematica dell'inerenza dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà, cfr. D. M. Traina, *Lo jus aedificandi può ritenersi ancora connaturale al diritto di proprietà?*, in *Circolazione dei diritti edificatori e ius aedificandi*, in www.cesifin.it, che si schiera a favore di una scindibilità tra proprietà e diritto di edificazione. In particolare, l'Autore riconosce che <<concentrandosi solo sul provvedimento amministrativo che consente di esercitare lo *ius aedificandi* (quale che sia il *nomen* attribuito), non v'è dubbio che esso non può che avere come beneficiario il proprietario del suolo, poiché solo questi (o chi da lui trae legittimazione) può svolgere l'attività materiale di trasformazione in cui si estrinseca l'edificazione. Si ha buon gioco, quindi, a concludere che il titolo a edificare non è "attributivo di un diritto nuovo" ma "presuppone facoltà preesistenti". Tuttavia tale rilievo non è sufficiente a fare della facoltà di edificare una componente "essenziale" del diritto di proprietà. Il fatto che solo il proprietario "possa" non significa che il proprietario abbia il "diritto di">>. L'Autore prosegue poi l'analisi riportando le disposizioni di legge da cui si desume la struttura autonoma dello *ius aedificandi*: <<Il diritto edificatorio non è inerente ad un fondo e non "decolla" sganciandosi da un bene immobile, ma è creato dall'amministrazione (in funzione sostanziale di "moneta") e immesso in un "mercato" in cui la proprietà del suolo non rappresenta neanche un requisito per divenirne titolare, ma solo un presupposto necessario all'"utilizzatore finale" per svolgere quell'attività (la trasformazione edificatoria) in cui consiste il contenuto del diritto>>. È concorde, sul punto, S. Meucci, *La circolazione dei diritti edificatori*, in *Circolazione dei diritti edificatori e ius aedificandi*, www.cesifin.it. Anche per G.P. Cirillo, *La trascrizione*, cit., p. 619, <<il diritto di proprietà del fondo non è l'oggetto dell'esercizio della potestà pubblica, che invece si indirizza direttamente verso l'interesse legittimo proteso all'ottenimento del provvedimento favorevole, costituito dal permesso di costruire>>. Si veda altresì D. Sorace, *Gli indennizzi espropriativi nella Costituzione: fra tutela dell'affidamento, esigenze risarcitorie e problemi della rendita urbana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, pp. 405 e ss.

²⁷⁰ Così A. Predieri, *La legge 28 gennaio 1977 sulla edificabilità dei suoli*, Milano, 1977; D. M. Traina, *Lo jus aedificandi*, cit., p. 33: <<Non v'è un diritto di costruire immanente alla proprietà, ma un diritto che trae origine dal piano e che, dunque, è fin dal suo momento genetico conformato dal

La configurazione del diritto di edificare quale bene patrimoniale dotato di autonomia sostanziale, accolta dalla prevalente giurisprudenza civile, ne comporta non solo la trasmissibilità (a prescindere dal fatto che essa vada di pari passo con la trasmissibilità del diritto sul bene di riferimento), ma la *disponibilità*²⁷².

Un ulteriore ambito applicativo in cui di recente si è sviluppato il tema in esame è quello della circolazione dei diritti edificatori²⁷³, situazioni giuridiche di vantaggio indipendenti – anche quanto alla disciplina – dal diritto di proprietà e anche dallo *ius aedificandi*²⁷⁴: i <<crediti edilizi>>²⁷⁵ costituiscono, infatti, la misura della

potere pubblico, che lo forgia definendo interamente l'*an*, l'*ubi*, il *quomodo* e il *quantum* delle trasformazioni ammissibili. Lo *ius aedificandi*, quindi, cessa di contrassegnare il regime di appartenenza della generalità dei suoli, per divenire attribuito di una certa categoria di suoli, vale a dire quelli individuati come edificabili dal piano. (...) Dal piano, dunque, il proprietario può *acquistare* ciò che non ha, non *perdere* quel che già possiede. L'edificabilità non costituisce più una caratteristica connaturale della proprietà del suolo, ma un attributo che può essere dato, come non dato, dal piano urbanistico. Una facoltà "concessa", non "riconosciuta", al proprietario, e quindi il risultato eventuale e non il limite invalicabile della conformazione della proprietà fondiaria>>. Già prima della legge urbanistica n. 1150/1942 lo *ius aedificandi* era considerato quale mera estrinsecazione del diritto di proprietà, soggetto, quindi, alle stesse garanzie e alla stessa disciplina prevista per quest'ultimo. Il titolare del bene immobile era quindi libero di procedere a interventi edilizi sul proprio bene, salvo il rispetto di prescrizioni dell'ordinamento non dettate a fini urbanistici, ma dirette al controllo dell'esistenza di determinate condizioni e alla rimozione di degli ostacoli posti all'esercizio delle facoltà comprese nel più generale diritto di proprietà.

²⁷¹ Si fa riferimento alla cessione di cubatura, con cui il proprietario di un'area edificabile trasferisce al proprietario di un altro fondo contiguo la volumetria potenzialmente suscettibile di edificazione sul proprio fondo, rendendolo in tal modo inedificabile (in tutto o in parte). Al termine dell'operazione il cessionario potrà edificare sfruttando la cubatura acquisita in aggiunta a quella naturalmente espressa dal proprio fondo. La dottrina ha costruito varie teorie sulla natura giuridica della cessione di cubatura: servitù atipica, diritto di superficie, atto di rinuncia, trasferimento di diritti immobiliari, cessione del contratto. Su questa ultima posizione, che individua l'oggetto dell'accordo nella posizione contrattuale del cedente nei confronti della Pa concedente, cfr. P. L. Trojani, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali e cessioni di cubatura. Lo stato della dottrina e della giurisprudenza ed una ipotesi ricostruttiva originale*, in *Vita not.*, 1990, pp. 285 e ss.

²⁷² Cfr. C. Simone, *La prassi negoziale della cessione di cubatura e degli atti di redistribuzione di aree tra co-lottizzanti non riuniti in consorzio: spunti di riflessione sul trattamento fiscale ai fini delle imposte dirette (IVA e registro)*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, pp. 737 e ss.: <<il diritto di edificare è un diritto disponibile del proprietario del suolo edificatorio e, in quanto tale, può essere trasferito ad altri soggetti>>.

²⁷³ Il fenomeno è relativamente recente e di esso si sono occupati soprattutto gli studi condotti nell'ambito del notariato. Si veda S. Meucci, *La circolazione dei diritti edificatori*, cit.; G. P. Cirillo, *La trascrizione dei 'diritti edificatori'*, cit. Il tema è tornato particolarmente attuale con l'entrata in vigore dell'articolo 5, n. 3 del D.L. 13 maggio 2011, n. 70 (convertito con modificazioni nella legge 12 luglio 2011 n. 106), con cui è stata introdotta la trascrivibilità dei contratti relativi a diritti edificatori. Per uno studio del fenomeno dal punto di vista pubblicistico, cfr. P. Urbani, *Conformazione delle proprietà, diritti edificatori e moduli di destinazione d'uso dei suoli*, in *Urb. e app.*, 2006, pp. 905 e ss.

²⁷⁴ Così A. Bartolini, *Profili giuridici*, cit.; D. M. Traina, *Lo jus aedificandi*, cit., p. 8: <<Nonostante l'ampio ventaglio di tesi circa la natura dei diritti edificatori, il punto di partenza che le accomuna sembra essere quello dell'appartenenza dello *ius aedificandi* al nucleo essenziale della proprietà fondiaria, di cui i diritti in esame andrebbero solo a determinare il contenuto,

trasformazione urbanistica realizzabile dal titolare del diritto di edificare e pertanto non sono con esso identificabili.

Sulla natura giuridica degli anzidetti diritti si sono sviluppate differenti teorie²⁷⁶.

Una parte della dottrina vi ha riscontrato una *species* di interessi legittimi pretensivi²⁷⁷, a contenuto patrimoniale²⁷⁸, idonei a costituire oggetto di trasferimento in via autonoma²⁷⁹.

dimensionandolo sotto il profilo quantitativo. Si tratterebbe quindi di istituti ontologicamente diversi, anche se entrambi riconducibili alla proprietà su immobili, sì che l'emergere dei primi come oggetto di autonoma disciplina giuridica non avrebbe alcuna "ricaduta" sull'inclusione del secondo nel nucleo della proprietà. Anzi, seppure separati nella circolazione giuridica (i primi formando oggetto di negoziazione in via autonoma, il secondo non negoziabile separatamente dalla proprietà del suolo), come nelle scatole cinesi i diritti edificatori sono destinati ad essere incardinati nello *ius aedificandi* così come quest'ultimo rimane incorporato nella proprietà del fondo>>. Si veda altresì S. Fantini, *Profili pubblicistici dei diritti edificatori*, in www.giustizia-amministrativa.it; G. Marena, *L'urbanistica consensuale e la negoziazione dei diritti edificatori*, in *Riv. not.*, 2014, pp. 893 e ss. Sullo *ius aedificandi* quale interesse legittimo, cfr. G. P. Cirillo, *La trascrizione*, cit., p. 616.

²⁷⁵ Contesta l'utilizzo del termine "credito edilizio" A. Bartolini, *Profili giuridici*, cit., pp. 303 e 304, che invece qualifica tali situazioni quali interessi legittimi pretensivi.

²⁷⁶ Si veda, per gli ampi riferimenti bibliografici, G. P. Cirillo, *La trascrizione*, cit., p. 610, nonché D. M. Traina, *Lo jus aedificandi*, cit., p. 7 e A. Bartolini, *Profili giuridici*, cit., p. 304. In particolare quest'ultimo Autore contesta la tesi di coloro che riscontrano nel diritto edificatorio una vicenda *sdoppiata* in un aspetto civilistico, vertente sul contratto di cessione, e un aspetto pubblicistico, vertente sul rilascio del titolo abilitativo.

²⁷⁷ Così A. Bartolini, *I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie)*, in *Riv. giur. urb.* 2008, pp. 438 e ss.; Id. *Profili giuridici*, cit.; S. Fantini, *Profili pubblicistici*, cit.; G. Marena, *L'urbanistica consensuale*, cit., p. 900: <<questo diritto edificatorio viene ad assumere la consistenza di una *chance*, intesa come seria possibilità di trasformazione dell'assetto territoriale in termini volumetrici. È una situazione giuridica soggettiva che dialoga con il potere e che, segnatamente, si atteggia alla stregua di un interesse legittimo pretensivo>>; F. Gazzoni, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, in www.judicium.it. Si vedano inoltre gli importanti rilievi di G. P. Cirillo, *La trascrizione*, cit., p. 623: <<la cosiddetta possibilità edificatoria è un vero e proprio interesse legittimo pretensivo, non solo patrimonialmente valutabile, ma già presente nel patrimonio del titolare del fondo, non in base al diritto di proprietà bensì in base alla norma urbanistica che ha conferito a quest'ultimo la vocazione edilizia. Il "valore patrimoniale" di detta situazione giuridica soggettiva è dato dalla legittima aspettativa a conseguire il provvedimento favorevole in base a un criterio di normalità. l'effetto giuridico fondamentale della vicenda negoziale non è dato dalla realizzazione della volumetria ma dall'esito positivo del procedimento di rilascio del permesso di costruire. (...) La valenza patrimonialistica della situazione soggettiva si ricava "a contrario" sol che si pensi alle conseguenze derivanti dall'annullamento del permesso di costruire a causa della non esatta individuazione del soggetto legittimato ad ottenerlo o a causa del mancato o ritardato rilascio del permesso "maggiorato", laddove il ricorrente vittorioso chieda al giudice amministrativo il risarcimento per la lesione costituita dalla mancata possibilità edificatoria nel termine>>

²⁷⁸ Si vedano gli importanti rilievi di G. P. Cirillo, *La trascrizione*, cit., p. 623: <<la cosiddetta possibilità edificatoria è un vero e proprio interesse legittimo pretensivo, non solo patrimonialmente valutabile, ma già presente nel patrimonio del titolare del fondo, non in base al diritto di proprietà bensì in base alla norma urbanistica che ha conferito a quest'ultimo la vocazione edilizia. Il "valore patrimoniale" di detta situazione giuridica soggettiva è dato dalla legittima aspettativa a conseguire il provvedimento favorevole in base a un criterio di normalità. l'effetto giuridico fondamentale della vicenda negoziale non è dato dalla realizzazione della volumetria ma dall'esito positivo del

Non è questa la sede per prendere posizione su tale questione. Ciò che, piuttosto, interessa è aver posto in luce l'aspetto funzionale: siffatte situazioni giuridiche – che siano diritti di credito o che siano interessi legittimi – sono trasferibili, nonostante consistano in una pretesa nei confronti di una pubblica amministrazione.

Infine, solo un breve cenno merita la questione delle conseguenze economiche derivanti dalla lesione degli interessi legittimi, in specie il risarcimento del danno, che deve ritenersi trasmissibile²⁸⁰, quanto meno *mortis causa*²⁸¹. Sul punto, è criticabile la posizione del Consiglio di Stato²⁸², data la natura essenzialmente (e indiscutibilmente) patrimoniale delle pretese risarcitorie.

procedimento di rilascio del permesso di costruire. (...) La valenza patrimonialistica della situazione soggettiva si ricava "a contrario" sol che si pensi alle conseguenze derivanti dall'annullamento del permesso di costruire a causa della non esatta individuazione del soggetto legittimato ad ottenerlo o a causa del mancato o ritardato rilascio del permesso "maggiorato", laddove il ricorrente vittorioso chieda al giudice amministrativo il risarcimento per la lesione costituita dalla mancata possibilità edificatoria nel termine>>.

²⁷⁹ Cfr., P. Cirillo, *La trascrizione*, cit., p. 622 e ss. L'Autore osserva come la situazione soggettiva possa circolare anche a procedimento già chiuso, ossia dopo il rilascio del permesso di costruire (vendita del fondo con il progetto approvato), in quanto essa si estingue solo a seguito della concreta realizzazione della volumetria.

²⁸⁰ Del resto, la dottrina ammette la compromettibilità in arbitrato delle vertenze aventi a oggetto il risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi, cfr. M. Vaccarella, *Considerazioni sull'art. 12 del codice del processo amministrativo (arbitrato e giurisdizione amministrativa) dopo l'Adunanza Plenaria del 23 marzo 2011, n. 3*, in *Scritti in onore del Prof. Giuseppe Palma*, Torino, 2012, pp. 2371 e ss.; M. Vitale, *L'arbitrato*, in B. Sassani, R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, pp. 1333 e ss. e in particolare cfr. p. 1342: <<Il credito che spetta al danneggiato è sempre disponibile>>. Ciò ha ovvie ripercussioni anche sull'aspetto circolatorio. Per l'esame della disponibilità dell'interesse legittimo rispetto alla tutela arbitrale, cfr. *infra*, parte seconda, cap. III.

²⁸¹ Sul fronte civilistico, si ritiene trasmissibile *mortis causa* anche il risarcimento da lesione di interessi personalissimi. Si pone quindi una netta distinzione tra la situazione soggettiva iniziale e il diritto di credito scaturente dalla lesione della medesima, che abbia condotto all'affermazione di un diritto al risarcimento del danno, credito, questo, legittimamente cedibile (cfr. *ex multis*, Cass. Civ., n. 22601/13).

²⁸² Cfr. la già citata sentenza Cons. Stato, n. 1403/2013: <<La "personalità" dell'interesse legittimo, che ne determina la "intrasferibilità", definisce anche il confine stesso della posizione tutelabile e, dunque, ove ne ricorrano i presupposti, "risarcibile". (...)ogni possibile riparazione della posizione di interesse legittimo non può che definirsi se non in relazione al titolare della medesima al momento dell'esercizio o del mancato/rifiutato esercizio del potere amministrativo. In altre parole, se non è possibile ipotizzare una "circolazione" della posizione di interesse legittimo, non è allo stesso modo possibile ipotizzare la circolazione delle forme di tutela del medesimo, con il connesso potere di agire in giudizio, sia al fine di ottenere tutela ripristinatoria, sia al fine di ottenere tutela risarcitoria. Laddove, dunque, gli attributi di "personale" e "diretto" attengono all'interesse legittimo in quanto posizione sostanziale, e consentono di circoscriverne la titolarità, l'ulteriore attributo di "attuale", attiene alla proiezione processuale della posizione sostanziale, alla emersione della esigenza di tutela per effetto di un atto concreto e sincronicamente apprezzabile di esercizio di potere, che renda dunque necessaria l'azione in giudizio, onde ottenere tutela, e quindi "utile", a tali fini, la pronuncia del giudice>>.

L'esame delle pronunce giurisprudenziali e le osservazioni interpretative svolte hanno messo in luce come l'intrasmissibilità dell'interesse legittimo rappresenti un aspetto meramente funzionale di esso, che non coinvolge la struttura costitutiva della situazione giuridica soggettiva, la quale – come detto – mantiene il suo carattere intrinsecamente *disponibile*.

In altre parole, la trasferibilità è fenomeno diverso (e più ampio) rispetto all'indisponibilità tecnicamente intesa. Se, quindi, ogni situazione intrinsecamente indisponibile è di per sé intrasferibile, non è necessariamente vero il contrario, giacché il divieto di vicende circolatorie può interessare anche situazioni strutturalmente disponibili (e a carattere patrimoniale).

Per quel che riguarda, nello specifico, l'interesse legittimo, le limitazioni al trasferimento di esso costituiscono un'ipotesi concreta di indisponibilità estrinseca, che non incide sull'essenza disponibile della situazione medesima²⁸³: l'analisi ha, infatti, dimostrato l'esistenza di casi nei quali l'interesse legittimo può circolare tra soggetti diversi.

5. La rinuncia all'interesse legittimo.

Il problema della rinunciabilità alle situazioni soggettive attive²⁸⁴ è stato considerato marginalmente dalla dottrina amministrativistica²⁸⁵.

²⁸³ Cfr. A. Bartolini, *Profili giuridici*, cit. p. 306: «se, pertanto, l'interesse legittimo è negoziabile tra p.a. e privati, se l'interesse legittimo ha carattere sostanziale e, come tale, correlato a beni della vita, se la lesione dell'interesse legittimo può comportare danni patrimoniali, non si vede come si possa ancora sostenere che il medesimo non possa essere oggetto di atti di disposizione nei rapporti interprivati».

²⁸⁴ La rinuncia cui si farà riferimento nella presente trattazione è esclusivamente quella *in senso stretto*, meramente abdicativa, che è figura da tenere differente rispetto alla cosiddetta rinuncia traslativa o costitutiva, ove alla dismissione del diritto si accompagna altresì l'acquisto dello stesso da parte di terzi.

²⁸⁵ Così viene rilevato da L. Formentin, *Rinuncia nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Roma, 1991, pp. 469 e ss. Parte degli studi si sono, piuttosto, incentrati sul fenomeno dell'acquiescenza del privato al provvedimento amministrativo. I due istituti sono tuttavia nettamente diversi: con l'acquiescenza il privato *accetta* il provvedimento ed esercita quindi le facoltà inerenti alla sua posizione soggettiva, mentre con la rinuncia se ne spoglia. A ben vedere, differente è, a monte, l'oggetto stesso dei due istituti: la situazione di interesse legittimo, nel caso della rinuncia, e l'atto amministrativo, nel caso dell'acquiescenza: pertanto l'adesione del privato all'esercizio del potere pubblico (mediante acquiescenza) non comporta la dismissione dell'interesse legittimo. Si veda, diffusamente, anche per i copiosi riferimenti dottrinali, F. Gaffuri, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, 2006, in specie pp. 89 e ss. e in specie cfr. p. 92: «La dichiarazione in esame [di acquiescenza] ha un carattere necessariamente "relazionale", giacché (...) si sostanzia in una promessa unilaterale rivolta ad un altro soggetto e si riferisce ad una fattispecie giuridica determinata, posta in essere da tale soggetto; essa ha, inoltre, carattere traslativo poiché da una parte provoca una *deminutio* nella sfera giuridica del disponente, dall'altra attribuisce in via correlata un'*utilitas* o un vantaggio in capo al destinatario della promessa;

Fatte salve alcune rare eccezioni (peraltro basate sui risultati già raggiunti nell'ambito del diritto civile²⁸⁶),²⁸⁷ mancano studi mirati sul tema, nonostante i profili di indubbio rilievo che da esso scaturiscono.

Spesso la questione è stata analizzata non tanto da un punto di vista sostanziale, quanto processuale²⁸⁸, evidenziando lo stretto legame tra i due profili²⁸⁹.

l'atto unilaterale di cui si discute ha altresì natura costitutiva, in quanto genera un vincolo giuridico ed instaura tra il dichiarante ed il beneficiario della disposizione un vero e proprio rapporto giuridico>>. L'Autore offre altresì un'ampia panoramica sulle tendenze giurisprudenziali all'assimilazione di rinuncia e acquiescenza, cfr. pp. 1 e ss. Diversa la posizione di chi ha ritenuto coincidenti i fenomeni dell'acquiescenza al provvedimento amministrativo e della rinuncia all'interesse legittimo, cfr. R. Marrama, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza al provvedimento amministrativo. Vicende dell'interesse legittimo*, I, Napoli, 1979. Si sofferma sull'acquiescenza, rapportandola con l'istituto della rinuncia, N. Paolantonio, *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, 2003, in particolare pp. 146 e ss.

²⁸⁶ I pochi riferimenti – legislativi o dottrinali – che utilizzano le parole *rinuncia* e *rinunciare* in riferimento al diritto pubblico presuppongono un concetto noto, cioè quello che la rinuncia ha nel diritto privato.

²⁸⁷ Cfr. C. Fadda, *Sulla teoria delle rinunce nel diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, pp. 23 e ss.; L. Raggi, *Contributo alla dottrina*, cit.; G. Treves, *Il problema della rinuncia nel diritto amministrativo*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1982, pp. 375 e ss.; R. Marrama, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza*, cit. Più di recente, si veda l'opera di N. Paolantonio, *Contributo sul tema della rinuncia*, cit.

²⁸⁸ La rinuncia oggetto di interesse nel presente paragrafo è quella avente a oggetto la situazione soggettiva sostanziale e non, invece, quella che interessa il diritto di azione. Sul punto, si veda: F. Goisis, *Compromettibilità in arbitri*, cit., p. 269, che, sul presupposto che l'interesse legittimo consista <<materialmente [nel]l'esercizio di alcune facoltà strumentali>> tra le quali la principale sarebbe <<l'esercizio dell'azione di impugnazione>>, conclude che <<disponibilità, in questo caso, significa (una volta emanato il provvedimento) essenzialmente possibilità di rinuncia al ricorso>>; G. Verde, *La convenzione d'arbitrato*, cit. in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato*, Torino 2005, p. 93, secondo cui <<parlare di rinunciabilità o irrinunciabilità *tout court* è fuorviante sol se si considera che di fatto il soggetto conserva quasi sempre la disponibilità anche di situazioni indisponibili; vale a dire l'indisponibilità del diritto leso non impedisce al titolare di rinunciare alla tutela giurisdizionale anche di situazioni indisponibili, ovvero di rinunciare all'azione, salvo in quelle rarissime ipotesi in cui la legittimazione concorre con quella del pubblico ministero, che si sostituisce alla parte nella tutela del suo diritto nel perseguimento dell'interesse della legge. Se le parti possono rinunciare di fatto anche a situazioni qualificate come indisponibili semplicemente rinunciando, preventivamente o successivamente, alla tutela giurisdizionale ciò non significa che l'indisponibilità sia sostanzialmente priva di efficacia, dal momento che i titolari degli interessi coinvolti possono comunque agire direttamente per la tutela di quanto gli spetta: quando detti interessi facciano capo a persone, agendo normalmente in giudizio, quando invece riguardino l'ordine pubblico, lo Stato è legittimato ad agire nella persona del Pubblico Ministero. Alla repressione infatti viene meno soltanto se il consenso ha ad oggetto la lesione di beni di pertinenza esclusiva (o prevalente) del privato che ne è titolare. Mentre a nulla vale l'eventuale rinuncia alla tutela da parte dell'offeso se è lo Stato ad avere un interesse diretto alla salvaguardia del bene, come accade nel caso di beni dotati di rilevanza per l'intera collettività>>. L'Autore cita, sul punto, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2015; nello stesso senso vede la concorrenza o coincidenza di interessi superiori o equiordinati alla base della disponibilità F. Mantovani, *Diritto penale*, Padova, 2015. Per un tipico esempio di indisponibilità che comporta l'irrinunciabilità anche del diritto di azione, si veda l'art. 146, comma 11, d.lgs. n. 42/2004: <<l'autorizzazione paesaggistica è impugnabile con ricorso al tribunale amministrativo regionale o

La trattazione che segue si incentrerà sulla possibilità di rinuncia all'interesse legittimo da parte del titolare, mentre non verrà analizzato il diverso profilo relativo all'abdicazione al potere amministrativo²⁹⁰. Siffatta scelta metodologica si giustifica con l'oggetto della ricerca, limitato allo studio strutturale e funzionale della situazione attiva che il privato vanta nei confronti della pubblica amministrazione.

A livello qualificatorio, la rinuncia è una delle forme di manifestazione del potere di disposizione dei diritti²⁹¹ e, più in particolare, si concretizza in un negozio giuridico unilaterale²⁹² a natura abdicativa²⁹³.

con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (...) Il ricorso è deciso anche se, dopo la sua proposizione ovvero in grado di appello, il ricorrente dichiara di rinunciare o di non avervi più interesse. (...)>>.

²⁸⁹ Cfr. M. Delsignore, *La compromettibilità*, cit., p. 193: <<poiché si è anche detto che la disponibilità va intesa come facoltà di abdicare o cedere la posizione giuridica vantata, è chiaro che la stessa non può non sussistere quando sia consentito cedere alcune delle facoltà in cui si concreta la stessa posizione. Dunque, dalla rinunciabilità dell'azione nel giudizio amministrativo, che rappresenta un'esplicazione, pur solo nel senso della tutela in negativo, dell'interesse legittimo, consegue la disponibilità di quest'ultimo, che sempre deve sussistere in capo al titolare del potere di azione, cioè al titolare dell'interesse a ricorrere>>.

²⁹⁰ Sullo specifico aspetto della rinuncia al potere da parte della P.a., cfr. l'ampia trattazione di N. Paolantonio, *Contributo sul tema della rinuncia*, cit., pp. 53 e ss., nonché, sinteticamente, L. Formentin, *Rinuncia*, cit., p. 470.

²⁹¹ Così A. Grassi, *Rinunzia*, in *Dig. it.*, XIII, 1925, pp. 695 e ss.; A. Bozzi, *Rinunzia*, in *Nov. dig. it.*, XV, pp. 1141 e ss., il quale individua l'effetto tipico della rinuncia nel <<separare un diritto dalla sfera giuridica di un soggetto>>. L'Autore si sofferma ampiamente sull'autonomia del potere di rinuncia dal diritto soggettivo sul quale incide, tuttavia la tematica non riveste interesse ai fini della ricerca. Ciò che rileva, piuttosto, è indagare la possibilità o meno per il titolare dell'interesse legittimo di rinunciare alla propria situazione soggettiva di vantaggio nei confronti della pubblica amministrazione, a prescindere dalla relazione che intercorre tra il potere in questione e l'interesse legittimo medesimo. In questa sede, è sufficiente riscontrare la connessione che lega gli anzidetti elementi, che l'Autore chiaramente afferma, cfr. p. 1143: <<devesi piuttosto considerare la rinunciabilità o meno dei diritti soggettivi come una qualità dei medesimi, e cioè come idoneità o meno di essi a costituire oggetto del potere (...) di rinunzia>>. Per un'analisi approfondita sulle caratteristiche e l'evoluzione dell'istituto della rinuncia, cfr. N. Paolantonio, *Contributo sul tema della rinuncia*, cit., pp. 17 e ss. Per quanto riguarda alcuni illustri studi più generali, vi è una diretta connessione tra la rinunciabilità e la disponibilità delle situazioni giuridiche soggettive. si veda A. De Cupis, *I diritti della personalità*, cit. pp. 92 e ss., nonché G. Verde, *Diritto dell'arbitrato irrituale*, Torino, 2000, in particolare p. 60.

²⁹² Sulla natura di negozio unilaterale della rinuncia vi è unitarietà di opinioni, ma cfr. *contra* B. Biondi, *Forma e bilateralità della rinuncia a servitù*, in *Foro it.*, 1957, pp. 414 e ss.

²⁹³ L. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 136. Il carattere abdicativo distingue la rinunzia dall'alienazione, denotata dalla volontà del titolare a che la situazione di vantaggio sia attribuita a un terzo soggetto, in modo che all'effetto dismissivo si accompagni anche quello acquisitivo. Nel caso della rinuncia, invece, ci si ferma all'effetto *negativo*, senza che venga in gioco la fase successiva. Sempre per quanto attiene alla natura dismissiva dell'atto di rinunzia, A. Bozzi, *Rinunziabilità*, cit., p. 1144, evidenzia la differenza tra rinunciabilità e trasmissibilità: <<La trasmissibilità è soltanto un fenomeno di aderenza al titolare; la rinunciabilità è un fenomeno di *necessaria permanenza* del diritto al titolare. il che importa soltanto il divieto di sacrificio del diritto per atto di volontà del titolare, ma non importa, di regola, obbligo di esercizio del diritto, e non esclude che il medesimo possa venir meno per cause diverse dalla volontà del

Il fenomeno può osservarsi sotto due angolazioni, poiché investe da un lato il soggetto e dall'altro la situazione giuridica soggettiva. Pertanto, i presupposti di operatività dell'istituto sono di tipo soggettivo e oggettivo: per quel che attiene ai primi, l'attenzione si è incentrata sulla capacità di agire del soggetto rinunciante²⁹⁴, mentre rispetto ai secondi hanno assunto rilievo le caratteristiche di conformazione della situazione oggetto di rinuncia.

Ai fini del presente lavoro interessa quest'ultimo profilo e, in specie, la rinunciabilità come qualifica propria dell'interesse legittimo: sarà tralasciato, pertanto, lo studio sulle connotazioni del relativo potere funzionale.

Oggetto della vicenda abdicativa può essere soltanto un diritto (*rectius*: una situazione giuridica soggettiva protetta²⁹⁵) rientrante nel patrimonio del titolare–rinunciante²⁹⁶ e posto nel suo esclusivo interesse.

Dalla rinuncia deriva un effetto tipico e necessario di separazione della situazione di vantaggio dal titolare²⁹⁷; invece, l'estinzione del diritto costituisce una conseguenza meramente eventuale (come tale non rientrante nello schema proprio dell'istituto), derivante dall'impossibilità per esso di sussistere privo di titolarità, ovvero scisso dal rapporto cui ineriva²⁹⁸.

soggetto>>. Cfr. altresì N. Paolantonio, *Contributo sul tema della rinuncia*, cit., p. 27, per il quale il negozio di rinuncia ha causa esterna e non tipizzata.

²⁹⁴ Si veda A. Grassi, *Rinunzia*, cit., p. 695.

²⁹⁵ Non può costituire oggetto di rinuncia un interesse di mero fatto.

²⁹⁶ Ancora in questo senso A. Grassi, *Rinunzia*, cit., p. 696.

²⁹⁷ È del tutto irrilevante che dalla rinuncia si costituisca un effetto di incremento patrimoniale a favore di altri soggetti, poiché la struttura di tale negozio è necessariamente unilaterale (in ciò differenziandosi con la transazione, su cui cfr. *infra*, § 6). Cfr. sul punto F. Macioce, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, I, Napoli, 1992, p. 115. Rileva come la rinuncia operi abbia effetti diretti soltanto nei confronti del titolare del diritto oggetto della medesima L. Formentin, *Rinunzia*, cit., p. 469, nonché S. Piras, *La rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1940, p. 48, che individua la rinuncia quando <<si identifichi in una fattispecie negoziale l'elemento costituito da un'attività diretta alla dismissione – senza l'attribuzione corrispondente – di una posizione giuridica>>, specificando che sui terzi si producono solo effetti riflessi e indiretti. Nello stesso senso F. Gaffuri, *L'acquiescenza al provvedimento*, cit., p. 91: <<l'eventuale acquisizione della posizione di vantaggio oggetto di rinuncia da parte di altri soggetti, o altri benefici che dovessero trarre i terzi dal negozio dismissivo, rappresentano effetti solo eventuali ed indiretti, estranei comunque allo schema negoziale tipico che si sta trattando>>.

²⁹⁸ Un esempio della mera accidentalità dell'estinzione del diritto quale effetto della rinuncia allo stesso è dato da A. Bozzi, *Rinunzia*, cit., p. 1151: <<E' il caso ad es. della rinuncia del creditore alla fideiussione; la funzione di questa è di garantire un determinato credito, onde è impossibile che, avulso dal rapporto cui accede per la dismissione fattane dal titolare del credito, quello stesso negozio di garanzia possa entrare nella sfera giuridica di un altro titolare. si ha invece soltanto separazione del diritto dalla sfera giuridica del rinunciante, senza estinzione o consumazione del diritto medesimo, quando, per la natura di esso o per la funzione che esplica, il diritto ha l'attitudine ad entrare nella sfera giuridica di qualsiasi subietto. È il caso della rinuncia o *abbandono* del diritto di proprietà; tale rinuncia determina il distacco del diritto dal patrimonio del rinunciante, ma il diritto, nel suo lato passivo di vincolo obiettivo cui soggiace la cosa, permane, *temporaneamente* senza titolare, ma con insita l'attitudine ad averlo, tostochè siasi compiuto l'atto di occupazione>>.

Restando ancora sul piano effettuale, ove il diritto in questione sia inserito all'interno di un rapporto giuridico, la rinuncia comporterà una limitazione (e talvolta un'estinzione) del rapporto stesso²⁹⁹.

Poste queste necessarie indicazioni operative, il primo problema che si presenta è stabilire la natura della rinunciabilità del diritto. Parte della dottrina, infatti, ha negato che essa costituisca una qualificazione di ordine positivo della situazione soggettiva, collegandone piuttosto la sussistenza alla *causa* attribuita alla situazione medesima dall'ordinamento³⁰⁰. In altre parole, occorrerebbe una valutazione caso per caso alla luce della complessità dell'assetto giuridico, partendo dal presupposto che la rinunciabilità necessita di previsione espressa³⁰¹.

La prospettiva appena indicata, tuttavia, non sembra condivisibile.

Il collegamento – già posto in luce – tra disponibilità e rinunciabilità conduce a riproporre le medesime considerazioni già precedentemente espresse nel corso della trattazione³⁰².

Ugualmente alla disponibilità, anche la rinunciabilità deve considerarsi qualifica *comune* delle situazioni soggettive a contenuto patrimoniale. Il che non esclude l'esistenza di casi in cui una norma *ab externo* incida ponendo limiti a tale facoltà dispositiva (*rectius*: rinunciativa), come accade a fronte di ragioni di ordine superiore. L'interprete, quindi, sarà tenuto a una valutazione casistica, partendo tuttavia dal presupposto che la rinunciabilità è la *regola*.

Derogano a siffatta costruzione ermeneutica le situazioni soggettive che per struttura sono indisponibili, come tali anche irrinunciabili³⁰³.

²⁹⁹ Nell'ambito del diritto civile, l'estinzione per rinuncia di un rapporto di debito credito è tipizzata dall'istituto della remissione del debito, che configura la rinuncia volontaria del creditore al proprio diritto: la disciplina è quella di cui agli artt. 1236 e ss. c.c. La remissione del debito è concepita dall'art. 1236 c.c. come atto unilaterale, produttivo dell'effetto estintivo dell'obbligazione in forza della sola volontà del creditore. L'effetto estintivo si produce, per l'art. 1236 c.c., nel momento in cui la dichiarazione del creditore è portata a conoscenza del debitore. La remissione del debito trae la propria validità dal solo fatto di essere l'atto mediante il quale il titolare di un diritto disponibile rinuncia ad esso: si rinuncia, con la remissione, al proprio diritto di credito allo stesso modo in cui può rinunciare al proprio diritto il titolare di qualsiasi altro diritto soggettivo disponibile. La funzione dell'atto è consentire al titolare del diritto di credito una simile disposizione del proprio diritto.

³⁰⁰ A. Bozzi, *Rinunzia*, cit. 1144: «un diritto è rinunciabile quando l'ordine giuridico ritiene indifferente, data la funzione del diritto, che questo permanga o meno nella sfera del titolare. è, al contrario, irrinunciabile quando il diritto soggettivo ha uno scopo che impone un rapporto di necessaria aderenza e permanenza nella sfera del titolare. Codesto rapporto di inerenza del diritto al soggetto si realizza mediante un comando imperativo, sicché l'atto di abbandono del diritto compiuto dal soggetto costituisce uno sviamento dallo scopo per cui l'ordine giuridico accordò riconoscimento e tutela al diritto soggettivo, e perciò violazione del comando».

³⁰¹ Si veda ancora A. Bozzi, *Rinunzia*, cit., p. 1144: «La rinunciabilità, quindi, dipende dal modo onde la norma foggia la intensità del vincolo che lega il diritto al titolare».

³⁰² Cfr. *supra* in questo capitolo, § 2, § 3 e § 4.

³⁰³ Cfr. S. Romano, *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, Padova, 1930, pp. 139 e ss., ove si fa riferimento all'irrinunciabilità dei diritti innati o essenziali della persona o di quelli della personalità, nonché delle immediate estrinsecazioni della capacità giuridica (e della capacità giuridica

Vale, pertanto, per la categoria della rinuncia, la medesima ripartizione già esplicitata per la disponibilità (e per la trasferibilità): le situazioni giuridiche intrinsecamente indisponibili sono anche irrinunciabili, mentre tutte le altre sono *di regola* rinunciabili, salvo espresse limitazioni legali di volta in volta apposte.

Occorre adesso volgere lo sguardo specificamente all'ambito amministrativo, ove il fenomeno della rinuncia³⁰⁴ è stato osteggiato soprattutto a causa della (eccessiva) valorizzazione dell'interesse pubblico³⁰⁵.

Due gli orientamenti che si sono sviluppati in merito alla generale ammissibilità della rinuncia nel diritto pubblico (nell'ipotesi, quindi, in cui essa non sia espressamente prevista o regolata)³⁰⁶.

Una parte minoritaria della dottrina³⁰⁷ ha dato risposta positiva, partendo dal generale principio della libera disponibilità dei diritti, valido anche nel settore pubblico. Secondo questo indirizzo, la circostanza che una situazione soggettiva sia inserita nell'ambito di un rapporto di stampo pubblicistico non può comportarne l'automatica irrinunciabilità, sempre che non si versi in un'ipotesi di incompatibilità logico – giuridica con la rinuncia, ovvero di conflitto tra questa e l'ordine pubblico o la morale³⁰⁸.

Il fenomeno abdicativo in esame, quindi, produce la dismissione del vantaggio giuridico, restando indifferente – ai fini dell'ammissibilità – l'indagine sulla <<privatezza o pubblicità>>³⁰⁹ della situazione giuridica soggettiva o del rapporto in

medesima). Per l'esclusione della rinunciabilità degli *status*, cfr. A. Bozzi, *Rinunciabilità*, cit., p. 1147.

³⁰⁴ Con specifico riferimento al diritto pubblico, cfr. L. Raggi, G. Donatuti, *Rinuncia. Diritto pubblico*, in *Enc. giur. Treccani*, in www.treccani.it: <<la rinuncia deve intendersi quindi il volontario abbandono abdicativo per parte di un soggetto di vantaggi giuridici (normalmente di diritti soggettivi pubblici). La traslazione del vantaggio, che può avere luogo con la rinuncia, avviene *ex se, ope legis*, e non per volontà del rinunciante: la rinuncia è negozio essenzialmente unilaterale>>. La definizione indicata riproduce quindi quanto già espresso *supra* in termini più generali.

³⁰⁵ Come giustamente osservato da N. Paolantonio, *Contributo sul tema della rinuncia*, cit., p. 39: <<il problema della rinuncia nel diritto amministrativo [è] stato fortemente influenzato dall'idea di un legame immanente tra la situazione di vantaggio oggetto di potenziale dismissione ed una dimensione di interesse superindividuale, ancor oggi riaffermata>>.

³⁰⁶ Per un'analisi dettagliata degli orientamenti dottrinali che si sono succeduti sul tema, cfr., di nuovo, N. Paolantonio, *Contributo sul tema della rinuncia*, cit., pp. 35 e ss.

³⁰⁷ Cfr. L. Raggi, *Contributo alla dottrina delle rinunzie*, cit., pp. 6 e ss.

³⁰⁸ Così L. Formentin, *Rinuncia*, cit., p. 469. Nello stesso senso anche L. Raggi, G. Donatuti, *Rinuncia*, cit.: <<Fra le due teorie estreme sostenenti, l'una, la rinunciabilità, l'altra, l'irrinunciabilità assoluta dei diritti pubblici, sembra doversi ammettere, anche per la rinuncia ai diritti pubblici, un principio analogo a quello che (secondo una teoria prevalente) vige anche per i diritti privati: cioè, i diritti pubblici sono rinunciabili, a meno che si tratti di casi in cui la rinuncia: 1. o sia logicamente impossibile; 2. o contrasti con l'ordine pubblico o con la morale. È vero però che questi due ordini di ragioni si verificano per i diritti pubblici con maggiore intensità e frequenza che per i diritti privati>>.

³⁰⁹ Si esprime con queste parole L. Raggi, *Contributo alla dottrina delle rinunzie*, cit., p. 21, ove viene evidenziato come la rinuncia non risenta del tipo di rapporto sottostante. Per l'Autore, quindi, il limite al riconoscimento della rinuncia vale sia per le situazioni soggettive private che per quelle pubbliche e discende da un'incompatibilità <<logico giuridica dell'operazione o dall'esistenza di una

cui tale situazione si inserisce. Pertanto, la generale ammissibilità dell'istituto della rinuncia nel diritto pubblico rende (quantomeno astrattamente³¹⁰) rinunciabile anche l'interesse legittimo: l'eventuale preclusione deriva non dalla correlazione con il potere pubblico, ma dalla verifica – da compiere di volta in volta mediante un approccio casistico³¹¹ – di un eventuale pregiudizio all'interesse pubblico³¹².

norma di ordine pubblico o della morale>>. Quindi ogni situazione giuridica soggettiva è rinunciabile, a meno che l'ammissione di tale facoltà si ponga in contrasto con norme di ordine pubblico o con la morale.

³¹⁰ La posizione di Raggi perviene a una contraddizione di fondo ove si raffronti le premesse logiche evidenziate con le conclusioni che nello specifico attengono concretamente all'interesse legittimo. L'Autore, infatti, appoggia la non rinunciabilità di predetta situazione, in quanto occasionalmente protetta e poiché, pertanto, ciò comporterebbe una rinuncia anche al diritto oggettivo, come tale inammissibile. Si mostra giustamente critico su tale posizione N. Paolantonio, *Contributo sul tema della rinuncia*, cit., p. 44, secondo cui siffatta visione dell'interesse legittimo sarebbe limitata.

³¹¹ Per un approccio descrittivo – casistico, cfr. L. Raggi, G. Donatuti, *Rinuncia*, cit.: <<Circa i diritti pubblici spettanti al singolo si ritengono irrinunciabili i cosiddetti diritti di libertà, diritti essenzialmente indisponibili. Nel complesso dei diritti cosiddetti politici (a essere riconosciuti come organi dello stato, a funzionare come organi o a compiere funzioni da organo) sono irrinunciabili tutti quelli che sono collegati al compimento di un dovere, oppure quelli la cui rinuncia urti contro principî d'ordine pubblico. Così, p. es., mentre è inammissibile la rinuncia al diritto elettorale in astratto, sono ammissibili le rinunce del re al trono; dei deputati, senatori, ministri, alla loro carica; degli impiegati al loro impiego. È ammessa poi (legge 13 giugno 1912) la rinuncia alla cittadinanza, ma solo nei casi e con le forme e con le conseguenze espressamente stabilite dalla legge. E, mentre è inconcepibile la rinuncia a ottenere autorizzazioni, ammissioni, e a valersi dei diritti relativi, il contenuto dell'atto amministrativo è rinunciabile o meno, secondoché per principî generali d'ordine pubblico sia rinunciabile, o meno, il diritto al quale si riferisce. Nelle concessioni bisogna, invece, distinguere le unilaterali dalle bilaterali: queste seconde non sono mai rinunciabili; è necessario che intervenga un nuovo atto bilaterale per scioglierle. Così può rinunciarsi (subordinatamente a una accettazione recettiva) a un diritto onorifico: non però ai diritti allo stesso connessi, conservandolo. Né ammissibile è la rinuncia del singolo al diritto di godere prestazioni da parte della pubblica amministrazione>>.

³¹² Cfr., ancora, L. Raggi, *Contributo alla dottrina delle rinunzie*, cit., p. 21, ove l'Autore evidenzia il rilievo dell'interesse *particolare* del privato titolare di un interesse legittimo, nonostante la correlazione con il potere pubblico. Cfr., diffusamente, N. Paolantonio, *Contributo sul tema della rinuncia*, cit., p. 41, che riporta espressamente il pensiero di L. Raggi. A favore della posizione appena indicata, si veda altresì F. Gaffuri, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo*, cit. p. 98: <<non pare che l'eventuale decisione di un soggetto inciso da un'attività imperativa di rinunciare a far valere i poteri, le facoltà ed i vantaggi che l'ordinamento gli riconosce nei rapporti con l'amministrazione, sia idonea, di per sé, a compromettere o a rendere più difficile la cura dell'interesse pubblico ed il raggiungimento delle finalità di ordine generale stabilite dalla legge. Una simile volontà abdicativa, manifestata dal privato, in realtà non impedisce né tanto meno l'amministrazione dal prendere in esame tutti gli aspetti e gli interessi che rilevano nella fattispecie e quindi anche l'interesse qualificato in ipotesi rinunciato (...) le valutazioni e le ponderazioni discrezionali, che la pubblica autorità è tenuta a compiere per giungere all'adozione di un provvedimento, sono del tutto autonome ed indipendenti rispetto alle vicende, anche estintive, che riguardano le diverse situazioni soggettive coinvolte nell'azione amministrativa e non sono condizionate o limitate da quelle vicende>>.

Di contro, la dottrina prevalente³¹³, unitamente alla giurisprudenza³¹⁴, ha concluso per l'irrinunciabilità delle situazioni giuridiche di interesse legittimo³¹⁵.

A un'analisi più approfondita, gli orientamenti anzidetti, pur concordi nell'esito finale negativo circa la rinunciabilità della situazione giuridica che il privato vanta verso l'amministrazione, si differenziano quanto alle argomentazioni sottostanti.

Così, parte della dottrina³¹⁶ ha motivato sul presupposto che l'interesse legittimo abbia a oggetto la legittimità dell'azione amministrativa, risultando di conseguenza inammissibile la disposizione del potere pubblico da parte del privato.

In altri studi³¹⁷ si è invece fatto leva sulla natura *processuale* dell'interesse legittimo, o comunque sulla circostanza che esso sia tutelato soltanto in via indiretta e mediata rispetto all'interesse pubblico³¹⁸.

Dall'esame delle suddette posizioni emerge chiaramente che la principale e prevalente *ratio* sottesa alla ritenuta inammissibilità del fenomeno nel campo del diritto amministrativo è data dalla funzionalizzazione dell'agire amministrativo al perseguimento del pubblico interesse, cui corrisponderebbe la strumentalità dell'interesse legittimo alla realizzazione di finalità a carattere generale³¹⁹. In tal senso viene sostenuta non solo la prevalenza del fine pubblico sulla situazione soggettiva del privato, ma anche la natura non esclusivamente individuale di quest'ultima³²⁰.

³¹³ S. Romano, *Corso di diritto amministrativo*, cit.; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2014; A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 161; G. Treves, *Il problema della rinuncia*, cit., p. 379; N. Paolantonio, *Contributo sul tema della rinuncia*, cit., pp. 145 e ss. Sul punto, si veda, per i copiosi riferimenti, F. Gaffuri, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo*, cit., p. 95.

³¹⁴ Cfr. Cons. Stato, n. 1050/1995.

³¹⁵ Parte della dottrina ha riferito la propria posizione negativa non soltanto alla rinunciabilità dell'interesse legittimo, ma più in generale alla rinunciabilità *tout court* delle situazioni soggettive inserite in ambito pubblicistico. Cfr. L. Formentin, *Rinuncia*, cit., p. 470., che porta quali esempi di irrinunciabilità non solo i diritti fondamentali, ma anche le <<posizioni indisponibili di diritto pubblico, come ad esempio i diritti politici, la potestà di imposizione tributaria e quella sanzionatoria>> e aggiunge che per la connessione al perseguimento di un pubblico interesse tali posizioni sono non rinunciabili. Cfr. altresì C. Ferrari, voce *Rinunzia*, cit., pp. 4 e ss.: <<il carattere pubblico dei diritti soggettivi denota che si tratti di diritti aventi ad oggetto interessi generali, onde non si può non riconoscere che in linea di principio essi esigono collocazione fra i diritti irrinunciabili>>.

³¹⁶ E. Casetta, *Manuale*, cit., p. 206.

³¹⁷ C. Ferrari, *Rinunzia*, cit., p. 5.

³¹⁸ Cfr. L. V. Moscarini, voce *Rinunzia*, cit., pp. 1 e ss., ove l'Autore sostiene che l'interesse legittimo sia un riflesso dell'interesse generale.

³¹⁹ Così A. M. Sandulli, *Manuale*, cit., p. 161.

³²⁰ Cfr. G. Treves, *Il problema della rinuncia*, cit., p. 375 e 379, secondo cui nell'ambito pubblicistico la situazione del privato è soggetta a norme imperative e si esula, quindi, dalla sfera individuale e soggettiva. La regola è, quindi, l'irrinunciabilità dell'IL, a meno che norme particolari non prevedano il contrario: i diritti che si riallacciano a norme amministrative sono di regola irrinunciabili in assenza di previsioni di legge che attribuiscono un "valore particolare" all'interesse privato. L'interesse pubblico non è mai assente e nella valutazione legislativa ha la precedenza (nonché la prevalenza) su quello individuale. Per un'analisi dettagliata del pensiero dell'Autore,

La preponderanza delle dottrine appena indicate non impedisce di tentare un approccio interpretativo alternativo e coerente con i risultati sinora raggiunti in merito alla *disponibilità intrinseca* dell'interesse legittimo³²¹. La possibilità per il privato di rinunciare alla situazione soggettiva vantata nei confronti dell'amministrazione pubblica deriva, infatti, da tali dati di natura sostanziale. Del resto, tutte le impostazioni illustrate e appartenenti alla corrente di pensiero dominante si fondano su una visione superata di interesse legittimo³²².

Non si può trascurare che la situazione soggettiva in esame è conferita a vantaggio esclusivo del privato titolare³²³. In questo senso, le (eventuali) ripercussioni che dall'esercizio dell'interesse legittimo derivano al perseguimento dell'interesse pubblico costituiscono effetti indiretti, collocati al di fuori della struttura sostanziale della situazione medesima.

In altri termini, affermare che l'interesse legittimo sia posto anche nell'interesse pubblico, per negarne la rinunciabilità, comporta una configurazione anomala del *rapporto* tra amministrazione e privato, non più quale relazione bilaterale ove a situazioni attive corrispondono situazioni passive, ma piuttosto quale occasione di *collaborazione* verso il perseguimento di un fine pubblico (che tuttavia si colloca al di fuori del rapporto medesimo).

È, quindi, evidente che il problema della rinuncia nel diritto amministrativo è stato influenzato (se non dominato) dalla commistione tra la situazione di vantaggio del privato oggetto di potenziale dismissione e la dimensione sovraindividuale che denota il rapporto amministrativo.

Nella differente posizione già esposta³²⁴, invece, la prospettiva sovraindividuale non interferisce con la natura dell'interesse legittimo. Conseguentemente, il pieno ed

arricchita anche da riferimenti giurisprudenziali, cfr. N. Paolantonio, *Contributo al tema della rinuncia*, cit., p. 45 e ss., che, criticamente, sostiene che l'eventuale irrinunciabilità della posizione soggettiva non è conseguenza della prevalenza di un interesse generale sull'interesse particolare, ma, semmai, della presenza di un dovere, distinto dal diritto, e fissato dall'ordinamento proprio in vista di un interesse, sia esso di natura pubblicistica o meno, diverso da quello del titolare. L'Autore, comunque, dopo un'analisi dettagliata alla ricerca del contenuto di vantaggio dell'interesse legittimo, conclude per l'inammissibilità di una rinuncia allo stesso, a causa dell'indissolubile collegamento con un'attività pubblica funzionalizzata.

³²¹ Cfr. G. Caia, *Arbitrati e modelli arbitrari*, cit., p. 199, ove si afferma la disponibilità dell'interesse legittimo da parte del suo titolare, da cui consegue che lo stesso vi possa rinunciare.

³²² In questi termini, cfr. F. Gaffuri, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo*, cit., p. 96: <<tutte [le teorie indicate] presuppongono che la posizione del cittadino nei confronti dell'amministrazione sia sostanzialmente di mera soggezione e che non vi sia alcuna autonomia concettuale e funzionale tra l'interesse individuale dell'amministrato e l'interesse dell'amministrazione>>. L'Autore, sul punto, avanza una critica a quanto invece sostenuto da N. Paolantonio nella sua opera già citata.

³²³ Cfr. F. Goisis, *Compromettibilità*, cit., p. 269; L. Iannotta, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi*, cit., che sostiene che la situazione giuridica di vantaggio è riconosciuta non in funzione dell'interesse pubblico, ma di quello personale del soggetto privato. L'Autore riconosce altresì come la struttura del rapporto tra P.a. e cittadino veda la prima soggetta a un obbligo a fronte della situazione di vantaggio del secondo.

³²⁴ Si veda *supra*, in questo capitolo, § 1 e § 2.

effettivo riconoscimento del carattere sostanziale di tale situazione, che preesiste all'atto, ne implica la sua rinunciabilità³²⁵ a livello sostanziale.

Resta ferma, in ogni caso, la possibilità che – ugualmente a quanto accade per la trasferibilità e, più in generale, per la disponibilità – sia la legge a porre dei limiti, dando luogo a un fenomeno di *irrinunciabilità estrinseca*.

6. La transazione degli interessi legittimi.

Strettamente connesso al tema della rinuncia è quello relativo all'ammissibilità della transazione nell'ambito del diritto pubblico³²⁶.

La disciplina civilistica³²⁷ costituisce il punto di partenza da cui muovere per lo studio sui caratteri principali della transazione: la convergenza delle volontà delle parti (privato e p.a.), il conflitto delle rispettive posizioni e pretese e, infine, la volontà di trovare una soluzione condivisa mediante mutue concessioni.

Da tali profili risultano con evidenza le differenze tra l'istituto in questione e la rinuncia. Mediante quest'ultima, infatti, il privato pone in essere una vicenda *unilaterale* caratterizzata da effetti meramente abdicativi; di contro, con la transazione le parti fanno confluire le proprie volontà in un accordo (quantomeno)

³²⁵ Cfr. N. Paolantonio, *Contributo sul tema della rinuncia*, cit., p. 195, il quale riconosce che ove fosse accolta la validità della teoria che riconosce nell'interesse legittimo un diritto di credito e nella posizione dell'amministrazione un obbligo al riconoscimento e alla garanzia della *chance* del privato <<il problema della rinuncia all'interesse legittimo ne risulterebbe estremamente semplificato: ecco, finalmente, individuata la situazione soggettiva (sostanziale) attiva e di vantaggio (...) un vero e proprio diritto soggettivo, qualificato da un ben definito interesse finale, o bene della vita, immediatamente apprendibile e giuridicamente qualificato e (...) pienamente disponibile da parte del titolare, e quindi (almeno in astratto) liberamente rinunciabile>>. Cfr. altresì P. Virga, *La tutela giurisdizionale*, cit., pp. 21 e ss., che perviene ad ammettere la rinunciabilità dell'interesse legittimo sulla base della natura sostanziale dello stesso. Si veda infine F. Goisis, *Compromettibilità in arbitri*, cit., pp. 243 e ss., in particolare p. 254: <<Gli interessi legittimi, poi, in quanto situazioni soggettive di vantaggio (esclusivamente per il cittadino, non si capisce perché non dovrebbero essere, da quest'ultimo, rinunciabili>>. Favorevolmente si veda altresì G. Greco, *Il rapporto amministrativo*, cit., p. 599, che ammette come l'interesse legittimo sia posizione <<sicuramente disponibile per il suo titolare, che pertanto può abdicare ad essa, facendo uso della sua autonomia generale>>. Nella giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, n. 1385/1992, che ha disposto la rinunciabilità degli interessi legali nascenti da un credito retributivo dell'impiegato verso la pubblica amministrazione, motivando sulla base della natura negoziale della rinuncia, sulla sua unilaterale e sulla disponibilità del diritto.

³²⁶ La giurisprudenza spesso sovrappone la rinuncia alla transazione, cfr. Corte Cass., n. 427/1982, che rileva come nessuna norma vieti che si possa disporre dell'interesse legittimo <<e che quindi lo stesso possa essere oggetto di transazione, qualificandosi o come l'*aliquid datum*, o come l'*aliquid retentum*>>. Nella pronuncia indicata, la Corte perviene a stabilire la *disponibilità* dell'interesse legittimo anche sulla base della rinuncia al ricorso giurisdizionale.

³²⁷ L'art. 1965 c.c., dedicato alla transazione, che apre il Capo XXV, Titolo III, Libro IV, la descrive come <<il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro>>. Per un'analisi dettagliata sullo studio dell'istituto, si veda G. Gitti, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999.

bilaterale, con cui vengono regolate <<reciproche concessioni>>. L'aspetto dismissivo/abdicativo costituisce, quindi, solo uno dei tratti della transazione, che presenta elementi di autonomia rispetto alla rinuncia.

Sul fronte del diritto amministrativo, l'ammissibilità dell'istituto ha incontrato non poche difficoltà e resistenze^{328 329}.

In origine, sulla base di una concezione molto rigida dell'agire amministrativo³³⁰, la transazione non trovava applicazione nel campo del diritto pubblico, ma esclusivamente nei cosiddetti rapporti di diritto privato in cui la pubblica amministrazione fosse parte non in veste di autorità³³¹.

A ciò ha fatto presto seguito un'evoluzione³³² volta a un più attento interesse verso la tematica, anche alla luce della diffusione dello strumento transattivo nella prassi dei rapporti tra privati e amministrazioni³³³.

La dottrina³³⁴ ha così ritenuto possibile la transazione avente a oggetto i rapporti di diritto pubblico, nei casi in cui si preveda un sacrificio della p.a. a fronte della

³²⁸ Cfr. G. Greco, *Contratti e accordi*, cit., p. 228, ove si rileva come le ostilità alla transazione nel diritto pubblico siano ancora più accese nelle ipotesi che essa comporti l'esborso di somme di denaro e il conseguente coinvolgimento della Corte dei Conti.

³²⁹ Non si può omettere di rilevare come parte della dottrina si sia interrogata sulla necessità dell'istituto. Cfr. C. Ferrari, *Transazione della Pubblica amministrazione*, cit., pp. 7 e ss., ove si afferma che la transazione sarebbe sostituibile con altre forme giuridiche di espressione di volontà di amministrazione e privati: conciliazione, rinuncia, acquiescenza. L'Autrice attribuisce infine alla transazione un'autonomia logico-giuridica rispetto agli strumenti citati, tale da essere utilizzabile, in via alternativa al giudizio, per comporre convenzionalmente eventuali controversie su rapporti di diritto pubblico.

³³⁰ Cfr. F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, III, Padova, 1914, p. 1563: <<i>rapporti di diritto pubblico non sembrano mai capaci di transazione>>.

³³¹ Così P. Chirulli, P. Stella Richter, *Transazione*, cit., pp. 867 e ss., ove si evidenzia che l'idea di fondo fosse quella dell'irrinunciabilità e intransigibilità dell'azione amministrativa, che si poteva esprimere esclusivamente in via unilaterale, con la conseguenza dell'indisponibilità dei rapporti di stampo pubblicistico.

³³² Il processo evolutivo interpretativo è efficacemente riassunto dal parere della Corte dei Conti, sezione regionale di controllo della Lombardia, deliberazione n. 26/pareri/2008: <<La dottrina e giurisprudenza meno recente ritenevano che potessero essere oggetto di transazione esclusivamente le obbligazioni nate nell'ambito dell'attività di diritto privato della P.A. Tuttavia, un ripensamento dottrinale e giurisprudenziale sulla natura delle obbligazioni pubbliche ha posto il problema in termini diversi, notando che l'ordinamento positivo può prevedere sia regimi giuridici differenziati per le obbligazioni pubbliche rispetto a quelle di diritto privato sia un regime giuridico unitario e che quest'ultimo è quello vigente nel nostro ordinamento. Pertanto, quale che sia la fonte dell'obbligazione, e quindi anche se essa nasce da legge o da provvedimento amministrativo, non mutano le regole giuridiche che a esse presiedono. Ne consegue che possono essere oggetto di transazione anche le obbligazioni pubbliche, purché naturalmente siano già venute ad esistenza con la emanazione del provvedimento amministrativo o dell'atto dichiarativo in ipotesi di obbligazioni ex leges>>. Si veda altresì la sentenza del Cons. Stato, n. 4083/2011.

³³³ Si veda C. Vitta, *Diritto amministrativo*, I, Torino, 1948, pp. 116 e ss.: <<può domandarsi se sia ammessa transazione sopra i rapporti di diritto pubblico: per quanto in genere si risponda negativamente, pure in pratica le transazioni si fanno dalla p.a. a tacitare certe pretese di privati contro la legittimità di atti amministrativi, corrispondendo ad essi un compenso pecuniario>>.

rinuncia all'impugnazione di un atto amministrativo da parte del privato, con un'interpretazione, quindi, incentrata più sull'aspetto processuale che su quello sostanziale³³⁵.

In questa prima fase, tuttavia, l'istituto non è stato concepito come un contratto, ma come un atto amministrativo unilaterale, che richiedeva l'accettazione del cittadino quale condizione di efficacia³³⁶.

L'elaborazione dottrinale successiva³³⁷ ha invece riconosciuto che nei casi di *accordo* – non più di volontà amministrativa unilaterale – tra p.a. e privato, si ravvisa un vero e proprio contratto di transazione *ex artt. 1965 e ss. c.c.*³³⁸.

Sulla questione ha fortemente influito anche l'introduzione della disciplina di cui all'art. 11 della legge n. 241/1990³³⁹.

³³⁴ Cfr. E. Guicciardi, *La transazione degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, pp. 207 e ss. Si veda sul punto G. Greco, *Contratti e accordi*, cit., p. 227 <<Guicciardi non poteva configurare, né accettare una vera e propria transazione di diritto pubblico (nel senso di atto bilaterale e contrattuale, implicante l'esercizio di potestà amministrative vere e proprie sul versante dell'Amministrazione) per la semplice ragione che escludeva che potesse sussistere un contratto di diritto pubblico>>.

³³⁵ Per E. Guicciardi, *La transazione*, cit., pp. 207 e ss., la transigibilità dell'interesse legittimo consiste nella desistenza del ricorrente dal ricorso. l'orientamento muove dalla ritenuta essenza processuale dell'interesse legittimo e dalla corrispondente negazione della natura sostanziale del medesimo.

³³⁶ Per la negazione della bilateralità della transazione, si veda E. Guicciardi, *La transazione degli enti pubblici*, cit. p. 210 e ss: <<la transazione sui rapporti di diritto pubblico non è un contratto pubblico, né, tanto meno, un contratto di diritto privato: e pertanto non può essere un negozio bilaterale (...) la bilateralità degli effetti non richiede più, per essere possibile, la bilateralità del negozio; e la struttura contrattuale, non essenziale alla nozione di transazione, ma necessaria nei rapporti di diritto privato, non lo è più nei rapporti di diritto pubblico, dominati da principi del tutto diversi>>; cfr. altresì F. Carnelutti, *La transazione è un contratto?*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, pp. 189 e ss. Si è specificato che concepire la transazione in via contrattuale, provocherebbe un contrasto con il postulato della posizione di supremazia dell'amministrazione, in quanto essa si dovrebbe porre su un piano di parità con il cittadino. F. Carnelutti, *La transazione è un contratto?*, cit., p.184.

³³⁷ Cfr. G. Miele, *La transazione nei rapporti amministrativi*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1987, pp. 509 e ss.

³³⁸ Così P. Chirulli, P. Stella Richter, *Transazione*, cit., p. 871, ove si afferma che essa è un normale contratto tra due soggetti di natura diversa ma con pari diritto alla tutela dei propri interessi. Le posizioni dei due soggetti coinvolti si diversificano in ragione della loro natura.

³³⁹ Gli accordi *ex art. 11*, legge n. 241/1990 costituiscono un valido strumento dell'amministrazione per poter raggiungere un accordo con i privati al fine di risolvere le liti aventi ad oggetto rapporti di diritto pubblico. Tali accordi potranno, quindi, anche avere natura transattiva, ma non devono venire meno i principi fondamentali che sorreggono l'agire amministrativo, fra i quali quello del giusto temperamento tra interesse primario e interesse secondario che l'Amministrazione deve effettuare quando esercita un potere discrezionale. Da ciò deriva che questo tipo di transazioni sono assimilabili agli accordi di cui all'art.11, legge n. 240/1990 e ne rimangono assoggettate al regime, e quindi anche ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, cfr. F. Astone, *La transazione*, Torino, 2007, p. 98. Per la riconsiderazione della questione sull'ammissibilità della transazione di diritto pubblico alla luce dell'art. 11, legge n. 241/1990, cfr. F. Goisis, *Compromettibilità in arbitri*, cit., p. 253: <<più recentemente, al limite dell'indisponibilità delle controversie pubblicistiche, si è opposto che il dettato dell'art. 11 della l. n. 241 del 1990 presuppone la normale negoziabilità del potere amministrativo: il che dovrebbe (quantomeno)

Attualmente, quindi, non può negarsi che l'istituto trovi collocazione anche nell'ambito del diritto pubblico, con le precisazioni che saranno di seguito fornite³⁴⁰.

Preliminarmente si rileva che ai fini della ricerca non interessano le caratteristiche formali e strutturali del negozio di transazione³⁴¹, quanto l'indagine sull'operatività del medesimo nell'ambito del diritto pubblico, con particolare riguardo all'esistenza – o meno – di limitazioni al potere dispositivo (*rectius*: transattivo) del titolare dell'interesse legittimo³⁴².

Come già osservato con riguardo alla rinuncia³⁴³, anche rispetto alla transazione si individuano due presupposti, l'uno di ordine soggettivo (capacità di disporre del

indirizzare verso una rimediazione circa la sua supposta indisponibilità (tradizionalmente desunta dalla doverosità – irrinunciabilità e funzionalizzazione al pubblico interesse dell'esercizio del potere, ovvero dalla sua intrasferibilità – indelegabilità)>>. Si veda altresì G. Greco, *Contratti e accordi*, cit., pp. 223 e ss., che valorizza gli accordi ex art. 11 LPA in relazione alle transazioni integranti l'esercizio del potere amministrativo.

³⁴⁰ L'ammissibilità delle transazioni della p.a. nel nostro ordinamento si rinviene in una molteplicità di disposizioni che più che ammetterla in generale, ne regolamentano e procedimentalizzano l'esecuzione, in senso sostanziale, o ne individuano i soggetti competenti. Esempio del primo tipo di disposizione è l'art. 14 r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 contenente le <<Disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato>>, che prevede: <<Deve essere sentito il parere del Consiglio di Stato prima di approvare gli atti di transazione diretti a prevenire od a troncare contestazioni giudiziarie qualunque sia l'oggetto della controversia, quando ciò che l'amministrazione dà o abbandona sia determinato o determinabile in somma eccedente le lire 20.000.000 >>; <<Deve essere sentito il Consiglio di Stato anche per le transazioni di minore importo, quando l'amministrazione non si uniformi per esse all'avviso espresso dall'avvocatura erariale>>, che tra le sue funzioni annovera quella di predisporre <<transazioni d'accordo con le Amministrazioni interessate o esprime[re] parere sugli atti di transazione redatti dalle Amministrazioni>> (art. 13 r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611). Sono invece esempi del secondo tipo l'art. 16 d.lgs. 165/2001 che attribuisce ai dirigenti di uffici dirigenziali generali il compito e il potere di promuovere e resistere alle liti, nonché <<di conciliare e di transigere>> (comma 1, lett. f)), e l'art. 7 d.p.r. 748/1972 per cui <<ai dirigenti generali preposti alle direzioni generali e agli uffici centrali equiparati spetta in particolare, nell'ambito della competenza dei predetti uffici, di (...) f) concludere ed approvare le transazioni relative a lavori e forniture e servizi da essi gestiti, quando ciò che si chiede di promettere, di abbandonare o di pagare non superi 120 milioni di lire concorrendo a formare tale somma le transazioni che fossero precedentemente intervenute sullo stesso oggetto o per l'esecuzione dello stesso contratto>> e art. 9 dello stesso d.p.r. per cui <<Ai funzionari con qualifica di primo dirigente preposti alle divisioni ed agli uffici centrali equiparati spetta in particolare nell'ambito della competenza del proprio ufficio, di ... c) concludere ed approvare le transazioni relative a lavori e forniture e servizi da essi gestite, quando ciò che si chiede di promettere, di abbandonare o di pagare non superi 30 milioni di lire, concorrendo a formare tale somma le transazioni che fossero precedentemente intervenute sullo stesso oggetto o per l'esecuzione dello stesso contratto>>.

³⁴¹ Quanto a tali profili, non si può omettere un breve cenno alla necessità che la transazione assuma la forma scritta *ad substantiam* (cfr. Corte Cass., n. 8192/2002), mentre nella disciplina civilistica, ai sensi dell'art. 1967 c.c., la forma scritta è imposta solamente *ad probationem*. Si veda sul punto Cons. Stato, n. 4083/2011, ove peraltro il Collegio ha espresso la <<necessità che la transazione sia preceduta da una congrua motivazione>>.

³⁴² Cfr. P. Chirulli, P. Stella Richter, *Transazione*, cit., p. 869, che – con osservazione similare a quella già svolta rispetto alla rinunciabilità – osserva che <<i>diritti fondamentali e quelli politici, così come tutti gli status giuridici in generale, siano in transigibili>>.

³⁴³ Cfr. *supra* in questo capitolo, § 5.

titolare della situazione giuridica) e l'altro oggettivo³⁴⁴ (patrimonialità³⁴⁵ e disponibilità della situazione stessa).

La natura intrinsecamente disponibile (e patrimoniale) dell'interesse legittimo dovrebbe condurre a ritenere transigibili le questioni sorte (o in procinto di sorgere) sul medesimo; ciononostante, i principali ostacoli all'ammissibilità dell'istituto sono dati dalla ritenuta irrinunciabilità della posizione in capo all'apparato pubblico³⁴⁶ e dall'inderogabilità della norma pubblicistica³⁴⁷.

Tralasciando quest'ultimo profilo – sul quale ci si è già soffermati evidenziando la distinzione tra inderogabilità e indisponibilità³⁴⁸ – occorre analizzare se sia

³⁴⁴ Così P. Chirulli, P. Stella Richter, *Transazione*, cit., pp. 867 e ss. Dal punto di vista strettamente letterale, non merita che un mero cenno il fatto che l'art. 1966 c.c. faccia riferimento ai soli <<diritti>> e non anche ad altre situazioni giuridiche soggettive, potendosi trattare di un utilizzo improprio del termine. Sul punto, a titolo di esempio, si veda Corte dei Conti, sez. reg. controllo Lombardia, parere n. 1116/2009, che nel caso sottoposto – attinente a transazioni su obbligazioni nascenti dall'irrogazione di sanzioni amministrative – ha precisato che <<il potere punitivo dell'amministrazione e le misure afflittive che ne sono l'espressione appartengono al novero delle potestà e dei diritti indisponibili, in merito ai quali è escluso che possano concludersi accordi transattivi con la parte privata destinataria degli interventi sanzionatori>>. Mette in rilievo in modo chiaro la distinzione tra disponibilità – trans agibilità soggettiva e oggettiva P. D'Onofrio, *Transazione*, in *Commentario del codice civile Scialoja – Branca. Libro quarto, art. 1960 – 1991*, Bologna – Roma, 1974, pp. 232 e ss.

³⁴⁵ Come osservato in modo chiaro da F. Carresi, *La transazione*, in *Trattato di diritto civile italiano* (diretto da Fil. Vassalli), IX, Torino, 1966, p. 144: <<Non possono formare oggetto di transazione o d'accertamento negoziale in genere i rapporti giuridici non patrimoniali, conseguenza questa cui del resto si perviene in base alla definizione stessa del contratto>>.

³⁴⁶ La questione evoca la ritenuta transigibilità dei cosiddetti *diritti pubblici soggettivi*; si veda sul punto la distinzione operata da E. Guicciardi, *La transazione*, cit., pp. 135 e ss., tra diritti soggettivi pubblici generali (gli *status* conferiti dalla legge), intransigibili, e diritti soggettivi pubblici speciali (nascenti dalla volontà delle parti), teoricamente transigibili. L'Autore scinde quindi le situazioni in cui l'amministrazione non può assolutamente disporre del diritto a tutela dell'interesse pubblico, da quelle in cui ha un potere di disponibilità limitato in quanto trovano fondamento nella volontà dei soggetti coinvolti. In quest'ultima circostanza sarebbe ipotizzabile la transazione dei diritti pur essendo coinvolto un atto amministrativo.

³⁴⁷ Sul punto si veda, ancora, E. Guicciardi, *La transazione*, cit., p. 149: <<Non è la transigibilità di un determinato rapporto considerato in se stesso e nella sua disciplina giuridica, quella che può essere affermata o negata; ma è il nuovo rapporto giuridico che in forza della transazione si costituirebbe fra le parti in sostituzione del rapporto controverso che, secondo che sia consentito o meno dall'ordinamento giuridico, fa ritenere il negozio ammissibile o inammissibile>>. Cfr. altresì G. Greco, *Compromettibilità in arbitri*, cit., p. 252, ove l'Autore critica l'argomento per cui le parti sostituiscono, con la transazione, al regolamento legale degli interessi quello tra loro concordato, con rischio di disapplicazione delle norme di diritto pubblico: <<negare la transigibilità dei rapporti pubblicistici in quanto disciplinati imperativamente significa confondere tra posizioni soggettive e lite (...) si commette l'errore di non considerare che è proprio l'esistenza di una lite incerta nel suo possibile esito giudiziale, e in particolare l'incertezza in ordine alla applicazione delle norme pubblicistiche, a spingere l'Amministrazione alla transazione. Se invece fosse certa la (corretta) applicazione delle norme pubblicistiche inderogabili, alla transazione non dovrebbe nemmeno giungersi; ma per l'assenza dell'interesse a transigere, non per l'esistenza di una disciplina imperativa>>.

³⁴⁸ Cfr. *supra*, capitolo I, § 4.

possibile per il soggetto pubblico e per quello privato transigere su questioni che coinvolgono interessi legittimi.

La circostanza che parte attiva dell'accordo sia un'amministrazione ha condotto verso posizioni negative: di là dalla struttura dell'interesse legittimo, sarebbe quindi la presenza di un pubblico potere a impedire la *transazione amministrativa*³⁴⁹.

Prima di affrontare tale profilo, si impone una precisazione metodologica e concettuale, basata sulla distinzione tra rapporti di diritto pubblico e rapporti di diritto privato della pubblica amministrazione.

In questi ultimi il soggetto pubblico non esercita un potere amministrativo, ma pone in essere una vera e propria fattispecie contrattuale, agendo sul piano giuridico come un qualsiasi altro soggetto privato, in un rapporto di parità con la controparte³⁵⁰. Tale affermazione deve essere, tuttavia, rettificata nella misura in cui per stipulare una transazione è necessaria un'attenta valutazione dalla quale devono emergere la convenienza e l'adeguatezza del risultato raggiungibile rispetto al ricorso al giudice; inoltre vi sono disposizioni di legge che pongono vincoli procedurali per arrivare all'accordo transattivo tra pubblica amministrazione e privati³⁵¹.

³⁴⁹ Cfr. P. Chirulli, P. Stella Richter, *Transazione*, cit., p. 869, ove si sostiene che a far ritenere non ammissibile la transazione avente a oggetto IL non è la struttura di questi, quanto la natura del potere amministrativo: «Questo, infatti, per essere sempre finalizzato al perseguimento di interessi pubblici, nell'ambito dei criteri di corretta azione amministrativa, non può essere determinato nel suo svolgimento da negozi intervenuti con privati che ne possano condizionare le ulteriori scelte a discapito di eventuali interessi di terzi e comunque nel mancato rispetto del principio di imparzialità amministrativa». In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, n. 527/2006.

³⁵⁰ Cfr. S. Buscema, A. Buscema, R. Raffaele, *I contratti della Pubblica Amministrazione*, Padova, 2008, per i quali l'attività amministrativa di diritto privato della P.A. deve essere tenuta distinta da quella di diritto pubblico, non tanto per il ruolo autonomo che la stessa è chiamata a svolgere, quanto per la individuazione del diverso modo di realizzare inderogabilmente un interesse pubblico.

³⁵¹ Per fare degli esempi per quanto attiene alle amministrazioni statali l'art 13, r.d. n. 1611/1933 (T.U. avv. St.) che attribuisce alcuni compiti e responsabilità in capo all'Avvocatura dello Stato in ordine alla proposte transattive che coinvolgono le amministrazioni Statali, si aggiunga l'art. 14 r.d. 18 novembre 1923, n. 2240 sulla Contabilità dello Stato che menzionava a certe condizioni anche il parere obbligatorio (ormai divenuto facoltativo: art. 17, comma 25, legge n. 127/1997) del Consiglio di Stato. In realtà tali previsioni rinviano a delle procedure di *evidenza pubblica interna*, che pur riguardando solo la formazione di volontà dell'Amministrazione, coinvolge per forza di cose anche il privato, in quanto gli effetti confluiscono in quelli del contratto. Si veda inoltre l'accordo bonario previsto dall'art. 240 del d.lgs. n. 163/2006, istituito di carattere transattivo finalizzato principalmente a evitare, attraverso una rapida composizione stragiudiziale, il ricorso alla giustizia ordinaria o a quella arbitrale per le controversie che insorgono nella fase dell'esecuzione di un appalto di lavori pubblici. Sempre nell'ambito della disciplina del Codice dei contratti pubblici, l'art. 239 disciplina la *transazione* civile come forma generale di risoluzione del contenzioso in sede stragiudiziale. Il legislatore si è preoccupato di creare appositi istituti per consentire la risoluzione concordata delle controversie che possono insorgere tra stazione appaltante e il privato nelle varie fasi attinenti ai contratti pubblici. Si tratta quindi di transazioni su rapporti di diritto privato. Da questa problematica non sono neppure rimaste completamente estranee le istituzioni comunitarie. Il Consiglio d'Europa ha emanato nel 2001 una Raccomandazione con la quale si invitavano gli Stati Membri ad «apprestare e potenziare i modi alternativi di risoluzione delle controversie in alternativa ai ricorsi giurisdizionali»

Di là dalle suddette prescrizioni procedimentali, ciò che interessa è la pacifica ammissibilità dell'istituto nei rapporti di diritto privato ove sia parte una pubblica amministrazione³⁵², ovvero in quelli, pur inseriti nell'ambito di contratti di diritto pubblico, ma vertenti su aspetti meramente patrimoniali³⁵³.

Diversamente, i rapporti di diritto pubblico si distinguono per avere a oggetto l'esercizio di poteri pubblici. Per tale motivo, la dottrina³⁵⁴ ha escluso la natura pubblica della transazione intercorsa tra privati che, pur avendo quale oggetto sostanziale sottostante una vicenda di diritto pubblico, non comporti l'esercizio di pubbliche potestà³⁵⁵.

e anche che <<gli Stati si dotino di leggi nazionali attributive del potere di transigere alle autorità amministrative>>. Cfr. M. De Paolis, *Le controversie sui contratti pubblici in sede stragiudiziale e nel processo civile, amministrativo, penale e contabile*, Padova, 2010.

³⁵² Cfr. G. Greco, *Contratti e accordi*, cit., p. 228 e ss. L'Autore rileva come la transazione cui partecipa l'amministrazione in rapporti di diritto privato non può essere messa in discussione, anche perché espressamente prevista dalla legge ed esemplifica: <<l'esigenza e la possibilità di una transazione possono scaturire da problemi correlati alla validità, interpretazione od esecuzione di contratti di diritto privato dell'amministrazione, siano o meno stipulati in base a una procedura a evidenza pubblica>>. In giurisprudenza, si veda Corte Cass., n. 9155/1995; Corte Conti, sez. contr., n. 1871/1984.

³⁵³ Per un esempio nella giurisprudenza, cfr. Corte Cass., n. 2314/1990; Cons. Stato, n. 426/2003. Cfr., ancora, G. Greco, *Contratti e accordi*, cit., p. 229: <<Non è escluso, peraltro, transazioni di diritto privato, persino all'interno di un contratto che, nel suo complesso, è da qualificare come di diritto pubblico. Anche questi contratti, infatti, ben prevedono, accanto all'esercizio di poteri amministrativi, prestazioni che, singolarmente considerate, ricadono nel diritto comune (ad esempio le prestazioni poste a carico del privato contraente, ovvero le prestazioni a carico dell'Amministrazione, ma di contenuto meramente patrimoniale)>>. L'Autore si sofferma sulla piena rispondenza di tali ipotesi alla disciplina civilistica, Id., p. 230, anche per copiosi riferimenti giurisprudenziali. Si veda altresì A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 604.

³⁵⁴ Si occupa dettagliatamente della questione G. Greco, *Contratti e accordi*, cit., pp. 241 e ss., che qualifica tali accordi come transazioni di diritto privato che incidono su una lite avente a oggetto un atto amministrativo, altrimenti denominate <<transazioni di diritto privato aventi ad oggetto rapporti di diritto pubblico>>, da distinguere nettamente rispetto alle <<transazioni di diritto pubblico>>. *Contra*, cfr. E. Guicciardi, *Le transazioni*, cit.

³⁵⁵ La Cassazione si è espressa ripetutamente nel senso della transigibilità dell'interesse legittimo (pur se inteso come diritto d'azione o comunque di ricorso) in liti <<edilizie>> tra privati, perché <<nessuna disposizione vieta che si possa disporre di detto interesse personale, e che quindi lo stesso possa essere oggetto di transazione, qualificandosi o come *aliquid datum* o *aliquid retentum*>>, così F. Goisis, *Compromettibilità in arbitri*, cit., p. 255, ove l'Autore cita altresì numerosa giurisprudenza in proposito: Corte Cass., n. 4322/1982, che ha dichiarato transigibile una controversia relativa a un interesse legittimo in cui si faceva valere l'illegittimità della concessione edilizia rilasciata a terzi; Corte Cass., SS. UU., n. 427/1982. Conformemente, Corte Cass., n. 3479 /1978 (<<La rinuncia ad un ricorso davanti al giudice amministrativo, diretto a conseguire l'annullamento di licenza edilizia, può costituire, nei rapporti tra il ricorrente ed il beneficiario della licenza medesima, oggetto di transazione, atteso che tale beneficiario, quale contro interessato all'annullamento della licenza, trae un vantaggio dall'estinzione di quel procedimento per effetto della rinuncia stessa>>); Corte Cass., n. 2979/1981; Corte Cass., n. 2030/1982 (<<Al fine della ricorrenza di una transazione, con riguardo al contratto che definisca una controversia fra proprietari di fondi vicini in ordine a costruzioni realizzate da uno di essi, la rinuncia dell'altro a ricorsi amministrativi, proposti, in via gerarchica o giurisdizionale, avverso gli atti amministrativi inerenti l'autorizzazione di dette opere, è rilevante per

Invece, nelle fattispecie strettamente pubblicistiche³⁵⁶ è proprio la presenza del potere pubblico e, soprattutto, la ritenuta indisponibilità dello stesso da parte dell'amministrazione³⁵⁷ ad aver dato origine alle maggiori difficoltà interpretative.

Più in particolare, il problema si è concretamente incentrato sul necessario perseguimento dell'interesse pubblico, nonché sulla tutela delle posizioni di terzi eventualmente coinvolti in via indiretta³⁵⁸: entrambi gli elementi anzidetti impedirebbero la configurabilità di una piena disponibilità³⁵⁹ delle situazioni soggettive nella titolarità delle parti e, di conseguenza, la possibilità per le stesse di prevedere le <<reciproche concessioni>>³⁶⁰ a fronte di conflitti³⁶¹ (attuali o potenziali).

Da quanto esposto è evidente che la questione in oggetto sia stata più frequentemente affrontata dal punto di vista della parte pubblica, che non della situazione soggettiva del privato.

la sussistenza del requisito delle reciproche concessioni, atteso che tale rinuncia investe un potere di azione del privato, a tutela di interessi legittimi, che è nella disponibilità del medesimo>>); Corte Cass., SS. UU., n. 1409/2004.

³⁵⁶ Si ribadisce come le fattispecie strettamente pubblicistiche siano quelle in cui l'amministrazione detiene ed esercita poteri pubblici.

³⁵⁷ Il problema della disponibilità del potere è comune non solo alla tematica in oggetto, relativa alla transazione in ambito amministrativo, ma anche a quella degli accordi amministrativi *ex art. 11* legge n. 241/1990 (su cui cfr. *infra*, § 7), nonché a quella relativa all'arbitrato (su cui cfr. *infra*, seconda parte, capitolo III).

³⁵⁸ La questione, quindi, attiene alla disponibilità, da parte dell'amministrazione, dei diritti contesi. In caso di dimostrata indisponibilità delle situazioni soggettive oggetto di transazione, per il disposto di cui all'art. 1966 c.c. verrebbe meno il potere di transigere e si produrrebbe una transazione invalida perché nulla. Il punto è efficacemente messo in evidenza dal parere Corte dei conti, sez. reg. controllo Lombardia, del. n. 26/pareri/2008: <<In questi termini l'attività dell'ente pubblico è finalizzata al criterio di corretta azione amministrativa. Pertanto transazioni e negozi giuridici conclusi con i privati non possono condizionare l'esercizio del potere dell'Amministrazione pubblica sia rispetto alla miglior cura dell'interesse concreto della comunità amministrata, sia rispetto alla tutela delle posizioni soggettive di terzi, secondo il principio di imparzialità dell'azione amministrativa. In altre parole, l'assetto di interessi raggiunto con l'accordo dovrà comunque soddisfare l'interesse pubblico oltre ad essere quello di maggior convenienza per il privato>>.

³⁵⁹ La transazione pubblica <<è valida solo se ha ad oggetto diritti disponibili, secondo quanto previsto dall'art. 1965, comma 2, c.c.>>, cfr. Corte dei Conti, sez. reg. controllo Lombardia, parere n. 1116/2009, che nel caso sottoposto – attinente a transazioni su obbligazioni nascenti dall'irrogazione di sanzioni amministrative – ha precisato che <<il potere punitivo dell'amministrazione e le misure afflittive che ne sono l'espressione appartengono al novero delle potestà e dei diritti indisponibili, in merito ai quali è escluso che possano concludersi accordi transattivi con la parte privata destinataria degli interventi sanzionatori>>.

³⁶⁰ Le principali problematiche all'ammissione dell'operatività dell'istituto nel campo pubblico sono date proprio dalle difficoltà di riconoscere come possibili le "reciproche concessioni" tra l'amministrazione e il privato, come detto a causa del vincolo del perseguimento dell'interesse pubblico e della tutela delle posizioni dei terzi.

³⁶¹ Sulla necessari età del requisito delle situazioni giuridiche configgenti, cfr. Corte dei conti, sez. reg. controllo Lombardia, parere n. 1116/2009; Corte dei conti, sez. reg. controllo Lombardia, deliberazione n. 26/pareri/2008.

Due sono le ipotesi di transazione pubblicistica su cui la dottrina³⁶² si è interrogata: quelle aventi a oggetto una vicenda in cui l'amministrazione ha già esercitato il potere e quelle, invece, attinenti al futuro esercizio dello stesso.

Con riferimento alla situazione in cui il potere si è già concretizzato in un provvedimento, gli eventuali accordi transattivi sarebbero diretti a salvaguardare l'atto amministrativo stesso e i suoi effetti, con rinuncia all'impugnazione da parte del privato, che viene altrimenti soddisfatto³⁶³. A ben vedere, in tali ipotesi al centro della vicenda transattiva è l'interesse legittimo del privato, mentre non rileva il potere amministrativo, che ormai è stato esercitato e non può più formare oggetto di concessione. Peraltro, anche nell'eventualità che la parte pubblica torni (in un momento successivo all'accordo) sulla vicenda mediante poteri di autotutela, si tratterebbe di vicende ulteriori e autonome rispetto alla transazione già intervenuta.

Diversamente, nel caso in cui la transazione avvenga quando il potere amministrativo non è stato ancora nel concreto esercitato, le rinunzie e le concessioni non potranno che riguardare da un lato l'interesse legittimo del privato e dall'altro l'esercizio (o il non esercizio) del potere amministrativo. L'assetto che scaturisce dall'accordo sarà, pertanto, un rapporto di diritto pubblico.

Sono queste le ipotesi che hanno sollevato in passato maggiori perplessità nella dottrina³⁶⁴, per l'incidenza innovativa sull'esercizio di pubblici poteri.

³⁶² Fa riferimento a tale ripartizione in modo preciso G. Greco, *Contratti e accordi*, cit., p. 237 e ss., ma anche P. Chirulli, P. Stella Richter, *Transazione*, cit., p. 870.

³⁶³ Le pretese del privato vengono tacitate mediante un «sacrificio consistente nella cessione di un bene ovvero dietro l'esborso di una somma di denaro da parte della pubblica amministrazione», così, ancora, G. Greco, *Contratti e accordi*, cit., p. 237, che indica alcuni esempi concreti: «casi del genere si possono registrare (...) nel caso in cui, a fronte dell'impugnazione di un'occupazione d'urgenza e dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, l'Amministrazione espropriante (...) conviene con il proprietario (o con il terzo affittuario) una somma a titolo di ristoro, che fuoriesce dai limiti dell'accordo sull'indennità: così assicurando la prosecuzione dell'*iter* espropriativo unilaterale e senza alcun accordo sostitutivo dello stesso». L'Autore rileva altresì come non abbia alcuna incidenza, ai fini dell'ammissibilità dell'istituto, la consapevolezza o meno della natura viziata del provvedimento da parte dell'amministrazione, che – secondo una corrente di pensiero – non potrebbe transigere a fronte di una sicura illegittimità dello stesso, dovendo piuttosto agire in autotutela. L'esercizio dell'annullamento di ufficio, tuttavia, non presuppone soltanto la sussistenza di un atto illegittimo poiché l'art. 21 *nonies*, legge n. 241/1990 non obbliga la Pa a annullamento di ufficio in caso di illegittimità), ma altre valutazioni discrezionali riservate all'amministrazione, che quindi detiene la disponibilità di mantenere in vita l'atto stesso. In conclusione, l'illegittimità dell'atto non è ostacolo alla transigibilità di una controversia.

³⁶⁴ Sulla transazione avente a oggetto il futuro esercizio del potere, cfr. P. Chirulli, P. Stella Richter, *Transazione*, cit., p. 870: «L'inammissibilità di transazioni che abbiano come unico effetto quello di vincolare l'amministrazione nelle sue ulteriori determinazioni discende dunque per un verso dall'irrinunciabilità della potestà amministrativa, intesa come necessità che le scelte pubbliche avvengano mediante una imparziale comparazione degli interessi, per altro verso dall'esigenza di salvaguardare le posizioni dei terzi». Viene, in pratica disconosciuta l'ammissibilità di una transazione che investa l'ulteriore esercizio del potere. Gli Autori richiamano a tal fine alcune decisioni giurisprudenziali: Cons. Stato, n. 489/1983, in cui è stata dichiarata la legittimità in sede di controllo di una delibera comunale avente a oggetto una convenzione transattiva secondo cui, dietro il pagamento di una somma da parte della ditta costruttrice a titolo di opere di urbanizzazione, si

Come già accennato, la disciplina introdotta con l'art. 11 della legge n. 241/1990 ha favorito il riconoscimento dell'ammissibilità di transazioni sull'esercizio del potere amministrativo³⁶⁵.

Il legame (non solo concettuale e interpretativo, ma anche) strutturale tra gli accordi di cui alla normativa anzidetta e la *transazione amministrativa* è stato in alcuni casi elaborato e applicato dalla giurisprudenza³⁶⁶.

Invero non si vedono rilevanti differenze tra una transazione antecedente e una successiva all'esercizio del potere: a mutare è esclusivamente il contenuto della posizione della pubblica amministrazione³⁶⁷.

Del resto, sia nella legge³⁶⁸ che nella prassi si annoverano frequentemente casi di accordi transattivi relativi all'esercizio *pro futuro* del potere pubblico³⁶⁹, ormai ritenute ammissibili anche dagli interpreti³⁷⁰.

rinunciava a far valere le prescrizioni urbanistiche che nella zona prevedevano un diverso tipo di insediamento>>. Ugualmente, cfr. Cons. Stato, n. 542/1980.

³⁶⁵ Cfr. G. Greco, *Contratti e accordi*, cit., in particolare pp. 248 e ss, ove l'Autore espone una serie di esempi concreti di accordi transattivi sull'esercizio del potere amministrativo ex art. 11, legge n. 241/1990. L'Autore, tuttavia, evidenzia come non sia sempre scontato distinguere nettamente la causa transattiva da quella di perseguimento del pubblico interesse, risolvendo infine la questione: <<quanto alla <<causa>> - intesa come funzione economica – sociale del contratto -, essa non può consistere nell'interesse pubblico, di cui è portatrice la sola amministrazione e, dunque, una soltanto delle parti. Ne deriva che non sussistono ostacoli nell'individuare, nei casi sopra segnalati e in casi simili, nella funzione transattiva la vera causa, in senso giuridico, degli accordi>>.

³⁶⁶ Gli accordi transattivi sono stati a volte stati ricondotti entro lo schema di cui all'art. 11 della legge n. 241/1990. A favore di tale inquadramento, TAR Abruzzo, n. 614/1994; TAR Veneto, n. 2334/1998. *Contra*, cfr. Cons. Stato, n. 5365/2004.

³⁶⁷ Così, di nuovo, G. Greco, *Contratti e accordi*, cit., p. 246: <<Se la controversia (o il rischio di controversia) si manifesta ancor prima dell'esercizio del potere e, dunque, prima dell'emanazione di un provvedimento amministrativo, ciò di cui l'Amministrazione può disporre è dell'ambito (e nell'ambito) della discrezionalità di cui detto potere è eventualmente connotato. Se, viceversa, la controversia (o – ma più difficilmente in questo caso – il rischio di controversia) riguardi un provvedimento già emesso, l'ambito di cui l'Amministrazione può <<disporre>> - sia pure con i limiti ben noti – riguarderà il potere di annullamento, di revoca, di riforma, ecc. (dunque, un potere relativo ad atti di secondo grado), nonché l'eventuale margine di discrezionalità di cui sia dotato il potere di esercitare, in luogo del primo già esercitato>>.

³⁶⁸ Un esempio paradigmatico è dato dal riconoscimento della transazione nei rapporti tributari. Si veda le tipizzazioni di istituti transattivi di cui all'art. 3, comma e, D.L. n. 138/2002, nonché all'art. 5, comma 4, legge n. 385/1990. Entrambe le discipline indicate prevedono transazioni vertenti sulle modalità di esercizio del potere amministrativo in relazione alle imposte.

³⁶⁹ Come rileva F. Goisis, *Compromettibilità in arbitri*, cit., p. 266: <<Non sono mancate infatti, anche di recente, pronunce del Consiglio di Stato con le quali viene disposto l'annullamento di atti di adesione di transazioni, su vicende di esercizio del potere amministrativo. Ivi le transazioni e gli atti di loro approvazione, sono stati, evidentemente, visti come modalità di esercizio della funzione amministrativa coinvolta nel regolamento transattivo. Come tali – e qui sta il punto – non di per sé contrastanti con l'ordinamento giuridico. Anche se, naturalmente, soggetti al vincolo di necessaria legittimità dell'azione amministrativa>>. L'Autore indica in seguito alcune pronunce esemplificative, tra cui Cons. Stato, n. 1747/1998 (in cui addirittura il Collegio perviene a stabilire la *disponibilità* del pubblico potere); Cons. Stato, n. 5365/2004; Cons. Stato, n. 4167/2003; Cons. Stato, n. 2516/2003; Cons. Stato, n. 1544/2003.

L'illustrazione del dibattito sviluppatosi sul tema in esame consente alcune considerazioni conclusive.

La presenza della parte pubblica in veste di autorità non inficia la possibilità di instaurare un rapporto bilaterale di tipo transattivo, nascente dall'incontro della volontà del privato con quella dell'amministrazione. Quanto all'oggetto di tale accordo, ai fini della ricerca interessa dimostrarne l'ammissibilità nel caso che esso verta sulla situazione giuridica di interesse legittimo nella titolarità del cittadino. Ebbene, la natura *intrinsecamente disponibile* dell'interesse legittimo³⁷¹ comporta, di per sé, la piena transigibilità dello stesso, peraltro riconosciuta dalla giurisprudenza che si è pronunciata sulle tematiche in oggetto³⁷².

L'anzidetta disponibilità non viene intaccata dalla presenza, nell'ambito della medesima vicenda, di un pubblico potere. Come già rilevato³⁷³, infatti, il potere non costituisce il polo opposto dell'interesse legittimo e, quindi, non può costituire oggetto di pretesa del privato.

Ciò non toglie che l'amministrazione possa legittimamente decidere di disporre del proprio potere discrezionale mediante accordi transattivi³⁷⁴: questa problematica, tuttavia, poco ha a che vedere con la situazione di interesse legittimo.

La transazione dell'interesse legittimo, oltretutto, non può essere ritenuta di intralcio neanche rispetto alla realizzazione dell'interesse pubblico, data la (già riscontrata) alterità tra l'uno e l'altro. Pur non escludendosi una possibile coincidenza tra soddisfazione della situazione del privato e perseguimento del fine pubblico,

³⁷⁰ A favore dell'ammissibilità della transazione pubblicistica vertente sull'esercizio di potere (e non su un potere già esercitato), si veda G. Greco, *Contratti e accordi*, cit., p. 251, che, nell'indagare la disciplina agli stessi applicabile, mette in luce la necessità del rispetto di tutti i vincoli di legittimità dell'atto amministrativo, compreso l'obbligo perseguimento interesse pubblico primario. Perviene alle medesime conclusioni F. Goisis, *Compromettibilità*, cit., p. 272: nonostante che l'Autore riconosca limitate capacità dispositive in capo al privato, la transazione è comunque ammissibile e non assume quindi rilievo preclusivo la circostanza che il potere pubblico sia non trasferibile al cittadino, giacché la vertenza avrà a oggetto non la spettanza del potere all'una o all'altra parte, bensì la validità dell'atto di esercizio in concreto del potere.

³⁷¹ Come rilevato anche da F. Goisis, *Compromettibilità*, cit., p. 272: «non pare sia mai stata fornita un'effettiva dimostrazione dell'indisponibilità (materiale o sostanziale, ossia, quest'ultima, come conseguenza degli interessi in gioco) degli interessi legittimi».

³⁷² Si fa riferimento, nuovamente, all'orientamento giurisprudenziale già indicato *supra*, secondo cui sono transigibili gli interessi legittimi oggetto delle liti «edilizie» tra privati.

³⁷³ Cfr. *supra*, in questo capitolo, § 2.

³⁷⁴ La transazione viene da talune parti vista non come un problema di disponibilità del potere, bensì come un modo di esercizio del medesimo, cfr. F. Goisi, *Compromettibilità*, cit., p. 268, nonché p. 263 «la circostanza che il potere debba esercitarsi nel doveroso perseguimento dell'interesse pubblico non significa che non possa rinunciarsi, in un caso concreto, ad un particolare esito (...); ovvero che non sia dato accordarsi, nell'ambito delle reciproche concessioni proprie del regolamento transattivo, su alcuni aspetti dell'esercizio. Implica, piuttosto, che la concreta decisione dovrà operarsi esclusivamente in conformità all'interesse pubblico e, più complessivamente, nel pieno rispetto della legittimità (...) il concreto esercizio del potere amministrativo non sembra indisponibile né materialmente, né sostanzialmente (perché non è vero che fare concessioni sull'esercizio del potere significhi, sempre, una illegittima o inadeguata cura dell'interesse pubblico)».

l'interesse legittimo è sempre attribuito e previsto nell'esclusivo riguardo del suo titolare e non a garanzia di un assetto generale³⁷⁵.

Pertanto la transazione avente a oggetto l'interesse legittimo deve ritenersi pienamente ammissibile, senza che in tal senso siano riscontrabili ostacoli connessi a elementi o a profili estranei dalla struttura sostanziale di tale situazione soggettiva³⁷⁶.

7. Gli accordi ex art. 11, l. n. 241/1990: dalla disponibilità dell'interesse legittimo alla disponibilità del pubblico potere.

La disciplina di cui alla legge n. 241, come già rilevato, ha fortemente contribuito alla rilettura del *rapporto* tra pubblica amministrazione e privato in un'ottica paritaria^{377 378}.

³⁷⁵ Del resto l'ordinamento riconosce e tutela l'interesse legittimo nell'esclusivo interesse del titolare, ben potendo l'amministrazione agire efficacemente anche senza riconoscere alcuna rilevanza alle posizioni del privato. Se pertanto il cittadino rinunciasse alle sue prerogative nel corso del procedimento, o si obbligasse nei confronti dell'amministrazione a non impugnare un provvedimento che ritiene illegittimo, o magari a rinunciare al giudizio, o ancora favorisse la convalida del provvedimento, non si vedrebbero ostacoli al riconoscimento della vincolatività di tale accordo.

³⁷⁶ Si veda F. Goisis, *Compromettibilità in arbitri*, cit., p.269: <<le facoltà proprie dell'interesse legittimo sono date (...) nell'interesse del cittadino: ma allora non è affatto chiaro perché quest'ultimo non dovrebbe disporre come giudica più opportuno. Ma anche a ritenere che siano, tali facoltà, esclusivamente (o prevalentemente, o anche) conferite nell'interesse astratto ed oggettivo della legittimità dell'azione amministrativa (valore, quest'ultimo, certo trascendente gli interessi del cittadino) (...) ciò che è incerto è proprio, nel caso di lite sul corretto esercizio del potere, la retta applicazione delle norme e dei principi inderogabili dell'agire dell'amministrazione. Sicché non vi sono elementi per dire che la transazione si ponga in contrasto con quell'interesse oggettivo alla legittimità, a cui, per ipotesi, potrebbe agganciarsi un'esigenza di indisponibilità della posizione correlata al potere>>.

³⁷⁷ Cfr. G. Pastori, *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1993, pp. 486 e ss., per il quale la legge n. 241/1990 infatti ha reso possibile un mutamento dell'unilateralità del potere in favore di una <<rete di rapporti bilaterali, di diritto e di dovere, fra amministrazione e terzi e fra questi tra di loro, rapporti che vengono a costituire nel loro insieme la sostanza del procedimento, servendo a tradurre sul piano formale la trama sostanziale degli interessi sottostanti>>.

³⁷⁸ Si intende qui riferirsi agli accordi conclusi tra pubblica amministrazione e privati. Si vedano le considerazioni di F. Trimarchi Banfi, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. dir.*, 1993, pp. 237 e ss.; M. Renna, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 270 e ss., anche per i copiosi riferimenti dottrinali. Si veda E. Picozza, *Attività amministrativa e diritto comunitario*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1997, pp. 16 e ss., il quale partendo dalla tematica aggiunge altresì che un'incentivazione dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione promana anche dal diritto comunitario favorevole al mercato e, dunque, ad una posizione tendenzialmente paritaria delle parti. Più in generale, sulla crescente affermazione di principi a carattere paritario e consensuale volti a governare l'esercizio dell'azione amministrativa, cfr. nota a. Romano Tassone, *L'arbitrato*, in AA. VV., *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, B. Sassani, R. Villata (a cura di), Torino, 2004, pp. 397 e ss.

In tal senso, una tra le norme più rilevanti è l'art. 11 della citata legge³⁷⁹ che, nel prevedere la possibilità per il privato di concludere con l'amministrazione accordi³⁸⁰ sostitutivi (o integrativi)³⁸¹, acquista un notevole valore ai fini della ricerca^{382 383}.

In questa sede, ciò su cui interessa soffermarsi è il contributo positivo che l'istituto dell'accordo procedimentale ha apportato alla questione della disponibilità dell'interesse legittimo³⁸⁴ e, più in generale, delle situazioni giuridiche soggettive nella titolarità delle parti del *rapporto amministrativo*.

³⁷⁹ Si riporta per intero il testo vigente dell'art. 11, legge n. 241/1990: «In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10, l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo. Al fine di favorire la conclusione degli accordi di cui al comma 1, il responsabile del procedimento può predisporre un calendario di incontri cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati. Gli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti. Ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili. Gli accordi di cui al presente articolo devono essere motivati ai sensi dell'articolo 3. Gli accordi sostitutivi di provvedimenti sono soggetti ai medesimi controlli previsti per questi ultimi. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato. A garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento».

³⁸⁰ Sugli accordi amministrativi è imprescindibile il rinvio alle opere di S. Civitarese Matteucci, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006; G. Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001; M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996.

³⁸¹ L'accordo di cui alla legge n. 241/1990 è un negozio bilaterale sottoscritto da entrambe le parti e soggetto ai principi civilistici in tema di obbligazioni e contratti.

³⁸² Si vedano le considerazioni di G. Marena, *L'urbanistica consensuale*, cit., p. 894: «L'intensa evoluzione ha condotto ad un risultato significativamente rilevante nel settore pubblicistico e produttivo di tutta una serie di conseguenze particolarmente apprezzabili, ovvero la emersione di un'amministrazione obiettivata "per accordi", palese espressione di cambiamento, non solo sul piano giuridico ma ancora prima su quello politico, culturale e sociale, in cui tende a prevalere il momento «tendenzialmente paritario» dell'erogazione dei servizi. Al mutamento dell'operare pubblicistico, al cui interno organizzazione ed accordo interagiscono inevitabilmente, è seguita una diversa declinazione dei normali termini del rapporto tra amministrazione e privati, improntato ad una sostanziale pariteticità, la cui estrinsecazione si rinviene nella figura dell'accordo, figura alquanto discussa».

³⁸³ Il rilievo degli accordi ai fini della ricerca è evidente anche dalle connessioni tra questo tema e quello della transazione, come rilevato da G. Greco, *Contratti e accordi*, cit., p. 243, cui si rinvia anche per i riferimenti giurisprudenziali, nonché Id., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, in particolare pp. 100 e ss.

³⁸⁴ Nella giurisprudenza, TAR Lazio, n. 4362/2005, che – pur pronunciandosi in tema di ammissibilità dell'arbitrato – utilizza quale argomento a favore della disponibilità degli interessi legittimi proprio la disciplina *ex art.* 11, legge n. 241/1990.

La negoziabilità di questioni oggetto dell'anzidetto *rapporto*, infatti, può essere interpretata al tempo stesso quale ricaduta consequenziale della disponibilità dell'interesse legittimo, ovvero quale elemento da cui ricavare la disponibilità medesima.

Per questo motivo, non saranno affrontati i problemi principali e più conosciuti connessi alla natura degli accordi aventi *oggetto pubblico*³⁸⁵; del pari, non è rilevante soffermarsi sulle situazioni soggettive (o comunque sull'assetto giuridico³⁸⁶) che conseguono alla stipulazione degli stessi³⁸⁷, ma, piuttosto, sulla fase antecedente.

Secondo l'attuale disciplina³⁸⁸, il privato e l'amministrazione possono ricorrere ordinariamente allo strumento convenzionale in fattispecie ove emerga un potere

³⁸⁵ La tematica è ampia e complessa ed esula dall'oggetto della ricerca. In questa sede ci si limita a citare le opere di G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, che compie uno studio approfondito (anche dal punto di vista comparatistico), sulle differenti posizioni che si sono succedute nel tempo sulla categoria in questione; G. Greco, *Accordi amministrativi*, cit.; D. Sorace, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010, anche per i riferimenti bibliografici.

³⁸⁶ Per una ricostruzione in chiave prettamente privatistica della disciplina conseguente alla stipula dell'accordo ex art. 11, legge n. 241/1990, si veda G. Manfredi, *Accordi e azione*, cit., in particolare pp. 100 e ss. L'Autore interpreta alla stregua delle norme civilistiche anche il recesso ex comma 4 art. 11 anzidetto (cfr. p. 312). *Contra*, tra le tante pronunce, si veda Cons. Stato, n. 6162/2011, in cui il Collegio ritiene il potere di recesso sia corollario del principio di inesauribilità del potere amministrativo.

³⁸⁷ Sul punto, è rilevante l'osservazione di G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit. p. 268: <<gli impegni reciproci assunti dalle parti dell'ipotetica *convenzione amministrativa* non possono considerarsi altrimenti che nella prospettiva dei *diritti soggettivi*, corrispondenti agli obblighi assunti. Ciò vale, evidentemente, per la posizione dell'amministrazione, in quanto *pretenda* dal privato l'adempimento della convenzione; ma non può non valere anche per il privato, per il quale l'adesione dell'amministrazione alla convenzione non può non generare (...) un diritto soggettivo al suo regolare adempimento>>. Si veda altresì F. Trimarchi Banfi, *L'accordo come forma dell'azione*, cit., p. 239: <<quando sia intervenuta un'intesa sulla parte del contenuto del provvedimento di cui l'amministrazione può disporre e l'intesa sia stata formalizzata nei modi di legge, l'amministrazione ha esaurito il proprio potere in ordine al provvedimento ed è vincolata nel proprio agire, ormai regolato unicamente dall'accordo e dalle disposizioni di legge. L'intera attività amministrativa, dopo l'accordo è vincolata>>, nonché Id., p. 245: <<con l'accordo il privato consegue una situazione di diritto soggettivo all'adempimento di quanto concordato, con quello che ne deriva nell'ipotesi di mancato o imperfetto adempimento>>. La disciplina di cui alla fase successiva alla stipulazione dell'accordo è oggetto di ampio dibattito, specie con riferimento alla coesistenza tra rimedi civilistici e amministrativistici (si veda, *ex multis*, Cons. Stato, n. 2568/2010, per il quale la persistenza di un potere discrezionale dell'ente pubblico, rispetto cui il privato vanta un interesse legittimo, non vale a escludere che atti amministrativi aventi rilievo nell'esecuzione degli accordi possano e debbano essere assoggettati non solo ai meccanismi impugnatorio e demolitorio, ma anche mediante l'applicazione diretta della disciplina dell'inadempimento del contratto).

³⁸⁸ Gli accordi sostitutivi, fino all'entrata in vigore della legge n. 15/2005, erano ammissibili solo in ipotesi tassative descritte dal legislatore, quali, ad esempio, la cessione volontaria dell'aria in sostituzione del provvedimento di esproprio e la convenzione di lottizzazione. La legge n. 15/2005 ha eliminato l'inciso <<nei casi previsti dalla legge>> contenuto nella formulazione originaria dell'art. 11, legge n. 241/90 rendendo gli accordi sostitutivi atipici. Ne consegue che la portata degli accordi amministrativi è stata estesa all'intera area del potere amministrativo discrezionale.

discrezionale pubblico³⁸⁹: ciò significa che l'accordo è considerato un modulo generale dell'agire amministrativo³⁹⁰.

L'istituto opera, quindi, esclusivamente in fattispecie ove sussista un margine di discrezionalità dell'amministrazione, a fronte del quale il cittadino sarà – verosimilmente – titolare di un interesse legittimo. Ove, quindi, tale situazione non fosse disponibile, neanche sarebbe possibile la sua *generalizzata negoziabilità*³⁹¹ ai sensi dell'art. 11 L. n. 241/1990.

Non a caso la dottrina³⁹², nel soffermarsi sulla tematica degli accordi, si è concentrata per lo più sulla prospettiva della parte pubblica, ritenendo pressoché scontata, in questa ipotesi la disponibilità da parte del privato dell'interesse legittimo, pur senza pervenire a conclusioni circa la natura o la struttura dello stesso.

Si è posto, semmai, il problema della disponibilità del potere pubblico, su cui la dottrina si è divisa tra una posizione negativa, di stampo tradizionale³⁹³, e una più aperta³⁹⁴, basata – appunto – sul riconoscimento legislativo di accordi attinenti l'esercizio del potere stesso.

³⁸⁹ Cfr. Cons. Stato, n. 1310/2014, che ammette la possibilità di concludere gli accordi *ex art. 11*, legge n. n. 241/1990 anche in caso di provvedimenti vincolati, quando la P.a. sia chiamata comunque ad assumere decisioni discrezionali per lo meno sotto il profilo tecnico.

³⁹⁰ Cfr. *ex multis*, Cons. Stato, n. 5000/2013, secondo cui gli accordi non sono negozi di dir privato, ma costituiscono una modalità di esercizio del potere amministrativo.

³⁹¹ Si veda quanto sostenuto da G. P. Cirillo, *La tutela in via arbitrale*, cit. secondo cui l'art. 11, legge n. 241/1990, oltre ad avere codificato la natura sostanziale dell'interesse legittimo, ha fissato la regola dell'utilizzazione generalizzata dello strumento dell'accordo procedimentale per determinare il contenuto del provvedimento finale e, in casi stabiliti dalla legge, per sostituire il provvedimento amministrativo. Gli accordi, secondo l'Autore, possono diventare lo strumento attraverso il quale l'amministrazione, anche quando agisce come autorità e quindi quando provvede con atto amministrativo e non con contratto o convenzione di diritto pubblico, rende concretamente possibile la soluzione arbitrale delle controversie patrimoniali di natura risarcitoria. Torneremo sul punto *infra*, seconda parte, cap. III.

³⁹² Così F. G. Scoca, *La capacità della pubblica Amministrazione di compromettere in arbitri*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1999, p. 106: <<non c'è dubbio che l'interesse legittimo sia disponibile. Il problema non è se esso sia disponibile, il problema è semmai se sia disponibile la situazione soggettiva contrapposta all'interesse legittimo, cioè il potere dell'Amministrazione>>.

³⁹³ Tradizionalmente la dottrina, soprattutto quella anteriore alla legge n. 241/90, ha riferito l'indisponibilità del potere amministrativo, senza peraltro fornire una qualsivoglia motivazione a questo assunto quasi dogmatico P. De Lise, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., pp. 1196 e ss. Il punto di vista è efficacemente indicato da G. Caia, *Materie compromettibili in arbitrato con la pubblica amministrazione*, in AA. VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, 1999, pp., 18 e ss.: <<il limite è rappresentato dalla esistenza nelle fattispecie di una situazione di potere amministrativo, il quale è di per sé inesauribile ed irrinunciabile>>.

³⁹⁴ Si veda: G. Greco, *Contratti e accordi*, cit., p. 246: <<l'art. 11 della legge 241 ha, chiaramente, presupposto e riconosciuto la capacità dell'amministrazione di "disporre" del pubblico potere>>; G. Verde, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.* 1996, pp. 220 e ss.: <<ai nostri fini può essere sufficiente rilevare che nel settore in cui è ammessa la rilevanza degli accordi nel corso del procedimento amministrativo, in sostituzione del provvedimento finale, ovvero al fine di determinarne il contenuto non è più possibile dire, senza entrare in una vistosa

La questione è andata a interferire anche sulla sfera soggettiva del privato: la ritenuta indisponibilità del potere, infatti, talvolta ha assunto un rilievo così pregnante da rendere limitato anche l'interesse legittimo nella sua dimensione funzionale³⁹⁵, sulla base della tradizionale dicotomia che è ritenuta intercorrere tra le due situazioni giuridiche³⁹⁶

Si ritiene tuttavia che, anche ove il potere pubblico sia effettivamente non disponibile, ciò non assume alcun valore rispetto alla posizione del privato, giacché tale potere, avente natura di situazione attiva³⁹⁷, non si contrappone all'interesse legittimo³⁹⁸, pur esso attivo.

contraddizione con se stessi, che le situazioni coinvolte nel contrasto e definite consensualmente rientrano nell'area dell'indisponibile giuridico>>; V. Domenichelli, *Giurisdizione amministrativa*, cit., p. 242, ove la disponibilità del potere è inizialmente messa in dubbio dalla coincidenza del medesimo con una situazione di dovere (irrinunciabile). L'Autore conclude infine che <<se la disponibilità è collegata alla possibilità di por fine ad una lite o di prevenirla facendosi reciproche concessioni, ex art. 1966 c.c., è proprio certo che lo stesso potere sia del tutto indisponibile, quando anch'esso sia suscettibile di essere compreso in possibili transazioni?>> e prosegue ritenendo il potere non rinunciabile, ma disponibile nel senso che esso può ben muoversi <<nella stessa direzione della pretesa sostanziale ad esso contrapposta (che è il contenuto dell'interesse legittimo)>>, con la conclusione che <<anche il potere, in quanto dovere di provvedere in una certa direzione, potrebbe essere considerato disponibile, in quanto sussumibile sotto la specie comune delle obbligazioni>>. Inoltre, ove il dovere sia <<scelta discrezionale che può e deve muoversi in modo divergente rispetto alla pretesa>>, la disciplina degli accordi reca con sé la necessità di una rimeditazione degli assetti tradizionali, alla luce della caduta del <<dogma dell'unilateralità e dell'imperatività>> e anche del <<tabù dell'indisponibilità assoluta del potere>>, con più ampio spazio alla volontà delle parti. Si veda infine M. Antonioli, *Arbitrato e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, pp. 326 e ss. e in particolare p. 327: <<laddove le potestà possono essere esercitate su base *consensuale e paritetica*, anziché *unilaterale ed imperativa*, verrebbe meno – sul piano teorico – la *non disponibilità* dei rapporti in questione>>; F. Goisis, *Compromettibilità in arbitri*, cit., p. 253: <<al limite dell'indisponibilità delle controversie, si è opposto che il dettato dell'art. 11 della l. n. 241 del 1990 presuppone la normale negoziabilità del potere amministrativo: il che dovrebbe (quantomeno) indirizzare verso una rimeditazione circa la sua supposta indisponibilità>>; M. Antonioli, *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, Milano, 2004, pp. 63 e ss.: <<la tesi dell'indisponibilità dell'interesse pubblico (...) non sembra più in linea con il vigente quadro normativo (...) almeno in ipotesi, la potestà amministrativa è suscettibile di divenire disponibile, mediante l'impiego di moduli di tipo consensuale>>.

³⁹⁵ Si veda G. P. Cirillo, *La tutela in via arbitrale*, cit.: <<Tuttavia, già da anni molte cose sono cambiate rispetto alla teorica della potestà pubblica, che, soprattutto per effetto della legge sul procedimento amministrativo, e in particolare dell'art. 11, l. 7 agosto 1990 n. 241 — laddove consente all'amministrazione la conclusione di accordi con i privati per “determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale” — sembra essere stata attratta nell'area della negoziabilità. Pertanto, atteso che l'indisponibilità riguarda unicamente la potestà pubblica e non la situazione del privato, quale che sia (...) >>.

³⁹⁶ Cfr. M. Passoni, *Responsabilità per contatto e risarcimento per lesione di interessi legittimi*, in *Giur. it.*, 2001, in particolare p. 1225; F. Goisis, *Compromettibilità in arbitri*, cit., p. 253; G. Greco, *L'accertamento autonomo*, cit., in particolare pp. 164 e ss.

³⁹⁷ Sul punto si rinvia alle osservazioni di L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione la dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, in particolare p. 171: <<alle facoltà (o ai poteri) partecipativi del cittadino non possono non corrispondere ancora che situazioni passive della p.a. (...), confermandosi

In altri termini, l'interesse legittimo coesiste con il pubblico potere, senza che tra i due sussista alcuna corrispondenza e specularità³⁹⁹.

È evidente, quindi, che un'eventuale vicenda dispositiva dell'interesse legittimo non ha interferenze – se non meramente indirette – con quella vicenda, ugualmente dispositiva, che interessa il potere amministrativo.

A fronte di ciò non mutano i risultati sinora raggiunti circa la strutturale disponibilità della situazione soggettiva del privato.

Solo qualche breve cenno merita, pertanto, la tematica – già anticipata – della disponibilità del pubblico potere, di stretta connessione con l'oggetto della ricerca soprattutto con riferimento alle conseguenze derivanti su istituti specifici⁴⁰⁰, che sono stati talvolta ritenuti non ammissibili nel diritto amministrativo (quindi preclusi anche al cittadino) proprio in considerazione della funzionalizzazione dell'agire pubblico⁴⁰¹.

L'ammissibilità generalizzata di accordi sull'esercizio del potere, se dimostra la *negoziabilità*⁴⁰² di esso non ne ha comportato in automatico, secondo l'orientamento dominante, anche la disponibilità.

In effetti, quest'ultima costituisce attributo ricavabile dalla struttura di ciascuna situazione soggettiva.

È stato oltretutto ricordato più volte che la *disponibilità* dell'interesse legittimo (ma ciò vale anche per il diritto soggettivo) deriva non solo dal suo carattere

la conclusione che non è il potere a fronteggiare l'interesse legittimo>>. Si veda altresì M. Delsignore, *La compromettibilità*, cit., p. 133: <<il potere si profila come situazione giuridica soggettiva, cui corrisponde, dall'altro polo del rapporto potestativo, la figura giuridica della soggezione>>. L'Autrice compie una puntuale analisi circa la natura del potere, cui si rinvia anche per i riferimenti dottrinali.

³⁹⁸ Cfr. F. G. Scoca, *Contributo sulla figura*, cit., p. 24, ove il potere è considerata situazione giuridica unilaterale.

³⁹⁹ Si veda *contra* F. G. Scoca, *Contributo*, cit., p. 30. La coesistenza, in capo all'amministrazione, di situazioni di obbligo e di potere è efficacemente esposta da L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., p. 94: <<L'obbligo, pertanto, campeggia in questa prospettiva e si impone sull'esistenza del potere amministrativo, il cui esercizio diventa lo strumento di attuazione della volontà legge>>. Più specificamente, cfr. pp. 168 e ss. Si veda altresì pp. 107 e ss. per la contestazione della corrispondenza tra interesse legittimo e dovere.

⁴⁰⁰ Gli studi che si sono interessati all'ammissibilità o meno dell'arbitrato nelle vertenze aventi a oggetto interessi legittimi hanno spesso correlato tali situazioni soggettive con il potere. Si tornerà ampiamente sul punto *infra*, seconda parte, cap. III.

⁴⁰¹ Con riferimento all'arbitrato, prevale tendenzialmente l'affermazione che a essere indisponibile non sia l'interesse legittimo, ma il potere amministrativo: si veda G. Veneziano, *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it; F. G. Scoca, *La capacità della pubblica amministrazione*, cit., p. 106; G. Caia, *Materie compromettibili*, cit., pp. 18 e ss.; M. Del Signore, *La compromettibilità in arbitrato*, cit., pp. 119 e ss.

⁴⁰² Si veda M. Renna, *Il regime delle obbligazioni*, cit., p. 299: <<il fatto stesso che l'ordinamento contempli la negoziabilità di una prestazione, di per sé, finisce per conferire a questa valore economico. Il solo fatto, insomma, che l'art. 11 della legge n. 241 ammetta la negoziazione dell'esercizio del potere amministrativo dovrebbe valere, in ogni caso, a rendere tale esercizio suscettibile di valutazione economica>>.

sostanziale, ma altresì dalla circostanza che lo stesso sia riconosciuto nell'esclusivo interesse del titolare.

Da ciò emerge con evidenza un dato di rilievo qualitativo: il potere pubblico, pur essendo situazione *attiva*, non soddisfa un vantaggio dell'amministrazione titolare, che anzi è *tenuta* a esercitarlo in vista del fine pubblico legislativamente predeterminato.

Ciò su cui pare raggiunta una certa concordanza è che l'atto di disposizione che l'amministrazione compie mediante la conclusione degli accordi *ex art. 11*, legge n. 241/1990 attiene alle modalità di esercizio del potere⁴⁰³. L'anzidetta disciplina, quindi, nulla apporta con riferimento ad altri profili operativi che possono interessare il pubblico potere, quali la rinuncia⁴⁰⁴ e la generale trasmissibilità in favore di soggetti terzi non appartenenti alla sfera pubblica⁴⁰⁵: rispetto a essi sarebbe opportuna un'indagine specifica⁴⁰⁶, che tuttavia esula dall'oggetto della ricerca.

Pressoché pacifica⁴⁰⁷ è, peraltro, la natura indisponibile del fine pubblico stabilito dalla legge in vista del quale il potere viene attribuito all'amministrazione⁴⁰⁸: in tal senso, non rileva tanto *come* il potere stesso sia

⁴⁰³ Si veda M. Del Signore, *La compromettibilità*, cit., p. 168: «l'accordo non costituisce, dunque, una rinuncia all'esercizio del potere, ma rappresenta, invece, un momento di esercizio del potere in capo all'Amministrazione (...) L'Amministrazione non si priva mai del potere medesimo, ma semplicemente se ne avvale con modalità e contenuti tali da riscuotere e garantire il consenso dei soggetti destinatari diretti dell'esercizio del potere. Nell'accordo, dunque, l'Amministrazione dispone del potere solo nel senso che le si riconosce la facoltà di scegliere se utilizzare moduli consensuali anziché la via consueta dell'agire unilaterale procedimentalizzato».

⁴⁰⁴ Sulla rinuncia al potere, si veda in particolare N. Paolantonio, *Contributo al tema della rinuncia*, cit., pp. 53 e ss., citato anche da F. Gaffuri, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo*, cit., p. 97.

⁴⁰⁵ Cfr. G. Leone, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Padova, 2014, p. 439.

⁴⁰⁶ F. Goisis, *Compromettibilità in arbitri*, cit., p. 273, sostiene l'ammissibilità sia della transazione che dell'arbitrato su controversie amministrative, dal momento che «il fatto, indiscusso, che il potere amministrativo non sia trasferibile – delegabile al cittadino che è destinatario del suo esercizio, non pare costituire dunque, a differenza di quanto da altri ipotizzato, un profilo preclusivo». Pertanto, le soluzioni prospettate dalla giurisprudenza sono variabili da istituto a istituto.

⁴⁰⁷ Tuttavia, si veda *contra* M. Antonioli, *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, cit., p. 68, secondo il quale il mutato quadro normativo avrebbe reso disponibile l'interesse pubblico, e non già solo il concreto esercizio del potere.

⁴⁰⁸ La presenza dell'interesse pubblico e la necessità della sua soddisfazione, «causa» del potere amministrativo, lo configurano – dal punto di vista dell'attribuzione – come assolutamente indisponibile, dal momento che è proprio quella attribuzione di potere a giustificare l'esistenza dell'amministrazione. In questi termini cfr. M. Del Signore, *La compromettibilità in arbitro*, cit., p. 140; F. G. Scoca, *Gli accordi*, in F. G. Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2008, in particolare p. 417; F. Trimarchi Banfi, *L'accordo*, cit. p. 246: «unilaterale o negoziato, il potere resta per definizione monopolio dell'amministrazione e per questo la garanzia della sua finalizzazione all'interesse pubblico è garanzia di democraticità: il negoziato sul contenuto discrezionale del provvedimento non è esercizio di autonomia contrattuale». L'Autrice evidenzia altresì che la legge stessa riconosce espressamente la rilevanza del vincolo finalistico dell'agire concordato dell'amministrazione laddove dispone che la stipulazione degli accordi si esegua «in ogni caso nel

esercitato – se, quindi, in forma unilaterale ovvero in forma consensuale – quanto la circostanza che l’interesse primario sia soddisfatto⁴⁰⁹.

In altri termini, il potere è attribuito per il perseguimento di interessi che non sono propri dell’amministrazione, pur costituendone il fine istituzionale. Un margine dispositivo del potere pubblico, quindi, pare potersi ammettere soltanto con riguardo alle concrete modalità di azione del medesimo, ferma restando l’indisponibilità dell’interesse pubblico (che, al pari dell’attribuzione del potere, afferisce a valutazioni di esclusiva competenza del legislatore).

perseguimento dell’interesse pubblico>>. Per una posizione intermedia, si veda F. Goisis, *Compromettibilità in arbitri*, cit., p. 272: <<il potere è più disponibile sul piano materiale, e meno sul piano degli interessi sostanziali. Per l’interesse legittimo vale il contrario>>.

⁴⁰⁹ Cfr. G. Greco, *Contratti e accordi*, cit., p. 252, per il quale la stipulazione di un accordo in luogo dell’emanazione di un atto unilaterale nulla muta in termini di perseguimento del pubblico interesse.

SPUNTI DI RIFLESSIONE TRA LA PRIMA E LA SECONDA PARTE: DALLA SOSTANZA AL PROCESSO

La prima parte del lavoro si è articolata su un doppio binario, civilistico e amministrativistico.

Ne è emerso un concetto di disponibilità unitario, come tale applicabile anche all'interesse legittimo sulla base della previa analisi circa la sussistenza di determinate caratteristiche del medesimo, quali la natura sostanziale, l'individualità e la patrimonialità.

L'approccio metodologico favorito, volto all'esame delle situazioni soggettive nella loro essenza strutturale, ha il vantaggio di dotare lo studio di basi solide per la trattazione che segue.

Infatti, l'individuazione della natura intrinsecamente disponibile, o meno, di un diritto (o dell'interesse legittimo) si pone a monte di vicende successive, nelle quali a porre limitazioni funzionali è l'ordinamento, che interviene *ex post* dando luogo a un fenomeno di indisponibilità estrinseco, quindi casistico, tipizzato e in ogni caso eccezionale. Del resto, tale ultima ipotesi contempla un ventaglio variegato di fattispecie esemplificative⁴¹⁰. Ogni diritto strutturalmente disponibile, infatti, può essere sottoposto a vincoli legislativi che investono il potere dispositivo del titolare⁴¹¹; del pari, alcuni diritti tradizionalmente ritenuti indisponibili presentano talvolta aspetti di disponibilità⁴¹². In entrambi i casi le eccezioni sono espressamente previste dalla legge.

⁴¹⁰ Sulla complessità del fenomeno dell'indisponibilità, cfr. G. Verde, *La convenzione di arbitrato*, in G. Verde (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2000, in particolare cfr. p. 60: <<l'individuazione dei diritti indisponibili impone una non semplice ricerca di diritto positivo, nel cui ambito bisogna tener conto del fatto che le scelte del legislatore non sono valide in assoluto, ma sono storicamente determinate in relazione a interessi di volta in volta ritenuti prevalenti (...) in concreto, la ricerca sulle situazioni indisponibili va appuntata, quando non vi sia l'espressa disposizione di legge, sull'esistenza di un limite all'autonomia. Ma non basta: (...) anche quando nella situazione giuridica si sia ravvisato il timbro dell'indisponibilità, bisogna stabilire se la controversia riguardi tale situazione o una sua specifica manifestazione di natura patrimoniale e, come tale, disponibile>>.

⁴¹¹ Il principio di libera negoziabilità in materia patrimoniale trova molteplici deroghe nei vincoli alla proprietà e più spesso nei limiti connessi alla natura della cosa. Si pensai beni privati esclusi da negoziazione, come i terreni abusivamente lottizzati, ai divieti di commercializzazione di prodotti animali o vegetali per motivi di salute pubblica, o ancora alle opere d'arte contraffatte, alle aree circostanti i fabbricati destinate a parcheggio, alle frequenze per le radiocomunicazioni e la televisione. Si considerino poi quei beni che possono circolare solo dietro autorizzazione del giudice o del *placet* del coniuge o del coerede, nonché i beni del fallito o quelli sottoposti a sequestro o pignorati. Si veda sul punto L. Olivero, *L'indisponibilità dei diritti: analisi di una categoria*, Torino, 2008.

⁴¹² Così la formula dell'art. 5 c.c., secondo cui gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, permetterebbe, secondo un'interpretazione *a contrario*, la disponibilità del diritto se non ne derivi una lesione permanente. Da qui l'ammissibilità della donazione del sangue e di quella del rene tra viventi. Anche il diritto alla

L'illustrazione completa di tali profili esterni e derogatori è stata volontariamente omessa poiché non avrebbe apportato elementi utili ai fini della ricerca.

Oggetto del lavoro, quindi, è esclusivamente la disponibilità (e il suo corrispondente negativo, l'indisponibilità) originaria e *statica*, connaturata alla situazione giuridica alla stregua di una qualifica essenziale. Dal punto di vista funzionale e *dinamico*, poi, tale caratteristica si concretizza nella possibilità per il titolare di compiere negozi *dispositivi* della situazione medesima, riconosciuti come vincolanti dall'ordinamento⁴¹³.

Sul fronte del diritto amministrativo sono state analizzate le ripercussioni concrete di tale costruzione interpretativa, con riferimento a specifiche vicende negoziali⁴¹⁴, unilaterali (rinuncia) o bilaterali (transazione e trasmissibilità). Ne è emerso un quadro complessivo contraddittorio, caratterizzato spesso dalla dissociazione tra presupposti astratti e ipotesi applicative. Il riconoscimento della natura disponibile dell'interesse legittimo, sostenuta da parte della dottrina, contrasta con le ostilità nei confronti delle già citate fattispecie dismissive.

Dirimente, sul punto, è l'estromissione del pubblico potere dall'essenza strutturale della situazione giuridica in capo al privato che, come tale, è caratterizzata dall'individualità. Il potere amministrativo, così come il perseguimento dello scopo generale, sono elementi esterni all'interesse legittimo, pur con questo se coesistenti.

Tutti gli aspetti affrontati nella prima parte del lavoro risulteranno avvalorati nella seconda parte, incentrata sulla tutela, giurisdizionale e arbitrale, della situazione giuridica del privato. Elemento unificante della ricerca è l'attenzione ai dati di diritto positivo, che definiscono cosa al privato sia dovuto e cosa invece sia rimesso al *merito* della scelta amministrativa⁴¹⁵.

riservatezza risulta entro certi limiti disponibile, come avviene quando vengono divulgate su autorizzazione vicende personali e ciò anche dietro compenso.

⁴¹³ L'area dell'indisponibilità non coincide infatti con la materiale impossibilità di disporre di una situazione giuridica soggettiva, ma piuttosto va ricondotta alle ipotesi in cui l'ordinamento non concede sanzione agli atti di disposizione delle parti. Si porta, quale esempio, il divieto di rinunciare al diritto agli alimenti, che non significa che la rinuncia fattiva non sia possibile, ma che l'obbligato non potrà far valere l'atto di rinuncia in un giudizio. Ancora, la transazione sulla nullità del matrimonio è certamente possibile in via fattiva, ma il giudice non se ne riterrà mai vincolato.

⁴¹⁴ Si fa riferimento alla possibilità di disporre di tutte le prerogative che discendono dall'interesse legittimo nella fase procedimentale e, dopo che il provvedimento è stato reso, anche nella fase successiva, finché revoca, annullamento e convalida sono possibili. Se pertanto il cittadino rinunciasse alle sue prerogative nel corso del procedimento, o si obbligasse nei confronti dell'amministrazione a non impugnare un provvedimento che ritiene illegittimo, o magari a rinunciare al giudizio, o ancora favorisse la convalida del provvedimento, non si vedrebbero ostacoli al riconoscimento della vincolatività di tale accordo.

⁴¹⁵ La distinzione emerge in particolare nell'ambito del principio di non contestazione, la cui operatività potrebbe essere preclusa soltanto rispetto all'esercizio del potere amministrativo e, più in generale, rispetto al conseguimento del bene finale, ove il privato non può vantare alcuna esigibilità, quindi nessuna diretta garanzia giurisdizionale..Cfr.. L. Ferrara, *L'ordinamento sportivo e l'ordinamento statale*, cit., p. 1246, che pur affrontando il problema con altre finalità rispetto a quelle

Lo studio della disponibilità dal punto di vista processuale costituisce profilo imprescindibile ai fini di un'analisi completa del fenomeno⁴¹⁶.

Scopo dell'indagine sulla tutela è la dimostrazione del parallelismo tra la natura sostanziale e individuale dell'interesse legittimo e il principio soggettivistico, che a sua volta si traduce nel principio dispositivo⁴¹⁷.

All'esito, risulterà evidente che il vigente sistema di giustizia amministrativa si presta tuttora a interpretazioni applicative distorte, volte a garantire la legittimità dell'azione pubblica più che la situazione giuridica fatta valere dal privato in giudizio.

del presente lavoro, esprime tuttavia spunti riflessivi di carattere generale, laddove ritiene che <<a dover essere considerato indisponibile non [è] l'interesse legittimo, ma semmai il potere amministrativo>>, e che comunque sarebbe <<decisiva la prospettiva che costruisce l'interesse legittimo come un diritto di credito>>, per smontare il già citato <<dogma dell'indisponibilità dell'interesse legittimo>>.

⁴¹⁶ Per A. Amorth, tuttavia, il profilo della disciplina sostanziale è presupposto rispetto alla disciplina processuale, ai fini dell'individuazione del fenomeno della disponibilità. Si veda Id., *Annotazioni*, cit., p. 2174: <<la disponibilità dei diritti deriva dalla loro regolazione sostanziale, non dalla loro difesa in via giudiziale>>.

⁴¹⁷ Così diffusamente A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 50. È chiarissimo sul punto L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 617 e ss.: <<È da ritenersi, infatti, che, più il processo amministrativo di legittimità si struttura sulla falsariga del processo civile, più sia indispensabile avere una idea chiara della situazione giuridica soggettiva vantata, cioè dell'interesse legittimo. Senza questa chiarezza non si possono utilizzare correttamente concetti o principi come domanda, allegazione dei fatti principali, corrispondenza tra chiesto e pronunciato, graduazione dei motivi, ecc. L'affinamento del processo rende, cioè, urgente la pulizia concettuale sul piano sostanziale. Del resto, un passo in questa direzione lo ha fatto lo stesso c.p.a. nel momento in cui ha disciplinato al capo II del titolo III del libro I le azioni, che, come esattamente rilevato, hanno « natura sostanziale » >>.

SECONDA PARTE

CAPITOLO I

L'ORDINE DI ESAME DEI MOTIVI DEL RICORSO E LA SUA DISPONIBILITÀ

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'ordine di esame dei motivi del ricorso e l'assorbimento improprio: principi e regole. – 3. (segue) Le deroghe alla determinazione dell'ordine dei motivi: questioni di rito e vizio di incompetenza. – 4. L'applicazione della giurisprudenza amministrativa. – 5. La disponibilità dell'ordine di esame dei motivi tra diritto sostanziale ed effettività della tutela.

1. *Introduzione.*

Il problema dell'ordine di esame dei motivi del ricorso ha avuto sino a tempi recenti una scarsa considerazione nella dottrina amministrativistica⁴¹⁸.

La tradizionale predominanza dell'azione di annullamento, intesa quale strumento avente effetto meramente caducatorio⁴¹⁹, ha ostacolato l'individuazione dell'autonomia di ciascuna censura di annullamento.

L'emanazione del codice del processo amministrativo, ma, prima ancora, il progressivo tramonto del giudizio impugnatorio hanno attualizzato le riflessioni sull'argomento⁴²⁰.

⁴¹⁸ Come rilevato da A. Cerreto, *Sul potere del giudice amministrativo di stabilire l'ordine di decisione dei motivi e delle domande nel giudizio davanti al TAR (osservazioni alla sentenza del Cons. Stato, Ad.Plen., 27 aprile 2015, n. 5)*, in *www.lexitalia.it*. La scarsa considerazione interpretativa si scontra con l'importanza pratica del fenomeno: nel giudizio amministrativo di legittimità uno stretto collegamento funzionale tra i motivi di ricorso è frequente, a casa dell'identità del provvedimento amministrativo a cui le varie censure si riferiscono.

⁴¹⁹ A. Romano Tassone, *Sulla disponibilità dell'ordine di esame dei motivi del ricorso*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 803 e ss., che riporta come «il meccanismo del cumulo condizionale non abbia, a tutt'oggi, trovato che scarsa, ancorché non irrilevante applicazione pratica nella giurisdizione di legittimità. Questo discende, in notevole misura, dalla logica interna del giudizio d'impugnazione, che non soltanto tende all'assimilazione funzionale delle varie censure, in quanto tutte idonee a determinare un esito demolitivo comunque apprezzabile per il ricorrente, ma che — soprattutto — conserva una struttura di base di carattere binario, incentrato com'è sulla questione di fondo circa la legittimità o non legittimità dell'atto impugnato, e non (e comunque, non direttamente) sull'assetto degli interessi variamente coalescenti intorno ad un determinato affare». L'Autore rileva altresì che la tematica non è stata oggetto di grande interesse da parte della dottrina, che, nel caso si sia espressa, ha manifestato orientamenti non univoci.

⁴²⁰ Cfr., ancora, A. Cerreto, *Sul potere del giudice*, cit.: «l'attenzione al problema si è accentuata nel momento in cui, pur restando apparentemente intatte le forme e le categorie del

L'assetto giurisdizionale vigente rende quindi opportuna la trattazione della questione, con una necessaria precisazione di carattere metodologico. Ciò che interessa ai fini del presente lavoro è soprattutto la connessione tra la portata dell'ordine dei motivi del ricorso e la disponibilità *processuale* dell'interesse legittimo; quest'ultima, infatti, costituisce la diretta conseguenza della disponibilità sostanziale della situazione giuridica nella titolarità del privato.

Si tratta, in altri termini, di riscontrare sul fronte della tutela argomenti che conducano ai medesimi esiti raggiunti con l'analisi strutturale.

Posto ciò, la problematica oggetto del presente capitolo sarà affrontata sotto un duplice profilo. Da un lato saranno analizzati i principali orientamenti giurisprudenziali, dando conto delle modalità con cui si presenta (e si risolve) nella prassi la questione dell'ordine dei motivi del ricorso. Dall'altro lato, si individueranno le soluzioni concrete più conformi ai principi e alle regole vigenti nel giudizio amministrativo, che si riveleranno coerenti con le risultanze interpretative già raggiunte nella prima parte del lavoro.

Alla luce di tali indicazioni, è evidente la necessità di omettere alcuni profili della questione⁴²¹ che, pur se strumentali ai fini di una maggior completezza, non presentano immediata pertinenza con l'aspetto della disponibilità (sostanziale e processuale) dell'interesse legittimo.

2. L'ordine di esame dei motivi del ricorso e l'assorbimento improprio: principi e regole.

La sussistenza o meno di un potere della parte di vincolare il giudice nell'esame dei motivi del ricorso costituisce in apparenza una questione strettamente processuale.

Solo un più attento esame permette di cogliere i principi e le implicazioni di carattere generale emergenti dalla questione.

In questa sede rileveranno argomenti di natura strettamente legislativa, legati soprattutto all'evoluzione del giudizio amministrativo. Infatti, la centralità dell'azione di annullamento e la ritenuta sufficienza dell'effetto caducatorio ai fini della satisfattività del privato hanno con il tempo ceduto il passo a esigenze di pienezza ed effettività della tutela.

giudizio di impugnazione, attraverso di esse son venute realizzandosi, in realtà, forme di tutela che si riportano invece al diverso modello del c.d. <<giudizio di spettanza>>.

⁴²¹ Esula dall'oggetto della trattazione l'analisi della diffusione o meno dell'istituto del cumulo condizionale dei motivi, di scarsa applicazione e limitato per lo più, nel giudizio di legittimità, alla sola ipotesi in cui l'accoglimento del motivo condizionante precluda al giudice l'esame del motivo condizionato (cumulo eventuale, differente dal cosiddetto cumulo successivo, in cui l'accoglimento del motivo condizionante consente al giudice l'esame del motivo condizionato).

È evidente, pertanto, che le più frequenti problematiche si siano, nella prassi, verificate rispetto al giudizio di annullamento, che ha visto mutare la propria conformazione, nel transito verso una tutela di tipo soggettivo: anche il problema dell'ordine dei motivi si è manifestato soprattutto in tale ambito⁴²².

Preliminarmente occorre inquadrare gli elementi fondamentali della questione.

È pacifico che per <<motivo>> si intenda la specificazione del vizio con l'indicazione della singola norma di legge ritenuta violata⁴²³. La difficoltà, piuttosto, è capire se con ciascun motivo sia azionata una singola ovvero una molteplicità di azioni: su tale profilo non si registra unanimità di vedute⁴²⁴.

Parte della dottrina⁴²⁵ ha sostenuto che ogni motivo è autonomo e che come tale rappresenta un'azione a se stante: la denuncia di ciascun vizio identifica una *causa petendi* e nel caso di impugnazione di un atto sulla base di più censure si riscontrerebbe una pluralità di azioni.

Altre impostazioni⁴²⁶, invece, hanno favorito l'interpretazione che rinviene l'unicità dell'azione a prescindere dal numero di censure fatte valere, in quanto i motivi sarebbero espressione di un unitario interesse, per esempio all'annullamento dell'atto. A ciò si è tuttavia aggiunta un'essenziale precisazione: il <<capo della domanda>> coincide con il tipo di vantaggio conseguente all'annullamento; i diversi motivi, quindi, possono raggrupparsi a seconda del differente effetto dagli stessi

⁴²² Ciò sarà evidente nell'analisi dei due orientamenti che si sono sviluppati in seno al Consiglio di Stato, soprattutto nell'ambito di vertenze aventi a oggetto azioni caducatorie, cfr. *infra*, § 3 e § 4.

⁴²³ Così Cons. Stato, n. 203/1987; Cons. Stato, n. 903/1993.

⁴²⁴ Si veda L. Iannotta, *Motivi di ricorso e tipologia degli interessi nel processo amministrativo*, Napoli, vol. I, pp. 131 e ss. La questione ha importanti riflessi anche sulla nozione di "capo di sentenza" ai fini dell'appello, cfr. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014. Cfr. altresì M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, nonché A. Romano Tassone, *Sulla disponibilità dell'ordine di esame*, cit., p. 806: <<non già i motivi, ma le sole «domande» possono esser collocate dalla parte in relazione condizionale, sicchè per le «domande» soltanto potrebbe propriamente invocarsi il vigore del principio dispositivo. Il primo quesito che la giurisprudenza (si e ci) pone, è dunque quello della stessa configurabilità di un vincolo del giudice al rispetto dell'ordine condizionale dei «motivi» di ricorso posto dalla parte, considerato che — si sostiene — il principio dispositivo consentirebbe di prospettare un siffatto vincolo con esclusivo riferimento alle «domande» del ricorrente, da intendere, in senso stretto, come le pretese che la parte stessa avanza in giudizio (*petita*), ma non con riguardo alle, pur varie, ragioni addotte a sostegno di una medesima domanda giudiziale (*causae petendi*). Ed i «motivi di ricorso», tradizionalmente ricondotti tra le *causae petendi*, sarebbero appunto da inquadrare, ove attengano al medesimo atto o complesso di atti impugnati con il ricorso originario, tra le «ragioni» a sostegno di una medesima domanda (quella d'annullamento), e non tra le «domande»>>. Più in generale, si veda G. Verde, *Domanda, (principio della)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, pp. 1 e ss.; A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, pp. 60 e ss.; C. Ferri, *Costitutiva (azione)*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, pp. 4 e ss.

⁴²⁵ E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957.

⁴²⁶ M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976; Id., *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, per cui la nozione di capo della sentenza va riferita alle utilità derivanti al ricorrente dall'accoglimento di una censura.

scaturente⁴²⁷. L'orientamento appena indicato presuppone, infatti, la molteplicità degli effetti conseguenti alla pronuncia di annullamento.

Di là dall'opzione favorita tra quelle appena illustrate, è evidente che il valore non vincolante della graduazione dei motivi di parte contrasta con il riconoscimento di effetti non meramente caducatori, ma anche conformativi⁴²⁸ della sentenza di annullamento⁴²⁹: la soddisfazione delle pretese del ricorrente non coincide, infatti, con l'accoglimento di un qualsiasi vizio idoneo ad annullare il provvedimento impugnato⁴³⁰.

Ciò è ancora più manifesto nell'ipotesi di contestuale proposizione di una domanda caducatoria e di una diversa domanda, risarcitoria o di condanna: le azioni sono tra loro distinte per i differenti *petitum* fatti valere. È evidente, in questo caso, la

⁴²⁷ Si pensi alla differenza tra vizi sostanziali e vizi formali: costituirebbe un autonomo *capo di domanda* l'azione che riunisce tutti i vizi sostanziali (ovvero tutti i vizi formali) fatti valere.

⁴²⁸ I limiti che alla soddisfazione della pretesa sostanziale del ricorrente conseguono a un annullamento per semplice difetto di motivazione si giustificano in relazione all'esigenza di salvaguardare la discrezionalità della scelta amministrativa; qualora, peraltro, il provvedimento sia affetto da altri vizi, il giudice dovrà esaminare le relative censure, in modo da orientare il futuro esercizio del potere amministrativo, sia in relazione ai vizi che riscontri sussistenti, sia in relazione alle censure che consideri infondate, essendo evidente l'effetto conformativo che può derivare anche dall'accertamento della riscontrata *legittimità* dell'atto nella parte considerata. Cfr. M. Nigro, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Il giudizio di ottemperanza*, Milano, 1983, pp. 63 e ss.; si vedano altresì le considerazioni di M. Magri, *L'ordine dei motivi nel processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, pp. 1068 e ss. e di A. Romano Tassone, *Sulla disponibilità dell'ordine di esame*, cit., p. 809: «era già stato dimostrato con dovizia di argomentazioni da Nigro (1960), e con ancor maggiore dettaglio e finezza d'analisi da Cavallo (1975), che non è affatto indifferente per il ricorrente che l'annullamento del provvedimento impugnato avvenga per l'uno ovvero per l'altro motivo, potendone conseguire ben diversi effetti, soprattutto del tipo c.d. «conformativo». Sicchè, pur ammessa l'unicità della domanda di annullamento diretta avverso il medesimo provvedimento amministrativo, l'introduzione di un motivo il cui accoglimento porta ad effetti complessivi differenziati (quantitativamente e/o qualitativamente) rispetto a quelli derivanti dalle censure già proposte, assume la consistenza di un autonomo «capo di domanda» (concetto che Nigro ricostruisce come fondamentalmente corrispondente e speculare, mentre Cavallo tende a distinguere maggiormente dalla figura del «capo di sentenza»), nei cui confronti è inammissibile l'assorbimento da parte del giudice, e rispetto al quale è dunque possibile immaginare un condizionamento graduato da parte del ricorrente stesso».

⁴²⁹ Cfr. F. Ricciardi, *L'annullamento per incompetenza non preclude l'esame degli altri motivi di ricorso*, cit., p. 780, il quale espone che l'orientamento favorevole all'assorbimento dei motivi «si fonda sulla convinzione che il ricorso al G.A., essendo a carattere principalmente impugnatorio e cassatorio, ha come fine ultimo quello di vedere la P.A. privata dell'efficacia di una propria determinazione» tale utilità sarebbe quindi più che sufficiente».

⁴³⁰ Nell'ipotesi in cui si accolga l'orientamento che rinviene tanti capi di domanda quanti sono i motivi dedotti, l'assorbimento improprio comporta un'omissione di pronuncia in modo evidente. La situazione, tuttavia, non muta ove si ritenga unica l'azione esercitata (e unitaria la correlativa domanda), in modo che i motivi costituiscano soltanto i singoli punti di cognizione all'interno della domanda e il giudice abbia il dovere di pronuncia con riferimento alla domanda. Lo stesso non avrebbe comunque la libertà di scegliere i motivi da esaminare e l'iter da seguire per giungere a una pronuncia che esaurisca la richiesta di annullamento, poiché la pluralità di effetti della sentenza rende le censure autonome e bisognose di esame giudiziale.

necessità di una statuizione completa da parte del giudicante, secondo l'ordine di motivi impartito dal ricorrente, la cui pretesa è soddisfatta non dalla sola pronuncia di annullamento (comprensiva dei già citati effetti eliminatori, ripristinatori e conformativi), ma anche dalle ulteriori utilità oggetto degli altri *petitum*, a loro volta strettamente connessi con le sorti di quella principale⁴³¹.

Tutti gli elementi indicati permettono di riconoscere nella possibilità per la parte di vincolare l'organo adito nell'esame e nella decisione dei motivi proposti la sola opzione più coerente con le esigenze di tutela⁴³².

Già prima dell'entrata in vigore del codice la giurisprudenza aveva precisato che l'operatività del principio dispositivo all'interno del processo amministrativo faceva sì che il giudice dovesse esaminare prioritariamente le censure da cui derivi un effetto pienamente soddisfacente della pretesa del privato. Il giudice sarebbe quindi tenuto a proseguire secondo l'ordine determinato dalla parte, fino a quando dall'accoglimento di un ulteriore motivo non scaturisca più alcuna utilità al ricorrente⁴³³.

⁴³¹ Cfr. A. Romano Tassone, *Sulla disponibilità dell'ordine di esame*, cit., p. 810: <<(…) si potrebbe inoltre tracciare, oggi, un percorso argomentativo ancor più chiaramente dimostrativo dell'applicabilità del meccanismo del cumulo condizionale ai motivi di ricorso, nel momento in cui e per il fatto stesso che tramite essi si esprimano — in questa prospettiva, senza dubbio alcuno — «domande» diverse. Se infatti si conviene che insieme all'azione di annullamento sia oggi consentito al ricorrente proporre un'azione innominata di condanna, ex art. 30, 1° comma, C.P.A., e se si ritenesse — come personalmente ritengo — che la relativa domanda sia appunto destinata ad ottenere che il giudice espliciti nel dispositivo il contenuto ordinatorio del c.d. «effetto conformativo» dell'annullamento in quanto concesso in base ad una certa censura (ovvero ad un complesso di motivi indirizzato sinergicamente verso un certo risultato), la proposizione di più motivi di ricorso, il cui accoglimento abbia diversa portata conformante, sarebbe destinato a dar vita, allora, ad una serie di pretese condannatorie di differente contenuto — ergo: a «domande» diverse, il cumulo condizionale eventuale posto tra le quali dovrebbe quindi, per definizione, ritenersi cogente per il giudice (si noti, per *incidens* e sotto altro aspetto, che in tal modo si darebbe vita, altresì, anche ad una serie di cumuli condizionali «successivi» tra ciascuna domanda d'annullamento e ciascuna pretesa condannatoria)>>.

⁴³² Cfr. V. Caianiello, *Lineamenti del processo amministrativo*, 1979, pp. 372 e ss., il quale precisa che il ricorrente ha la facoltà di graduare i motivi di ricorso, subordinando l'accoglimento di uno di essi al rigetto di altri. Il giudice, nel caso di pluralità di motivi senza precisazione di importanza, dovrebbe tendere ad adottare la pronuncia che soddisfi maggiormente l'interesse del ricorrente. Si veda altresì P. Virga, *Giustizia amministrativa*, 1992, p. 345, secondo cui <<è possibile graduare nel ricorso i motivi, perché il ricorrente potrebbe avere interesse all'accoglimento di alcuni motivi solo in via subordinata per l'ipotesi in cui altri motivi, cui annette maggiore importanza, non vengano accolti>>.

⁴³³ Così R. De Nictolis, *L'ordine di esame dei motivi*, cit.: <<(…) la prassi dell'assorbimento dei motivi è da stigmatizzare, anche nei casi di accoglimento del ricorso, perché è interesse del ricorrente avere una compiuta disamina della questione sotto tutti i profili prospettati, anche ai fini del successivo giudizio di ottemperanza ovvero della tutela risarcitoria, e, segnatamente, avere una compiuta disamina dei motivi maggiormente soddisfatti>>.

Si pone a sostegno di siffatta interpretazione anche il diritto positivo, nonostante la mancanza di una chiara posizione circa la vigenza o meno del vincolo anzidetto⁴³⁴.

Il codice del processo amministrativo, sul punto, si limita a poche e generiche disposizioni: è previsto, quanto alla fase introduttiva, che il ricorso debba contenere i <<motivi specifici>>⁴³⁵, mentre, quanto alla fase decisoria, l'art. 76, comma 4, contiene un espresso rinvio all'art. 276, comma 2, c.p.c.⁴³⁶. In linea di principio, pertanto, le domande di parte vanno esaminate secondo l'ordine questioni di rito – questioni di merito.

Alcuni elementi normativi di rilievo sono altresì inseriti nella disciplina del giudizio sugli appalti.

L'art. 120, co. 6, D.lgs. n. 104/2010, seppure volto a disciplinare la sinteticità degli atti giudiziali, impone al giudicante l'esame di tutte le questioni trattate dalla parte che si attiene ai parametri ivi fissati⁴³⁷.

Tutte le disposizioni indicate risultano, tuttavia, del tutto insufficienti (e comunque non univocamente interpretabili)⁴³⁸ per fugare i dubbi applicativi emersi

⁴³⁴ Cfr. P. Biavati, *Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, pp. 1301 e ss., in particolare p. 1312, ove l'Autore fa riferimento al panorama europeo, ove il tema dell'ordine dei motivi viene espressamente disciplinato.

⁴³⁵ Si veda l'art. 40 del d.lgs. n. 104/2010: <<Il ricorso deve contenere: a) gli elementi identificativi del ricorrente, del suo difensore e delle parti nei cui confronti il ricorso è proposto; b) l'indicazione dell'oggetto della domanda, ivi compreso l'atto o il provvedimento eventualmente impugnato, e la data della sua notificazione, comunicazione o comunque della sua conoscenza; c) l'esposizione sommaria dei fatti, i motivi specifici su cui si fonda il ricorso, l'indicazione dei mezzi di prova e dei provvedimenti chiesti al giudice; d) la sottoscrizione del ricorrente, se esso sta in giudizio personalmente, oppure del difensore, con indicazione, in questo caso, della procura speciale>>.

⁴³⁶ Ai sensi dell'art. 276, comma 2, c.p.c. <<Il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa>>. Tale norma, espressione di un principio generale, è sempre stata applicata nel processo amministrativo, in passato in virtù del rinvio operato al c.p.c. dall'art. 64, r.d. n. 642/1907.

⁴³⁷ La norma è stata inserita dall'art. 40, comma 1, lett. a), D.L. n. 90/2014, che ha modificato l'art. 120 (Disposizioni specifiche ai giudizi di cui all'articolo 119, comma 1, lettera A), comma 6, d.lgs. n. 104/2010, di cui si riporta il testo: <<Al fine di consentire lo spedito svolgimento del giudizio in coerenza con il principio di sinteticità di cui all'articolo 3, comma 2, le parti contengono le dimensioni del ricorso e degli altri atti difensivi nei termini stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio di Stato, sentiti il Consiglio nazionale forense e l'Avvocato generale dello Stato, nonché le associazioni di categoria riconosciute degli avvocati amministrativisti. Con il medesimo decreto sono stabiliti i casi per i quali, per specifiche ragioni, può essere consentito superare i relativi limiti. Il medesimo decreto, nella fissazione dei limiti dimensionali del ricorso e degli atti difensivi, tiene conto del valore effettivo della controversia, della sua natura tecnica e del valore dei diversi interessi sostanzialmente perseguiti dalle parti. Dai suddetti limiti sono escluse le intestazioni e le altre indicazioni formali dell'atto. Il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti; il mancato esame delle suddette questioni costituisce motivo di appello avverso la sentenza di primo grado e di revocazione della sentenza di appello>>.

⁴³⁸ Cfr., seppure riferito all'assetto antecedente al codice del processo amministrativo, M. Magri, *L'ordine dei motivi nel processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, pp. 1068 e ss. e in particolare p. 1073 e ss.: <<Nella legislazione processuale amministrativa, la separazione tra la posizione del ricorrente e quella del giudice, per rapporto all'ordine di esame dei motivi di ricorso,

nella prassi giurisprudenziale sul valore da attribuire all'ordine dei motivi definito dalla parte.

Si rende, perciò, necessario il ricorso ai principi generali espressi dalla Costituzione e dallo stesso D.lgs. n. 104/2010.

Viene in rilievo, in primo luogo, il principio della domanda⁴³⁹, per il quale non sussiste giudizio senza una domanda di parte, al quale si accompagnano quello dispositivo⁴⁴⁰, secondo cui la trattazione e l'istruzione del giudizio sono fondate sull'impulso di parte⁴⁴¹, e quello del contraddittorio⁴⁴². Corollari applicativi del

non è forse evidentissima, ma nondimeno esiste; sembra la si possa ricavare proprio dalle disposizioni fondamentali sul contenuto dell'atto introduttivo. L'art. 6 del Regolamento per la procedura dinanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale prevede che il ricorso al giudice amministrativo contenga, oltre alla indicazione dell'atto o provvedimento che si impugna, la "esposizione sommaria dei fatti", i "motivi su cui si fonda il ricorso, con l'indicazione degli articoli di legge e di regolamento che si ritengono violati e le conclusioni". Il successivo art. 17 commina la nullità del ricorso qualora, per l'inosservanza delle disposizioni di cui all'art. 6, vi sia "assoluta incertezza sull'oggetto della domanda">>. Da tali disposizioni l'Autore ricava la distinzione tra <<motivo del ricorso come fatto allegato e motivo del ricorso come oggetto della domanda>>. Il fatto che il citato articolo 6 non contenga l'obbligo di espressa indicazione dell'oggetto della domanda per l'Autore significa che la *causa petendi* nel ricorso è prescritta a pena di nullità, ma non si sostanzia in un'indicazione, essendo sufficiente che possa essere rilevata: <<se l'oggetto della domanda non mette capo alla sfera dell'allegazione di parte, vuol dire che spetta al giudice evincerne i contorni mediante l'interpretazione (...) Contestare in forma intellegibile la legittimità dell'atto impugnato è tutto quanto la legge chiede al ricorrente di fare ai fini della validità del ricorso; mentre la demarcazione dell'oggetto del ricorso ai fini del rispetto della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato (art. 112 c.p.c) non compete ai motivi del ricorso, ma alla <<domanda>> in cui essi si organizzano>>. Al giudice spetta, quindi, il compito preliminare di determinare i confini dell'azione della parte e in questo senso l'Autore parla di metodo acquisitivo, con riguardo alla fase della trattazione e con funzione agevolatrice del principio dispositivo: <<al ricorrente si chiede la critica di un atto amministrativo, il che implica già che la *causa petendi* assorba una certa rappresentazione del potere, il quale è elemento oggettivo e non può essere patrimonio della volontà negoziale di chi agisce (...) l'"assorbimento dei motivi" non è altro che il momento della determinazione giudiziale dell'oggetto della domanda, nel caso frequentissimo, anzi normale, di ricorso composto da una pluralità di motivi di impugnazione>>.

⁴³⁹ Si veda l'art. 99 c.p.c.: <<Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente>>. Sul punto, cfr. M. Protto, *Le garanzie di indipendenza e imparzialità del giudice nel processo amministrativo*, in AA.VV., *Le garanzie delle giurisdizioni. Indipendenza e imparzialità dei giudici*, Napoli, 2012, pp. 95 e ss.: <<il principio della domanda costituisce il necessario e naturale corollario del principio del giusto processo e della configurazione del giudizio amministrativo come processo di parti>>.

⁴⁴⁰ Si vedano i fondamentali rilievi fatti da L. Ferrara, *Domanda giudiziale*, cit., pp. 617 e ss., cui si rinvia anche per i copiosi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali. In particolare, cfr. la nota n. 2, ove l'Autore riporta la differenza tra il principio della domanda e quello dispositivo, citando T. Liebman: <<quest'ultimo "regola [...] la raccolta degli elementi di cognizione, su cui dovrà essere fondato il giudizio", concerne cioè la trattazione e l'istruzione della causa, mentre il principio della domanda "disciplina invece l'esercizio stesso della funzione giurisdizionale, in quanto subordina questo alla domanda dell'interessato">>.

⁴⁴¹ Il processo retto dal principio dispositivo si incentra sulle domande ed eccezioni delle parti; tale caratteristica si estende anche al versante probatorio, si veda l'art. 115 c.p.c.: <<Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o

principio della domanda sono, poi, la corrispondenza tra chiesto e pronunciato⁴⁴³ e l'imparzialità e terzietà del giudicante.

Sul punto, il codice del processo amministrativo rappresenta una svolta fondamentale: in esso sono positivizzati in modo espresso l'effettività della tutela <<secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo>>⁴⁴⁴, nonché il giusto processo⁴⁴⁵.

Quanto al principio della domanda, pur difettando nel D.lgs. n. 104/2010 una disposizione espressa⁴⁴⁶, lo stesso è desumibile in via interpretativa dall'art. 34, ove è precisato, al primo comma, che il giudice decide <<nei limiti della domanda>>⁴⁴⁷, mentre al terzo comma è ammesso l'accertamento dell'illegittimità dell'atto anche nel caso in cui l'annullamento non sia più utile per il ricorrente, ove sussista istanza di parte. Ulteriori spunti si traggono altresì dalla disposizione di cui all'art. 124, D.lgs. n. 104/2010⁴⁴⁸, per il quale il subentro nel contratto non è una pronuncia che il giudice può disporre automaticamente quando annulla l'aggiudicazione, ma solo se c'è domanda di parte in tal senso.

dal pubblico ministero>>. Sul principio dispositivo nel processo amministrativo cfr. F. Cintioli, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 3 e ss.

⁴⁴² Si veda l'art. 101 c.p.c.: <<Il giudice, salvo che la legge non disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa>>. Cfr. S. Satta, C. Punzi, *Diritto processuale civile*, Padova, 1996, in particolare p. 174, ove si pone espressamente il principio del contraddittorio a fondamento dello stesso carattere dispositivo del processo, osservando che da esso discendono <<la dipendenza del giudizio dall'azione, la dipendenza del giudice dalle parti in ordine alla produzione della prova, l'impossibilità del giudizio di *non liquet*, tutto ciò che si indica, in una parola, col carattere dispositivo del processo>>.

⁴⁴³ Si veda l'art. 112 c.p.c.: <<Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti>>.

⁴⁴⁴ Così, espressamente, l'art. 1 (Effettività), d.lgs. n. 104/2010.

⁴⁴⁵ Ai sensi dell'art. 2 (Giusto processo) d.lgs. n. 104/2010 <<Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'art. 111, primo comma, della Costituzione. (...) >>.

⁴⁴⁶ Il principio della domanda è invece espressamente previsto nel codice di procedura civile. Si fa riferimento all'art. 99 c.p.c.: <<Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente>>.

⁴⁴⁷ L'articolo 34 (Sentenze di merito), d.lgs. n. 104/2010 afferma espressamente: <<In caso di accoglimento del ricorso, il giudice, *nei limiti della domanda* (...) >>.

⁴⁴⁸ Si veda il testo dell'art. 124 (Tutela in forma specifica e per equivalente), d.lgs. n. 104/2010: <<L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122. Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato. La condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile>>.

Non si può, infine, omettere l'art. 39 del D.lgs. n. 104/2010⁴⁴⁹, che opera un rinvio al codice di procedura civile. La norma è generalmente applicabile in caso di disposizioni espressive <<di principi generali>>, qual'è l'art. 99 c.p.c. sul principio della domanda.

Tutti i riferimenti legislativi citati indicano che il principio dispositivo è considerato prevalente rispetto alla tutela dell'interesse pubblico.

Il prototipo processuale descritto configura quindi un *processo di parti*, come tale caratterizzato dalla tendenziale esclusione, in capo al giudice, di poteri officiosi, specie rispetto alla determinazione dell'oggetto del processo. Con la conseguente valorizzazione, peraltro, della neutralità dell'organo adito. Spetta, quindi, al ricorrente l'individuazione dell'oggetto del giudizio amministrativo: ciò trova conferma nella disposizione del codice del processo amministrativo che individua tra i contenuti che il ricorso deve distintamente contenere: <<l'indicazione dell'oggetto della domanda, ivi compreso l'atto o il provvedimento eventualmente impugnato>>⁴⁵⁰. Peraltro il codice dispone la nullità del ricorso nel caso di incertezza assoluta sull'oggetto della domanda⁴⁵¹.

Il modello di tutela emerso a seguito dell'entrata in vigore del nuovo testo di legge, pertanto, è dichiaratamente volto alla piena satisfattività delle sole pretese azionate⁴⁵², senza sconfinamenti del giudicante in profili non portati alla sua cognizione dalle parti, poste tra loro in posizione paritaria in virtù dell'operatività del giusto processo.

Sul punto occorre una precisazione. La codificazione ha condotto all'affermazione del principio dispositivo e di parità delle parti, rendendo in tal modo definito il ruolo della pubblica amministrazione all'interno del giudizio.

Il soggetto pubblico, infatti, è parte alla stessa stregua in cui lo è il privato e la sussistenza dell'interesse generale perseguito dalla p.a., se considerato esterno alla domanda azionata, non dovrebbe in alcun modo creare situazioni di *vantaggio processuale*⁴⁵³. Il giudizio verterebbe esclusivamente sulla situazione giuridica nella

⁴⁴⁹ Si veda l'art. 39 (Rinvio esterno), comma 1, d.lgs. n. 104/2010: <<Per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali>>.

⁴⁵⁰ Si veda l'art. 40 (contenuto del ricorso), comma 1, lett. B), d.lgs. n. 104/2010.

⁴⁵¹ Si veda l'art. 44 (Vizi del ricorso e della notificazione), comma 2, d.lgs. n. 104/2010.

⁴⁵² Ciò è stato prontamente rilevato anche dalla giurisprudenza, cfr., *ex multis*, Cons. Stato, n. 486/2012: <<il portato degli articoli 1 e 2, c.p.a. indica una direttrice funzionale dalla quale il giudice amministrativo non può discostarsi e anzi cui deve costantemente ispirare l'attività giurisdizionale, conformando contenuti e tempi della tutela giurisdizionale, sia pure nella contemplazione dei limiti della propria giurisdizione, all'obiettivo di assicurare una tutela piena, effettiva e satisfattiva, come espressa anzitutto dal conseguimento dello specifico bene della vita cui è orientato l'esercizio del diritto d'azione>>.

⁴⁵³ Si vedano le osservazioni di R. De Nictolis, *L'ordine dei motivi e la sua disponibilità*, in *Federalismi.it*: << Nel nuovo modello processuale, la parità delle parti comporta anche un diverso ruolo di pubblica amministrazione e giudice amministrativo nella tutela dell'interesse pubblico, in quanto la pubblica amministrazione assurge alla maggiore età e deve, pertanto, assumere un ruolo

titolarità del ricorrente: l'interesse pubblico sarebbe meramente connesso alla vicenda, senza costituire oggetto diretto di tutela⁴⁵⁴. Ciò costituisce elemento complementare alla già citata posizione paritaria tra le parti: deve escludersi ogni rilievo dell'autorità nel giudizio⁴⁵⁵.

L'effettiva realizzazione della parità processuale e del principio dispositivo in ambito amministrativo esigono, quindi, l'abbandono del tradizionale modello di tutela avente a oggetto non solo l'interesse legittimo, ma anche l'interesse pubblico, finalizzazione che ha tradizionalmente giustificato i poteri d'ufficio del giudice amministrativo.

All'accoglimento di siffatta interpretazione consegue il tramonto di un processo a natura oggettiva, in cui la posizione dell'amministrazione ha automaticamente pari o maggior protezione rispetto a quella del privato⁴⁵⁶.

Lo specifico istituto dell'ordine dei motivi del ricorso rappresenta l'emblema dell'evoluzione descritta ed è pertanto strumentale all'osservazione dell'intero sistema di giustizia amministrativa⁴⁵⁷.

attivo nella tutela, stragiudiziale e giudiziale, degli interessi a cui è preposta, non potendo più contare su un giudice amministratore-tutore e supplente>>.

⁴⁵⁴ Si vedano le considerazioni di F. Ledda, *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, III, Modena, 1996, pp. 971 e ss.

⁴⁵⁵ L'autorità <<non penetra nelle aule del tribunale ma, restando fuori, attende quel responso del giudice che può smentirla e ridurla quindi al nulla>>, così F. Ledda, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Riv. giur. sarda*, 1997, pp. 807 e ss.

⁴⁵⁶ Si veda L. Donato, *Sulla disponibilità degli effetti dell'annullamento giurisdizionale: il caso del ricorso incidentale c.d. <<auto lesivo>>*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 511 e ss.: <<Oggi invece — com'è noto — al di là della più o meno completa trasformazione del processo amministrativo in un «giudizio di spettanza, è innegabile che chi agisce lo fa in nome ed a tutela di un proprio interesse, ed all'interno di un processo improntato al principio della parità delle parti. Ciò, dunque, potrebbe condurre a pensare all'annullamento non più come ad un istituto sanzionatorio volto a ripristinare la legalità violata, bensì come ad uno strumento attraverso cui la parte giunge a soddisfare integralmente il proprio interesse, e che garantisce, così, piena e sostanziale tutela alla situazione giuridica soggettiva azionata. Pertanto, attribuendo all'annullamento un carattere strumentale e non più finale, cioè considerando lo stesso non più un fine bensì un mezzo, l'automaticità e l'immancabilità degli effetti di ripristinazione possono essere messe in discussione, e con esse la stessa indisponibilità>>.

⁴⁵⁷ Le ripercussioni del tema dell'ordine dei motivi del ricorso su l'intero assetto processuale amministrativo è stato messo in evidenza sin da tempi remoti: cfr. F. La Valle, *Il vincolo del giudice amministrativo ai motivi di parte*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, pp. 20 e ss. L'Autore, nell'indagare il problema del legame tra il vincolo in questione e il principio dispositivo, rileva che <<problema siffatto è strettamente connesso con quelli, assai dibattuti, della struttura dell'azione processuale amministrativa, dello scopo cui azione cosiffatta tende, e della natura della giurisdizione, in cui tale azione si fa valere>>. Cfr. Id., p. 76, ancor più nel dettaglio: il giudice è <<vincolato al motivo del ricorso, ma non, nell'ambito del motivo, alle prospettazioni e alle iniziative probatorie di parte>> e ancora <<la parte è padrona sì di individuare il fatto (fattispecie reale) che decide di portare al giudice, ma il giudice dal suo canto, se è vincolato al fatto portatogli dalla parte, è però libero (nei confronti della parte stessa) di individuare il diritto (la norma del diritto) oggettivo da applicarsi al fatto>>. L'Autore compie anche un'opera di analisi comparativa sulla portata del vincolo del giudice ai motivi delle parti all'interno degli altri ordinamenti, Id., pp. 25 e ss.

Ai fini che qui interessano, occorre soffermarsi in particolare sul principio dispositivo e su quello di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, evidentemente violati da un'eventuale iniziativa giudiziale volta a modificare l'ordine delle censure avanzate dalle parti. Se, infatti, la determinazione del *thema decidendum* (oltre che del *thema probandum*) è rimessa alla parte, i poteri officiosi del giudice, pur se non astrattamente vietati, dovrebbero essere limitati a ipotesi eccezionali⁴⁵⁸.

Peraltro, il mancato rispetto del vincolo dei motivi darebbe luogo a un vizio di omessa pronuncia: la necessaria corrispondenza che deve sussistere tra quanto chiesto e quanto pronunciato vieta al giudicante di graduare discrezionalmente i motivi⁴⁵⁹, imponendone invece l'esame.

Invero, già prima dell'emanazione del D.lgs. n. 104/2010 la dottrina⁴⁶⁰ aveva rilevato come la vigenza, all'interno del processo amministrativo, del principio dispositivo comportasse la possibilità per la parte di indicare in modo vincolante l'ordine di esame giudiziale dei motivi del ricorso. L'effettiva applicazione dei principi generali già citati, infatti, conduce a favorire una maggior tutela al ricorrente, nell'ottica di un processo a natura soggettiva. Tale orientamento, tuttavia, non è stato pacificamente accolto dalla giurisprudenza.

Torneremo sulla questione successivamente⁴⁶¹, per illustrarne i risvolti interpretativi in connessione con la ritenuta disponibilità dell'interesse legittimo. Ciò che interessa per il momento rilevare è la sussistenza di un problema tuttora non risolto, nonostante i numerosi e chiari dettami di legge vigenti.

Il fenomeno della graduazione dei motivi da parte del ricorrente si intreccia con quello dell'assorbimento⁴⁶² *improprio*⁴⁶³, tecnica frequentemente praticata dal

⁴⁵⁸ Nella vigenza del principio dispositivo spetta alle parti individuare il *thema decidendum* e prospettare i motivi di ricorso, anche in via graduata. Sul punto, concordemente, F. Della Valle, *Il vincolo del giudice*, cit. pp. 91 e 92: <<ogni allentamento del vincolo del giudice amministrativo ai motivi di parte significa deroga, od un più o meno totale ripudio, del principio dispositivo, deroga e ripudio necessariamente ispirati, quindi, al principio opposto>>.

⁴⁵⁹ Cfr. C. Consolo, *Il cumulo condizionale delle domande*, Padova 1985, pp. 419 e ss., e in particolare pp. 442 e 452; E. Capaccioli, *Per l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Scritti in onore di Miele*, Milano, 1979, p. 209.

⁴⁶⁰ Cfr. R. De Nictolis, *L'ordine dei motivi*, cit. L'Autrice cita, a sua volta, R. Giovagnoli, in F. Caringella, R. De Nictolis, R. Giovagnoli, V. Poli, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2008. Concordemente, cfr. V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma, 2003, p. 639; E. Follieri, *Lo svolgimento del processo di primo grado*, in F. G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2003, p. 404; C. P. Virga, *Diritto amministrativo*, vol. II, *Atti e ricorsi*, Milano, 1995, p. 345.

⁴⁶¹ Cfr. *infra*, § 3 e § 4.

⁴⁶² Sull'assorbimento dei motivi, specificamente, cfr. V. Caianiello, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, Utet, 1994, pp. 711 e ss.; B. Cavallo, *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, Teramo, 1975; E. Cannada Bartoli, *Processo amministrativo, considerazioni introduttive*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, pp. 1086 e ss.; M. Nigro, *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro it.*, 1975, pp. 17 e ss.; G. Paleologo, *Forma e contenuto*, cit., pp. 1094 e ss. Sulla relazione tra assorbimento e determinazione dell'ordine di esame dei motivi, cfr. M. Magri, *L'ordine dei motivi*, cit., p. 1070 e ss., per il quale il primo è generalmente fenomeno che interessa i possibili rapporti tra censure di legittimità e rappresenta un'esigenza giustificativa della omissione di

giudice amministrativo, mediante cui sono vagliate soltanto alcune questioni il cui accoglimento determina il mancato esame delle ulteriori, nonostante che difetti un vero e proprio ordine logico tra le stesse⁴⁶⁴.

Tale pratica⁴⁶⁵ è spesso dettata da criteri di stretta opportunità ed economia processuale⁴⁶⁶, a scapito, tuttavia, di una piena satisfattività del ricorrente: spesso infatti ciò si è tradotto in sentenze di annullamento per vizi di mera forma che lasciano impregiudicate le questioni di ordine sostanziale, con l'eventualità che l'amministrazione riproduca l'atto con i medesimi vizi già dedotti con i motivi assorbiti⁴⁶⁷.

pronuncia, mentre <<I motivi assorbiti non attengono ai problemi dell'oggetto del processo, presuppongono già risolto il problema dei limiti della domanda, è istituito a protezione dell'economia processuale. (...) a differenza dell'assorbimento, nella determinazione dell'ordine di trattazione dei motivi non si pone un problema giustificativo dell'omissione di pronuncia in quanto "filtro" di questioni irrilevanti o superflue per il *thema decidendum*, ma dell'omissione di pronuncia in quanto risultato di una "premessa" funzionale alla definizione dell'oggetto del processo e dunque alla formazione di una decisione implicita di rigetto sul motivo non cognito>>.

⁴⁶³ L'assorbimento dei motivi può, infatti, essere proprio o improprio. Il primo si verifica quando tra le questioni sussiste un ordine logico, non coincidente con un nesso di pregiudizialità tecnicamente inteso, ma tale per cui l'accoglimento o il rigetto dell'una rende inutile o precluso l'esame dell'altra. Nell'improprio, invece, il giudice, una volta statuito su una questione, non conosce delle ulteriori e le dichiara assorbite, nonostante che non sussista alcuna connessione tra le stesse e quella esaminata. Si ha così un'omissione di pronuncia su motivi o eccezioni concorrenti a quelli accolti e idonei a soddisfare interessi della parte che li ha formulati, diversi e ulteriori rispetto a quelli posti a base dei profili espressamente vagliati.

⁴⁶⁴ In passato, si affermava genericamente che l'accoglimento di una censura, che sia in grado di provocare la caducazione dell'atto impugnato, fa venire meno l'interesse del ricorrente all'esame degli altri motivi da parte del giudice e la potestà di questi di procedere a tale esame, autorizzando la dichiarazione di assorbimento, si veda Cons. Stato, n. 4487/2002; Cons. Stato, n. 979/1992.

⁴⁶⁵ La descrizione del fenomeno dell'assorbimento ne rende evidenti le differenze rispetto a quello del giudicato implicito, su cui, cfr. P. Biavati, *Appunti sulla struttura*, cit., p. 1304: <<La nozione di giudicato implicito è una creazione giurisprudenziale, che, a differenza del principio della ragione più liquida, rispetta in modo rigoroso l'ordine logico-giuridico delle questioni, portandolo anzi alle sue conseguenze estreme. Si parla, come è ben noto, di giudicato implicito per affermare che il giudicato « copre » (per usare un' espressione invalsa) non solo l'oggetto diretto della pronuncia, ma anche tutto ciò che ne rappresenta il fondamento logico-giuridico, anche se non sia stato discusso in causa>>. L'Autore si sofferma poi ampiamente sull'effetto espansivo del giudicato, alla luce degli orientamenti di dottrina e giurisprudenza.

⁴⁶⁶ Cfr. L. P. Comoglio, *Il principio di economia processuale*, Padova, 1980, secondo cui la *ratio* dell'assorbimento improprio si riscontra nell'opportunità di risolvere preliminarmente quelle questioni la cui decisione può portare alla immediata definizione del giudizio.

⁴⁶⁷ Così F. Della Valle, *Il vincolo del giudice*, cit., pp. 80 e ss.: <<la violazione del vincolo ai motivi di parte deve ritenersi che sussista, tanto nel caso in cui il giudice addivenga al rigetto del ricorso, omettendo la considerazione di uno od alcuni motivi, anche se per avventura l'avvenuta considerazione avrebbe condotto all'accertamento della infondatezza di tali motivi (...), quanto nel caso in cui il giudice, riconosciuti fondati uno od alcuni motivi, pervenga all'accoglimento del ricorso omettendo l'esame degli ulteriori motivi che la parte abbia dedotto (...) omettendo l'esame di censure di eccesso di potere dopo che abbia riconosciuto l'esistenza di dedotti vizi formali del provvedimento, il giudice amministrativo viene possibilmente ad (arbitrariamente) restringere l'intensità della tutela accordata all'interessato, ed a restringere tale intensità, si badi, accordando meno di quanto

Le criticità della tecnica indicata non ricadono solo sul privato, ma anche sul soggetto pubblico, lasciato nell'incertezza circa la fondatezza delle censure assorbite e dunque sulle modalità di un eventuale riesercizio della funzione; senza considerare altresì i risvolti negativi sull'economia processuale, nel caso in cui al destinatario dell'atto occorra adire nuovamente la giustizia⁴⁶⁸.

espressamente e formalmente, proponendo anche le censure di eccesso di potere, il ricorrente aveva domandato, incorrendo dunque, esso giudice, in un vero e proprio diniego di giustizia>>. Ancora, Id., p. 83: <<in certe ipotesi la mancata presa in considerazione, da parte dei giudici, di motivi dichiarati <<assorbiti>> in seguito al riconoscimento della fondatezza di altri, si risolve in un danno, anziché per il ricorrente, per il resistente, parte privata. Si consideri le ipotesi in cui i motivi, diversi da quello riconosciuto fondato, invece di essere dichiarati <<assorbiti>> siano presi in esame dal giudice, e siano riconosciuti *infondati*: ove in seguito all'annullamento, pronunciato sulla base del motivo fondato, l'Amministrazione addivenga alla nuova emanazione del provvedimento, il resistente – parte privata – soccombente nel giudizio che portò a quell'annullamento, potrà avvalersi del giudicato formale (anche) sui motivi riconosciuti infondati, per contrastare l'impugnazione del nuovo provvedimento, che il ricorrente vincitore nel precedente giudizio esperisca in un secondo giudizio. Invece la dichiarazione di assorbimento dei motivi, che, se fossero stati presi in esame, sarebbero stati dichiarati infondati, preclude al resistente la descritta possibilità, onde la omissione di pronuncia (di sufficiente pronuncia) del giudice si risolve tanto in un ingiusto (e illegale) pregiudizio per il resistente soccombente (...) quanto in un indebito vantaggio per il ricorrente vittorioso>>. L'avversità per l'assorbimento improprio è stata, da ultimo, confermata dalla sentenza Cons. Stato, Ad. Plen., n. 5/2015: <<se ci si colloca nell'ottica non del singolo processo, ma della definizione del rapporto sostanziale tra amministrazione e cittadino; è evidente, infatti, che accogliere un motivo di difetto di motivazione, e assorbire profili di eccesso di potere e censure di violazione di legge, rende possibile la reiterazione dell'atto con altra motivazione, cui può seguire un nuovo giudizio nel quale saranno riproposte le stesse censure che il giudice avrebbe potuto e dovuto esaminare proprio al fine di ridurre il rischio di una nuova impugnazione>>. Per l'analisi dell'anzidetta decisione, cfr. *infra* in questo capitolo, § 4.

⁴⁶⁸ Cfr. F. Patroni Griffi, *La sentenza amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it: <<(...) la pratica dell'assorbimento andrebbe ridotta. Il criterio-guida non può essere la generica idoneità della censura accolta a sorreggere l'annullamento dell'atto, dovendosi piuttosto evitare che il provvedimento annullato possa essere reiterato, depurato sí del vizio posto a base dell'annullamento ma riproducendo, per il resto, il precedente provvedimento contro il quale già erano state proposte censure assorbite dal giudice. D'altra parte, la stessa esigenza di economia che viene talvolta posta a giustificazione dell'assorbimento deve essere considerata in un'ottica che vada al di là del singolo processo, per riguardare la definizione del rapporto sostanziale tra cittadino e amministrazione: accogliere un motivo di difetto di motivazione e assorbire altri profili di eccesso di potere e censure di violazione di legge comporta la reiterazione dell'atto con una nuova motivazione e, inevitabilmente, un nuovo giudizio in cui saranno riproposte le stesse censure che il giudice avrebbe potuto e dovuto esaminare proprio al fine di ridurre il rischio di una nuova impugnazione>>. Conformemente, cfr. R. De Nictolis, *L'ordine dei motivi*, cit.: <<La tecnica dell'assorbimento è stata in passato utilizzata in modo non del tutto corretto, tanto da condurre, in alcuni casi, alla pronuncia di sentenze di annullamento per vizi di mera forma che lasciavano, invece, impregiudicate le questioni d'ordine sostanziale. Ne derivava che la pretesa del ricorrente, apparentemente soddisfatta dalla sentenza di accoglimento, poteva non esserlo nella sostanza, se l'amministrazione reiterava l'atto riproducendo i vizi dedotti dal ricorrente con i motivi assorbiti. l'assorbimento di alcune censure riduce il c.d. *effetto conformativo* della sentenza e, di conseguenza, frena la tendenza del processo amministrativo ad atteggiarsi come processo a cognizione piena sul rapporto tra cittadino e amministrazione. Si è rilevato, inoltre, come la stessa esigenza di economia che viene talvolta posta a giustificazione dell'assorbimento può, in

Dal punto di vista legislativo, lo schema originario del codice del processo amministrativo, nel testo licenziato dalla commissione di studio istituita presso il Consiglio di Stato, prescriveva l'obbligo per il giudice di esaminare tutti i motivi avanzati nel ricorso⁴⁶⁹. La previsione è stata espunta nel testo finale, ma la dottrina ne riconosce il valore di principio generale del sistema di giustizia amministrativa, tuttora operante anche se non positivizzato⁴⁷⁰, come del resto precisato nella relazione governativa di accompagnamento al testo di legge⁴⁷¹.

Il vigente codice ammette espressamente due sole ipotesi di assorbimento (cosiddetto assorbimento *legale*): in caso di giudizio immediato concluso con sentenza in forma semplificata, in cui il giudice può motivare con riferimento a un punto ritenuto risolutivo, e in caso di manifesta irricevibilità, inammissibilità, infondatezza, che consente di assorbire la questione di mancata integrità del contraddittorio⁴⁷².

La lacunosità della disciplina indicata rende necessario, anche in questo caso, il ricorso ai principi generali.

concreto, mancare del tutto, soprattutto se ci si colloca nell'ottica non del singolo processo, ma della definizione del rapporto sostanziale tra amministrazione e cittadino. È evidente, infatti, che accogliere un motivo di difetto di motivazione, e assorbire profili di eccesso di potere e censure di violazione di legge, rende possibile la reiterazione dell'atto con altra motivazione, cui può seguire un nuovo giudizio nel quale saranno riproposte le stesse censure che il giudice avrebbe potuto e dovuto esaminare proprio al fine di ridurre il rischio di una nuova impugnazione>>.

⁴⁶⁹ Il testo, significativamente, prevedeva all'art. 34 che <<Quando accoglie il ricorso, il giudice deve comunque esaminare tutti i motivi, ad eccezione di quelli dal cui esame non possa con evidenza derivare alcuna ulteriore utilità al ricorrente>>. Cfr. R. De Nictolis, *L'ordine dei motivi*, cit., che in senso critico osserva come la disposizione indicata <<vietava espressamente l'assorbimento solo in caso di accoglimento del ricorso, mentre il divieto avrebbe dovuto operare, e *a fortiori*, in caso di rigetto del ricorso>>.

⁴⁷⁰ Così, ancora, R. De Nictolis, *L'ordine dei motivi*, cit.

⁴⁷¹ Nella relazione governativa, in particolare, si precisa che non è sancito il dovere per il giudice di non dichiarare l'assorbimento dei motivi ove sussista un apprezzabile interesse della parte, poiché ciò sarebbe implicito nello stesso sistema. In senso critico si osserva che un'espressa previsione sarebbe stata invece opportuna, anche in considerazione del fatto che vi era (e vi è tuttora) una prassi consolidata contraria.

⁴⁷² Si veda l'art. 74 (Sentenze in forma semplificata), dlgs. n. 104/2010: <<Nel caso in cui ravvisi la manifesta infondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso, il giudice decide con sentenza in forma semplificata. La motivazione della sentenza può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme>>, richiamato dall'art. 49, comma 2, d.lgs. n. 104/2010: <<L'integrazione del contraddittorio non è ordinata nel caso in cui il ricorso sia manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondato; in tali casi il collegio provvede con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 74>>. La questione dell'integrità del contraddittorio segue l'esame delle altre questioni di rito e di merito, passandosi alla verifica dell'integrità del contraddittorio, e alla sua integrazione ove possibile, solo se il ricorso non è ritenuto irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondato. L'art. 49, co. 2, C.P.A., ha anche una rilevanza sistematica, ove si consideri che è l'unico caso in cui nel c.p.a. si consente di prescindere dall'ordine di esame rito-merito. Sembrerebbe desumersene *a contrario*, e altresì alla luce di altri dati sistematici, che le altre questioni di rito debbano sempre essere esaminate prima di quelle di merito, anche se il ricorso sia, nel merito, infondato.

In particolare l'effettività della tutela e la corrispondenza tra chiesto e pronunciato, cui consegue il dovere del giudice di pronunciarsi su tutta la domanda⁴⁷³ comporterebbero, in linea di principio, il divieto di assorbimento improprio dei motivi⁴⁷⁴. Ferme restando le ipotesi specifiche ed eccezionali codificate.

Pertanto, se è risolutiva una questione di rito, non vi sono ostacoli né logici né giuridici all'assorbimento delle questioni di merito. Ove però vadano affrontate solo questioni di merito, la motivazione su un solo punto ritenuto risolutivo, con assorbimento degli altri motivi, non dovrebbe tradursi in un'omissione di pronuncia o in una tutela non pienamente soddisfattiva⁴⁷⁵.

La casistica sul punto è variegata⁴⁷⁶; ciò che preme rilevare è la tendenziale prevalenza data alla tutela del ricorrente, a favore di una decisione esauriente e completa nel merito delle pretese azionate. Recentemente, la giurisprudenza si è mostrata più sensibile alle esigenze del privato, scongiurando la prassi dell'assorbimento improprio⁴⁷⁷, specialmente in virtù dell'effettività della tutela⁴⁷⁸, destinata a prevalere sull'economia processuale⁴⁷⁹.

⁴⁷³ Fr. D. M. Traina, *Motivi assorbiti ed appello incidentale semplificato*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, pp. 962 e ss., che rinviene nell'assorbimento improprio un'ipotesi di omissione di pronuncia. Ciò sempre che non sia riscontrabile una pronuncia implicita, quando tra le diverse questioni sussiste una relazione logica, ma viene disattesa.

⁴⁷⁴ Così, espressamente, Cons. Stato, Ad. Plen., n. 5/2015. Il Collegio aggiunge che tale soluzione è conforme altresì a esigenze di miglior cura dell'interesse pubblico e della legalità.

⁴⁷⁵ Per pervenirsi, ad es., a una pronuncia di rigetto, è indispensabile esaminare tutti i motivi di ricorso, essendo pacifico che l'assorbimento è ammissibile su motivi di rito, se il ricorso va respinto nel merito (e salvo il caso di difetto di giurisdizione o di competenza. Al più, in caso di sentenza di rigetto, si possono assorbire i motivi che sono meramente ripetitivi di altri già esaminati.

⁴⁷⁶ Per una disamina sulle ipotesi specifiche di assorbimento verificatesi nella prassi giurisprudenziale, cfr. R. De Nictolis, *L'ordine di esame dei motivi*, cit., che, dopo aver rilevato la prassi per cui viene ammesso l'assorbimento delle questioni di rito se si ritiene che il ricorso sia comunque infondato nel merito, specifica che: «<In un solo caso si può consentire l'assorbimento dei motivi di ricorso in caso di rigetto del medesimo, ed è quello in cui il provvedimento impugnato si fonda su una pluralità di ragioni autonome. Secondo la giurisprudenza, nei casi in cui il provvedimento impugnato risulti sorretto da più ragioni giustificatrici tra loro autonome, logicamente indipendenti e non contraddittorie, il giudice, qualora ritenga infondate le censure indirizzate verso uno dei motivi assunti a base dell'atto controverso, idoneo, di per sé, a sostenerne ed a comprovarne la legittimità, ha la potestà di respingere il ricorso sulla sola base di tale rilievo, con assorbimento delle censure dedotte avverso altri capi del provvedimento, indipendentemente dall'ordine con cui i motivi sono articolati nel gravame, in quanto la conservazione dell'atto implica la perdita di interesse del ricorrente all'esame delle altre doglianze>>. Sul punto, l'Autrice cita le decisioni Cons. Stato, n. 3020/2007; Cons. Stato, n. 3052/2005. Per un'analisi casistica si veda altresì P. Biavati, *Appunti sulla struttura*, cit., pp. 1301 e ss.

⁴⁷⁷ Si veda Cons. Stato, n. 4563/08: «<il privato è interessato non tanto alla caducazione dell'atto, quanto soprattutto a conseguire il bene della via illegittimamente sottrattogli dall'illegittimo esercizio del potere amministrativo>>. Cfr. R. De Nictolis, *L'ordine di esame dei motivi*, cit., che riporta anche una pronuncia ben più risalente, citando Cons. Stato, n. 699/1982: «<(…) la giurisprudenza ha affermato che il principio formale dell'assorbimento può trovare applicazione da parte del giudice solo nei casi in cui fra le questioni sottoposte al suo esame siano accertati nessi di continenza logica sotto profili di pregiudizialità o di dipendenza, secondo un intrinseco ordine motivatorio, mentre non è

Alla luce di tutti principi in precedenza indicati⁴⁸⁰, quindi, emerge con evidenza la connessione tra l'assorbimento improprio e il vincolo della parte all'esame giudiziale dei motivi: se, infatti, si ritiene l'organo adito condizionato, tale prassi sarebbe definitivamente scongiurata.

Tornano, quindi, a (ulteriore) supporto del divieto di assorbimento gli argomenti legislativi già in precedenza esposti con riferimento alla codificazione del principi della domanda, dispositivo e dell'effettività della tutela; la dottrina ha messo in rilievo, in particolare, come l'art. 34 del D.lgs. n. 104/2010 si ponga in evidente contrasto con il fenomeno dell'assorbimento dei motivi⁴⁸¹.

Nella successiva trattazione gli elementi indicati saranno ripresi per formulare un'ipotesi interpretativa sistematicamente coerente.

3. (segue) *Le deroghe alla determinazione dell'ordine dei motivi: questioni di rito e vizio di incompetenza.*

Nelle pagine che precedono, si è dato conto, in linea generale, delle regole e dei principi che disciplinano l'ordine di esame giudiziale.

Occorre adesso occuparsi di alcuni aspetti più specifici che hanno impegnato la prassi giudiziaria, soffermandosi soprattutto sull'analisi delle più rilevanti ipotesi derogatorie in cui il potere dispositivo della parte non può vincolare il giudice

consentito prescindere dalla pronunzia su alcuna questione, della quale debba riconoscersi la rilevanza nella fattispecie, in considerazione esclusivamente del risultato cui praticamente il giudice pervenga in base a diverso criterio di decisione, comunque ostativo dell'accoglimento della domanda del ricorrente>>. Sul punto, determinante è stato l'intervento della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 5/2015, su cui cfr. *infra*, § 4.

⁴⁷⁸ Cfr. F. Ricciardi, *L'annullamento per incompetenza non preclude l'esame degli ulteriori motivi del ricorso*, in *Corr. mer.*, 2010, pp. 776 e ss., che mette in rilievo il legame tra la questione dell'ordine dei motivi e il principio di effettività della tutela, di derivazione anche convenzionale, ai sensi degli artt. 6 e 13 CEDU, dell'art. 20 TUE e degli artt. 1 e 7, comma 7, CPA.

⁴⁷⁹ Cfr. R. De Nictolis, *L'ordine di esame dei motivi*, cit., che mette in relazione i differenti principi e valori da bilanciare nell'ambito della problematica in esame: <<Infatti si schierano, al momento della decisione, da un lato i poteri delle parti e dall'altro quelli del giudice, e dunque il principio della domanda e i temperamenti di esso che derivano dai poteri ufficiosi, il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e il principio di economia processuale che fa sempre più concessioni all'assorbimento dei motivi che, da prassi censurabile, nella legislazione recente è divenuto istituto normativo corollario dell'economia processuale>>.

⁴⁸⁰ Per una trattazione congiunta dei due fenomeni, cfr. A. Romano Tassone, *Sulla disponibilità dell'ordine di esame dei motivi del ricorso*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 803 e ss., che critica la tendenza a risolvere il problema del vincolo giudiziale ai motivi di parte sulla esclusiva base del principio dispositivo.

⁴⁸¹ Sulla base dell'art. 34 C.P.A. l'assorbimento dei motivi non sembra essere più possibile, cfr. S. Raimondi, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 913 e ss.

nell'esame dei motivi, essendo questo imposto da esigenze logiche o da espresse previsioni di legge.

A venire in rilievo è innanzitutto il caso di coesistenza, nel medesimo processo, di motivi di rito e di merito.

Alcune questioni processuali, quali la giurisdizione e la competenza (nonché l'estinzione e l'improcedibilità⁴⁸²), non possono mai essere assorbite e devono essere tendenzialmente esaminate prima del merito, come desumibile dall'art. 74 del D.lgs. n. 104/2010: la disposizione, consentendo la sentenza in forma semplificata in caso di manifesta fondatezza, irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso, costituisce una deroga all'ordine logico rito – merito.

Il discorso si complica ove si esamini se sussista o meno un ordine tra le singole questioni di rito (escluso, quindi, il merito).

Tale ultimo profilo può apparire superfluo o inutile ai fini dell'analisi. Infatti, per le questioni di rito l'organo adito mantiene un (seppur limitato) potere officioso di iniziativa (per esempio con riguardo alla giurisdizione e alla competenza). Di conseguenza non vi è un ordine imposto: le questioni proposte dalle parti non devono essere necessariamente esaminate prima rispetto a quelle rilevabili d'ufficio, o viceversa. Ciò si desume dall'art. 276, comma 2, c.p.c., richiamato dall'art. 76, comma 4, D.lgs. n. 104/2010: il collegio decide <<gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa>>. Con la precisazione che il rilievo officioso deve essere posto all'attenzione delle parti *ex art. 73, comma 3, D.lgs. n. 104/2010*⁴⁸³, nel rispetto del principio del contraddittorio⁴⁸⁴.

⁴⁸² Cfr., dettagliatamente, R. De Nictolis, *L'ordine di esame dei motivi*, cit., che aggiunge, per completezza: <<le questioni di estinzione e improcedibilità tendenzialmente precedono le questioni di merito e le altre questioni di rito, dovendo finché possibile essere definite con decreto, per le altre questioni di rito (p.es. questioni relative alla procura, questioni relative alla ricevibilità e ammissibilità) deve ancora ritenersi possibile il loro assorbimento, in caso di infondatezza del ricorso, laddove ragioni di economia processuale suggeriscano di definire la lite nel merito piuttosto che in rito>>. L'Autrice specifica ulteriormente: <<Un ordine tendenziale hanno, dopo le questioni di giurisdizione e di competenza, le questioni di improcedibilità e di estinzione che, come già osservato, vanno, tendenzialmente, definite fuori udienza con decreto monocratico (art. 85 c.p.a.). Seguono le questioni di irricevibilità e inammissibilità, che vengono dal c.p.a. ascritte al novero delle pronunce di rito, ma per le quali non è consentito l'utilizzo del decreto monocratico, evidentemente, perché ritenute questioni più complesse rispetto a quelle di procedibilità e di estinzione (v. art. 35, co. 1, lett. A) e b) e art. 85 c.p.a., quest'ultimo prevede il decreto presidenziale per le pronunce di estinzione e improcedibilità, non anche per quelle di irricevibilità e inammissibilità)>>.

⁴⁸³ Ai sensi dell'art. 73 (Udienza di discussione): <<Le parti possono produrre documenti fino a quaranta giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a trenta giorni liberi e presentare repliche fino a venti giorni liberi. Nell'udienza le parti possono discutere sinteticamente. Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice la indica in udienza dandone atto a verbale. Se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest'ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie>>.

⁴⁸⁴ È interessante riportare il rilievo fatto da R. De Nictolis, *L'ordine di esame dei motivi*, cit., che evidenzia il <<diverso regime del rilievo d'ufficio delle questioni recato dall'art. 73, co. 3, c.p.a.

Cionondimeno l'indicata tematica è di supporto allo studio in oggetto, in quanto presenta profili di stretta connessione con il problema dell'assorbimento improprio e costituisce ulteriore dimostrazione del rilievo progressivamente assunto nella giurisprudenza dai principi di pienezza ed effettività della tutela. Occorre pertanto procedere illustrando solo gli aspetti di maggiore interesse, strumentali all'oggetto della ricerca.

Sin da prima dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 104/2010 le posizioni giurisprudenziali si sono divise tra orientamenti a favore di una priorità logica delle questioni di puro rito, inerenti alla forma, su quelle (pur sempre di rito) attinenti ai presupposti della domanda (più vicine, quindi, all'esame del merito)⁴⁸⁵ e orientamenti volti invece a valutare caso per caso in base a ragioni di opportunità, sulla base della ritenuta mancanza di una regola sull'ordine di trattazione delle questioni di rito.

Il dibattito aveva trovato, sino a tempi recenti, alcuni punti fermi su due profili di rito considerati tradizionalmente prioritari su tutti gli altri: giurisdizione e competenza. La prima, peraltro, è divenuta veicolo per l'affermazione della pienezza di tutela con l'emanazione della legge n. 69/2009, che all'art. 59⁴⁸⁶ ha introdotto la

rispetto all'art. 101, co. 2, c.p.c. Infatti nel c.p.c. ogni qualvolta il giudice intende rilevare una questione d'ufficio deve riservare la decisione e assegnare alle parti, a pena di nullità, un termine per memorie. Invece nel c.p.a. non solo non è prevista la sanzione di nullità, ma non occorre assegnare alle parti un termine per memorie se la questione è indicata dal giudice in udienza, ma solo se sorge dopo il passaggio della causa in decisione>>.

⁴⁸⁵ Quindi le questioni di giurisdizione e di ricevibilità avrebbero precedenza su quelle di ammissibilità del ricorso, mentre da ultimo sarebbero esaminate le questioni inerenti le cause estintive.

⁴⁸⁶ Ai sensi dell'art. 59 (Decisione delle questioni di giurisdizione), legge n. 69/2009 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile): <<Il giudice che, in materia civile, amministrativa, contabile, tributaria o di giudici speciali, dichiara il proprio difetto di giurisdizione indica altresì, se esistente, il giudice nazionale che ritiene munito di giurisdizione. La pronuncia sulla giurisdizione resa dalle sezioni unite della Corte di cassazione è vincolante per ogni giudice e per le parti anche in altro processo. Se, entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia di cui al comma 1, la domanda è riproposta al giudice ivi indicato, nel successivo processo le parti restano vincolate a tale indicazione e sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe prodotto se il giudice di cui è stata dichiarata la giurisdizione fosse stato adito fin dall'instaurazione del primo giudizio, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute. Ai fini del presente comma la domanda si ripropone con le modalità e secondo le forme previste per il giudizio davanti al giudice adito in relazione al rito applicabile. Se sulla questione di giurisdizione non si sono già pronunciate, nel processo, le sezioni unite della Corte di cassazione, il giudice davanti al quale la causa è riassunta può sollevare d'ufficio, con ordinanza, tale questione davanti alle medesime sezioni unite della Corte di cassazione, fino alla prima udienza fissata per la trattazione del merito. Restano ferme le disposizioni sul regolamento preventivo di giurisdizione. L'inosservanza dei termini fissati ai sensi del presente articolo per la riassunzione o per la prosecuzione del giudizio comporta l'estinzione del processo, che è dichiarata anche d'ufficio alla prima udienza, e impedisce la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda. In ogni caso di riproposizione della domanda davanti al giudice di cui al comma 1, le prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate come argomenti di prova>>.

translatio iudicii anche nel sistema di giustizia amministrativa⁴⁸⁷. La possibilità di ricorrere all'istituto tra diversi ordini giurisdizionali ha un forte impatto in termini di interesse della parte. La circostanza che la declaratoria di difetto di giurisdizione consenta di rivolgersi ad altro giudice comporta che il ricorrente abbia interesse non solo all'accoglimento del ricorso, ma anche, ove non possa trovare soddisfazione in tal senso, alla corretta scelta del motivo di rigetto: il più soddisfacente è, infatti, il difetto di giurisdizione, che lascia integra alla parte la possibilità di vittoria mediante il ricorso a un giudice differente⁴⁸⁸. Le esigenze di pienezza della tutela, quindi, impongono l'esame (su domanda di parte o di ufficio) della sussistenza della giurisdizione in via prioritaria rispetto alle altre questioni di rito.

Considerazioni simili possono essere avanzate con riferimento alla competenza processuale, inderogabile e in primo grado rilevabile anche d'ufficio⁴⁸⁹.

Da ciò consegue che, limitando l'attenzione alle sole questioni di rito, si riscontra tra le stesse un ordine implicitamente desumibile dai richiamati principi generali, che impongono la maggior soddisfazione possibile del ricorrente.

Passando adesso alle censure che vertono sul merito della controversia, si registrano profili di maggior complessità sul vizio di legittimità dell'incompetenza⁴⁹⁰, anche a fronte di un'intensa evoluzione giurisprudenziale.

Infatti, sino all'emanazione del codice, l'art. 26 della legge Tar⁴⁹¹ è stato interpretato quale espressa limitazione al principio dispositivo della parte in giudizio,

⁴⁸⁷ L'intervento del legislatore ha fatto seguito alla decisione della Corte Cost., n. 77/2007, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 30, legge n. 1034/1971, nella parte in cui non prevedeva che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta al giudice privo di giurisdizione, si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione.

⁴⁸⁸ Cfr, in questo senso, R. De Nictolis, *L'ordine di esame dei motivi*, cit.: «<Pertanto, ove vi siano una pluralità di vizi di rito, ad es. difetto di giurisdizione, difetto di procura, irricevibilità, andrebbe prescelto sempre il difetto di giurisdizione>>. Il principio deve valere quantomeno per il primo grado, dove la giurisdizione è rilevabile di ufficio, mentre nell'appello occorre un apposito motivo e in difetto prevalgono gli altri motivi.

⁴⁸⁹ La disciplina della competenza nel processo amministrativo è stata significativamente riformata con il d.lgs. n. 104/2010. Si veda la disciplina degli artt. 13 (Competenza territoriale inderogabile), 14 (Competenza funzionale inderogabile), 15 (Rilievo dell'incompetenza e regolamento preventivo di competenza) e 16 (Regime della competenza).

⁴⁹⁰ Il riferimento è all'art. 29 (Azione di annullamento), d.lgs. n. 104/2010: «<L'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere si propone nel termine di decadenza di sessanta giorni>>.

⁴⁹¹ Legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (Istituzione dei tribunali amministrativi regionali), che all'art. 26 prevedeva che: «<Il tribunale amministrativo regionale, ove ritenga irricevibile o inammissibile il ricorso, lo dichiara con sentenza; se riconosce che il ricorso è infondato, lo rigetta con sentenza. Se accoglie il ricorso per motivi di incompetenza, annulla l'atto e rimette l'affare all'autorità competente. Se accoglie per altri motivi annulla in tutto o in parte l'atto impugnato, e quando è investito di giurisdizione di merito, può anche riformare l'atto o sostituirlo, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa. Il tribunale amministrativo regionale nella materia relativa a diritti attribuiti alla sua competenza esclusiva e di merito può condannare l'amministrazione al pagamento

imponendo il prioritario esame del vizio di incompetenza (a prescindere quindi dall'ordine stabilito nel ricorso) e, in caso di accoglimento, il necessario assorbimento degli ulteriori motivi⁴⁹².

Secondo la giurisprudenza era preclusa una graduazione dell'anzidetta censura in via subordinata rispetto alle altre⁴⁹³, in quanto la valutazione della controversia si sarebbe risolta in un giudizio meramente ipotetico sull'ulteriore attività amministrativa dell'organo competente⁴⁹⁴, cui spetta l'effettiva valutazione della vicenda e che potrebbe emanare o meno l'atto in questione, in ogni caso con un contenuto differente da quello dell'atto sottoposto alla cognizione giudiziale⁴⁹⁵.

delle somme di cui risulti debitrice. In ogni caso, la sentenza provvede sulle spese del giudizio. Si applicano a tale riguardo le norme del codice di procedura civile>>.

⁴⁹² Per l'interpretazione che vede l'art. 26, comma 2, legge n. 1034/1971 come imposizione del prioritario esame del vizio di incompetenza, cfr. Consiglio di Stato n. 310/1996, con nota di E. Cannada Bartoli, *Novità sull'assorbimento dei motivi*, in *Giur. it.*, 1996, pp. 617 – 618. Nella sentenza, il Collegio afferma che è inammissibile il motivo di incompetenza proposto dalla parte subordinatamente all'esame degli altri motivi dedotti. L'anzidetta decisione è citata anche da R. De Nictolis, *L'ordine di esame dei motivi*, cit.: <<La giurisprudenza aveva affermato che nel conflitto fra ordine legale di esame dei motivi di ricorso - quanto al vizio di incompetenza ai sensi dell'art. 26, l. Tar - e potere dispositivo della parte, la richiesta del ricorrente di previo esame degli altri motivi rispetto alla censura di incompetenza costituisce una condizione nulla, che come tale non soltanto è inutile, ma rende inammissibile per carenza di interesse il motivo di incompetenza proposto dalla parte subordinatamente agli altri motivi, con conseguente obbligo del giudice di esame con priorità degli altri motivi, cui la parte aveva interesse prevalente>>. L'Autrice precisa che <<la giurisprudenza ha ritenuto che la pronuncia senza assorbimento dei motivi costituirebbe una sorta di giudizio anticipato di futuri comportamenti dell'Autorità decidente e un vincolo anomalo all'attività di questa>>. Conformemente, cfr. B. Cavallo, *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, cit., p. 84. Con riferimento alla competenza come deroga al vincolo del giudice ai motivi delle parti, si veda F. Della Valle, *Il vincolo del giudice*, cit., p. 69, nonché F. Patroni Griffi, *La sentenza amministrativa*, cit.: <<La giurisprudenza ha però enucleato alcune ipotesi in cui l'esame di alcuni motivi si impone con precedenza logica rispetto agli altri, seconda una tecnica che si potrebbe definire di assorbimento necessario; ed è giunta ad affermare che, una volta proposti e non rinunciati, alcuni motivi vadano necessariamente esaminati prima degli altri, senza che la parte ricorrente possa "disporre" degli stessi, graduandone, in via principale o subordinata, l'esame. Il primo caso è costituito dal vizio di incompetenza. Questo, se dedotto, va esaminato per primo, rispetto alle altre censure, senza che possa addivenirsi a una pronuncia sui profili di illegittimità sostanziale del provvedimento, in quanto l'autorità competente potrebbe non emanare alcun atto o emanare un atto di diverso contenuto, e in quanto non è opportuno che una data giurisprudenza si formi in mancanza di contraddittorio con l'autorità amministrativa cui spetta la cura della materia>>.

⁴⁹³ Così Cons. Stato, n. 415/1995 e n. 184/1997.

⁴⁹⁴ La giurisprudenza aveva precisato che qualora l'incompetenza sia di tipo infrasoggettivo (nell'ambito dello stesso ente) tale regola non trova applicazione, poiché, in tal caso, viene meno la ragione ispiratrice di tale divieto che è quella di non pregiudicare il futuro esercizio dell'azione amministrativa. Si era affermato, altresì, che solo quando l'organo competente è un soggetto differente, estraneo alla controversia in corso di svolgimento, viene a configurarsi la necessità di rimettere l'affare all'autorità competente, in quanto esclusivamente in tale fattispecie la pronuncia sulle altre censure (nel dettare regole/ di condotta) verrebbe, in violazione del principio del contraddittorio, a porsi come vincolo anomalo all'attività che lo stesso dovrà espletare.

⁴⁹⁵ Cfr. Cons. Stato, n. 1253/2001.

L'annullamento per incompetenza, in altri termini, <<esaurisce l'oggetto del giudizio>>⁴⁹⁶ poiché una decisione sugli ulteriori vizi sarebbe un'ingerenza nei confronti di un futuro esercizio del potere da parte dell'autorità competente⁴⁹⁷.

L'anzidetta interpretazione, seppur largamente maggioritaria, non è stata accolta da un diverso orientamento giurisprudenziale, volto ad attribuire prevalenza al potere dispositivo delle parti⁴⁹⁸ nonché all'interesse di esse all'accertamento di *tutti* i vizi denunciati⁴⁹⁹.

Il codice del processo amministrativo non ha riprodotto il suddetto articolo⁵⁰⁰, ma i termini del dibattito sono rimasti invariati, anche alla luce della disposizione di cui all'art. 34, comma 2, D.lgs. n. 104/2010, per cui <<il giudice amministrativo non può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati>>, potenzialmente applicabile anche all'ipotesi di un differente ente ritenuto competente⁵⁰¹.

Con tale previsione permane, quindi, anche nel vigore del C.P.A., il dibattito sull'ordine di esame dei motivi ove sia dedotto il vizio di incompetenza. Resta dubbio se il principio dispositivo consenta alla parte di graduare e proporre in via subordinata il vizio di incompetenza, vincolando così il giudice, o se questo debba sempre esaminare tale vizio prima degli altri, assorbendo le ulteriori censure in caso di suo accoglimento.

La giurisprudenza è tuttora ancorata all'orientamento tradizionale⁵⁰², con alcune significative aperture in senso discordante, per lo più motivate sulla base dell'effettività della tutela⁵⁰³.

⁴⁹⁶ Sono le parole usate da Cons. Stato, n. 4214/2001: <<L'annullamento del provvedimento per vizio primario, quale è quello della incompetenza, esaurisce l'oggetto stesso del giudizio e rende obbligatorio l'assorbimento delle eventuali censure sostanziali, sempre che le stesse siano rivolte contro il medesimo provvedimento e non si estendano anche al rapporto tra motivi di impugnazione riferiti ad atti diversi, ancorché legati da un nesso di presupposizione o comunque connessi>>.

⁴⁹⁷ Cfr. Cons. Stato n. 2143/2009; TAR Milano, n. 72/2009 e n. 4345/2009; Cons. Stato, n. 1455/2007; Cons. Stato, n. 398/2005; Cons. Stato, n. 4214/2001.

⁴⁹⁸ Si veda la sentenza Cons. Stato, n. 64/2008, secondo cui l'art. 26 della legge Tar non determinerebbe una necessaria priorità nell'esame del vizio di incompetenza, perché <<la norma non indicherebbe affatto la priorità logica del vizio di incompetenza, lasciando impregiudicata la questione relativa all'esatto ordine di esame delle censure e all'eventuale assorbimento di alcune di esse>>. Nella decisione il vizio di incompetenza è parificato a un vizio formale, come tale inidoneo a costituire oggetto di esame prioritario e assorbente.

⁴⁹⁹ Per l'abbandono della priorità logica del vizio di incompetenza a favore dell'effettività della tutela si veda Cons. Stato, n. 6408/07. In dottrina, cfr. G. Sorrentino, *Vizio di incompetenza e processo amministrativo di risultato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, pp. 62 e ss.

⁵⁰⁰ Con l'emanazione del d.lgs. n. 104/2010 è stata espressamente abrogata la legge n. 1034/1971.

⁵⁰¹ Infatti, secondo una lettura oggettiva, i poteri sono quelli mai esercitati da alcuna autorità, secondo una lettura soggettiva, il riferimento è anche ai poteri non esercitati dall'autorità competente.

⁵⁰² Cfr. R. De Nictolis, *L'ordine di esame dei motivi*, cit., che richiama una recente decisione giurisprudenziale: <<È stato ritenuto che anche dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo è ancora valido il principio generale secondo cui "l'accoglimento di un vizio-motivo di incompetenza dell'organo che ha provveduto è, intrinsecamente e necessariamente, assorbente di ogni altro vizio-motivo dedotto nel ricorso; giacché tale vizio accolto, per la sua stessa natura, inficia

Riprendendo quanto già esposto in precedenza, una completa cognizione giudiziale dei motivi azionati dalla parte (non limitata quindi al vizio di incompetenza) appare più in linea non solo con esigenze di giustizia sostanziale, ma anche di semplificazione e di concentrazione processuale⁵⁰⁴. Tanto maggiore è l'accertamento fatto, tanto minore sarà la libertà nel riesercizio del potere futuro della pubblica amministrazione competente, che potrebbe altrimenti adottare un nuovo provvedimento dal contenuto completamente identico a quello già oggetto del primo giudizio.

Le specifiche problematiche brevemente analizzate hanno dimostrato la portata espansiva dei principi generali, accolta – seppur timidamente – in alcune pronunce. Occorre adesso osservare come le Corti hanno risolto il problema generale dell'ordine dei motivi del ricorso, indicandone a tal fine gli orientamenti principali.

tutti gli atti successivi, che inevitabilmente dovranno essere reiterati dall'organo competente (o, se si tratti di un collegio, da quello correttamente costituito), e ciò, ovviamente, senza che la successiva attività, cognitiva e valutativa, di quest'ultimo possa in alcun modo risultare pregiudicata da quella in precedenza svolta dall'organo incompetente” (C.G.A., n. 273/2012). Né è da condividere l'orientamento secondo cui il ricorrente potrebbe graduare l'ordine di esame dei motivi di ricorso privilegiando i motivi sostanziali rispetto al vizio di incompetenza, in quanto comunque tale graduazione è irrilevante e il giudice deve annullare l'atto per incompetenza, con assorbimento delle ulteriori censure>>. Dal punto di vista della giurisprudenza, sul punto è intervenuto Cons.Stato, Ad. Plen. n. 5/2015, che ha delimitato il campo di applicazione dell'art. 34, comma 2, d.lgs. n. 104/2010 a tre ipotesi: mancanza di una proposta vincolante, indefettibile ai fini dell'avvio del procedimento; mancata acquisizione di un parere obbligatorio per legge; emanazione del provvedimento da parte di un'autorità diversa da quella competente per legge. In questi casi, il giudicante dovrà limitarsi ad annullare il provvedimento, disattendendo l'eventuale diversa graduazione dei motivi da parte del ricorrente, salvo che la censura di incompetenza (o le altre) non sia stata sollevata dalla parte (ma si tratta di una ipotesi di improbabile verifica). Per l'analisi della sentenza suddetta con riferimento all'oggetto dello studio, cfr. *infra*, § 4.

⁵⁰³ Si veda TAR Campania, n. 1166/2010: <<Qualora, tra i motivi del ricorso, venga dedotta l'incompetenza dell'autorità amministrativa che ha adottato il provvedimento impugnato, l'esame del gravame deve iniziare da tale motivo del ricorso (...) In ragione della sempre crescente attenzione, nel processo amministrativo, per il pieno rispetto del principio dispositivo e della domanda, nonché per l'esigenza di economia dei mezzi giuridici si deve ritenere che, nonostante il carattere assorbente della pronuncia di incompetenza rispetto ai profili di merito attinenti alla legittimità del provvedimento impugnato, non sia precluso al giudice l'esame degli altri motivi di ricorso laddove ciò possa risultare utile al fine di indirizzare la futura attività dell'amministrazione>>. Si veda il commento di F. Ricciardi, *L'annullamento per incompetenza non preclude l'esame degli ulteriori motivi del ricorso*, cit., pp. 776 e ss.

⁵⁰⁴ Così anche la già citata sentenza del Cons. Stato, n. 64/2008, che rileva come sia poco conforme all'economia giudiziale <<dover attendere l'eventuale successivo giudizio proposto dall'interessato contro il nuovo ed eventuale provvedimento adottato dall'autorità competente>>. La sentenza contiene anche un'importante precisazione: nel caso di incompetenza e di esame giudiziale anche delle ulteriori censure avanzate, la decisione finale di annullamento <<per la parte cassatoria e costitutiva è destinata a operare naturalmente *erga omnes*>> invece <<per la parte ordinatoria, direttamente incidente sui vincoli concernenti l'amministrazione per il caso di riedizione del potere la sentenza spiega effetti limitati alle sole parti del giudizio>>. Cfr. altresì Cons. Stato, n. 4905/2009, che si è espresso in termini simili.. Per considerazioni simili, si veda F. Patroni Griffi, *La sentenza amministrativa*, cit.

4. *L'applicazione della giurisprudenza amministrativa.*

La prassi giurisprudenziale si è occupata spesso del problema della vincolatività della graduazione dei motivi, con particolare riferimento all'ipotesi in cui tale osservanza porti a un risultato non in linea con la tutela piena dell'interesse pubblico.

Preliminarmente va osservato che è pacifico in giurisprudenza che la subordinazione dei motivi debba essere espressa e non desumibile implicitamente dalla semplice enumerazione delle censure o dalla mera collocazione nell'indicazione delle stesse⁵⁰⁵: l'ordine dei motivi, quindi, deve essere definito, altrimenti neanche si pone il problema.

Posto ciò, agli inizi del '900, il Consiglio di Stato era fermo nell'affermare la piena vincolatività dei motivi di impugnazione proposti con il ricorso⁵⁰⁶.

Più recentemente, sin da prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, la diatriba si è sviluppata per lo più in ipotesi di impugnazione degli esiti di procedure concorsuali, quali gare di appalto ed elezioni amministrative, ove il ricorrente proponga cumulativamente dapprima censure dirette a conseguire la vittoria nella competizione, quindi, in via secondaria, censure il cui accoglimento porta invece alla ripetizione, più o meno integrale, della procedura. In tali ipotesi è la parte ad avere subordinato espressamente l'esame degli ulteriori motivi al rigetto dei primi: si pone quindi l'esigenza di capire se il giudice sia vincolato a siffatto ordine.

Sulla questione si sono formati due opposti orientamenti all'interno del Consiglio di Stato, l'uno, prevalente, volto a favorire il pubblico interesse e l'altro, invece, più attento all'effettività della tutela⁵⁰⁷: occorre soffermarsi singolarmente su entrambi, analizzandone le motivazioni.

⁵⁰⁵ Si veda Cons. Stato, n. 1662/2014; Cons. Stato, n. 2837/2013; Cons. giust. amm. Sic., n. 98/2014. *Contra*, cfr. V. Caianiello, *Lineamenti del processo amministrativo*, cit., p. 372, che precisa che il giudice, nel caso di pluralità di motivi senza precisazione di importanza, dovrebbe tendere ad adottare la pronuncia che soddisfi maggiormente l'interesse del ricorrente.

⁵⁰⁶ Cons. Stato, 18 febbraio 1916. In senso conforme, successivamente, Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 22/1958. *Contra*, Cons. Stato, Ad. Plen., n. 8/1963, che ha affermato la possibilità per il giudice amministrativo di rilevare di ufficio al fine dell'annullamento l'illegittimità, non dedotta dal ricorrente, sopravvenuta per effetto della pronuncia di illegittimità costituzionale di una legge.

⁵⁰⁷ Cfr. R. De Nictolis, *L'ordine di esame dei motivi*, cit., in cui l'Autrice espone nel dettaglio il contrasto intervenuto tra la quinta sezione e la sesta sezione del Consiglio di Stato: <<la sesta sezione dà il massimo rilievo al principio dispositivo mentre la quinta sezione dà maggior rilievo alla tutela dell'interesse pubblico>>. L'Autrice cita le decisioni Cons. Stato, sez. VI, n. 213/2008 e Cons. St., sez. VI, n. 7387/2009. Si sofferma sull'esame dei due orientamenti anche A. Romano Tassone, *Sulla disponibilità dell'ordine*, cit., pp. 803 e ss., che riporta gli esempi dati dalle pronunce della Sez. VI (Cons. Stato, n. 213/2008 e n. 7387/2009) e della Sez. V (Cons. Stato, n. 5108/2006 e n. 2143/2009), riassumendo l'assetto in modo efficace: <<La Sezione VI si attiene all'ordine posto dal ricorrente, in un caso *sic et simpliciter* e senza alcuna osservazione esplicativa o giustificativa (n. 7387/2009), nell'altro accompagnando questa statuizione con considerazioni circa il carattere (si sostiene: logicamente) prioritario dell'esame delle censure maggiormente soddisfattive dell'interesse della parte, e comunque all'assoluta improprietà dell'assorbimento di queste ultime in seguito all'accoglimento dei motivi che conducono alla rinnovazione delle operazioni concorsuali. L'ordine di esame posto dal

Nell'impostazione tradizionale⁵⁰⁸, come detto, l'interesse alla legittimità degli atti amministrativi risulterebbe prevalente sulla tutela della posizione sostanziale della parte⁵⁰⁹.

L'organo adito, pertanto, è legittimato a far conseguire al ricorrente un'utilità minore rispetto a quanto richiesto con i motivi principali, laddove questi siano contrastanti con l'interesse pubblico: il legittimo esercizio del potere amministrativo

ricorrente viene dunque ritenuto vincolante, in palese contraddizione con l'indirizzo giurisprudenziale assolutamente prevalente, che sosteneva la piena libertà del giudice in punto di trattazione dei motivi di ricorso. Più articolato e denso discorso svolge invece la Sezione V, soprattutto nella sentenza n. 2143/2009, nella quale l'affermazione del ricorrente circa la vincolatività del cumulo condizionale dei motivi non è condivisa dalla Sezione, che ritiene di aderire, sul punto, all'indirizzo tradizionale. Sostiene infatti la Sezione che il principio dispositivo, che consente al ricorrente di articolare come meglio creda le proprie domande, debba considerarsi limitato, nel processo amministrativo di legittimità, dalla particolare funzione di tale giudizio, destinato ad incidere fortemente sulla determinazione dell'assetto dell'interesse pubblico, sicchè vanno comunque privilegiati, nell'esame giudiziale, i motivi che portino ad una più completa ed esaustiva definizione di tale interesse, piuttosto che alla soddisfazione di quello del ricorrente (cui non è dato, pertanto, vincolare il giudice)>>.

⁵⁰⁸ L'orientamento si è affermato sin da tempi meno recenti, cfr. Cons. Stato, n. 184/1997, secondo cui impugnata una graduatoria concorsuale, il ricorrente non può pretendere il prioritario esame della censura di errata valutazione dei titoli, in modo da conseguire la nomina, e poi, in caso di mancato accoglimento, far valere un motivo di illegittimità riguardante l'intera procedura. Ciò sul rilievo secondo cui non si può conseguire la nomina a seguito di un concorso, la cui procedura sia, secondo quanto dedotto dal ricorrente, integralmente invalida. Conformemente, cfr. Cons. Stato, n. 4487/2002, Cons. Stato, n. 635/1982, nonché Cons. Stato, n. 1095/1992: <<Il ricorrente ha il potere di determinare l'ambito e i limiti della cognizione del giudice sulla legittimità di un provvedimento amministrativo, definendo esattamente le censure con le quali ritiene di poterne ottenere l'annullamento; tuttavia, una volta che ha proceduto alla formulazione dei motivi, e salvo l'eventuale rinuncia a taluno di essi, egli non può pretendere di indicare l'ordine di esame dei motivi dedotti quando questi, per la loro consistenza oggettiva, siano tra loro in un rapporto ben definito sul piano logico giuridico e non alterabile su mera richiesta dell'interessato>>. Da tale giurisprudenza emerge chiaramente, quindi, il principio per cui la gradazione dei motivi prospettata nel ricorso non ha carattere vincolante per il giudice, al quale spetta piuttosto il compito di decidere l'ordine di trattazione delle censure, in vista della tutela dell'interesse pubblico.

⁵⁰⁹ Cfr. F. Patroni Griffi, *La sentenza amministrativa*, cit.: <<Un diverso, ma convergente ordine di considerazioni è espresso in altre decisioni in cui si afferma che il ricorrente non può vincolare il giudice a un determinato ordine di trattazione delle censure: del resto, se è possibile proporre domande in via subordinata, non altrettanto sembra potersi dire in relazione ai motivi di ricorso, che non costituiscono "domande" in senso processualciviltistico. Così, per esempio, è stato ritenuto che, impugnata una graduatoria concorsuale, il ricorrente non può pretendere che sia esaminata prima la censura di errata valutazione dei propri titoli, in modo da conseguire la nomina, e poi, in caso di esito negativo, far valere un motivo di illegittimità concernente l'intera procedura: non si può conseguire la nomina a seguito di un concorso la cui procedura, secondo quanto dedotto dallo stesso ricorrente, sia integralmente invalida. Del pari, si è ritenuto, in materia di operazioni elettorali, che, a fronte di una censura concernente la legittimità del procedimento nel suo complesso e di un'altra censura che comporterebbe la mera correzione del risultato elettorale in favore del ricorrente, il giudice debba esaminare con precedenza la questione della regolarità delle operazioni elettorali nel loro complesso>>.

è condizione imprescindibile per la soddisfazione della situazione giuridica del ricorrente⁵¹⁰.

In tale ottica, il processo amministrativo non sarebbe diretto soltanto a stabilire la *spettanza* della pretesa azionata, ma anche a verificare il rispetto del principio di legalità da parte del soggetto pubblico: a mutare, rispetto al giudizio civile, è lo stesso ruolo del giudice⁵¹¹, che diviene garante della legalità e del pubblico interesse⁵¹², potendo a tal fine discrezionalmente invertire l'ordine dei motivi stabilito dal ricorrente. Una siffatta interpretazione evoca la contrapposizione tra giurisdizione di diritto oggettivo e giurisdizione di diritto soggettivo⁵¹³.

Ancor più esplicitamente, in una recente pronuncia, il Collegio ha affermato che rientra nel potere del giudice amministrativo, derivante dal particolare oggetto del giudizio impugnatorio legato all'esercizio della funzione pubblica, decidere l'ordine di trattazione delle censure sulla base della loro consistenza oggettiva e del rapporto fra le stesse esistente sul piano logico-giuridico, non alterabile dalla semplice richiesta dell'interessato⁵¹⁴. Resta fermo, tuttavia, che il potere officioso del giudice

⁵¹⁰ Cons. Stato, n. 552/2015. Cfr. A. Cerreto, *Sul potere del giudice*, cit.

⁵¹¹ Sul punto, in particolare, cfr. TAR PugliaBari, n. 22/2015, per il quale ritenere vincolante per il Giudice l'ordine di enucleazione dei motivi così come effettuato in ricorso sulla base di una lettura forte del principio dispositivo e di quello di corrispondenza fra chiesto e pronunciato implica una non condivisibile ablazione ideologica del potere del Giudice di autorganizzare la propria funzione decisoria, a tutela tanto dell'interesse della parte privata quanto dell'interesse pubblico.

⁵¹² Cons. Stato, n. 3351/2012.

⁵¹³ Cfr. A. Romano Tassone, *Sulla disponibilità dell'ordine*, cit., p. 807: «<la soluzione del problema della vincolatività del cumulo condizionale (di domande, come di motivi) nel processo amministrativo dipenderebbe infatti, in ultima analisi, dalla definizione della *vexata* (ma tutt'altro che risolta) *quaestio* circa il carattere soggettivo ovvero oggettivo di tale giurisdizione. (...) In realtà, il problema è più complesso, perché se è vero che il carattere oggettivo del giudizio ripugna al condizionamento di parte, limiti, anche cospicui, alla vincolatività di tale condizionamento sono sicuramente immaginabili anche nell'ambito di una giurisdizione di diritto soggettivo. Il che significa — in sintesi — che non vi è forse bisogno di etichettare *tout court* come «di diritto oggettivo» la giurisdizione di legittimità, per poter introdurre alcune non irragionevoli limitazioni al vincolo del giudice amministrativo al rispetto dell'ordine condizionale di trattazione dei motivi posto dal ricorrente>>».

⁵¹⁴ Cons. Stato, n. 552/2015; Cons. Stato, n. 4445/2001: «<è rimesso alla discrezionalità dell'organo giudicante l'ordine con il quale intenda procedere all'esame delle questioni sottoposte al suo esame>>; Cons. Stato, n. 6488/2000; Cons. Stato, n. 4259/2008; Cons. Stato, n. 2143/2009: «<per il particolare oggetto del giudizio impugnatorio legato all'esercizio della funzione pubblica, rientra nel potere del G.A. decidere l'ordine di trattazione delle censure sollevate all'interno della stessa domanda>>. La decisione ha a oggetto una fattispecie comune alle altre, relativa all'impugnazione dell'aggiudicazione per una procedura affidamento di contratti pubblici, ove erano stati fatti valere sia vizi comportanti la caducazione dell'intero procedimento di gara, sia relativi a aspetti specifici (tipo mancanza requisiti dell'aggiudicatario). Su questa sentenza, cfr. M. Magri, *L'ordine dei motivi*, cit., pp 1071 e ss., che afferma: «<assorbimento come tecnica legittima ogni qual volta che non sia frutto di arbitrio o casualità giudiziaria, ma espressione di un consapevole potere di controllo esercitato dal giudice amministrativo sull'esercizio della funzione pubblica. (...) in linea generale, il principio dispositivo che caratterizza ogni tipo di processo ad impulso di parte, ed il giudizio amministrativo in particolare, comporta che il ricorrente abbia il potere di scegliere le domande da proporre e la

amministrativo deve essere esercitato nell'ambito di motivi sollevati all'interno di una medesima domanda; il vincolo per il giudice permane, invece, ove vengano azionate più domande diverse per *petitum*⁵¹⁵.

L'esame giudiziale, secondo questo orientamento, deve dare prioritaria attenzione alle questioni e ai motivi che evidenziano in astratto una più radicale illegittimità del provvedimento impugnato⁵¹⁶. La tutela della legittimità dell'agire pubblico assurge a criterio che garantisce in modo pieno anche l'interesse sostanziale dedotto in giudizio, poiché diversamente il ricorrente conseguirebbe un'indebita utilità⁵¹⁷. Sarebbe, in altri termini, paradossale che il ricorrente vittorioso ottenesse il risultato richiesto, a fronte di un vizio inficiante l'intero procedimento amministrativo, o l'intera gara concorsuale.

In conclusione, al giudice è demandata una *funzione determinativa* dell'ordine di esame dei motivi⁵¹⁸, che si esplica in poteri officiosi di scelta delle censure a cui dare priorità⁵¹⁹, coordinando le ragioni fatte valere dal privato con la tutela del pubblico interesse⁵²⁰.

possibilità di indicare l'ordine con il quale ritiene che i motivi, all'interno della domanda, debbano essere esaminati, dichiarando l'interesse all'accoglimento di alcuni di essi solo in via subordinata, per l'ipotesi in cui altri non vengano accolti (...) Tale principio non può essere però condiviso nella sua assolutezza ma deve essere coordinato con l'opposta tesi, sviluppata dalla giurisprudenza tradizionale, secondo cui rientra nel potere del giudice amministrativo, rinveniente dal particolare oggetto del giudizio impugnatorio legato all'esercizio della funzione pubblica, decidere l'ordine di trattazione delle censure sulla base della loro consistenza oggettiva e del rapporto fra le stesse esistente sul piano logico giuridico>>. L'Autore afferma la discrezionalità del giudice nel determinare <<l'entità processuale oggettiva a cui si collega il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato>>.

⁵¹⁵ A. Romano Tassone, *Sulla disponibilità dell'ordine*, cit., pp. 803 e ss.

⁵¹⁶ Così Cons. Stato, n. 5108/06 <<il giudice adito deve procedere, nell'ordine logico, preliminarmente all'esame di quelle questioni o di quei motivi che, evidenziando in astratto una più radicale illegittimità del provvedimento impugnato, appaiono idonei a soddisfarne pienamente ed efficacemente l'interesse sostanziale dedotto in giudizio, per passare poi, soltanto in caso di rigetto di tali censure, all'esame degli altri motivi che, pur idonei a determinare l'annullamento dell'atto gravato, evidenzino profili meno radicali di illegittimità>>; cfr. altresì Cons. Stato, n. 925/1992.

⁵¹⁷ Cfr. Cons. Stato, n. 2143/2009, in *Foro it.*, 2009, pp. 309 e ss., con nota di H. Simonetti; Tar Lombardia – Milano, n. 5346/2009.

⁵¹⁸ Cfr. Cons. Stato, n. 4829/08: <<l'accoglimento di una censura che sia in grado di provocare la caducazione dell'atto impugnato fa venire meno l'interesse del ricorrente all'esame degli altri motivi da parte del giudice e la potestà di questi di procedere a tale esame, autorizzando la dichiarazione di assorbimento>>.

⁵¹⁹ Cfr. A. Romano Tassone, *Sulla disponibilità dell'ordine*, cit., pp. 803 e ss. L'Autore nega che la tutela dell'interesse pubblico incida sui poteri officiosi del giudice rispetto all'esame dei motivi e delle domande, mentre più rilievo dà a tale tutela nell'ambito della formazione della prova. <<In quest'ultimo ambito, infatti, l'eventuale strumentalizzazione distorsiva dei meccanismi processuali si profila più concretamente pericolosa per l'interesse collettivo, perchè foriera di conseguenze negative assai difficilmente reversibili, una volta che si sia formato il giudicato sulla sentenza così emanata>>.

⁵²⁰ Cfr. M. Magri, *L'ordine dei motivi*, cit., pp. 1075 e 1076, ove si parla non di vera e propria gerarchia tra motivi, ma di coordinamento tra gli stessi, da operarsi mediante il bilanciamento tra interessi pubblici e privati: <<sollevato il vizio formale, l'aspirazione al bene della vita concorre con

L'orientamento indicato si presta a numerose osservazioni critiche derivanti non solo dai già citati principi generali (in specie, i principi della domanda, dispositivo e di corrispondenza tra chiesto e pronunciato), ormai espressamente vigenti nel giudizio amministrativo, ma anche da argomenti di natura sostanziale.

L'impostazione oggettivistica descritta tende a differenziare le due situazioni soggettive, in modo che la protezione dell'interesse legittimo si affianchi necessariamente a quella del pubblico interesse, cosa che non accade nel processo civile⁵²¹. La situazione soggettiva del privato rispetto all'amministrazione è concepita, quindi, come inscindibilmente connessa a interessi della collettività⁵²².

In tal modo, tuttavia, si oscura del tutto l'essenza del giudizio amministrativo e in particolare alla sua natura soggettiva, riscontrabile nella strutturazione dello stesso come *giusto processo* (art. 2 D.lgs. n. 104/2010), retto dal principio di parità delle parti e di imparzialità del giudicante. Il D.lgs. n. 104/2010 ha avvalorato siffatta ricostruzione con riferimenti espressi: si pensi all'art. 1 sull'effettività della tutela, all'art. 34 sul contenuto delle sentenze di merito, all'art. 32 secondo cui il giudice può cumulare le domande connesse e qualificare l'azione proposta <<in base ai suoi elementi sostanziali>> e, infine, all'art. 7, che pone quale oggetto del giudizio di legittimità la situazione giuridica del privato⁵²³. Esistono, pertanto, solide basi normative per ipotizzare che a essere azionato nel processo amministrativo sia

la pretesa del ricorrente alla legittimità dell'azione amministrativa, che è un valore obiettivo, eppure dedotto nell'allegazione>>.

⁵²¹ Si richiama, di nuovo, M. Magri, *L'ordine dei motivi*, cit., p. 1076: <<Vale semmai la pena di chiedersi se (...) l'ordine di esame delle censure non dipenda, proprio e solo, dal fatto che nel giudizio amministrativo non si fanno valere diritti, ma interessi legittimi>> e Id., in senso critico: <<Se si procede dal convincimento che l'interesse legittimo (ed il giudizio amministrativo) sia(no) strumentale (i) ad un "bene della vita", è coerente ravvisare in qualsiasi forma di semplificazione della sentenza un attentato a quella che si stima la funzione tipica del processo: dare al ricorrente, mediante l'invalidazione dell'atto, tutto quello che gli spetta anzitutto sul piano dell'integrità patrimoniale>>.

⁵²² Si rinvia, nuovamente, a M. Magri, *L'ordine dei motivi*, cit., p. 1077: <<Siccome legato all'esercizio della funzione pubblica, il decidere l'ordine di trattazione delle censure significa già apprezzare l'interesse legittimo "affermato" in giudizio. Ma tale decisione non può essere prerogativa della parte, semplicemente perché l'interesse legittimo, anche nella sua veste di posizione "affermata", coinvolge interessi della collettività e si definisce in relazione a questi ultimi (...) La regola sull'ordine di esame dei motivi del ricorso viene così affidata a d un criterio che richiama, molto da vicino, l'idea che la tutela dell'interesse legittimo si differenzi dalla tutela del diritto soggettivo proprio perché realizzata dal coordinamento tra elementi generali e personali, di modo che non vi può essere tutela dell'interesse particolare senza la contestuale soddisfazione degli interessi collettivi, che con questo entrano in conflitto. Davanti al giudice può quindi aver luogo, mediante un giudizio di *ragionevolezza del sacrificio degli interessi collettivi*, quel controllo del rapporto tra l'interesse generale e l'interesse particolare che può aver fatto difetto (...) in sede di allegazione dei motivi su cui si fonda il ricorso>>. L'Autore sostiene infatti che se si accogliesse il vincolo all'ordine dei motivi determinato dalla parte privata si permetterebbe al ricorrente di <<sopprimere gli interessi della collettività dopo averli lui stessi dedotti in giudizio e dunque in qualche misura tutelati>>.

⁵²³ Tutti gli argomenti normativi elencati sono esaustivamente analizzati da L. Ferrara, *Domanda giudiziale*, cit., p. 620, il quale conclude osservando che <<il cpa ha finalmente sposato (è un'opinione, s'intende) la giurisdizione soggettiva, la domanda in senso proprio, l'oggetto del processo consistente nella situazione giuridica soggettiva fatta valere>>.

l'interesse legittimo e che, nel rispetto del principio della domanda, lo stesso costituisca l'oggetto della cognizione giudiziale. Non vi può essere, quindi, una contemporanea e prevalente tutela della legalità, ma il giudizio dovrebbe volgersi e limitarsi alla pretesa azionata.

Le osservazioni critiche appena avanzate trovano conforto nell'opposto e più recente orientamento giurisprudenziale, secondo cui il giudice, nell'esaminare i motivi di ricorso, è vincolato alla graduazione indicata dalla parte (sempre che non ci siano questioni rilevabili d'ufficio), in funzione dell'effettività e satisfattività della tutela, cui consegue l'obbligo per l'organo adito di pronunciarsi nei limiti della domanda, su tutta la domanda e non oltre essa. I motivi dedotti nel ricorso costituiscono, pertanto, non solo le ragioni dell'azione, ma anche i limiti della decisione. Ciò è stato avvalorato, come già osservato, dall'entrata in vigore del D.lgs. n. 104/2010.

Non a caso, l'impostazione in questione valorizza il principio dispositivo per riconoscere che la funzione propria del processo amministrativo, ugualmente a quello civile, è la tutela (non della legalità, ma) delle situazioni giuridiche qualificate⁵²⁴. Pertanto, il giudice seleziona i motivi suscettibili di accoglimento non in base alla loro consistenza oggettiva e al rapporto fra gli stessi esistente sul piano logico-giuridico, bensì esclusivamente in base all'interesse sostanziale del ricorrente: ciò impone di esaminare prima quelle censure dal cui eventuale accoglimento derivi un effetto pienamente satisfattivo della pretesa della parte⁵²⁵.

La giurisprudenza ha iniziato a elaborare le posizioni anzidette ben prima dell'emanazione del c.p.a.⁵²⁶ e anche nell'ambito di contenziosi caratterizzati da una più marcata impronta oggettivistica⁵²⁷.

Per completezza, occorre rilevare che talvolta il Consiglio di Stato ha assunto una posizione intermedia, da un lato aderendo alla tesi tradizionale e ammettendo il potere del giudice amministrativo di decidere l'ordine delle censure, dall'altro ampliando il concetto di <<domanda>>, in modo che la richiesta di annullamento del

⁵²⁴ Così Cons. Stato, n. 5111/2012.

⁵²⁵ Si veda Cons. Stato, n. 6625/2011, ove, in virtù del principio dispositivo, si tutela in via prioritaria l'interesse dell'impresa a ottenere l'aggiudicazione di una gara, ancorché, in ipotesi, viziata in relazione a censure più radicali che comporterebbero la rinnovazione della procedura.

⁵²⁶ Cfr. Cons. Stato, n. 3002/2008; Cons. Stato, n. 213/2008: <<il giudice dovrebbe esaminare per prime quelle censure da cui derivi un effetto pienamente satisfattivo della pretesa del ricorrente (...) la censura formale non può eludere quella sul vizio sostanziale, il giudice dovrà proseguire nell'esame sui motivi finché è certo che dall'accoglimento di un ulteriore motivo non deriva più alcuna utilità al ricorrente. (...) La prassi del giudice amministrativo di assorbire alcuni motivi del ricorso deve essere del tutto riconsiderata ora che è ammesso il risarcimento del danno derivante dall'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa, in quanto per assorbire un motivo deve essere evidente che dall'eventuale accoglimento della censura assorbita non possa derivare alcun vantaggio al ricorrente, neanche sotto il profilo risarcitorio>>.

⁵²⁷ Cfr. Cons. Stato, n. 5108/2006, che riguarda una vicenda elettorale: nell'esaminare se andasse attribuita priorità al motivo che tende all'annullamento del solo risultato elettorale, o a quello che tende al rinnovo delle intere operazioni elettorali, nell'ottica del principio dispositivo, il Collegio ha optato per la prima soluzione.

provvedimento di aggiudicazione tesa alla ripetizione della gara non coincida con quella finalizzata all'ottenimento dell'aggiudicazione della gara. L'autonomia delle due domande renderebbe vincolante per il giudice l'ordine espressamente imposto alle stesse da parte del ricorrente⁵²⁸.

Trattasi, comunque, di pronunce isolate rispetto ai due filoni giurisprudenziali principali, la cui netta divergenza ha determinato due recenti ordinanze di rimessione della questione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁵²⁹.

Gli anzidetti provvedimenti, nell'espone il contrasto creatosi sulla problematica, sono schierati a favore del principio dispositivo e richiamano a supporto i dati di diritto positivo: l'art. 99 c.p.c. e l'art. 112 c.p.c., applicabili al processo amministrativo in virtù del rinvio esterno recato dall'art. 39, c. 1, D.lgs. n. 104/2010, unitamente all'art. 34 D.lgs. n. 104/2010⁵³⁰. Tali norme stabiliscono la vigenza anche nel giudizio amministrativo del principio della domanda e di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

La prima ordinanza ha dato seguito a una pronuncia che, respingendo il motivo che avrebbe comportato, ove accolto, il rinnovamento della gara, si sofferma sui soli profili della legittimazione e dell'interesse a ricorrere nel processo in materia di appalti pubblici⁵³¹.

Con la seconda rimessione, invece, l'Adunanza Plenaria ha affrontato in maniera completa e diretta la questione dell'ordine dei motivi, adeguandola ai principi che reggono il giudizio amministrativo.

La pronuncia muove dalle conclusioni già raggiunte dalla precedente decisione dell'Adunanza Plenaria n. 4/2015⁵³², in merito al pieno inquadramento del processo amministrativo nell'ambito della giurisdizione di diritto soggettivo, da cui consegue

⁵²⁸ Si veda la sentenza del Cons. Stato, n. 4827/2012.

⁵²⁹ Ci si riferisce all'ordinanza Cons. Stato, n. 761/2013, n. 761 e all'ordinanza Cons. Stato, n. 6204/2014, che in particolare fa riferimento al caso in cui il ricorrente non esprima esplicitamente una graduazione tra le varie censure ma si limiti semplicemente ad enumerarle in successione, ritenendo preferibile la tesi secondo cui in tal caso il giudice dovrebbe esaminare gli atti amministrativi nell'ordine in cui sono stati adottati per verificarne via via le censure indicate dal ricorrente, anche se l'ordine in questione non consente a quest'ultimo di ottenere la massima utilità dal processo.

⁵³⁰ Su tali argomenti l'Ad. Plen. n. 5/2015 è pienamente concorde: «<<Il principio della domanda, il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, il principio della rilevanza d'ufficio di talune "grandi" questioni afferenti al rito o al merito, sono enunciati nel c.p.c. (artt. 99 e 112) e nel c.c. (art. 2907, al quale l'art. 99 c.p.c. è strettamente collegato, perché sancisce che alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte), ma non riprodotti espressamente e singolarmente nel codice del processo amministrativo, anche se l'art. 34, co. 1, del medesimo codice stabilisce, in perfetta consonanza con essi, che elenca le varie forme di tutela ivi disciplinate (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 13 aprile 2015, n. 4). In ogni caso, trattandosi di principi generali, devono intendersi compresi nella clausola di rinvio esterno divisata dall'art. 39, co. 1, c.p.a. non rinvenendosi su tali aspetti "nel processo amministrativo una sufficiente ed esaustiva declinazione regolatoria">>».

⁵³¹ Ci si riferisce alla pronuncia Cons. Stato, Ad. Plen., n. 8/2014.

⁵³² Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 4/2015, che ha affermato che il giudizio amministrativo ha natura soggettiva, sia pure con alcune aperture alla giurisdizione di tipo oggettivo.

la vigenza in esso del principio dispositivo⁵³³, con l'eccezione di alcuni casi, dove riemergono i profili tipici di una giurisdizione oggettivistica: l'estensione della legittimazione, la valutazione sostitutiva dell'interesse pubblico in sede di giudizio di ottemperanza o in sede cautelare, l'esistenza di regole speciali, quali gli artt. 121 e 122, D.lgs. n. 104/2010, che in materia di contratti pubblici consentono al giudice di modulare gli effetti della inefficacia del contratto⁵³⁴.

Quanto alla tematica in esame, in via preliminare l'Adunanza Plenaria n. 5/2015 pone alcune regole per circoscrivere la questione.

In primo luogo, ai fini della distinzione tra i casi in cui ci sia unità o pluralità di domande si guarda alle tipologie di azioni (annullamento, risarcimento, condanna) fatte valere: ognuna di esse configura una domanda a se stante⁵³⁵. Il problema oggetto di analisi, quindi, non si pone se il ricorrente propone più azioni oltre a quella di annullamento, poiché in tal caso il giudice amministrativo è sempre vincolato dall'indicazione delle parti⁵³⁶.

Proseguendo nell'esame della pronuncia, il Collegio distingue, sempre in via preliminare, tra giudizio di primo grado e appello. Le considerazioni sulla graduazione dei motivi di ricorso si attagliano infatti al primo, poiché nell'appello

⁵³³ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 5/2015: <<da un esame complessivo del sistema si evince il principio per cui nei processi connotati da parità delle parti e principio dispositivo l'ordine dei motivi vincola il giudice laddove nei processi connotati da un primato assoluto dell'interesse pubblico l'ordine dei motivi non è vincolante per il giudice: nei giudizi di costituzionalità, ad esempio, (...) a fronte del denunciato contrasto delle norme impugnate con uno o più parametri costituzionali, rientra nella discrezionalità della Corte la scelta dell'ordine di esame di differenti parametri e, inoltre, dichiarata l'incostituzionalità della norma alla luce di un determinato parametro, la Corte può dichiarare assorbiti gli altri per difetto di rilevanza e per ragioni di economia processuale>>.

⁵³⁴ Così Cons. Stato, Ad. Plen., n. 4/2015.

⁵³⁵ Così, espressamente: <<nel giudizio di impugnazione di legittimità, l'unicità o la pluralità di domande proposte dalle parti, mediante ricorso principale, motivi aggiunti o ricorso incidentale, si determina esclusivamente in funzione della richiesta di annullamento di uno o più provvedimenti>>. L'Adunanza Plenaria perviene a tale interpretazione sulla base di alcuni argomenti normativi: l'art. 43, comma 1, d.lgs. n. 104/2010, che distingue tra motivi aggiunti propri e impropri a seconda che il ricorso sia diretto a portare <<nuove ragioni a sostegno delle domande già proposte>>, estendendo la *causa petendi* di un giudizio già radicato, ovvero sia diretto a estendere il *petitum* e quindi a introdurre domande nuove; l'art. 120, comma 7, D.lgs. n. 104/2010, che limitatamente alla materia degli appalti, prevede il ricorso per motivi aggiunti impropri allorché si tratti di impugnare provvedimenti ulteriori afferenti però al medesimo procedimento evidenziale.

⁵³⁶ L'Adunanza Plenaria richiama l'orientamento della Cassazione in tema di impugnative negoziali, citando espressamente Corte Cass., n. 22329/2007 e Corte Cass., SS. UU., nn. 26242 e 26243/2014: <<la ricostruzione della tutela costitutiva nella ristretta dimensione del diritto alla modificazione giuridica, ipotizzata come situazione soggettiva rivolta verso lo Stato-giudice, piuttosto che nei confronti della controparte, e' destinata a infrangersi sulla piu' ampia linea di orizzonte rappresentata dalla necessita' che il giudice dichiari, in sede di tutela costitutiva e non solo, e in modo vincolante per il futuro, il modo d'essere (o di non essere) del rapporto sostanziale che, con la sentenza, andrà a costituirsi, modificarsi, estinguersi>>. Il Consiglio di Stato conclude dunque: <<In questo senso le Sezioni unite hanno rilevato, in presenza dell'impugnativa del medesimo atto negoziale, l'unicità della situazione soggettiva sostanziale ad esso ricollegabile, l'unicità della causa petendi e la conseguente unicità dell'azione proposta>>.

trova applicazione il principio devolutivo⁵³⁷. Conseguentemente, resta fermo che l'ordine di esame delle questioni processuali in primo grado sono sottratte alle scelte processuali vincolanti delle parti e sono sempre rilevabili d'ufficio⁵³⁸.

Premettendo, infine, che si ha graduazione solo ove la parte abbia esplicitamente indicato al Giudice l'ordine da seguire nel trattare le diverse questioni⁵³⁹, il Consiglio di Stato ne stabilisce la vincolatività⁵⁴⁰ sulla base della parità delle parti e dei principi della domanda⁵⁴¹, dispositivo e del chiesto e pronunciato⁵⁴², ormai pienamente vigenti nel giudizio amministrativo. Il tradizionale orientamento opposto, pertanto, a rigore dovrebbe ritenersi superato⁵⁴³ e prevarrebbe il criterio del massimo

⁵³⁷ Si riporta il contenuto espresso della decisione: <<il principio secondo cui l'ordine della *potestas iudicandi* è rimesso al giudice (e non può essere condizionato dal potere dispositivo delle parti, specie se si tratti di questioni rilevabili d'ufficio), può valere solo per il giudizio di primo grado. Quando, invece, la decisione su una questione, una domanda, un'eccezione o un motivo vi sia stata, ovvero sia stata assorbita (esplicitamente o implicitamente attraverso il non esame), la sottoposizione della stessa al giudice dell'impugnazione è rimessa necessariamente all'impulso di parte, per il principio devolutivo attenuato che regge il sistema delle impugnazioni nel processo amministrativo>>.

⁵³⁸ Sul punto, il Collegio si rifà a pronunce precedenti: Cons. Stato, Ad. Plen., n. 9/2014 e n. 4 e 10/2011.

⁵³⁹ La giurisprudenza che riconosce la rituale ed effettiva subordinazione dei motivi (ovvero delle domande) è consolidata nel richiedere che questa sia espressa e non desumibile implicitamente dalla semplice enumerazione delle censure o dal mero ordine di indicazione delle stesse, cfr. Cons. Stato, n. 1662/2014; Cons. Stato, n. 2837/2013; Cons. giust. amm. Sic., n. 98/2014.

⁵⁴⁰ Con la precisazione per cui in mancanza di siffatta graduazione il giudice di primo grado ha l'obbligo di pronunciarsi su tutte le domande e, in relazione ad ognuna di esse, su tutti i singoli motivi, seguendo un ordine di trattazione stabilito in ragione della radicalità del vizio (ovvero della sua consistenza oggettiva), nonché del rapporto delle varie censure sotto un profilo logico-giuridico e diacronico-procedimentale, senza dover soddisfare il criterio del soddisfacimento del massimo interesse della parte e salvo che non ricorrano i presupposti per disporre l'assorbimento.

⁵⁴¹ Si riporta uno dei passaggi della pronuncia in esame: <<l'obbligo del giudice amministrativo di pronunciare su tutti i vizi - motivi e le domande di annullamento non è però incondizionato. Il punto di equilibrio fra la tutela dell'interesse pubblico e la tutela degli interessi privati, nel processo amministrativo dominato dal principio della domanda, si coglie, infatti, in primo luogo nelle norme e nei principi che ne rappresentano il punto di emersione a livello positivo; al di fuori di tali casi, però, non è possibile sostenere una esegesi della disciplina processuale che dia vita ad una derogatoria giurisdizione di diritto oggettivo, contraria all'ordinamento ed al principio di legalità>>.

⁵⁴² Così espressamente Cons. Stato, Ad. Plen., n. 5/2015: <<il principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato comporta il divieto di attribuire un bene della vita non richiesto o comunque di emettere una statuizione che non trovi corrispondenza nella domanda, ed è da ritenersi violato ogni qual volta il giudice, interferendo nel potere dispositivo delle parti, alteri uno degli elementi identificativi dell'azione, cioè il *petitum* e la causa *petendi*, attribuendo quindi un bene della vita diverso da quello richiesto ovvero ponga a fondamento della propria decisione fatti o situazioni estranei alla materia del contendere>>.

⁵⁴³ Si riportano le espresse parole del Collegio: <<La graduazione dei motivi o delle domande diventa allora un limite al dovere del giudice di pronunciare per intero sopra di esse, prescindendo dall'ordine logico delle medesime o dalla loro pregnanza. Tale limitazione è coerente con il canone logico di non contraddizione: come il più contiene il meno, se alla parte è dato di delimitare ineludibilmente il perimetro del *thema decidendum* (perché al giudice non è consentito di cercare vizi di legittimità sua sponte), così deve ammettersi che la parte possa imporre a quest'ultimo la tassonomia dell'esame dei vizi di legittimità e delle eventuali plurime correlate domande di

soddisfaccimento dell'interesse del ricorrente, nonostante che la sua osservanza possa portare, in concreto, a un risultato non in linea con la tutela piena dell'interesse pubblico e della legalità.

Con i principi di diritto enunciati dalla sentenza appena esaminata sembrerebbe ormai pacificamente affermata in giurisprudenza la riconduzione del giudizio amministrativo entro il modello della giurisdizione di diritto soggettivo, nonché la vigenza, in esso, del principio dispositivo⁵⁴⁴. Rispetto, poi, alla specifica questione della possibilità per la parte di vincolare il giudicante a un dato ordine dei motivi, si sarebbero realizzati in modo pieno ed effettivo i principi fondanti un *processo tra parti*.

Il quadro non è, tuttavia, così chiaro e la questione è ancora lontana dalla stabilità interpretativa e, quindi, anche applicativa.

Infatti, nonostante che nella pronuncia sia costante il richiamo ai principi generali citati e alla soggettività del giudizio amministrativo, il Collegio oppone a ciò una lunga serie di limitazioni, individuando espressamente molteplici casi in cui non dovrebbe operare il vincolo ai motivi di parte e schierandosi apertamente, in tali ipotesi, a favore di un'impostazione di stampo oggettivistico⁵⁴⁵. Anche la tecnica

annullamento>>. E ancora: <<il processo amministrativo [è] un processo retto dal principio dispositivo-, la cui funzione è quella di dare soddisfazione all'interesse del ricorrente, nei termini voluti dal ricorrente stesso, che della posizione giuridica soggettiva dedotta in giudizio può (entro certi limiti), per l'appunto, disporre>>.

⁵⁴⁴ Con l'eccezione delle questioni rilevabili d'ufficio, ugualmente a quanto avviene nel sistema civilistico.

⁵⁴⁵ Il Collegio si sofferma a lungo sul vizio di incompetenza, avente valore assorbente rispetto agli altri vizi in virtù dell'art. 34, comma 2, C.P.A., ove viene disposto il divieto del giudice di pronunciarsi su poteri non ancora esercitati. Il Consiglio di Stato illustra le due opposte visioni che si sono affermate sul punto, sostenendo infine quella di impronta oggettivistica: <<Secondo una lettura oggettiva, i poteri cui si riferisce l'art. 34, co. 2, c.p.a. sono quelli mai esercitati da alcuna autorità; secondo una opposta lettura, d'indole soggettiva, il riferimento è anche ai poteri non esercitati dall'autorità competente, ovvero quella chiamata a esplicitare la propria volontà provvedimento in base al micro ordinamento di settore. È senza dubbio da preferirsi quest'ultima esegesi, più rispettosa del quadro sistematico e dei valori costituzionali che si correlano a tale norma: diversamente opinando, del resto, verrebbe leso il principio del contraddittorio rispetto all'autorità amministrativa competente nel senso dianzi precisato - sia essa appartenente al medesimo ente ovvero ad ente diverso ma comunque interessato alla materia - dato che la regola di condotta giudiziale si formerebbe senza che questa abbia partecipato, prima al procedimento, e poi al processo, in violazione di precise coordinate costituzionali: l'art. 97, co. 2 e 3 Cost., infatti, riserva alla legge l'ordinamento delle amministrazioni ed il riparto delle sfere di competenza ed attribuzione, impedendo all'autorità amministrativa di derogarvi a suo piacimento (cfr. Cons. Stato, n. 761 del 2013 cit.)>>. Un'ulteriore limitazione al vincolo giudiziale ai motivi di parte è data dall'ipotesi in cui difetti un'espressa graduazione: <<In mancanza di una espressa graduazione, si riespande nella sua pienezza l'obbligo del giudice di primo grado di pronunciare, salvo precise deroghe, su tutti i motivi e le domande. In tal modo il giudice assicura un completo controllo di legalità su tutti gli aspetti dell'azione amministrativa a lui sottoposti; garantisce il diritto di difesa della parte (consistente nel diritto ad una pronuncia esaustiva, arg. ex art. 105, co. 1, c.p.a.); infine, rende effettivo il doppio grado di giudizio imposto dall'art. 125 Cost. (sia pure in senso solo ascendente) e declinato dagli artt. 4 - 6 c.p.a. come principio generale del processo amministrativo (specie per quello impugnatorio di legittimità): qui, infatti, come

dell'assorbimento dei motivi, in linea di principio rifiutata dal Consiglio di Stato, subisce un temperamento, dovendosi ritenere <<legittima quando è espressione consapevole del controllo esercitato dal giudice sull'esercizio della funzione pubblica e se è rigorosamente limitata ai soli casi disciplinati dalla legge ovvero quando sussista un rapporto di stretta e chiara continenza, pregiudizialità o implicazione logica tra la censura accolta e quella non esaminata>>.

Le contraddizioni cui dà luogo la ricostruzione del Collegio sono in parte superabili ove vi siano deroghe legislative espresse, quali gli art. 49, comma 2 e 74, D.lgs., n. 104/2010 (sentenze in forma semplificata). Tali ipotesi, infatti, sono circoscritte e precisamente definite dal legislatore e non scalfiscono la conformazione soggettivistica del processo amministrativo: si tratta di mere eccezioni alla regola.

Il problema è diverso, invece, laddove i limiti imposti nella sentenza esaminata siano stati desunti in via interpretativa dal Consiglio di Stato, sulla base di elementi che si pongono in netta contraddizione con i principi generali più volte citati dallo stesso. In altri termini, l'elemento di maggior criticità della pronuncia è che molte deroghe al vincolo dei motivi trovino ragione nella <<necessità di equilibrio tra la tutela dell'interesse pubblico e la tutela degli interessi privati>>, ovvero nel <<particolare oggetto del giudizio impugnatorio legato al controllo sull'esercizio della funzione pubblica>>, o ancora nella circostanza che <<la tutela dell'interesse legittimo passa per il sindacato della funzione pubblica>>.

Con le anzidette espressioni, l'Adunanza Plenaria smentisce se stessa e non risolve in modo chiaro la questione che le è stata rimessa, che continua a mantenere profondi tratti di ambiguità. Infatti talvolta il ricorrente (ove sussistano i requisiti) può determinare ed esigere un ordine di trattazione ed esame delle questioni, in altre ipotesi ciò non è consentito e il giudice potrà, pertanto, intervenire a sua discrezione sulla base del motivo più rispondente all'interesse generale. Ciò che lascia più perplessi, come detto, è che nel primo caso ciò è giustificato dalla soggettività e nel secondo dall'oggettività della tutela. In tal modo, tuttavia, non si è dato prevalenza a nessuno dei due modelli.

dianzi evidenziato, la tutela dell'interesse legittimo passa per il sindacato della funzione pubblica, il che spiega, attesa la delicatezza della materia, la costituzionalizzazione del doppio grado. Una diversa diffusa tesi ritiene, invece, che la stella polare che deve guidare il giudice nell'ordinare i vizi - motivi, sia sempre e solo quella di assicurare la maggior soddisfazione dell'interesse del privato, specie se trattasi di imprenditore (...) Conclusivamente, sul punto, deve ritenersi che, in assenza della graduazione operata dalla parte, in ragione del particolare oggetto del giudizio impugnatorio legato al controllo sull'esercizio della funzione pubblica, il giudice stabilisce l'ordine di trattazione dei motivi (e delle domande di annullamento) sulla base della loro consistenza oggettiva (radicalità del vizio) nonché del rapporto corrente fra le stesse sul piano logico - giuridico e diacronico procedimentale>>.

5. La disponibilità dell'ordine di esame dei motivi tra diritto sostanziale ed effettività della tutela.

Alla luce dell'esame svolto, occorre adesso formulare delle ipotesi interpretative conclusive, riprendendo i concetti principali e raccordandoli con i presupposti sostanziali relativi alla struttura disponibile dell'interesse legittimo.

La graduazione è un ordine dato ai motivi dalla parte, in funzione del proprio interesse, per segnalare la prioritaria importanza dell'esame e dell'accoglimento di determinate questioni. Le censure subordinate o graduate per ultime rivestono quindi minor rilievo e se ne chiede il vaglio solo in caso di mancato accoglimento di quelli primarie.

Come detto⁵⁴⁶, la mancanza di una chiara ed espressa positivizzazione del vincolo ai motivi di parte non esclude che sussistano altri importanti riferimenti a livello di diritto positivo, tra cui i principi generali vigenti nel giudizio amministrativo, per previsione espressa (artt. 1 e 2 D.lgs. n. 104/2010) o comunque indiretta (artt. 34 e 39 D.lgs. n. 104/2010, tramite il quale sono operativi nel processo gli artt. 99 e 112 c.p.c.).

In particolare, il principio della domanda⁵⁴⁷, secondo cui il giudice deve pronunciarsi su ciò che il ricorrente chiede, costituisce per l'organo adito un vincolo a natura non solo positiva, ma anche negativa/limitativa⁵⁴⁸.

In quest'ottica, la graduazione dei motivi determina un'eccezione all'obbligo del giudice di esaminare tutti i vizi di legittimità costitutivi del *thema decidendum*. Tale deroga non può che trovare fondamento, dal punto di vista processuale, nella caratterizzazione soggettiva del giudizio amministrativo e costituisce una conferma della disponibilità sostanziale delle situazioni in esso azionate⁵⁴⁹.

I due profili indicati sono tra loro legati e ruotano intorno all'individualità dell'interesse legittimo, situazione rientrante nell'esclusiva sfera giuridica del titolare e dalla quale esulano il pubblico potere e l'interesse generale.

⁵⁴⁶ Cfr. *supra*, § 2.

⁵⁴⁷ Cfr. A. Piras, *Invalidità (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, XXII, Milano, 1972, p. 607: <<infatti il processo amministrativo è retto dal principio della domanda, ed è azionato da colui che ne ha interesse per la soddisfazione di una propria pretesa materiale di base>>. Così anche A. Romano Tassone, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, cit., pp. 273 e ss.

⁵⁴⁸ Cfr. L. Donato, *Sulla disponibilità degli effetti*, cit., pp. 511 e ss., che rileva l'importanza che riveste il principio dispositivo, in forza del quale sono le parti a definire il limite entro cui il giudice potrà pronunciare l'annullamento del provvedimento: infatti, <<il provvedimento sarà annullato se risulterà illegittimo, secondo le allegazioni contenute nella domanda del ricorrente>>.

⁵⁴⁹ Cfr. in questi termini Cons. Stato, Ad. Plen., n. 5/2015, che espressamente rileva che la graduazione dei motivi <<trova fondamento nella disponibilità degli interessi dei soggetti che agiscono in giudizio>>, aggiungendo che essa <<richiede una puntuale ed esplicita esternazione sia per ragioni di certezza dei rapporti processuali, che per evitare che sia il giudice a sostituirsi alle parti nella ricerca arbitraria della maggiore satisfattività dell'interesse concreto perseguito da queste ultime>>.

Quanto alla tutela, infatti, se il giudizio in cui è fatto valere l'interesse legittimo è retto dal principio dispositivo, dovrà essere tendenzialmente depurato⁵⁵⁰ dal carattere dell'oggettività. In altri termini, il processo non verte sulla legittimità dell'agire pubblico, ma sulla situazione azionata dal privato⁵⁵¹ e ciò, sul fronte sostanziale, corrisponde alla negazione di profili extraindividuali nella struttura della situazione giuridica in questione.

Pertanto, la natura disponibile dell'interesse legittimo è confermata e ricavata anche dall'indicato modello processuale soggettivo⁵⁵² improntato al principio dispositivo⁵⁵³, cui si accompagnano, altresì, le esigenze di satisfattività della posizione del ricorrente⁵⁵⁴ e di completezza della cognizione.

⁵⁵⁰ Il principio dispositivo, infatti, permea tutto il giudizio, cfr. A. Romano Tassone, *Sulla disponibilità dell'ordine di esame*, cit., p. 807: «il principio dispositivo non verrebbe in gioco con riferimento ai motivi. Il principio dispositivo, infatti, non copre soltanto le «domande» strettamente intese, ma attiene a qualsiasi aspetto delle domande stesse che possa portare ad una pronuncia giudiziale che rivesta un apprezzabile interesse per il ricorrente. Questo risulta — se si vuole: indirettamente, ma — inequivocabilmente confermato dal dibattito svoltosi nella dottrina civilprocessualistica in ordine ai limiti intrinseci dell'ammissibilità del cumulo condizionale, che sarebbe da escludere, in buona sostanza, soltanto ove il ricorso a tale meccanismo non appaia idoneo a soddisfare alcuna concreta e tangibile esigenza di tutela della parte che pretende di avvalersene».

⁵⁵¹ Cfr. L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., pp. 617 e ss.: «Ma il cpa ha finalmente sposato (è un'opinione, s'intende) la giurisdizione soggettiva, la domanda in senso proprio, l'oggetto del processo consistente nella situazione giuridica soggettiva fatta valere; è confermativo del legame esistente tra questi tre termini; identifica, per riprendere quanto osservavamo poc'anzi, scopo della tutela e oggetto della tutela; concepisce «l'agire in giudizio ovvero la domanda [...] in rigida correlazione [...] con una situazione sostanziale dedotta nel processo». In una parola, il c.p.a. dice chiaramente che l'oggetto del giudizio di legittimità è l'interesse legittimo». L'Autore richiama, sul punto, l'art. 7 (Giurisdizione amministrativa), per il quale «sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi».

⁵⁵² Cfr. A. Carbone *Azione di adempimento, disponibilità della situazione giuridica e onere della prova*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2011, pp. 2959 e ss.: «Per sconfessare questo assunto è infatti sufficiente richiamare quelle pronunce che successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 104/2010 hanno disposto l'effetto conformativo o la condanna senza sancire l'annullamento dell'atto, ovvero hanno accertato l'illegittimità dell'atto ai soli fini risarcitori secondo la regola del c.d. accertamento in continuazione di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a. Si capovolge in tal modo l'originaria struttura processuale amministrativa, per cui era l'azione esperibile a fornire il dato contenutistico della situazione giuridica fatta valere. Al contrario, è la pretesa del ricorrente a costituire ora la realtà con cui si rapporta la tutela processuale». L'Autore richiama le decisioni Cons. Stato, n. 2755/2011 e Cons. Stato, n. 2817/2011.

⁵⁵³ Cfr. A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, Torino, 1980, in particolare pp. 127-128, ove l'Autore rileva che il principio della domanda sia da intendere anche come il riflesso del potere di disporre in senso sostanziale della situazione giuridica soggettiva.

⁵⁵⁴ Si veda F. Patroni Griffi, *Forma e contenuto della sentenza amministrativa*, in *www.giustizia-amministrativa*: «Nella sentenza di accoglimento oggi si tende a ritenere che debbano essere esaminati tutti i motivi di ricorso (fatti salvi gli aspetti problematici evidenziati poc'anzi con riferimento all'ordine di trattazione delle questioni), in modo da assicurare la tutela maggiormente satisfattiva, in coerenza con la pienezza ed effettività di cui all'art.1 c.p.a.».

È evidente da quanto appena esposto che la risoluzione del problema dell'ordine dei motivi di ricorso pone in evidenza la stretta dipendenza tra il versante processuale e quello sostanziale.

La natura del giudizio amministrativo quale processo tra parti avente a oggetto il rapporto amministrativo⁵⁵⁵ va di pari passo con la disponibilità riconosciuta all'interesse legittimo; la graduazione va tendenzialmente rispettata dall'organo adito, con il temperamento delle questioni rilevabili d'ufficio, rispetto alle quali le indicazioni di parte non possono derogare all'ordine legale.

Sarebbe, del resto, illogico negare il vincolo dei motivi a fronte della possibilità, per il ricorrente, di rinunciare al ricorso⁵⁵⁶.

Pertanto dalla vincolatività deriva in capo al ricorrente non solo la disponibilità dei motivi del ricorso⁵⁵⁷, ma anche dell'effetto derivante dalle azioni esperibili⁵⁵⁸ nonché, ancor prima, la disponibilità della tutela processuale, quale possibilità di decidere se servirsi del processo e in che misura.

Ciò induce a riflettere su un ulteriore aspetto, in precedenza soltanto accennato.

La natura soggettiva del processo amministrativo⁵⁵⁹ quale giudizio *nella disponibilità* delle parti⁵⁶⁰ comporta, in via complementare, che il ruolo del giudice sia da esse nettamente distinto, in virtù di un'effettiva terzietà e imparzialità⁵⁶¹.

La giurisprudenza⁵⁶² e la dottrina⁵⁶³ sono, sul punto, tendenzialmente concordi.

⁵⁵⁵ Così M. Protto, *Le garanzie di indipendenza e imparzialità*, cit., pp. 95 e ss.: «si riconosce (...) che il giudizio amministrativo è un processo di parti che ha a oggetto il rapporto amministrativo».

⁵⁵⁶ Sulla rinuncia processuale al ricorso giurisdizionale, cfr. *infra*, capitolo III, § 2.

⁵⁵⁷ Cfr. F. Patroni Griffi, *La sentenza amministrativa*, cit.: «quanto alla disponibilità dei motivi di ricorso, va detto che il principio dispositivo fa sì che la parte possa disporre liberamente del ricorso nel suo complesso, rinunciandovi, o in parte, rinunciando solo ad alcuni tra i motivi di censura proposti».

⁵⁵⁸ Cfr. A. Piras, *Interesse legittimo*, cit., p. 609: «L'annullamento, l'annullabilità non hanno i caratteri della sanzione: rappresentano piuttosto il contenuto di un effetto del quale spetta ad un soggetto di disporre, nei modi dell'azione e di fronte all'organo giurisdizionale».

⁵⁵⁹ Sulla diversa conformazione del giudizio a natura soggettiva ovvero oggettiva si veda F. G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, p. 154.

⁵⁶⁰ Si veda L. Bertonazzi, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, 2005, pp. 340 e ss.: «l'attribuzione al solo ricorrente del potere processuale formale di individuazione dell'oggetto del giudizio, identifica invece un processo retto dal principio della domanda, e cioè dal potere esclusivo o monopolistico delle parti di delimitare la materia del contendere e del decidere».

⁵⁶¹ Cfr., ancora, M. Protto, *Le garanzie di indipendenza e imparzialità*, cit., p. 95: «il problema dell'indipendenza ed imparzialità del giudice diventa centrale».

⁵⁶² Si veda *supra*, § 4.

⁵⁶³ Cfr. L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., p. 620: «se si vanno a leggere alcune recenti Adunanze plenarie del Consiglio di Stato, quali la n. 4 del 2011 o la n. 30 del 2012 (e, in genere, la giurisprudenza di quest'organo), o se si scorrono le principali posizioni dottrinali, si rinvencono nette affermazioni a favore del carattere soggettivo della giurisdizione del giudice amministrativo». Si rinvia all'opera indicata anche per i copiosi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali ivi contenuti.

Ove, infatti, si ammettesse la possibilità di modificare discrezionalmente l'ordine della trattazione dei motivi determinato dalle parti, in considerazione del coinvolgimento di interessi della collettività, ne uscirebbe falsato il ruolo del giudice⁵⁶⁴, la cui posizione sarebbe volta a garantire in via prioritaria (quando non esclusiva) non la situazione soggettiva azionata, ma la legalità e l'interesse generale⁵⁶⁵. Dimenticando che ciò compete in via esclusiva all'organo titolare del potere esecutivo.

Al contempo, la parte pubblica si troverebbe in una posizione di prevalenza processuale sul privato.

Peraltro, all'amministrazione (e agli eventuali controinteressati) non mancano adeguati strumenti di difesa con i quali far valere fatti impeditivi, modificativi o estintivi della situazione soggettiva azionata dal ricorrente⁵⁶⁶, senza che sia l'organo adito a interferire in tale attività difensiva mediante strumenti officiosi e contravvenendo al proprio ruolo *super partes*. In altri termini, dovrebbe essere la parte pubblica mediante le proprie difese (e non il giudicante con la propria iniziativa) a portare in evidenza in giudizio la sussistenza di un interesse generale con funzione di impedimento, modifica o estinzione della situazione del ricorrente, con un eventuale effetto anche sull'ordine giudiziale dei motivi.

In mancanza di ciò, il giudizio dovrebbe svolgersi nei limiti di quel che il privato ha chiesto e il giudice non potrebbe esercitare discrezionalmente poteri officiosi in

⁵⁶⁴ L'organo adito, infatti, sarebbe in questo caso giudice dell'interesse pubblico. È quindi criticabile il punto di vista di M. Magri, *L'ordine dei motivi*, cit., p. 1077 e ss.: «Vista come attività devoluta alla giurisdizione amministrativa, la tutela degli interessi legittimi nei confronti della pubblica amministrazione (art. 103 Cost.) sembrerebbe perdere i suoi connotati di giudizio su situazioni o posizioni soggettive, per assumere i contorni di una modalità o tecnica di tutela obbiettiva, che si realizza compiutamente solo con la imputazione della sentenza agli interessi della collettività. (...) non è il "bene della vita" il paradigma del giudizio, ma la legittimità sostanziale dell'esercizio del potere».

⁵⁶⁵ Cfr. F. Patroni Griffi, *Forma e contenuto*, cit.: «la soluzione del problema risiede nella prevalenza che voglia darsi all'ordine logico della trattazione delle questioni, nell'ambito di una visione tendenzialmente oggettiva della giurisdizione, oppure all'interesse della parte, in un'ottica prevalentemente soggettiva della giurisdizione amministrativa e della conseguente disponibilità dei motivi di ricorso».

⁵⁶⁶ In senso concorde, A. Romano Tassone, *Sulla disponibilità dell'ordine*, cit., pp. 806: «Si debbono rinvenire, quindi, congegni processuali idonei a mettere al riparo le controparti dal meccanismo del cumulo condizionale predisposto dall'attore: affermazione, questa, che appare quasi un ovvio corollario della trasposizione della tematica qui affrontata nel più proprio ambito della disponibilità della trattazione della causa, piuttosto che della disponibilità della domanda. A mio avviso, ciò può affermarsi anche nel processo amministrativo, dove un congegno del genere potrebbe forse ravvisarsi oggi nel ricorso incidentale, che l'art. 42 C.p.a. mette esplicitamente a disposizione di tutte le parti resistenti (dunque: anche della p.a.), così ricostruendolo — parrebbe — quale semplice formalità di introduzione in giudizio di ogni tipo di domanda difensiva. In questa prospettiva, il ricorso incidentale parrebbe dunque aver definitivamente perduto le proprie originarie caratteristiche di vera e propria impugnazione (sia pure « in funzione difensiva »), ed assumerebbe piuttosto la veste di pura tecnica di introduzione delle istanze che le parti resistenti hanno l'onere di presentare al giudice».

protezione di situazioni giuridiche prive delle allegazioni dovute dalle parti convenute.

Non va tralasciato, infine, che la denuncia da parte del ricorrente dei soli vizi dal cui accoglimento consegue soddisfazione, ovvero la denuncia in via subordinata di vizi radicali, non impedisce di per sé la piena soddisfazione dell'interesse pubblico, affidata stragiudizialmente ai poteri di autotutela della stessa amministrazione, ove ne sussistano i presupposti previsti dalla legge.

Le conclusioni ipotizzate hanno ripercussioni dirette sul fenomeno dell'assorbimento improprio dei motivi, decisamente incompatibile con un tipo di giudizio a cognizione piena sul *rapporto* tra privato e pubblica amministrazione⁵⁶⁷, come riconosciuto, peraltro, dalla stessa giurisprudenza⁵⁶⁸, specie dopo l'emanazione del codice del processo amministrativo.

Non basta, sul punto, far riferimento ai diversi effetti che seguono una pronuncia di annullamento⁵⁶⁹, ma occorre, ancora una volta, prendere in considerazione l'interesse legittimo quale oggetto del processo amministrativo, di cui costituiscono indici rivelatori non solo le norme processuali di cui al D.lgs. n. 104/2010, ma anche quelle che progressivamente hanno spostato dal versante formale a quello sostanziale il fulcro di ciò che al privato è garantito per legge⁵⁷⁰. L'attenzione all'aspetto sostanziale dei provvedimenti amministrativi ha, infatti, sconfessato l'utilità di un mero annullamento giudiziale per vizi di forma e, di conseguenza, ha contribuito all'avversione verso il fenomeno dell'assorbimento improprio⁵⁷¹.

⁵⁶⁷ Si veda, in questo senso, A. Contieri, *Principio di buon andamento e vizi dell'atto amministrativo*, in A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli 2010, vol. II, pp. 95 e ss.: «l'assorbimento dei motivi è decisamente incompatibile con il giudizio sul rapporto». Cfr. altresì F. Patroni Griffi, *La sentenza amministrativa*, cit.: «Dell'assorbimento dei motivi è stata criticata la discrezionalità, e talvolta l'apparente casualità, della scelta rimessa al giudice; più a fondo, è stato rilevato che l'assorbimento di alcune censure riduce il cd. effetto ripristinatorio della sentenza e, conseguentemente, frena la tendenza del processo amministrativo ad atteggiarsi come processo a cognizione piena del rapporto tra cittadino e amministrazione».

⁵⁶⁸ Si veda la sentenza T.A.R. Toscana, n. 1443/2011. Per una più dettagliata analisi giurisprudenziale, cfr. *supra*, in questo capitolo, § 2, 3 e 4.

⁵⁶⁹ Sul punto ci si è già soffermati *supra*, in questo capitolo, § 2. Per una critica all'assorbimento in quanto riduttivo dell'effetto conformativo della sentenza caducatoria, si veda B. Cavallo, *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, cit.; L. Mazzaroli, *L'atto definitivo e la teoria dell'assorbimento*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, pp. 701 e ss.

⁵⁷⁰ Si fa naturalmente riferimento all'art. 21 *octies*, comma 2, legge n. 241/1990, che prevede espressamente la *svalutazione* del vizio formale a scapito di quello sostanziale.

⁵⁷¹ Cfr. F. Patroni Griffi, *Forma e contenuto della sentenza*, cit.: «La soluzione è influenzata (e in qualche modo "compensa" o ne costituisce il contrappasso) dalla maggiore rilevanza attribuita (in seguito alle modifiche apportate alla legge n. 241 sul procedimento amministrativo a partire dalla legge n.15/2005) alla legittimità contenutistica del provvedimento rispetto al dato formale, il che limita di molto, nei fatti, la praticabilità dell'assorbimento dei motivi. Quanto detto, peraltro, non ha eliminato del tutto la prassi dell'assorbimento dei motivi, che mi sembra risponda a una logica di economia quanto meno in tutti quei casi in cui l'accoglimento di tutti i motivi di ricorso (e meno ancora la loro reiezione, una volta che il ricorso sia destinato all'accoglimento) non sia utile ad

La pienezza e l'effettività della tutela, in altri termini, hanno potenziato il principio della domanda⁵⁷² e sono connesse con il dato sostanziale relativo alle utilità garantite dalla legge al titolare della situazione soggettiva: pertanto si ritiene che il giudice sia tenuto⁵⁷³ a decidere su tutti i motivi, fintantoché ciò si traduca in una maggior soddisfazione, anche sotto il profilo risarcitorio⁵⁷⁴, del ricorrente^{575 576}.

assicurare una maggior tutela o almeno a fornire un'utile direttiva all'amministrazione per l'ottemperanza al giudicato>>.

⁵⁷² Così R. De Nictolis, *L'ordine di esame dei motivi*, cit.: <<La giurisprudenza ha affermato che i principi di effettività e completezza della tutela impongono di valorizzare il ruolo della domanda dell'interessato, riducendo la pronuncia di assorbimento dei motivi ai soli casi - in realtà del tutto marginali - in cui sussista un rapporto di chiara continenza, pregiudizialità logica, o implicazione, tra la censura accolta e quella non esaminata. Tale conclusione, strettamente collegata al principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, espresso dall'art. 112, c.p.c., con disposizione avente il valore di principio generale di ogni processo, diventa inevitabile in un contesto sistematico diretto ad assicurare il più intenso e integrale accertamento del rapporto amministrativo controverso, in relazione ai profili ritualmente prospettati dalle parti interessate, anche per evitare lunghi e defatiganti contenziosi diretti a riproporre le stesse domande in seguito al rinnovo del provvedimento, affetto dagli stessi vizi non esaminati dal giudice>>.

⁵⁷³ Si osservino, tuttavia, le importanti deduzioni di A. Romano Tassone, *Sulla disponibilità dell'ordine di esame*, cit., p. 807: <<il giudice — pur assumendo vigente il principio dispositivo — non può essere obbligato ad esaminare i motivi di ricorso nell'ordine indicatogli dalla parte ricorrente, se non nella misura in cui quest'ultima abbia un apprezzabile interesse al rispetto di tale ordine, altrimenti il giudice sarà libero di esaminare prioritariamente, accogliendoli, i motivi che ritenga di più agevole decisione (ovviamente: al solo fine di poter legittimamente dichiarare assorbiti gli altri, la cui fondatezza invece appare di più laborioso accertamento) (...) la forza vincolante del cumulo condizionale non può essere *sic et simpliciter* desunta dalla vigenza del principio dispositivo (...) Il dibattito sulla necessaria esistenza di un «nesso funzionale» tra le varie domande perché possa istituirsi tra di esse un cumulo condizionale, dimostra tuttavia, ancora una volta, come l'ammissibilità di quest'ultimo (e dunque: la sua cogenza) non sia esclusivamente deducibile dall'eventuale vigore del principio dispositivo, ma debba esser considerata anche in relazione alle esigenze complessive di buon funzionamento del meccanismo processuale>>. In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, n. 3002/2008; Cons. Stato, n. 213/2008: <<il giudice dovrebbe esaminare per prime quelle censure da cui derivi un effetto pienamente satisfattivo della pretesa del ricorrente (...) la censura formale non può eludere quella sul vizio sostanziale, il giudice dovrà proseguire nell'esame sui motivi finché è certo che dall'accoglimento di un ulteriore motivo non deriva più alcuna utilità al ricorrente. (...)>>.

⁵⁷⁴ Si veda la già citata sentenza del Cons. Stato, n. 213/2008: <<La prassi del giudice amministrativo di assorbire alcuni motivi del ricorso deve essere del tutto riconsiderata ora che è ammesso il risarcimento del danno derivante dall'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa, in quanto per assorbire un motivo deve essere evidente che dall'eventuale accoglimento della censura assorbita non possa derivare alcun vantaggio al ricorrente, neanche sotto il profilo risarcitorio>>. La sentenza è richiamata, unitamente ad altre, da R. De Nictolis, *L'ordine di esame dei motivi*, cit.: <<La giurisprudenza ha osservato che la prassi dell'assorbimento dei motivi va radicalmente riconsiderata dopo l'introduzione della tutela risarcitoria nel processo amministrativo, in quanto, per potersi assorbire un motivo, deve risultare con evidenza che dall'accoglimento della censura assorbita non potrebbe derivare al ricorrente alcun vantaggio nemmeno sotto il profilo risarcitorio>>.

⁵⁷⁵ Così E. Capaccioli, *Per l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1977, pp. 446 e ss.: <<il giudice deve pronunciare se c'è la domanda e sulla domanda; ma deve altresì pronunciare su tutta la domanda: (...) Per pronunciare su tutta la domanda occorre perciò decidere su tutti i motivi, pur essendone sufficiente uno (accoglibile) in

L'esame si dovrebbe arrestare quando dall'accoglimento di un ulteriore motivo non scaturisca più alcuna utilità al privato.

Il giudice deve pertanto esaminare tutte le censure dotate di una propria autonomia nell'ambito del giudizio, con tendenziale priorità (in questo caso anche a prescindere dalla sussistenza o meno di una graduazione dei motivi a opera delle parti)⁵⁷⁷ dei vizi sostanziali rispetto a quelli formali e considerando altresì tutti gli effetti della sentenza, specie quello conformativo del riesercizio del potere, in modo che da realizzare la maggior tutela per il ricorrente.

In conclusione, dall'osservazione complessiva del sistema ordinamentale si evince che nei processi connotati da parità delle parti e dal principio dispositivo l'ordine dei motivi dovrebbe vincolare il giudice⁵⁷⁸ e, specie a far data dall'entrata in

relazione all'annullamento>>. L'Autore argomenta altresì sulla base dell'effetto preclusivo della sentenza di annullamento. Si veda altresì A. Romano Tassone, *Sulla disponibilità dell'ordine di esame*, cit. p. 810: <<Siano pure i motivi di impugnazione «ragioni» e non «domande», dunque, un utile — ergo: un potenzialmente efficiente — cumulo condizionale tra di essi non può affatto esser escluso, se non nella misura in cui il loro accoglimento porti ad esiti del tutto sovrapponibili ai fini della tutela del ricorrente>>. Si veda, nello stesso senso, E. Cannada Bartoli, *Processo amministrativo*, cit., p. 1087: <<L'assorbimento, a meno che non sia giustificato da specifici nessi logici tra le questioni, produce gravi conseguenze sugli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa, l'esecuzione del giudicato amministrativo e il giudizio di ottemperanza, oltre a contrastare con il principio fondamentale che "il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha diritto tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di ottenere">>.

⁵⁷⁶ Si ritiene, *a contrario*, ammissibile l'assorbimento quando, nell'esaminare le censure proposte col ricorso giurisdizionale, il giudice dia la precedenza al motivo il cui accoglimento può soddisfare l'interesse più intenso del ricorrente; in tal caso possono essere dichiarati assorbiti altri motivi al cui esame il ricorrente non ha più interesse per effetto dell'accoglimento del primo. In giurisprudenza, si richiama la sentenza Cons. Stato, Ad. Plen., n. 5/2015: <<nel processo amministrativo, la tecnica dell'assorbimento dei motivi deve ritenersi legittima quando è espressione consapevole del controllo esercitato dal giudice sull'esercizio della funzione pubblica e se è rigorosamente limitata ai soli casi disciplinati dalla legge ovvero quando sussista un rapporto di stretta e chiara continenza, pregiudizialità o implicazione logica tra la censura accolta e quella non esaminata; oppure vi siano ragioni di economia processuale, se comunque non risulti lesa l'effettività della tutela dell'interesse legittimo e della funzione pubblica>>. L'anzidetta pronuncia è stata già oggetto di esame *supra*, in questo capitolo, § 4.

⁵⁷⁷ In questo senso R. De Nictolis, *L'ordine di esame dei motivi*, cit: <<In difetto di graduazione dei motivi, resta aperta la questione se il giudice debba esaminare per prime le questioni il cui accoglimento sarebbe maggiormente satisfattivo per il ricorrente o invece per prime le questioni il cui accoglimento sarebbe maggiormente satisfattivo dell'interesse pubblico. Sembra preferibile la prima soluzione meglio rispondente al principio dispositivo e di parità delle parti che permea il processo amministrativo>>.

⁵⁷⁸ È evidente la distinzione con i giudici a modello oggettivo, qual è quello di costituzionalità: la Corte Costituzionale può, a fronte del denunciato contrasto delle norme impugnate con uno o più parametri costituzionali, scegliere l'ordine di esame dei differenti parametri, e, dichiarata l'incostituzionalità della norma alla luce di un di essi, dichiarare assorbiti gli altri, per difetto di rilevanza e per ragioni di economia processuale

vigore del D.lgs. n. 104/2010, l'assorbimento sarebbe ormai da considerare ipotesi marginale⁵⁷⁹.

⁵⁷⁹ Cfr. R. De Nictolis, *L'ordine di esame dei motivi*, cit. Si veda altresì Cons. Stato, Ad. Plen., n. 5/2015, ove si limita le ipotesi di assorbimento ai seguenti casi eccezionali: espressa previsione di legge (es. artt. 74 e 49, comma 2, d.lgs. n. 104/2010); evidenti e ineludibili ragioni di ordine logico – pregiudiziale; ragioni di economia processuale, che comunque non conducano a una lesione nella tutela dell'interesse legittimo. per i medesimi principi, Cons. Stato, n. 213/2008; Cons. Stato, n. 6285/2013.

CAPITOLO II

IL PRINCIPIO DI NON CONTESTAZIONE DAL PROCESSO CIVILE AL PROCESSO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: Introduzione. – Prima Sezione. 1. Le origini: il principio di non contestazione nel processo civile. – 2. (segue) L'affermazione di un generale *principio* di non contestazione nella giurisprudenza civile. – 3. (segue) La legge n. 69/2009 e la riforma dell'art. 115 c.p.c. I problemi aperti del principio di non contestazione. – Seconda Sezione. 1. Il principio di non contestazione nel processo amministrativo: origini giurisprudenziali e connessione con il processo civile. – 2. Il sistema probatorio nel processo amministrativo alla luce del D.lgs. n. 104/2010. – 3. Il principio di non contestazione ai sensi dell'art. 64, comma 2, D.lgs. n. 104/2010: problematiche interpretative e applicative. – 4. Il principio di non contestazione quale elemento a favore di una nuova concezione di interesse legittimo. – 5. L'applicazione giurisprudenziale del principio di non contestazione: elementi generali e casistica.

Introduzione.

La codificazione del principio di non contestazione nel testo dell'art. 64, comma 2, D.lgs. n. 104/2010 è centrale nell'interpretazione del sistema amministrativo, sia sostanziale che processuale⁵⁸⁰.

Il principio in oggetto ha fondamento e presupposto nella Costituzione, in particolare alla stregua dell'articolo 111, nonché – soprattutto – dell'articolo 24, che dispone la medesima tutela per i diritti soggettivi e gli interessi legittimi.

A tal riguardo, è indicativo l'*iter* che la non contestazione ha percorso⁵⁸¹ sin dalla sua origine, quando è stata implicitamente desunta dal sistema di preclusioni introdotto con le recenti riforme del processo civile, sino alla sua codificazione e al suo consolidamento concettuale e applicativo.

⁵⁸⁰ Seppur relativamente considerata dalla maggioranza della dottrina rispetto a questioni di impatto più immediato. All'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 104/2010, i più frequenti dibattiti si sono incentrati sul tema della disciplina delle azioni e (conseguentemente) sul contenuto delle pronunce del giudice amministrativo, e inoltre sul problema della cosiddetta pregiudiziale amministrativa alla luce dell'ambiguo disposto di cui all'art. 30, d.lgs. n. 104/2010, nonché sulla disciplina dei riti abbreviati per speciali controversie, di cui agli artt. 119 e ss., d.lgs. n. 104/2010.

⁵⁸¹ L'indagine sulle origini civilistiche del principio porta alla luce il passaggio da un modello di processo nel quale occorre dimostrare tutto ciò che non sia esplicitamente (o comunque inequivocabilmente) ammesso, a uno, opposto, nel quale occorre dimostrare solo ciò che sia esplicitamente contestato.

Dal giudizio civile, l'istituto si è poi *diffuso* in ambito amministrativo, sull'onda di un (generale) meccanismo di avvicinamento tra le due giurisdizioni, che altro non è se non il riflesso processuale dell'evoluzione sostanzialistica dell'interesse legittimo.

La trattazione, quindi, si dividerà in due sezioni.

Dopo un necessario approfondimento sulla non contestazione nel processo civile, pur se limitatamente ai profili che interessano anche il sistema amministrativo, ci si dedicherà all'interpretazione dell'istituto come codificato dal D.lgs. n. 104/2010, rapportandolo con una nuova lettura, in chiave sostanzialistica, della figura dell'interesse legittimo.

Principi e regole, innovazione e *peso* della tradizione, vigenza o meno del metodo acquisitivo sono solo alcune tra le tematiche intrecciate con la portata e con l'applicazione del principio di non contestazione nel processo amministrativo.

L'analisi sarà, quindi, svolta mantenendo lo sguardo fermo alla legge, mediante un'opera di inquadramento sistematico della singola disposizione all'interno delle regole e dei principi che caratterizzano il complessivo sistema amministrativo: l'art. 64, comma 2, pertanto, non può essere letto, interpretato e applicato come se fosse una norma a sé stante.

Centrale, nello studio, sarà il raccordo tra le anzidette tematiche di natura processualistica e l'oggetto della prima parte del lavoro, vertente su profili strettamente sostanzialistici. Sarà, così, verificata l'attendibilità della deduzione che fa dell'effettiva operatività del principio di non contestazione nel giudizio amministrativo un indice della natura (intrinsecamente) disponibile dell'interesse legittimo.

PRIMA SEZIONE

1. *Le origini: il principio di non contestazione nel processo civile.*

Il tema in oggetto coinvolge i capisaldi del processo civile^{582 583}: la centralità della (non) contestazione è agevolmente comprensibile laddove si consideri che a

⁵⁸² Evidenzia la delicatezza del tema A. Proto Pisani, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in Foro It., 2003, pp. 606 e ss.; S. Del Core, *Il principio di non contestazione: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, in Giust. civ., 2004, pp. 111 e ss.

⁵⁸³ Il tema del principio di non contestazione appare ancor più problematico e delicato nell'ambito del processo amministrativo. Nonostante la recente disciplina codicistica di cui al d.lgs. n. 104/2010, avente una dichiarata *ratio* riordinatrice e armonizzatrice di tutta la normativa processuale amministrativa, permangono molti aspetti di ambiguità, che interessano – come vedremo *infra* – anche il principio di non contestazione. Non sembra azzardato ipotizzare che l'origine di molte difficoltà interpretative e applicative sia l'annosa diatriba dottrinale sulla figura giuridica soggettiva protagonista del processo amministrativo: l'interesse legittimo.

essa si legano strettamente tutti i principi in tema di allegazione e di prova nel processo civile, dal punto di vista delle parti. Senza considerare che a seconda dell'interpretazione su quale siano l'oggetto e la funzione della non contestazione muta la panoramica dei poteri istruttori del giudice⁵⁸⁴.

L'origine storica del principio di non contestazione non è da rinvenire in disposizioni di diritto positivo⁵⁸⁵: esso è stato, infatti, per moltissimi anni formalmente tacito, pur assumendo progressivamente maggiore rilievo nel sistema processualcivilistico italiano⁵⁸⁶.

Inizialmente il principio in questione è stato timidamente elaborato dalla giurisprudenza e ciò ha dato luogo a dubbi applicativi⁵⁸⁷, oltre che a un'indeterminatezza concettuale e concreta dello stesso.

Peraltro, le prime (e poche) tracce della non contestazione all'interno del nostro sistema normativo italiano non sono state considerate dalla maggior parte interpreti e della giurisprudenza⁵⁸⁸, con qualche rara eccezione⁵⁸⁹.

⁵⁸⁴ È proprio questo uno degli aspetti attorno a cui ruotano le maggiori incongruenze tra il principio di non contestazione e il processo amministrativo, tradizionalmente retto dal principio dispositivo con metodo acquisitivo e di fatto caratterizzato da forti poteri istruttori ufficiosi del giudice.

⁵⁸⁵ Diversamente dall'ordinamento tedesco, cfr. § 138, comma 2, ZPO: <<I fatti che non sono espressamente contestati devono essere considerati come esistenti, se non risulta da altre dichiarazioni della parte che la stessa aveva invece intenzione di contestarli>>. Si sofferma più a lungo sulla comparazione tra ordinamento italiano e ordinamenti europei B. Sassani, *L'onere della contestazione*, in www.judicium.it.

⁵⁸⁶ A. Proto Pisani, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, cit.; S. Del Core, *Il principio di non contestazione*, cit.; per una panoramica della non contestazione dagli anni '90 sino all'ultima riforma, cfr. V. Panuccio, *I fatti non contestati*, intervento al seminario *La giustizia tra emergenze e prospettive*, Locri, giugno 2011.

⁵⁸⁷ Sebbene a ben vedere le maggiori problematiche applicative non siano sorte prima della sentenza Corte Cass., n. 761/2002 (su cui cfr. *infra*), regnando prima un orientamento giurisprudenziale pressoché pacifico che identificava la non contestazione solo nell'ammissione espressa o implicita (a mezzo di difese manifestamente incompatibili con il disconoscimento dei fatti rilevanti).

⁵⁸⁸ Prima della riforma del lavoro intervenuta con la legge 11 agosto 1973, n. 533 (*Disciplina delle controversie individuali di lavoro e delle controversie in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie*) non vi era nessun *appiglio* normativo da cui desumere la rilevanza probatoria dei fatti non contestati in giudizio e invero, anche dopo predetta riforma, sono trascorsi molti anni prima che la giurisprudenza desumesse dall'art. 416 c.p.c. un vero e proprio onere di contestazione a carico delle parti nel processo. La stessa riforma del processo civile del 1990 (legge 26 novembre 1990, n. 353, *Provvedimenti urgenti per il processo civile*), che ha modificato, tra le altre cose, l'art. 167 c.p.c., non ha avuto l'effetto di sollecitare la giurisprudenza a una riflessione seria e analitica sulla rilevanza della non contestazione, che veniva per lo più concepita come argomento di prova liberamente apprezzabile dal giudice ai sensi dell'art. 116 c.p.c. Ai sensi dell'art. 167 c.p.c.: <<Nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, indicare i mezzi di prova di cui intende valersi e i documenti che offre in comunicazione, formulare le conclusioni. (...)>>. La disposizione è meno categorica rispetto a quella, applicabile al rito del lavoro, di cui all'art. 416 c.p.c. <<(…) La costituzione del convenuto si effettua mediante deposito in cancelleria di una memoria difensiva, nella quale devono essere proposte, a pena di decadenza, le eventuali domande in via riconvenzionale e le eccezioni processuali

Successivamente, le riforme del 1973 e del 1990 hanno posto la dottrina dinanzi al problema della relazione intercorrente tra la non contestazione e l'obbligo delle parti di prendere specifica posizione sui fatti di causa. Le diverse opinioni sviluppate su tale problematica si sono spesso estese a temi limitrofi, come le caratteristiche degli oneri di allegazione e delle eccezioni, con un risultato caotico nel quale la non contestazione veniva sempre meno considerata nella sua autonomia giuridica.

Nelle sue origini, pertanto, il principio in questione non si è realmente inserito nel sistema processual-civilistico legislativo, dottrinario e giurisprudenziale, se non in via meramente residuale, assumendo per lo più rilievo fattuale e ai soli fini dell'art. 116 c.p.c.

In ogni caso, l'attenzione alla non contestazione nasce all'interno del processo del lavoro (artt. 409 e ss. c.p.c.), improntato a una maggior celerità rispetto al processo civile ordinario e costituito da un sistema di decadenze e preclusioni, tali per cui a rigor di logica risulta quasi consequenziale, in esso, l'operare di siffatto principio⁵⁹⁰. Ciononostante, la giurisprudenza degli anni '90, pur interrogandosi sull'operatività della non contestazione nel rito del lavoro, soltanto raramente era giunta a configurarne i tratti essenziali e mai secondo una visione univoca e generalizzata all'intero sistema civilistico⁵⁹¹.

Ai fini che qui interessano occorre muovere dall'analisi delle disposizioni normative che interessano la non contestazione.

Prima della legge n. 69/2009⁵⁹², l'ultima riforma legislativa che ha toccato la problematica degli oneri di contestazione delle parti nel processo è stata quella di cui ai decreti legislativi n. 5/2003 e n. 310/2004⁵⁹³, vertente sul rito societario. A questo riguardo, merita un breve cenno la disposizione di cui all'art. 13, comma 2 D.lgs. n. 5/2003, che estendeva l'operatività della non contestazione societaria anche

e di merito che non siano rilevabili d'ufficio. Nella stessa memoria il convenuto deve prendere posizione, in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda, proporre tutte le sue difese in fatto e in diritto ed indicare specificamente, a pena di decadenza, i mezzi di prova dei quali intende avvalersi ed in particolare i documenti che deve contestualmente depositare>>>. Dalla differenza tra le due disposizioni sarebbe derivata, secondo l'orientamento maggioritario del tempo, una minor forza normativa dell'onere di prendere posizione all'interno del processo civile. Cfr. Del Core, *Il principio di non contestazione*, cit.

⁵⁸⁹ Cfr. A. Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995. In particolare, l'Autore cita le fattispecie di cui agli artt. 14, 35, 186 bis, 263, 266, 423, 785 c.p.c.

⁵⁹⁰ Non a caso, la gran parte delle sentenze che saranno analizzate nel presente capitolo, pur enunciando principi e regole valevoli per l'intero sistema civilistico, attengono a casi di diritto del lavoro, a dimostrazione di come il principio di non contestazione sia congeniale con un sistema processuale e istruttorio dispositivo, ma con espresse e nette preclusioni e decadenze, oltre che caratterizzato da una certa dose di oralità.

⁵⁹¹ Cfr. *infra*, in questo capitolo, prima sezione, § 2.

⁵⁹² Su cui cfr. *infra*, in questo capitolo, prima sezione, § 3.

⁵⁹³ Per un'attenta analisi della non contestazione nel processo societario, cfr. M. Fabiani, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, in *Corr. giur.*, 2003, pp. 1335 e ss.

all'ipotesi di contumacia (o di tardiva costituzione) del convenuto⁵⁹⁴, attribuendo quindi a siffatto comportamento inerte valore di una vera e propria *ficta confessio*. La contrarietà della suddetta norma alla tradizionale concezione “neutrale” della contumacia propria del nostro sistema processuale è all'origine dell'espunzione di essa a opera della Corte Costituzionale⁵⁹⁵.

Al di fuori delle leggi sull'ordinamento societario, difettano ulteriori elementi normativi, anteriori al 2009, idonei a valorizzare il principio oggetto di interesse all'interno del sistema probatorio civile italiano⁵⁹⁶.

Tuttavia, nonostante l'iniziale disinteresse dell'ordinamento giuridico (*rectius*: del legislatore) nei confronti della non contestazione, la stessa ha nel tempo accentuato la propria importanza fino a caratterizzare (come vedremo) uno dei principi – cardine del sistema processuale italiano⁵⁹⁷.

Ciò è dovuto, soprattutto, all'elaborazione giurisprudenziale, a cui va riconosciuto il merito di aver incentrato spesso l'attenzione sul problema della non contestazione, ponendolo in relazione con gli oneri di allegazione e con il sistema delle difese processuali delle parti⁵⁹⁸.

Va da sé, quindi, che l'analisi delle origini della non contestazione non possa prescindere da un esame della giurisprudenza.

Anteriormente alla pronuncia delle Sezioni Unite del 2002 l'orientamento prevalente in seno alla Corte di di legittimità aveva ritenuto – in linea con la dottrina

⁵⁹⁴ Ai sensi dell'art. 13, comma 2, d.lgs. n. 5/2003: <<Se il convenuto non notifica la comparsa di risposta nel termine stabilito a norma dell'art. 2, comma 1, lett. c), ovvero dell'art. 3 comma 2, l'attore tempestivamente costituitosi, può notificare al convenuto una nuova memoria a norma dell'art. 6, ovvero depositare, previa notifica, istanza di fissazione dell'udienza; in quest'ultimo caso i fatti affermati dall'attore, anche quando il convenuto abbia tardivamente notificato la comparsa di costituzione, si intendono non contestati ed il Tribunale decide sulla domanda in base alla conclusione di questa; se lo ritiene opportuno, il giudice deferisce all'attore giuramento suppletorio>>. Dal disposto deriva non solo una particolare disciplina della contumacia del convenuto (perfezionata con la mancata notifica della comparsa di risposta e non con la mancata costituzione), ma soprattutto l'attribuzione del valore di *ficta confessio* in ordine a tutti i fatti affermati dall'attore nell'atto di citazione, quale conseguenza della contumacia medesima.

⁵⁹⁵ Cfr. Corte Cost., n. 340/2007, con cui è stata rilevata l'incompatibilità della disposizione con la tradizione del diritto processuale italiano, in cui <<alla mancata o tardiva costituzione mai è stato attribuito valore di confessione implicita>>. E la questione della contumacia, vedremo, assume rilievo anche nell'ambito del processo amministrativo, rappresentando uno dei limiti all'applicazione della non contestazione, ai sensi dell'art. 64, comma 2 C.P.A.

⁵⁹⁶ Sempre che di vero e proprio *principio* possa parlarsi, per lo meno anteriormente alla sentenza Corte Cass., SS. UU., n. 761/2002.

⁵⁹⁷ E ciò viene avvalorato a maggior ragione dall'art. 64, comma 2, d.lgs. n. 104/2010, che riproduce il contenuto dell'art. 115 c.p.c., in modo tale che il principio di non contestazione è ormai uscito dai confini del civile per diffondersi al processo amministrativo. Qualsiasi sia l'interpretazione da dare al valore della non contestazione amministrativa, è comunque innegabile la tendenza espansiva e la crescita di importanza dell'istituto in questione.

⁵⁹⁸ Con risultati, spesso, contraddittori e opinabili, com'è ovvio che accada ove un istituto giuridico non trovi pressoché espressione in disposizioni di legge, ma sia rimesso (quasi) unicamente all'interpretazione e alla caratterizzazione della giurisprudenza.

dominante⁵⁹⁹ – che i fatti allegati fossero pacifici, esonerando quindi la parte allegante dall'onere di fornire la prova soltanto quando l'altra parte li avesse esplicitamente ammessi o avesse impostato la propria difesa su argomenti logicamente incompatibili con il disconoscimento dei fatti medesimi, ovvero quando si fosse limitata a contestarne esplicitamente e specificamente alcuni soltanto, indirettamente manifestando la propria mancanza di interesse all'accertamento degli altri⁶⁰⁰.

La pacificità del fatto e l'espunzione dello stesso dal *thema probandum* non si aveva nel caso di contumacia o di silenzio, ovvero nel caso di contestazione generica⁶⁰¹. E ciò sul presupposto della negazione di un generale principio di non contestazione, anche a causa della mancata previsione legislativa in tal senso.

A ben vedere, tuttavia, le pronunce degli anni '90 forniscono di valore giuridico – interpretativo comportamenti espressi e quindi prese di posizione della parte, che nulla hanno a che vedere con il significato (anche solo letterale) di *non contestazione*, coincidente piuttosto con un comportamento omissivo.

In generale la non contestazione veniva considerata quale fenomeno tendenzialmente provvisorio e reversibile⁶⁰², con qualche eccezione nell'ambito del rito del lavoro, come detto caratterizzato da un più forte sistema di preclusioni.

Se questo finora illustrato è stato a lungo l'orientamento prevalente nella giurisprudenza di legittimità, è tuttavia degno di nota un orientamento minoritario della Suprema Corte che ha attribuito rilevanza alla semplice non contestazione e anche al mero silenzio, in controtendenza rispetto alla necessità di un'esplicita ammissione dei fatti allegati o di una difesa incompatibile, ovvero di una contestazione specifica e parziale⁶⁰³.

Prima della pronuncia del 2002 questo era quindi lo scenario, contraddittorio e disomogeneo, entro cui si muoveva la non contestazione processuale: da un lato la mancanza di un'espressa previsione legislativa, dall'altro un dichiarato *favor* della giurisprudenza per chiare ed espresse prese di posizione delle parti, le quali facevano

⁵⁹⁹ Sul punto, per una diffusa disamina della giurisprudenza e della dottrina, cfr. A. Carratta, *Il principio della non contestazione*, cit.

⁶⁰⁰ Cfr. *ex multis* Corte Cass., n. 5229/1986, Corte Cass., n. 12947/1992; Corte Cass., n. 5733/1993; Corte Cass., n. 5643/1995; Corte Cass., n. 6623/1997; Corte Cass., n. 11513/1999; Corte Cass., n. 10434/2000; Corte Cass., n. 13904/2000.

⁶⁰¹ Una contestazione generica poteva in quest'ottica integrare una violazione del dovere di lealtà processuale, sanzionabile *ex artt.* 88 e 92 c.p.c. e comunque poteva essere valutata quale comportamento processuale, alla stregua di semplice argomento di prova ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c.

⁶⁰² Cfr. *contra* Corte Cass., n. 6230/1998; Corte Cass., n. 10790/1999.

⁶⁰³ Si veda Corte Cass., n. 4834 /1988 (secondo cui <<l'attore è liberato dall'onere di provare le circostanze di fatto costituenti la causa petendi della domanda se tali circostanze non vengono contestate dal convenuto>>); Corte Cass., n. 1576/1995; Corte Cass., n. 7758/1997; Corte Cass., n. 6230/1998; Corte Cass., n. 5536/2001. Cfr. anche Corte Cass., n. 11537/1996 e Corte Cass., n. 8082/2000, che hanno affermato la rilevanza della non contestazione e della contestazione generica ai fini della prova, pur subordinandola alla specificità e concretezza delle allegazioni di controparte.

ritenere inverosimile l'esistenza nel processo civile di un *principio* di non contestazione, con poche e isolate eccezioni.

2. (segue) *L'affermazione di un generale principio di non contestazione nella giurisprudenza civile.*

Sulla base delle premesse esposte, non si può prescindere dall'esame della fondamentale sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 23 gennaio 2002, n. 761⁶⁰⁴, la cui portata è indiscussa ove si tenga conto dell'opera di chiarificazione teorica apportata dal Collegio sulla tematica.

L'anzidetta pronuncia, pur risolvendo una questione attinente strettamente al diritto del lavoro⁶⁰⁵, ha dedotto da un'ipotesi particolare il principio generale – valevole per l'interno ordinamento processuale civile – secondo cui i fatti (principali⁶⁰⁶) non specificamente contestati non necessitano di prova⁶⁰⁷ e stabilendone altresì l'ambito di operatività.

Precedentemente la Suprema Corte non aveva mai ritenuto la non contestazione un *principio* dell'intero sistema processual – civilistico⁶⁰⁸.

⁶⁰⁴ La sentenza in questione è alla base di qualsiasi contributo dottrinale attinente alla non contestazione, ed è stata altresì oggetto di commenti *ad hoc*, tra cui cfr. C. M. Cea, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2002, pp. 2019 e ss.; A. Proto Pisani, *Allegazione dei fatti*, cit., pp. 606 e ss.; M. Fabiani, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, cit.; M. Brizzi, *Il principio di non contestazione nel processo del lavoro*, in *Dir. lav.*, 2003, pp. 131 e ss.; S. Del Core, *Il principio di non contestazione*, cit.

⁶⁰⁵ Nel caso di specie era al vaglio della Suprema Corte la questione attinente alla necessità, o meno, che il datore di lavoro contestasse specificatamente non solo l'*an* del credito rivendicato dal lavoratore, ma anche il *quantum*, e in particolare i conteggi allegati dal ricorrente.

⁶⁰⁶ La sentenza in esame limita l'operatività della non contestazione ai soli fatti principali, con una presa di posizione disattesa dalla successiva giurisprudenza, cfr. Corte Cass., n. 12636/2005, Corte Cass., n. 18598/2003; Corte Cass., n. 10098/2007; Corte Cass., n. 5191/2008. Attualmente il problema della non contestazione sui fatti secondari è prevalentemente risolto in un'ottica estensiva dalla gran parte della dottrina, cfr. G. Balena, in G. Balena, R. Caponi – A. Chizzini – S. Menchini, *La riforma*, 34 s.; C. M. Cea, *Il principio di non contestazione al vaglio*, cit.; A. Proto Pisani, *Allegazione dei fatti*, cit.; B. Sassani, *L'onere della contestazione*, cit.

⁶⁰⁷ Senza addentrarsi nella svariate problematiche applicative ulteriori, sarebbe sufficiente fermarsi a questo assunto per rendersi conto delle difficoltà sostanziali – concettuali della non contestazione nell'ambito dell'istruttoria amministrativa, caratterizzata tradizionalmente dal principio dispositivo attenuato dal metodo acquisitivo. Sul punto ci si soffermerà ampiamente *infra*, seconda sezione.

⁶⁰⁸ Pur non mancando nella giurisprudenza, come detto, pronunce di legittimità di segno concorde: cfr. Corte Cass., n. 6568/1998; Corte Cass., n. 4482/2000, nella quale in particolare la mancata contestazione assumeva rilievo proprio in quanto inserita in un sistema processuale speciale, caratterizzato da decadenze e preclusioni. Si deve altresì rilevare che autorevole dottrina aveva già individuato la non contestazione quale principio <<tacito, dal fondamento incerto>>, ma generalmente vigente nell'ordinamento italiano, tanto da equipararlo ai principi di disponibilità della

Esaminando più nel dettaglio la portata della sentenza del 2002, è evidente come le deduzioni ivi affermate siano determinanti per l'evoluzione del medesimo principio nella giurisprudenza e nella legge.

La Corte muove dalla problematica specifica del caso ed espone i due differenti orientamenti giurisprudenziali, l'uno negativo⁶⁰⁹ e l'altro positivo⁶¹⁰ quanto alla rilevanza di un comportamento processuale omissivo ai fini della determinazione del *thema probandum*.

La questione è poi generalizzata mediante l'equiparazione del disposto dell'art. 416 c.p.c. (rito lavoro) a quello dell'art. 167 c.p.c. (rito ordinario)⁶¹¹. Il Collegio, come attenta dottrina⁶¹² ha sin da subito osservato, ha addirittura affermato che i fatti non contestati devono ritenersi *provati*, o *sussistenti*, processualmente veri, e non semplicemente *non bisognevoli di prova*⁶¹³.

prova, di valutazione della prova secondo il libero apprezzamento del giudice e dell'onere della prova. Cfr. A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2012. e Id., *Allegazione dei fatti*, cit., pp. 606 e ss.

⁶⁰⁹ Cfr. Corte Cass. Sez. Lav, n. 11318/1994, secondo cui «nel processo del lavoro un onere di specifica contestazione dei conteggi è configurabile solo laddove non sia insorta controversia sull'an debeat, e non già nelle ipotesi in cui il credito oggetto della domanda sia globalmente contestato, atteso che in tal caso non sarebbe logico porre a carico del (presunto) debitore la revisione critica dell'elaborazione contabile di una somma la cui spettanza egli ha inteso negare in radice»; cfr. anche Corte Cass., n. 6609/1995; Corte Cass., n. 3758/1995.

⁶¹⁰ Cfr. Corte Cass., n. 7089/1999, pur se impostata e giustificata con specifico riferimento al rito del lavoro; Corte Cass., n. 4482/2000, che porta il ragionamento a più estreme conseguenze in termini di impossibilità di nuove contestazioni in appello; Corte Cass., n. 4116/2000, Corte Cass., n. 7103/2000. La Corte opera inoltre un'ulteriore distinzione, all'interno del presente orientamento, dal punto di vista degli effetti della mancata contestazione. Secondo un primo filone, più rigorista, nel rito lavoro devono ritenersi incontestabili, in appello o in Cassazione, tutte le situazioni di fatto in ordine alle quali non sussistono divergenze tra le parti. Di diverso avviso è invece quel filone giurisprudenziale che tende a ricollegare alla mancata contestazione del *quantum* conseguenze meno drastiche, facendo confluire la stessa nell'ambito dell'art. 116, comma 2, c.p.c. e quindi quale elemento integratore del convincimento del giudice, cfr. Corte Cass., n. 6568/1998.

⁶¹¹ Giova sul punto citare espressamente le parole della Cassazione: «gli artt. 167, primo comma e 416, terzo comma, imponendo al convenuto l'onere di prendere posizione su tali fatti, fanno della non contestazione un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente, proprio per la ragione che l'atteggiamento difensivo delle parti, valutato alla stregua dell'esposta regola di condotta processuale, espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti».

⁶¹² S. Del Core, *Il principio di non contestazione*, cit.

⁶¹³ Per quanto riguarda il caso specifico, la Corte conclude quindi che la mancata contestazione del *quantum* diviene processualmente rilevante ogni volta che essa abbia a oggetto *fatti* la cui esistenza non è esclusa dalla contestazione dell'*an* del diritto. In tali ipotesi «la contestazione dell'esistenza del diritto non preclude l'applicabilità della regola che impone al convenuto l'onere di prendere posizione sui fatti ex adverso allegati, con la conseguenza che il comportamento omissivo si connota di idoneità ad essere apprezzato dal giudice ai fini dell'identificazione dell'oggetto della lite o del tema probatorio». Per quel che attiene più specificatamente l'ambito di operatività della non contestazione, la Suprema Corte ritiene innanzitutto che essa sia irrilevante nel caso concerna l'interpretazione della disciplina legale (o contrattuale) di qualsivoglia fatto, dal momento che tale

Per quanto riguarda, inoltre, il fondamento del principio, esso è rinvenuto nelle caratteristiche generali del processo civile, retto dal principio dispositivo, e quindi dall'affidamento alla parte del potere di proporre la domanda e di addurre i fatti posti a fondamento della medesima. In quest'ottica, il potere di allegazione è un riflesso processuale dell'autonomia sostanziale delle parti, la quale sarebbe vulnerata ove soggetta all'iniziativa officiosa: la disponibilità della situazione giuridica sostanziale si atteggia, in sede giurisdizionale, come potere delle parti di determinare formalmente l'oggetto della lite⁶¹⁴.

Infine, il Collegio specifica che la non contestazione opera esclusivamente per i fatti *principali* (quelli posti a fondamento della domanda) e non per i fatti *secondari* (quelli dedotti al solo scopo di dimostrare l'esistenza dei fatti costitutivi)^{615 616}.

Al di là di un diffuso disaccordo, nella dottrina e nella giurisprudenza successive, su alcune caratteristiche che la sentenza in esame ha riconosciuto alla non contestazione⁶¹⁷, dal 2002 essa ha fatto ufficialmente ingresso nell'ordinamento quale principio generale⁶¹⁸.

aspetto rientra nella sfera di competenza del giudice. Pertanto la rilevanza della non contestazione è limitata ai *fatti* da accertare in giudizio.

⁶¹⁴ La Suprema Corte fa derivare il principio di non contestazione dalla disponibilità della posizione giuridica sostanziale fatta valere in processo dalle parti. Tale posizione non è univoca e, vedremo, è stata oggetto nella successiva dottrina e giurisprudenza di adattamenti. È in ogni caso innegabile che il principio dispositivo sia strettamente legato a quello di non contestazione e ciò crea non pochi problemi di adattamento di quest'ultimo all'interno del processo amministrativo, come vedremo *infra*, seconda sezione.

⁶¹⁵ Tale assunto è fatto discendere direttamente dagli art. 416 e 167 c.p.c., secondo cui il convenuto è tenuto a prendere posizione sui fatti dedotti dall'attore <<a fondamento della domanda>>; ciò non toglie che la mancata contestazione dei fatti secondari assuma comunque rilievo ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c. La rilevanza dei fatti secondari si esaurisce infatti sul piano istruttorio, non essendo essi nella disponibilità della parte. L'identificazione dei mezzi di prova, infatti, è in parte nella disponibilità del giudice, cfr. artt. 61, 197, 116, comma 2, 213, 240, 241, 253, 257 e 421 c.p.c.

⁶¹⁶ La distinzione assume rilievo anche sotto il profilo dei limiti temporali entro cui deve intervenire la contestazione. Mentre nel secondo caso la non contestazione, inserendosi nell'alveo dell'art. 116 c.p.c. si iscrive nell'area della provvisorietà, ove essa abbia a oggetto i fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio essa deve soggiacere ai medesimi limiti temporali propri del potere di allegazione. Quindi nel rito del lavoro la contestazione per essere tempestiva deve esercitarsi entro il termine di cui all'art. 420, comma 1, c.p.c. Sul punto, non c'è un'espressa presa di posizione della Cassazione con riguardo al rito ordinario, anche se deve rilevarsi che la generalizzazione del principio rende verosimile ritenere che in esso il termine ultimo per le contestazioni sia dato dall'art. 183, comma 5, c.p.c., come sostenuto dalla dottrina, cfr. G. Alpa, V. Mariconda, *Codice civile commentato*, Milano, 2009, pp. 98 e ss.

⁶¹⁷ I maggiori disaccordi hanno riguardato l'esclusione dell'operatività della non contestazione con riferimento ai fatti secondari, cfr. M. C. Cea, *Il principio di non contestazione*, cit; A. Proto Pisani, *Allegazione dei fatti*, cit. Critica la sentenza in esame anche S. Del Core, *Il principio di non contestazione*, cit., laddove in essa non viene considerata la possibilità che la non contestazione provenga dall'attore con riferimento ad allegazioni ed eccezioni del convenuto.

⁶¹⁸ La giurisprudenza precedente, infatti, oltre a essere divisa in diversi orientamenti in relazione al valore e all'operatività della non contestazione, era univoca nel non conferire a essa il valore di

L'evoluzione giurisprudenziale successiva alla sentenza esaminata indica come la non contestazione abbia *preso vita in concreto*⁶¹⁹.

Le sentenze immediatamente successive alla n. 761/2002, accogliendone l'impostazione di fondo⁶²⁰, hanno approfondito alcuni profili problematici, specie con riferimento ai limiti temporali della non contestazione⁶²¹.

In ordine al contenuto del principio, è stato pressoché univocamente rimarcato che alla mancanza di contestazione è parificabile una contestazione generica, sebbene non siano mancate decisioni di segno contrario⁶²².

principio – cardine del sistema probatorio civilistico. Per la configurazione degli artt. 186 *bis* e 423 c.p.c. quali ipotesi specifiche del più ampio principio di non contestazione, cfr. A. Proto Pisani, *Lezioni*, cit.; M. C. Cea, *Il principio di non contestazione*, cit.

⁶¹⁹ Il rilievo che inizia ad assumere il principio di non contestazione dopo il 2002 è evidente soprattutto per le numerose pronunce che affrontano il tema e per il dibattito che a esse consegue nella dottrina; non può altresì ignorarsi che la non contestazione è stata inserita nella riforma del diritto societario del 2003 – 2004, come già esposto *supra*, § 2. In linea generale, il panorama giurisprudenziale successivo al 2002 particolarmente fertile, con una non indifferente diversificazione tra la sezione lavoro, quasi sempre recettiva rispetto ai principi delle Sezioni Unite del 2000, e le sezioni ordinarie della Suprema Corte, molto più caute. Emblematica ai fini dell'accoglimento della generalizzazione del principio di non contestazione è la sentenza Corte Cass., n. 1540/2007, in cui si legge che «il c.d. “principio di non contestazione” - da intendersi correttamente come onere di contestazione tempestiva, col relativo corollario della non necessità di prova riguardo ai fatti non tempestivamente contestati, e, a fortiori, non contestati tout court - è invocabile anche nel processo tributario, sia perché questo, essendo strutturato sulla falsariga del processo civile, ha natura dispositiva come quello ed è anch'esso caratterizzato da un sistema di preclusioni, sia per la incidenza del principio di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost.>>. Generalizza il principio di non contestazione anche Corte Cass., n. 23638/2007 e, prima ancora, Corte Cass., n. 12636/2005, su cui cfr. C. M. Cea, *Non contestazione dei fatti: passi avanti e chiarezze teoriche*, in *Foro it.*, 2006, pp. 1873 e ss. Per un'analisi della prima giurisprudenza successiva alla sentenza delle Sezioni Unite, cfr. M. Fabiani, *Il valore probatorio della non contestazione*, cit.

⁶²⁰ Con alcune eccezioni quali: Corte Cass., n. 20916/2004, su cui cfr. M. C. Cea, *La non contestazione e la Corte di Cassazione: ovvero un principio poco amato*, in *Foro it.* 2005, I, pp. 727 e ss.; Corte Cass., n. 1672/2003 e Corte Cass., n. 559/2003, sulle quali M. C. Cea, *Il principio di non contestazione di non contestazione tra fronda e disinformazione*, in *Foro it.*, 2003, pp. 2017 e ss.; sempre precedentemente alla novella legislativa operata dalla legge n. 69/2009, si può citare Corte Cass., n. 8389/2009, che relativizza la portata della non contestazione, cfr. B. Sassani, *L'onere della contestazione*, cit. e Corte Cass., n. 2273/2002, che nega la valutabilità *ex se* della non contestazione, essendo piuttosto significativa del comportamento processuale della parte *ex art.* 116 c.p.c.

⁶²¹ Si a qui riferimento alle preclusioni *ex art.* 416 c.p.c. nonché alla possibilità, o meno, di contestazioni nelle fasi giudiziali successive al primo grado. La Suprema Corte risulta orientata nel ritenere che quando la mera difesa si svolge mediante l'allegazione di un fatto contestativo in via diretta di quello (costitutivo) posto alla base della domanda, non può proporsi per la prima volta in appello se il fatto stesso non sia stato allegato nel giudizio di primo grado. Si tratta per lo più di pronunce che risolvono questioni lavoristiche. Cfr. *ex multis*, Corte Cass., n. 1902/2002; Corte Cass., n. 13972/2002; Corte Cass., n. 18194/2002; Corte Cass., n. 85/2003; Corte Cass., n. 2165/2003; Corte Cass., n. 1324/2003; Corte Cass., n. 11756/2004. La problematica dei limiti temporali della non contestazione, con particolare riferimento al grado di appello, è tuttora, nonostante la novella legislativa del 2009, uno dei temi su cui più frequentemente interviene la dottrina.

Un'importante precisazione è stata sottolineata da una decisione⁶²³ che ha rilevato che una contestazione si può avere solo ove i fatti allegati dall'attore siano stati esaustivamente esplicitati nell'atto introduttivo⁶²⁴.

La giurisprudenza più recente ha elevato il principio di non contestazione a garanzia del sistema del giusto processo *ex art. 111 Cost.*, in un'ottica, quindi, di copertura costituzionale, seppur indiretta, prendendo le distanze dal tradizionale binomio non contestazione /principio dispositivo.

Ai fini della presente tematica, il giusto processo costituzionalizzato nell'art. 111 non può essere inteso soltanto come monito acceleratorio rivolto al giudice in quanto soggetto del processo, ma soprattutto al legislatore ordinario e allo stesso giudice, interprete della norma processuale, nonché alle parti, specie nei processi dispositivi.

Convergono quindi a caratterizzare la non contestazione inquadrata entro le regole del giusto processo civile anche il principio dispositivo e la collaborazione tra le parti in causa, seppure in funzione non autonoma, ma complementare con la portata e il contenuto dell'art. 111 Cost⁶²⁵.

Quanto agli effetti che la giurisprudenza successiva al 2002 ha associato al fenomeno, gran parte delle pronunce ne hanno fatto conseguire un *vincolo* per il giudice a ritenere *sussistente* il fatto in questione, in quanto l'atteggiamento difensivo delle parti espunge il fatto medesimo dall'ambito degli accertamenti richiesti⁶²⁶. Con il logico presupposto della disponibilità delle posizioni fatte valere nel processo, a sua volta data dalla disponibilità nella determinazione del *thema probandum*. Tale posizione costituisce il punto di maggior criticità e tensione tra impostazione giurisprudenziale e dottrinale.

La quantità delle decisioni che interessano il principio di non contestazione anteriormente alla riforma del 2009 impedisce un approfondito esame di esse in

⁶²² Cfr. Corte Cass., n. 17664/2002, per cui la non contestazione non deve essere necessariamente specifica e dettagliata, dal momento che la semplice contestazione costituisce al fatto natura controversa

⁶²³ Si tratta di Corte Cass., SS. UU., n. 11353/2004.

⁶²⁴ Si è altresì precisato, a ulteriore puntualizzazione di quanto espresso dalle Sezioni Unite, che la parte che intenda far valere la non contestazione della controparte, debba dedurla prima che abbia ingresso il mezzo istruttorio disposto per l'accertamento dello stesso fatto, cfr. Corte Cass., n. 18503/2005. Sull'onere di deduzione dell'avvenuta contestazione, cfr. B. Sassani, *L'onere di contestazione*, cit., che lo ritiene un assurdo, una negazione del fenomeno della non contestazione.

⁶²⁵ Si veda Corte Cass., n. 12636/2005; Corte Cass., n. 1540/2007; Corte Cass., n. 25269/2007; Corte Cass., n. 23638/2007.

⁶²⁶ Così *ex multis*, cfr. Corte Cass., n. 5356/2009; Corte Cass., n. 13078/2008. Tuttavia, cfr. *contra*, in netto contrasto con quanto statuito dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 761/2002, Corte Cass., n. 12317/2003, in cui si dice che <<La previsione dell'obbligo del convenuto di formulare nella memoria difensiva di primo grado, a pena di decadenza, le eccezioni processuali e di merito, nonché di prendere posizione precisa in ordine alla domanda e di indicare le prove di cui intende avvalersi, (...), non esclude il potere dovere del giudice di accertare se da parte attorea sia stata data dimostrazione probatoria dei fatti costitutivi e giustificativi della pretesa, indipendentemente dalla circostanza che, in ordine ai medesimi, siano state o meno proposte, dalla parte legittimata a contraddire, contestazioni specifiche, difese ed eccezioni in senso lato (...)>>.

questa sede. Ciononostante, sembra che la breve disamina svolta possa considerarsi sufficiente a illustrare un quadro magmatico, non univoco, ma, anzi, incoerente.

La sintetica analisi effettuata porta a concludere nel senso di una più compiuta sistematizzazione del fenomeno contestativo, che ha visto quale protagonista, più che il principio di non contestazione, l'onere di contestazione, radicando quest'ultimo nell'ordinamento processuale e abbandonando la prospettiva univoca legata al principio dispositivo, per privilegiare il rimando a principi quali la concentrazione e la ragionevole durata del processo.

3. *La legge n. 69/2009 e la riforma dell'art. 115 c.p.c. i problemi aperti del principio di non contestazione.*

La legge n. 69/2009⁶²⁷ ha introdotto l'espressa previsione del principio di non contestazione all'interno del processo civile, mediante il testo novellato dell'articolo 115⁶²⁸.

Per parte della dottrina e della giurisprudenza, il nuovo testo dell'art. 115 c.p.c. si è limitato a consacrare un principio giurisprudenziale affermato, senza apportare alcun elemento di novità⁶²⁹.

In ogni caso, l'introduzione nel codice del principio ha dato certezza, concretezza e valenza generale all'istituto⁶³⁰.

⁶²⁷ Legge 18 giugno 2009, n. 69, *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, nonché in materia di processo civile*.

⁶²⁸ Si riporta il testo dell'articolo in questione: <<salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita>>. L'articolo, rubricato <<Disponibilità delle prove>> è inserito nel Libro I sulle disposizioni generali e, in particolare, nel titolo V sui poteri del giudice. A tal proposito, è degna di attenzione l'analisi compiuta da B. Sassani, *L'onere della contestazione*, cit., il quale evidenzia come la collocazione sistematica della norma rovesci il metodo fino a questo momento seguito per la definizione dell'istituto della non contestazione. La norma non considera tanto il *fenomeno* non contestazione, quanto l'*effetto* non contestazione, ponendosi non dal punto di vista delle parti, ma da quello del giudice. Con tutta una serie di effetti che l'Autore individua soprattutto nell'applicare il principio anzidetto anche ai fatti secondari. Per l'analisi dell'art. 115 alla luce della riforma del 2009, cfr. anche V. Panuccio, *I fatti non contestati*, cit. l'inserimento della non contestazione entro i principi generali del codice di procedura civile ha comportato una sua maggiore autonomia di essa dagli articoli 416 e 167 c.p.c.

⁶²⁹ Così M. C. Cea, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio di non contestazione*, in *Foro it.*, 2009, pp. 266 e ss.; B. Sassani, *L'onere di contestazione*, cit., secondo cui la legge n. 69/2009 <<ha inteso formalizzare e disciplinare ad hoc una soluzione sostanzialmente già accettata>>.

⁶³⁰ Cfr. G. Ianniruberto, *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2010, pp. 309 e ss.; V. Papagni, *La novella dell'art. 115 c.p.c. e il "riconoscimento" del principio di non contestazione*, in *Giur. mer.*, 2010, pp. 1329 e ss.; G. Buffone, *L'onere di contestazione nella legge n. 69/2009*, tratto da G. Buffone, *La riforma del processo civile*, Roma, 2009, che compie un'analisi pratica del principio di non contestazione all'interno del processo,

Le problematiche interpretative e applicative sollevate dalla non contestazione all'indomani dell'espressa previsione normativa sono molteplici, né sembra opportuno in questa sede esaminarle tutte. Basterà porre l'attenzione sugli aspetti che maggiormente interessano anche (e soprattutto) il processo amministrativo⁶³¹.

Veniamo quindi alla lettera della disposizione. È evidente che, come rilevato da attenta dottrina⁶³², la novella legislativa ha fornito pochi dati certi e ha rimarcato molti dubbi interpretativi⁶³³.

Le certezze sono tre: la necessità di una specificità della contestazione⁶³⁴, l'applicazione del principio sia all'attore che al convenuto (riferendosi la norma

avanzando anche osservazioni di spiccato interesse applicativo, come la necessaria coordinazione tra il principio di non contestazione e quello di vicinanza della prova.

⁶³¹ Non saranno trattati in questa sede alcuni profili applicativi di spiccato interesse che la novella del 2009 non ha risolto. Basti pensare all'interpretazione del significato pratico – applicativo da dare alla “specificità” della non contestazione: alcuni ne sostengono la diretta proporzionalità rispetto alla specificità della allegazione, cfr. A. Proto Pisani, *Allegazione dei fatti*, cit. e M. Fornaciari, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso e il principio di non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernete allegazione, rilievo, prova)*, in www.judicium.it, secondo cui «è dovuta tutta la specificità che, anche in relazione alla situazione concreta, possa ragionevolmente pretendersi da una parte non reticente». Altro profilo di interesse è dato dall'oggetto su cui ricade l'*onus contestandi*. Si ritiene comunemente che i fatti soggetti alla disciplina ex art. 115 c.p.c. (a prescindere che siano, come abbiamo già detto, principali o secondari, né del resto la norma pone distinzioni) debbano essere noti alla parte onerata della contestazione, o comunque dovrebbero essere da essa ragionevolmente conosciuti. Infine, altre questioni trattate dalla dottrina civilistica, sia prima che dopo la novella dell'art. 115 c.p.c., sono quella dell'efficacia temporale della non contestazione e quella relativa all'individuazione del termine ultimo per contestare. Su quest'ultimo aspetto, autorevole dottrina afferma essere le memorie di replica ex art. 183, comma VI, n. 2. Per la giurisprudenza, la contestazione deve essere tempestiva. L'ultimo momento utile per contestare i fatti avversi è la prima difesa utile (così Corte Cass., n. 5191/2008; Corte Cass., n. 13078/2008): l'onere di contestazione dei fatti si coordina al potere di allegazione dei medesimi e partecipa della sua natura, sicché simmetricamente soggiace agli stessi limiti apprestati per tale potere; in altre parole, considerato che l'identificazione del tema decisionale dipende in pari misura dall'allegazione e dall'estensione delle relative contestazioni, risulterebbe intrinsecamente contraddittorio ritenere che un sistema di preclusioni in ordine alla modificabilità di un tema siffatto operi poi diversamente rispetto all'uno o all'altro dei fattori della detta identificazione. Mette conto solo osservare sin da ora che, con generico riferimento ai limiti temporali della contestazione nell'ambito del processo amministrativo risulta piuttosto ostico rinvenire un sistema di stringenti preclusioni a carico delle parti.

⁶³² M. Fornaciari, *Il contraddittorio*, cit.; per un'analisi della novella legislativa alla luce della giurisprudenza precedente e di quella successiva, cfr. L. Viola, *Il nuovo principio di non contestazione nella riforma del processo civile*, in *Altalex* 2009.

⁶³³ Stante la coincidenza letterale dell'art. 115 c.p.c. con il comma 2 dell'art. 64, d.lgs. 104/2010, anche nel processo amministrativo si presentano i medesimi problemi applicativi, oltre a quelli, ulteriori e forse prevalenti, della conciliazione della non contestazione nel sistema istruttorio processuale amministrativo.

⁶³⁴ Con l'espressa previsione della necessità di contestazione specifica viene meno il contrasto sul valore da dare al silenzio o alla contestazione generica; cfr. C. M. Cea, *La modifica dell'art. 115 c.p.c.*, cit.

generalmente alle <<parti costituite>>⁶³⁵) e la non operatività dell'onere di contestazione nei confronti delle parti non costituite, in linea con la concezione tradizionale della contumacia quale atteggiamento processuale neutro. E ciò nonostante che tuttora sia denunciata dalla prevalente dottrina la profonda disarmonia di un sistema in cui chi si costituisce deve soddisfare, per difendersi, oneri gravosi, essendo quindi penalizzato rispetto a chi – meno diligentemente – trascuri (volontariamente) di stare in giudizio⁶³⁶. Per quel che riguarda, poi, il presupposto della non contestazione, l'opinione corrente, in continuità a quanto sostenuto anteriormente al 2009, è che essa si configuri ove il fatto sia stato precedentemente *rilevato*⁶³⁷.

L'assunto è di grande interesse ai fini dell'analisi dell'istituto nel sistema amministrativistico. La necessaria rilevazione del fatto – quale *prius* logico – temporale rispetto alla non contestazione del medesimo – evidenzia l'incompatibilità tra il processo retto dal principio dispositivo e quello in cui vige invece il principio acquisitivo. Secondo quest'ultimo modello, il giudice, mediante l'utilizzo di poteri officiosi, può rilevare un fatto senza il necessario intervento *ad hoc* delle parti.

Ebbene, assumere il rilievo di parte quale presupposto del principio di non contestazione significa favorire (*melius*: optare per) un sistema retto dal principio dispositivo⁶³⁸.

Posto ciò, veniamo adesso ad analizzare alcuni tra gli aspetti lasciati indefiniti dalla novella.

Quello di maggior interesse ai fini della presente analisi è di carattere sistematico e si riferisce alla collocazione della non contestazione tra gli istituti probatorio, ovvero tra le regole processuali di delimitazione del campo di indagine del giudice. Si tratta, in altri termini, di appurare se con la non contestazione i fatti siano espunti dall'istruttoria – e quindi se la non contestazione operi *a monte* di tale fase – ovvero se essa operi sul piano strettamente probatorio⁶³⁹, quindi *nell'istruttoria*,

⁶³⁵ Anche in rispondenza al principio di parità delle parti, cfr. C. M. Cea, *La modifica dell'art. 115 c.p.c.*, cit.; G. Buffone, *L'onere di contestazione*, cit., che si sofferma anche sul valore della non contestazione nell'ipotesi di contumacia di un litisconsorte necessario; G. Frus, *Osservazioni su due casi di inutile invocazione del principio di non contestazione da parte dell'attore nei confronti del convenuto contumace, per sopperire alle proprie carenze probatorie*, in *Giur. it.*, 2010, pp. 1384 e ss.

⁶³⁶ Così A. Proto Pisani, *Allegazione dei fatti*, cit.; M. Fornaciari, *Il contraddittorio*, cit.; F. Santangeli, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, su www.judicium.it; G. Ianniruberto, *Il principio di non contestazione*, cit.; B. Sassani, *L'onere di contestazione*, cit.; V. Panuccio, *I fatti non contestati*, cit.

⁶³⁷ Sembra, infatti, evidente l'insufficienza della mera allegazione ai fini dell'insorgere nella controparte di un onere di contestazione. Un processo *giusto ex art. 111 Cost.*, caratterizzato dall'instaurazione del contraddittorio, esige infatti che la materia controversa sia resa evidente non con una mera allegazione dei fatti.

⁶³⁸ La questione del rilievo *ex parte* o *ex iudice*, se può apparire scontata nell'ambito del processo civile, non lo è nel processo amministrativo e apre la complessa problematica dei rapporti tra principio dispositivo e metodo acquisitivo, sulla quale cfr. *infra*, in questo capitolo, seconda sezione.

⁶³⁹ Così F. Santangeli, *La non contestazione*, cit., che nega l'idoneità della non contestazione a essere strumento per la fissazione formale dei fatti, sulla base di un ragionamento che prende le mosse

accompagnandosi alla complessiva valutazione probatoria sull'esistenza (o meno) di un fatto.

Il primo orientamento, che peraltro riflette quanto sostenuto dalle Sezioni Unite nel 2002, si fondava inizialmente – ed esclusivamente – sulla concezione del principio dispositivo sostanziale, ma questa è stata poi in parte abbandonata dalla prevalente dottrina per il paventato rischio di un dominio processuale delle parti a dispetto della verità materiale⁶⁴⁰ e con il potenziale sacrificio dell'esigenza di una decisione giusta.

Pur riconoscendo la non univocità della soluzione al suddetto quesito, anche alla luce di una lettura sistematica della disposizione *ex art. 115 c.p.c.* sembra più condivisibile l'opinione di chi propende per la prima opzione⁶⁴¹, con alcuni adattamenti.

Il problema si lega strettamente a quello sui limiti temporali della non contestazione: è evidente, infatti, che un sistema di preclusioni processuali non può che accordare una funzione di delimitazione del *thema probandum* all'onere di contestazione.

Diversamente, secondo l'opposto orientamento (che contrasta il rischio di ricondurre alla non contestazione gli effetti propri delle prove legali), la possibilità di utilizzare predetto onere nell'istruttoria, unitamente quindi alle altre prove, presuppone che i fatti originariamente non contestati possano comunque costituire oggetto di prova. In una simile ottica, la non contestazione assume rilievo per lo più sotto il profilo del comportamento processuale delle parti e ciò sembra non solo svilire quanto elaborato dalla giurisprudenza negli anni, ma contravvenire la stessa disposizione di legge.

Nonostante non sia mancato⁶⁴² chi ha posto in risalto l'ambiguità letterale, in tal senso, dell'art. 115 c.p.c., sembra che in realtà il problema possa risolversi tenendo

dall'interpretazione letterale e sistematica dell'art. 115 c.p.c. Dice infatti l'Autore che <<la realtà normativa delineata dal legislatore della riforma non esclude il fatto non contestato dal *thema probandum*, non attribuisce ad esso efficacia di prova legale (come ad es. la confessione giudiziale), ma valenza ed efficacia di prova liberamente valutabile, allo stesso ed identico modo di quanto non venga riconosciuto agli altri mezzi istruttori previsti dal codice di rito (ad es. la prova testimoniale)>>. La parte che ha allegato il fatto non contestato conserva quindi il dovere di provarlo e il giudice, in base al peso che avrà esercitato nel suo convincimento la mancata contestazione, deciderà se ammettere o meno la predetta prova. Sulla problematica, cfr. anche M. Fabiani, *Il valore probatorio*, cit.

⁶⁴⁰ La critica si riferisce all'impostazione, propria delle Sezioni Unite 2002, della fissazione formale dei fatti di causa, di carneluttiana memoria, come rilevato da V. Panuccio, *I fatti non contestati*, cit.; Cfr. A. Proto Pisani, *Allegazione dei fatti*, cit.; M. Fabiani, *Il valore probatorio*, cit. Gli Autori rilevano come la verifica probatoria dei fatti allegati non può essere surrogata da una concezione negoziale della verità processuale.

⁶⁴¹ Così *ex multis*, M. C. Cea, *Il principio di non contestazione*, cit., nonché Id., *Il principio di non contestazione fra fronda*, cit.; M. Fabiani, *Il valore probatorio*, cit.; B. Sassani, *L'onere della contestazione*, cit.; A. Proto Pisani, *Allegazione dei fatti*, cit.

⁶⁴² M. Taruffo, *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, cit., pp. 111 e ss.; M. Fornaciari, *Il contraddittorio*, cit., il quale da un lato rileva come la collocazione sistematica della non contestazione

conto dell'inquadramento costituzionale della non contestazione e dell'interpretazione applicativa della stessa, profili posti in risalto dalla giurisprudenza e dalla dottrina⁶⁴³. Senza contare che, a sostegno della predetta impostazione, gioca la concezione del processo civile retto dal principio dispositivo⁶⁴⁴.

Una volta assunto che la non contestazione opera in un momento processualmente precedente alla fase istruttoria, occorre infine approfondire qualche aspetto. Contrariamente alla maggioritaria impostazione giurisprudenziale secondo cui i fatti non contestati vincolano il giudice a ritenerli <<sussistenti>>⁶⁴⁵, si è fatta strada un'impostazione dottrinale, maggioritaria, meno radicale⁶⁴⁶, che rinviene il fondamento della non contestazione principalmente nell'art. 111 Cost. e in particolare nelle esigenze di celerità e snellezza processuale a cui le parti sarebbero tenute anche in forza del disposto di cui all'art. 88 c.p.c. Tanto la allegazione dei fatti quanto lo speculare onere di contestazione (o principio che dir si voglia) rappresentano una variabile dipendente da scelte di tecnica processuale.

In una simile ottica, il collegamento funzionale tra la non contestazione e l'onere della prova rende evidente come essa non possa essere intesa alla stregua di una prova legale. Pertanto, l'effetto della mancata contestazione non ricade sul fatto, quanto su un soggetto, la (contro)parte, esonerata dalla prova⁶⁴⁷. L'attore (o il ricorrente) non deve introdurre mezzi di prova sul fatto non contestato non già perché dal comportamento inattivo del convenuto si possa argomentare che quel fatto sia

nell'ambito del comma 1 dell'art. 115 c.p.c., che tratta di *prove*, faccia propendere per l'operatività di essa *nell'istruttoria*, dall'altro evidenza invece che la norma pone l'accento <<non sulla non contestazione, vale a dire sul fatto probatorio, così come avviene in generale per le prove, prese in considerazione dalla norma, bensì sui fatti in quanto non contestati, in modo del tutto analogo a quanto avviene nel secondo comma, con riferimento al fatto notorio>>.

⁶⁴³ Per un'interessante analisi sincronica dell'art. 115 e dell'art 101 c.p.c., entrambi oggetto della riforma del 2009, cfr. M. Fornaciari, *Il contraddittorio*, cit. La valorizzazione del contraddittorio è tema di forte attualità anche nel diritto amministrativo, non solo nell'ambito del procedimento, ma anche del processo. A tal riguardo, è interessante ai fini della presente analisi analizzare il principio di non contestazione nel suo legame sostanziale con il contraddittorio processuale.

⁶⁴⁴ Sul punto diffusamente M. Taruffo, *Per una rilettura*, cit., il quale ripercorre i presupposti (anche ideologici) del principio dispositivo.

⁶⁴⁵ Cfr. Corte Cass., n. 12636/2005, su cui C. M. Cea, *Non contestazione dei fatti*, cit., il quale espone criticamente l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il fatto non contestato è sottratto al controllo probatorio del giudice.

⁶⁴⁶ Cfr. A. Proto Pisani, *Allegazione dei fatti*, cit, nonché Id., *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2006, pp. 3143 e ss.; C. M. Cea, *Non contestazione dei fatti*, cit.; B. Sassani, *L'onere della contestazione*, cit.; G. Ianniruberto, *Il principio di non contestazione*, cit.; S. Del Core, *Il principio di non contestazione*, cit.

⁶⁴⁷ Trattasi, in definitiva della cosiddetta *relevatio ab onere probandi*, cui si rifà la gran parte della dottrina civilistica, cfr. *ex multis*, A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto civile*, cit.; B. Sassani, *L'onere della allegazione*, cit., secondo cui <<esonero dalla prova non vuol dire prova (nel senso di rappresentazione o di dimostrazione), il fatto non contestato non può considerarsi positivamente accertato nella sua esistenza o inesistenza>>.

accaduto con i limiti di cui all'art. 116 c.p.c., ma perché quel fatto deve intendersi essere accaduto nei limiti esposti dall'attore e non negati dal convenuto.

Da un lato quindi il potere di indagine del giudice trova un limite esclusivamente nell'esistenza del fatto e non nella inferenza probatoria dello stesso rispetto al diritto fatto valere in giudizio; dall'altro lato, è evidente che la qualificazione giuridica del fatto stesso è pur sempre rimessa all'esclusiva competenza del giudice. La funzione di selezione del *thema probandum*, quindi, risulta confermata.

Con l'accoglimento di tale orientamento, anche lo stretto legame tra non contestazione e oneri di allegazione delle parti⁶⁴⁸ viene meno in parte; la non contestazione non si identifica infatti con un comportamento che delimita il *thema decidendum*, ma piuttosto come condotta che (de)limita il *thema probandum*, con tutto ciò che da questo assunto consegue in ordine ai limiti temporali dell'*onus contestandi*.

Un ultimo elemento merita di essere rilevato. Per quanto riguarda il verbo “*deve*” riferito al giudice *ex art. 115 c.p.c.*, esso va letto non quale vincolo per il giudice circa l'esistenza di un determinato fatto, quanto piuttosto quale limite ai poteri dello stesso. Ben potrebbe darsi, infatti, che nonostante la mancata contestazione l'inesistenza del fatto risulti da altre circostanze agli atti⁶⁴⁹.

Pertanto la non contestazione non è da considerare un (mero) argomento di prova, né un mezzo di prova, bensì principio che produce conseguenze sul piano probatorio, a essa conseguendo l'esonero per l'attore (o per in convenuto) dall'onere *ex art. 2697 c.c.*⁶⁵⁰.

⁶⁴⁸ Con riferimento agli oneri di allegazione delle parti, è degna di nota la sentenza Corte Cass., n. 22837/2010. In essa il Supremo Collegio esprime che <<il fatto stesso che una donna sostenga che si sarebbe avvalsa della facoltà di interrompere volontariamente la gravidanza se fosse stata informata della grave malformazione del feto presuppone l'implicita affermazione della sussistenza ipotetica delle condizioni di legge per farvi ricorso, tra le quali si annovera, dopo il novantesimo giorno di gestazione, la qualificabilità come pericolo per la salute fisica o psichica del trauma connesso all'acquisizione della notizia. Il fatto è dunque da ritenersi implicitamente allegato per ciò solo che la domanda sia stata proposta nei termini sopra riferiti. L'esigenza di provarlo insorge se sia contestato: se cioè il convenuto neghi che la donna si sarebbe determinata all'interruzione volontaria della gravidanza, o che avrebbe potuto farlo se lo avesse deciso. Se tanto non sia avvenuto, l'esigenza probatoria non sorge, non essendovi bisogno di provare il fatto non contestato>>. È opinabile sostenere la necessità di un onere di contestazione espressa e specifica anche a fronte di un'allegazione implicita, desumibile da altri elementi presenti nell'atto introduttivo giudiziale, con buona pace del principio di parità delle parti.

⁶⁴⁹ Cfr. B. Sassani, *L'onere della contestazione*, cit.; M. Fabiani, *Il valore probatorio*, cit., a questo riguardo non identifica il fatto non contestato con il fatto pacifico, che è invece conseguente alla confessione legale, che forma piena prova contro colui che l'ha fatta. Cfr. anche C. M. Cea, *La modifica*, cit. secondo cui il giudice, preso atto della non contestazione, non potrà mai dire che quel fatto non è provato, ma dirà che è vero salvo che non risultino elementi probatori che ne smentiscano la verità. La presunzione della verità, non può prevalere sulla verità effettuale.

⁶⁵⁰ Sul punto, diffusamente, cfr. V. Papagni, *La novella dell'art. 115 c.p.c.*, cit., p. 1330, il quale, oltre ad affermare la copertura costituzionale della non contestazione ai sensi dell'art. 111 Cost., riconduce alla stessa l'effetto di espungere dal *thema probandum* i fatti e ciò anche sulla base di una logica sistematica. L'inserimento della non contestazione entro il comma 1 dell'art. 115 c.p.c. e non

Il secondo aspetto di maggior rilievo nell'analisi sincronica della non contestazione civile con quella amministrativa attiene al rapporto dell'istituto con le posizioni giuridiche soggettive fatte valere nel processo.

La non operatività della non contestazione nell'ambito di processi aventi a oggetto diritti indisponibili è questione pressoché pacifica in dottrina⁶⁵¹, conformemente a quel che vale per qualsiasi istituto che permetta alle parti di incidere, mediante il proprio comportamento processuale, sul diritto (indisponibile) fatto valere in giudizio. Non si può tuttavia omettere che la non operatività della non contestazione con riguardo ai diritti indisponibili ha il suo fondamento nello stretto legame tra quella e il principio dispositivo.

A supporto, occorre evidenziare un dato normativo. L'art. 2698 c.c. ammette la validità dei patti volti a invertire o a modificare l'onere della prova, sanzionandoli però con la nullità <<quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre o quando l'inversione o la modificazione ha per effetto di rendere ad una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto>>. Tale norma manifesta chiaramente la volontà del legislatore di escludere il potere delle parti di influire sul regime dell'onere della prova, ove si tratti di diritti indisponibili.

Alla luce di quanto appena espresso, non si può ritenere che una mancata contestazione su fatti rilevanti circa un diritto indisponibile fatto valere in un processo abbia l'effetto di espungere i medesimi fatti dal *thema probandum*⁶⁵². E tuttavia, la dottrina si è interrogata su un eventuale rilievo della non contestazione anche nei processi relativi a diritti indisponibili, giungendo pressoché pacificamente⁶⁵³ alla riconducibilità di essa quale comportamento processuale delle parti, ex art. 116, comma 2, c.p.c.

entro il comma 2 esclude qualsiasi discrezionalità residua per il giudice circa il valore probatorio dei fatti non contestati. Cfr. anche G. Buffone, *L'onere della contestazione*, cit., che compie un'analisi attenta arrivando alle medesime conclusioni, nonché M. Bove, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Napoli, 2010, pp. 88 e ss., il quale sostiene che <<la mancata contestazione non rappresenta una fonte del convincimento del giudice, essa non è un comportamento valutabile del giudice nella soluzione della quaestio facti, ma essa è propriamente un mezzo di fissazione formale del fatto allegato e non contestato, scaturente non da una prova del fatto, bensì dalla mancata necessità di provare il fatto>>.

⁶⁵¹ Cfr. sul punto, A. Proto Pisani, *Allegazione dei fatti*, cit., M. Fornaciari, *Il contraddittorio*, cit.

⁶⁵² La relazione tra diritti indisponibili e principio di non contestazione non costituisce un tema di particolare interesse nell'ambito del diritto civile. È intuibile invece il peso che essa possa esercitare nel processo amministrativo, in cui tradizionalmente vengono fatte valere posizioni giuridiche soggettive indisponibili, stante l'esercizio di un potere pubblico. La questione (che sarà affrontata *infra*) evidenzia una seria contraddizione nel sistema amministrativo, che si riflette nella giurisprudenza.

⁶⁵³ Cfr. A. Proto Pisani, *Allegazione dei fatti*, cit., il quale rileva come l'incidenza della non contestazione ex art. 116 c.p.c. in un processo relativo a diritti indisponibili sia tanto più forte quanto più accentuata sia la conflittualità tra le parti in causa; sulla rilevanza della non contestazione quale argomento di prova valutabile dal giudice alla stregua dell'art. 116 c.p.c., cfr. anche M. Fornaciari, *Il contraddittorio*, cit.

Quanto appena detto con riguardo alla relazione tra non contestazione e diritti indisponibili/disponibili è sufficiente per il momento. In realtà, nel diritto civile la questione è poco approfondita, attesa l'univocità delle opinioni. Al più, discordanza vi può essere in quella parte di dottrina⁶⁵⁴ che, facendo confluire anche la non contestazione nell'ambito dell'art. 116 comma 2 c.p.c., la ritiene applicabile anche ai diritti indisponibili, non essendo la stessa altro che una delle tante prove liberamente valutabili dal giudice e non invece una condotta di delimitazione del *thema probandum*. Come vedremo, la tematica delle posizioni soggettive in rapporto con la mancata contestazione è assai più controversa nel processo amministrativo.

SEZIONE SECONDA

1. *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo: origini e connessione con il processo civile.*

L'analisi del principio di non contestazione nel giudizio amministrativo è tutt'altro che agevole.

Da un lato, infatti, tale principio ha fatto ingresso in ambito amministrativo soltanto di recente, dall'altro (e conseguentemente) la trattazione implica una visione di insieme del relativo sistema istruttorio, nonché un'attenzione ai cambiamenti normativi e interpretativi che hanno interessato il diritto amministrativo soprattutto negli ultimi anni.

Vi è altresì un ulteriore elemento di obiettiva difficoltà. Mentre la giurisprudenza amministrativa in tema di non contestazione è, se non copiosa, perlomeno non irrilevante quantitativamente⁶⁵⁵, pochi sono i contributi dottrinali che si soffermano specificamente sul tema⁶⁵⁶.

⁶⁵⁴ Cfr. F. Santangeli, *La non contestazione*, cit. L'orientamento appena illustrato, tuttavia, non si preoccupa molto della problematica attinente alle posizioni giuridiche soggettive, soffermandosi prevalentemente sul fondamento della non contestazione e sulla natura della medesima.

⁶⁵⁵ Cfr. sul punto, *infra*, in questo stesso paragrafo, per le decisioni anteriori al 2010, nonché al § 5 per l'applicazione giurisprudenziale del principio di non contestazione *ex art. 64*, comma 2, d.lgs. n. 104/2010.

⁶⁵⁶ Si fa riferimento a G. Tropea, *Considerazioni sul principio di non contestazione nel processo amministrativo, anche alla luce delle sue prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 1142 e ss.; cfr. anche F. Follieri, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo: un "falso sintomo" del processo di parti, fra difficoltà applicative e tensioni concettuali*, Intervento alla X edizione delle Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad E. Cannada Bartoli, *La disponibilità della domanda nel processo amministrativo*, Roma - Universitas Mercatorum, 10- 11 giugno 2011. Peraltro, la tendenziale mancanza di studi mirati sulla tematica, permette all'interprete che si accinga all'analisi della non contestazione amministrativa una più ampia libertà di opinione.

Sulla base di tali premesse, il presente lavoro non può che rappresentare un punto di partenza di una problematica complessa e ancora inesplorata.

Tenendo a mente quanto già detto nella precedente sezione, la non contestazione, quale istituto generale, si colloca tra le regole⁶⁵⁷ dell'istruttoria processuale e ciò vale (o, meglio, dovrebbe valere), in linea di massima, anche per il processo amministrativo⁶⁵⁸. Non si tratta, tuttavia, di una problematica limitata ad aspetti di applicazione e interpretazione pratico – processuale. L'istruttoria, a seconda di come viene concepita, rappresenta il riflesso processuale della posizione giuridica sostanziale fatta valere in giudizio.

La tutela giudiziale dell'interesse legittimo risente della natura del medesimo e ciò attribuisce alla non contestazione amministrativa⁶⁵⁹ un valore e un interesse che trascendono la pratica processuale⁶⁶⁰.

Il travaglio che da sempre ha caratterizzato la figura giuridica soggettiva dell'interesse legittimo si riflette processualmente in una continua evoluzione interpretativa degli strumenti posti a tutela del medesimo. Ciò senza contare che a sua volta la natura da riconoscere all'interesse legittimo è inscindibilmente legata al ruolo che l'ordinamento attribuisce alla pubblica amministrazione all'interno del

⁶⁵⁷ Per A. Proto Pisani, *Allegazione dei fatti*, cit., la non contestazione è uno tra i principi cardine dell'ordinamento civile. Come sostenuto dallo stesso Autore, trattasi di «principio di diuturna applicazione nelle controversie civili, di importanza essenziale per non rendere impossibile o comunque eccessivamente difficile l'onere probatorio delle parti ed in specie dell'attore, per evitare il compimento di attività inutili e quindi realizzare esigenze di semplificazione e di economia processuale», cfr. Id., *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, pp. 158 e ss.; cfr. anche *Lezioni di diritto processuale civile*, 4a ed., Napoli, 2012, pp. 108 e ss.

⁶⁵⁸ Non a caso, l'art. 64 del d.lgs. n. 104/2010, al cui comma 2 viene inserita la non contestazione, è collocato nel Libro II, Titolo III «Mezzi di prova e attività istruttoria».

⁶⁵⁹ È evidente come in questa sede l'attenzione si concentri sulla non contestazione, anche se si potrebbe dire, estendendo la notazione, che qualsiasi principio e/o regola istruttoria possa essere interpretato ed applicato nella sua relazione con il diritto sostanziale. In questo senso, peraltro, paradigmatico è l'art. 21 *octies*, che rappresenta a prima vista uno strumento di semplificazione processuale, ma la cui portata è profondamente sostanziale. Per un'analisi approfondita in questo senso, cfr. L. Ferrara, *L'allegazione dei fatti e la loro prova nella disciplina dell'annullabilità non pronunciabile: problematiche processuali e trasformazioni sostanziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, pp. 229 e ss.

⁶⁶⁰ Anche nel diritto civile, dove l'istituto è *nato*, si avverte la tensione della non contestazione a investire aspetti sostanziali di spiccato interesse, qual'è per esempio l'applicabilità della non contestazione soltanto alle controversie in cui si chiedi la tutela di diritti disponibili, su cui cfr. *supra*, prima sezione. Le soluzioni dottrinali, che prediligono una *ratio* processuale di *relevatio ab onere probandi* cercano di risolvere la questione della non contestazione su un piano di economia del giudizio, anche in virtù del disposto di cui all'art. 111 Cost. In ogni caso, il processo civile non pone tuttavia particolari e problemi in questo senso. Le posizioni giuridiche fatte valere in sede civile, infatti, sono *diritti*, privi in quanto tali dell'incertezza e dell'ibridismo che ha tradizionalmente caratterizzato l'interesse legittimo, al centro del sistema amministrativo. Concorde con lo stretto legame tra sostanza e processo è L. Mazzaroli, *Ancora qualche riflessione in tema di interesse legittimo, dopo l'emanazione del codice del processo amministrativo (a margine di un pluridecennale, ma non esaurito, proficuo dialogo con Alberto Romano)*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 1208 e ss.

processo amministrativo, nonché ai limiti che il medesimo stabilisce all'esercizio del potere pubblico.

È quindi indubbio come assumano rilievo primario i *principi* dalla legge posti a fondamento del potere amministrativo, le disposizioni che specificamente regolano l'agire pubblico nei confronti del privato cittadino, nonché la relativa disciplina normativa processuale. E questo, evidentemente, non può che evocare la supremazia della *legge* nei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadino⁶⁶¹.

Senza addentrarsi nell'analisi sulla figura dell'interesse legittimo, in questa sede ci si limita a ribadire che, nell'amministrativo forse più che in altre branche del diritto, il rapporto tra sostanza e processo è di stretta complementarietà. Il modello processuale, quindi, contribuisce a delineare la situazione soggettiva nella titolarità del privato.

Su queste premesse, il principio di non contestazione nel giudizio amministrativo sarà qui analizzato tenendo conto, più in generale, del rapporto che lo lega alla tutela dell'interesse legittimo⁶⁶². In questo senso, l'interprete può dedurre elementi a favore (o contro) una determinata impostazione sostanziale da riferimenti normativo – processuali. Come vedremo, lo stesso principio di non contestazione può essere ritenuto uno dei più rilevanti segnali dell'evoluzione in chiave soggettiva del giudizio amministrativo, che è peraltro un dato ormai riscontrato da dottrina e giurisprudenza⁶⁶³, in particolare dopo l'emanazione del D.lgs. n. 104/2010⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ La legge, come origine e fine ultimo dell'agire amministrativo, è al vertice di tutte le altre garanzie che un sistema democratico deve assicurare ai privati, e assume – per ovvi motivi – importanza principale nel diritto amministrativo, in cui cittadino e pubblica amministrazione entrano in contatto e, nel processo, in conflitto.

⁶⁶² Mette conto notare sin da subito che la non univocità di opinioni circa la natura dell'interesse legittimo trova terreno fertile nell'ambiguità letterale e sistematica delle norme di legge. Anche il recente Codice del processo amministrativo, nonostante qualche apprezzabile elemento chiarificatore, non è privo di contraddizioni e problematicità, anche per le modifiche apportate dal Governo alla bozza originariamente predisposta dal Consiglio di Stato. Solo a titolo esemplificativo, l'art. 7 d.lgs. n. 104/2010 afferma la risarcibilità per lesione dell'interesse legittimo, e contemporaneamente designa come *diritto* quello alla risarcibilità.

⁶⁶³ A favore della tutela piena ed effettiva dell'interesse legittimo al pari del diritto soggettivo e dei riflessi di ciò nel sistema delle azioni processuali di cui al Codice del 2010, cfr. *ex multis* M. Clarich, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in www.giustizia-amministrativa.it; R. Gisoni, *Nuovi strumenti di tutela nel codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; C. Marzuoli, *Note in tema di indipendenza della funzione di organizzazione del servizio*, Intervento al Convegno Articolo 111, 18/2/2011, il quale enumera gli elementi normativi che vanno nella “*direzione sostanzialistica*” dell'interesse legittimo, a partire dalla riconosciuta risarcibilità dello stesso. Nella giurisprudenza, cfr. Cons. Stato Ad. Plen., n. 3/2011; Tar Lombardia Milano, n. 1428/2011, annotata da autorevoli Autori in Osservatorio *sul codice del processo amministrativo*.

⁶⁶⁴ Cfr. L. Mazaroli, *Ancora qualche riflessione in tema di interesse legittimo*, cit. L'Autore rileva come la codificazione del processo amministrativo abbia apportato un *quid pluris* qualitativo nella costruzione della figura dell'interesse legittimo, prima per la gran parte rimessa alle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali.

Partendo da questo dato di fatto, l'istituto in esame può dunque costituire un valido mezzo di analisi interpretativa sulla natura disponibile dell'interesse legittimo⁶⁶⁵,

Il punto di riferimento da cui muovere è la legge.

Il principio in esame è stato inserito formalmente nella disciplina del processo amministrativo solo con il Codice, D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104⁶⁶⁶. Innanzitutto occorre quindi verificare se, prima di tale momento, nell'ordinamento amministrativo vi fosse traccia della non contestazione e che valore avesse.

A ben vedere, dell'istituto vi era già riscontro, precedentemente all'entrata in vigore del D.lgs. n. 104/2010, nella giurisprudenza amministrativa⁶⁶⁷, seppure esso venisse applicato in modo caotico, mediante un rinvio al disposto di cui all'art. 115 c.p.c., così come modificato dalla legge n. 69/2009, ovvero, indistintamente, all'art. 116 c.p.c.

Qualora si volesse, comunque, stabilire temporaneamente il momento in cui la non contestazione si è introdotta nel sistema processuale amministrativo, si potrebbe individuare, a eccezione di qualche pronuncia isolata e antecedente⁶⁶⁸, dopo la codificazione civilistica del medesimo, nel 2009.

Il dato non è di poco conto: antecedentemente al D.lgs. n. 104/2010, è estesa l'applicazione di un principio prettamente civilistico⁶⁶⁹, oltretutto di non univoca interpretazione e applicazione, nell'ambito del giudizio amministrativo. Come se non bastasse, l'importazione dell'istituto è inizialmente avvenuta a opera della giurisprudenza e quindi senza alcuna *copertura* legale.

Con il risultato di un utilizzo disorganico e marginale della non contestazione, applicata spesso senza rigore e in modo contraddittorio.

⁶⁶⁵ Così anche G. Tropea, *Considerazioni sul principio di non contestazione*, cit.

⁶⁶⁶ Ai sensi dell'art. 64 (*Disponibilità, onere e valutazione della prova*), comma 2: <<Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti, nonché i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite>>. In seguito ci si soffermerà in modo più approfondito sulla predetta disposizione, cfr. *infra* § 4.

⁶⁶⁷ Cfr., tra le tante, TAR Catania Sicilia, n. 794/2009; TAR Catanzaro Calabria, n. 939/2009; TAR Brescia Lombardia, n. 1732/2009; TAR Napoli Campania, n. 325/2010; TAR Palermo Sicilia, n. 1565/2010; Cons. Stato, n. 6990/2010. Sulla non applicabilità della non contestazione in caso di contumacia della pubblica amministrazione, cfr. TAR Basilicata, n. 36/2010; Cons. Stato, n. 3229/2010; TAR Campobasso Molise, n. 712/2009.

⁶⁶⁸ Cfr. TAR Napoli Campania, n. 8947/2007, con riferimento alla non contestazione di parte ricorrente; TAR Napoli Campania, n. 8341/2007. Si tratta di sentenze in cui la non contestazione assume un ruolo a dir poco residuale. In tutte le altre pronunce amministrative *ante* 2009, la non contestazione assume rilievo non nel processo, ma nella domanda principale; viene quindi citata dai vari Collegi per esplicitare il *petitum*, ovverosia cosa *fosse contestato* dal ricorrente, in un'accezione di *non contestazione* fattuale e non giuridica.

⁶⁶⁹ Non ci sono, infatti, dubbi sulla sostanziale natura civilista del principio di non contestazione. È a tal proposito degna di nota la tendenza alla civilizzazione (procedurale) del processo amministrativo, con ciò intendendosi l'importazione nel giudizio amministrativo, a opera delle riforme più importanti degli ultimi anni, di istituti propri del processo civile. Sul punto torneremo *infra*.

Esaminando le decisioni della giurisprudenza sul punto ci si accorge di come il principio in esame sia penetrato silenziosamente e irrazionalmente nel processo amministrativo, senza che ne sia stata preventivamente ponderata la portata.

Infatti, nella decisione che viene più spesso richiamata dalle successive pronunce quale *leading case* nell'applicazione della non contestazione all'interno del processo amministrativo⁶⁷⁰, il Collegio giudicante richiama espressamente la disposizione di cui all'art. 115 c.p.c., così come novellato dalla legge n. 69/2009⁶⁷¹. Il medesimo assunto viene, dopo pochi mesi, ribadito anche dal Consiglio di Stato⁶⁷².

Le perplessità che potrebbero destare suddette pronunce, ugualmente ad altre di simile portata antecedenti al D.lgs. n. 104/2010, sono per lo più date dal fatto che in esse non sembra porsi alcun dubbio sulla compatibilità, o meno, di un principio civilistico all'interno del giudizio amministrativo; e ciò nonostante le oggettive

⁶⁷⁰ Si tratta di TAR Torino Piemonte, n. 454/2010. Il caso di specie vedeva ricorrere un'associazione di imprese avverso la Regione che aveva indetto una gara per il «<servizio integrato per la gestione, manutenzione, conduzione, controllo ed esecuzione di tutte le attività necessarie a mantenere in completo stato di efficienza gli impianti tecnologici della Regione Piemonte>>. Alla predetta gara l'associazione ricorrente si classificava seconda, e lamentava alcuni vizi di legittimità. Il ricorso era altresì esperito avverso l'associazione di imprese aggiudicataria, controinteressata, che presentava a sua volta ricorso incidentale, sostenendone l'efficacia paralizzante rispetto a quello principale. Il Collegio adito accoglie il ricorso incidentale (ed accogliendone altresì l'efficacia paralizzante rispetto al ricorso principale), facendo uso della non contestazione quale strumento non residuale, come era stata nelle pronunce amministrative sino al 2009, ma principale ai fini della delimitazione delle questioni controverse.

⁶⁷¹ Dice infatti il Collegio: «<(…) D'altro canto, sotto questo profilo in fatto, parte ricorrente non ha mosso alcun tipo di specifica contestazione sicché trova applicazione, quale principio ormai generalmente riconosciuto nell'ordinamento processuale civile di cui non si ravvisano incompatibilità con il processo amministrativo, quello per cui, ai sensi dell'art. 115 c.p.c., come modificato dalla l. 18 giugno 2009 n. 69, il giudice "deve porre a fondamento della decisione i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita". Trattasi di norma che recepisce un lungo dibattito giurisprudenziale, dapprima formatosi nell'ambito della giurisprudenza del lavoro, e risponde ad una logica di semplificazione, accelerazione del processo, nonché coerenza nella condotta processuale della parte che trova oggi copertura costituzionale nel principio del giusto processo di cui all'art. 111 della Costituzione>>».

⁶⁷² Cfr. Cons. Stato, n. 6990/2010, secondo cui: «<Non è irrilevante, infine, osservare che l'assunzione ai fini del decidere del dato di fatto del pensionamento degli appellanti in data anteriore al 1° dicembre 1984 risulta conforme al generale principio processuale della non contestazione, secondo cui il giudice deve porre a fondamento della decisione (inter alia) i fatti allegati dalla parte attrice e non specificamente contestati dalla parte costituita (si tratta, come è noto di un principio processuale di portata generale - ed in quanto tale valevole anche in relazione alla disciplina del processo amministrativo, la cui affermazione era già largamente invalsa in giurisprudenza e che oggi risulta positivizzato ad opera della l. 18 giugno 2009, n. 69 - nuovo art. 115, I, c.p.c.). Si osserva al riguardo che il principio in questione non possa che trovare applicazione anche nel caso in cui i fatti oggetto di mancata contestazione siano stati allegati dal medesimo soggetto il quale - in un diverso grado del giudizio - ne deduca l'infondatezza, laddove tali fatti non risultino contestati dalla controparte processuale. Si osserva al riguardo che, laddove non si ammettesse una siffatta declinazione del richiamato principio di non contestazione, l'effetto consisterebbe in una violazione del generale divieto del venire contra facta proprium al quale non può che essere annessa valenza generale anche nell'ambito del sistema processuale amministrativo>>».

differenze tra i due modelli processuali. Non è chiaro, in definitiva, se il giudice abbia avallato la questione, risolvendola in una parificazione del giudizio civile a quello amministrativo (limitatamente, beninteso, all'applicabilità del principio di non contestazione), ovvero se l'istituto in esame sia stato utilizzato quasi meccanicamente, (anche) in quanto derivante dalla *ratio* del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.⁶⁷³.

In ogni caso, è bene aver presente che nel frangente di tempo intercorrente tra la riforma dell'art. 115 c.p.c. e l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, la non contestazione assume niente più che un ruolo di *comparsa* all'interno del processo amministrativo⁶⁷⁴. Le sentenze che provano a farne applicazione sono una piccola percentuale, certamente degna di nota ai nostri fini, ma non abbastanza sostanziosa da sostenere alcuna argomentazione interpretativa⁶⁷⁵.

Si può quindi concludere che in presenza di una pura e semplice non contestazione dei fatti da parte dell'amministrazione resistente, il giudice amministrativo *ante codicem* non riteneva i medesimi né provati, né tantomeno ammessi. Vedremo nel proseguo se e come siffatta impostazione sia mutata a far data dall'entrata in vigore del D.lgs. n. 104/2010.

L'esame delle decisioni *ante codicem* fa altresì emergere un ulteriore aspetto degno di interesse.

In alcune sentenze, infatti, la non contestazione viene in risalto in una fase secondaria del giudizio, in particolare nell'ipotesi in cui la parte pubblica non abbia adempiuto all'ordinanza istruttoria⁶⁷⁶.

In questi casi⁶⁷⁷, non solo l'operatività della non contestazione viene posticipata rispetto a un intervento istruttorio officioso del giudice, ma la stessa viene rapportata

⁶⁷³ L'inciso secondo cui <<non si ravvisano incompatibilità>> all'introduzione del principio di non contestazione nel processo amministrativo lascerebbe pensare a un *salto di qualità* dell'importanza dell'istituto nel giudizio amministrativo. La questione vede tuttavia diminuita la sua problematicità nel caso specifico all'esame del TAR Piemonte, citato, in cui la non contestazione viene applicata con riferimento alle due parti private del giudizio: il ricorrente principale e il contro interessato ricorrente incidentale. I maggiori problemi di compatibilità della non contestazione con il sistema processuale amministrativo si rinvengono invece, secondo l'opinione tradizionale, nel caso che tale comportamento sia posto in essere dalla pubblica amministrazione resistente (cui fa capo il pubblico interesse), in modo da esonerare dall'onere probatorio il ricorrente privato.

⁶⁷⁴ Cfr. G. Tropea, *Considerazioni sul principio di non contestazione*, cit. secondo cui prima del Codice del processo amministrativo non si può ritenere configurabile, neanche implicitamente, il principio di non contestazione nel processo amministrativo.

⁶⁷⁵ Anche a causa della maldestra applicazione pratica, già accennata, che le sentenze *ante* 2010 fanno della non contestazione. Cfr. G. Tropea, *Considerazioni sul principio di non contestazione*, cit.

⁶⁷⁶ Tale applicazione della non contestazione, che non coglie il fenomeno nella sua essenza, viene utilizzata dalla giurisprudenza amministrativa tuttora, nonostante la previsione espressa di cui all'art. 64, comma 2, d.lgs. n. 104/2010. Sul punto, cfr. l'analisi casistica di cui al § 5. È comunque da rilevare come la scelta di inquadrare la mancata ottemperanza all'ordinanza istruttoria quale comportamento processuale, ai sensi dell'art. 116 c.p.c., valutabile dal giudice come argomento di prova, rappresenta una scelta a favore, nuovamente, del metodo acquisitivo. Il giudice, in definitiva, rimane libero di considerare o meno il comportamento non contestativo, non essendone vincolato neanche ove questo conduca ad un provvedimento "propulsivo" istruttorio.

con gli ulteriori elementi emersi nel corso del giudizio, suscettibili di prevalere sul comportamento non contestativo, ove con esso contrastanti⁶⁷⁸.

Il panorama, quindi, è piuttosto difficoltoso e poco armonico, soprattutto a causa della persistenza nel giudizio amministrativo, secondo la prevalente opinione dottrinale e prassi giurisprudenziale, del metodo acquisitivo⁶⁷⁹. Alle parti non viene riconosciuto potere dispositivo sulle prove poste a fondamento delle rispettive posizioni giuridiche soggettive, che anzi sono esse stesse indisponibili al privato, secondo una logica di estrema garanzia del pubblico interesse e con la (conseguente) sproporzione dei poteri del giudice in ambito istruttorio⁶⁸⁰.

La pervicace convinzione dell'operatività dei poteri officiosi dell'organo adito, infatti, rende la non contestazione un problema di scarso rilievo pratico e di trascurabile interesse interpretativo⁶⁸¹, attesa l'intrinseca incompatibilità della medesima nel sistema processuale amministrativo.

Come vedremo, in parte molte delle incertezze proprie della giurisprudenza sin qui citata non sono state sopite neanche dalla previsione del principio di non contestazione *ex art. 64, comma 2, del D.lgs. n. 104/2010*. Ciò rende evidente come la disarmonia a cui si faceva in precedenza riferimento non trovasse (e non trovi) le proprie ragioni nella mancanza di una disciplina normativa espressa, né nel fatto che molti sviluppi processuali risultassero di origine *pretoria*. Piuttosto, prende campo la certezza per cui le ragioni di tale confusione applicativa abbiano – tuttora – radici più profonde, legate a una concezione tradizionale del processo amministrativo, che stride rispetto a una realtà normativa (sostanziale e processuale) in forte evoluzione.

Posto ciò, l'analisi sulla non contestazione nel processo amministrativo deve essere impostata sincronicamente con quanto già esposto per il giudizio civile. Il principio di non contestazione, che nel processo civile è nato ed è cresciuto, ivi

⁶⁷⁷ Cfr. TAR Lombardia, Milano, n. 330/2010; TAR Campania, Napoli, n. 1578/2010.

⁶⁷⁸ Non a caso, in tali decisioni la non contestazione è ricondotta al disposto dell'art. 116, comma 2, c.p.c.: <<applicando la regola di giudizio di cui all'art. 116 comma 2 c.p.c., ben può il giudice amministrativo, a fronte di un'istruttoria disposta e non adempiuta dalla P.A., dare per provati i fatti affermati dal ricorrente, ove tale conclusione non si ponga, come nel caso di specie, in contrasto con altri fatti ricavabili dagli atti di causa (cfr T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII n. 20884 del 2008)>>. È in ogni caso da ricordare come anche nel processo civile l'istituto della non contestazione abbia fatto ingresso inizialmente *sotto le vesti* dell'art. 116 c.p.c., inteso quindi come comportamento processuale valutabile liberamente dal giudice. Ciò potrebbe portare a ritenere che anche nel processo amministrativo tale impostazione possa rappresentare la fase primaria di un processo evolutivo di interpretazione della non contestazione.

⁶⁷⁹ Sul punto, cfr. *infra*, in questa sezione, § 2.

⁶⁸⁰ La questione dell'indisponibilità dell'oggetto del giudizio amministrativo è di primaria importanza; abbiamo, infatti, già rilevato come nel processo civile l'indisponibilità del diritto fatto valere sia stata posta dalla gran parte della dottrina come limite all'operatività della non contestazione quale forma di delimitazione del *thema probandum*. Rapportando tale limitazione con l'assunto per cui l'interesse legittimo è posizione giuridica indisponibile, il risultato sarebbe la non operatività della non contestazione nel giudizio amministrativo, eccetto che nell'accezione di mero comportamento processuale, valutabile ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c.

⁶⁸¹ Cfr. sul punto G. Tropea, *Considerazioni sul principio di non contestazione*, cit.

formalizzandosi peraltro solo di recente, non può prescindere da siffatte origini. Sarebbe poco stimolante, se non inutile, decontestualizzare la non contestazione dal sistema civilistico, per inquadrarla meccanicamente in quello amministrativo. L'operazione da farsi, semmai, è di segno opposto, e attiene alla *ratio* dell'evoluzione civilistica del processo amministrativo, a cui si deve accompagnare una visione critica anche del diritto sostanziale, nella già esposta ottica di interazione tra giudizio (*posterius*) e oggetto della tutela (*prius*).

2. *Il sistema istruttorio nel processo amministrativo alla luce del d.lgs. n. 104/2010 (cenni).*

L'entrata in vigore del nuovo Codice del processo amministrativo ha dato nuovo impulso alla dottrina e alla giurisprudenza nell'interpretazione (evolutiva) del sistema istruttorio processuale amministrativo⁶⁸², apportando nuova linfa a un dibattito che non si era mai del tutto sopito⁶⁸³.

Se quindi, all'indomani del D.lgs. n. 104/2010, poteva osservarsi nell'ordinamento amministrativo il tipico fervore che consegue a ogni riforma legislativa significativa, è tuttavia da riscontrare come oggi, a distanza di qualche tempo, il quadro interpretativo e applicativo sia tutt'altro che univoco e in esso non si può fare a meno di notare una tendenza maggioritaria a non abbandonare troppo i consueti schemi. E ciò non può che rendere ancora più complesso un sereno inquadramento del singolo istituto qui in esame.

⁶⁸² Cfr., *ex mutlis*, C. Lamberti, *Primi orientamenti sulla prova nel processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; R. Chieppa, *Un primo bilancio sul nuovo processo amministrativo: il contributo della giurisprudenza e della dottrina prevale sulle aspettative (deluse) di un efficace intervento correttivo del legislatore*, ne *Il processo amministrativo dopo il correttivo al Codice*, Milano, 2012 e, prima ancora, R. Chieppa, *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, ne *Il Codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2010; R. Gisondi, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; A. Pajno, *Il codice del processo amministrativo tra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, pp. 885 e ss., che evidenzia come il codice costituisca, tra le altre cose, una più completa attuazione del principio di legalità nel rapporto tra potere pubblico e cittadino.

⁶⁸³ In generale, quindi non con riferimento soltanto al sistema istruttorio, sembra superfluo evidenziare l'importanza dell'avvenuta codificazione delle regole del giudizio amministrativo. Di là dai (molti) limiti – di forma e di sostanza – che si possono facilmente riscontrare nel testo legislativo, è significativa la scelta di sistematizzare ed ordinare il complesso di norme sparse che prima del 2010 disciplinavano il processo avanti al TAR e al Consiglio di Stato. Lo scenario *ante codicem* infatti era una stratificazione di norme, un complesso di regole, piene di rinvii reciproci anche a testi normativi non processuali. A tale esigenza sistematico – formale di riordino del caos legislativo si accompagnandola un'esigenza sostanziale, non meno cogente, di tutela effettiva della posizione giuridica di interesse legittimo. Cfr. diffusamente sul punto R. Chieppa, *Il codice del processo amministrativo*, cit.

Un'analisi sul principio di non contestazione nel processo amministrativo non può pertanto prescindere da qualche breve cenno sul relativo sistema probatorio, così come modificato dal Codice del 2010⁶⁸⁴.

Ebbene, la dottrina maggioritaria che ha dedicato attenzione alle norme codicistiche in tema di istruttoria⁶⁸⁵ ha ritenuto che – tuttora – il relativo sistema sarebbe improntato al *metodo acquisitivo*⁶⁸⁶, nel quale quindi al giudice fanno capo poteri di iniziativa istruttoria officiosa⁶⁸⁷.

Tale assunto non è tuttavia espressamente desumibile dalle disposizioni normative, residuando a riguardo margini di opinabilità; pertanto, nell'assenza di una soluzione espressa, ci si dovrà sforzare di delineare quella più conforme all'intero sistema, nonché di verificare come la giurisprudenza sia indirizzata su tale problematica.

Secondo l'orientamento prevalente, il combinato disposto degli articoli 63 e 64 del Codice del processo amministrativo sarebbe di per sé indicativo del già citato metodo acquisitivo, (di conseguenza) più che mai vigente nel nostro ordinamento amministrativo⁶⁸⁸.

Ai sensi del primo comma dell'art. 63⁶⁸⁹ D.lgs. n. 104/2010 il processo amministrativo sarebbe ancorato al principio dispositivo attenuato⁶⁹⁰: sono le parti tenute al soddisfacimento dell'onere della prova, ma ove questa sia incompleta, soccorre il giudice che può chiedere alle parti *ex officio* <<chiarimenti e documenti>> oppure disporre, sempre d'ufficio, che l'amministrazione produca i documenti utili e nella sua disponibilità. L'esercizio dei predetti poteri officiosi da parte del giudice è quindi possibile solo ove la parte abbia adempiuto al suo onere⁶⁹¹.

⁶⁸⁴ Del resto, la medesima operazione di analisi globale vale, in maniera corrispondente, anche con riferimento al processo civile, cfr. M. Fornaciari, *Il contraddittorio*, cit.

⁶⁸⁵ Si tratta, in concreto, del Libro I, Titolo III, *Mezzi di prova ed attività istruttoria*, in cui rivestono particolare interesse gli articoli 63 (*Mezzi di prova*) e 64 (*Disponibilità, onere e valutazione della prova*). Per una disamina delle principali pronunce *post codicem* riferite agli artt. 63 e 64 d.lgs. n. 104/2010, cfr. C. Lamberti, *Primi orientamenti sulla prova*, cit.

⁶⁸⁶ Così G. Manfredi, *Il regime probatorio nel codice del processo amministrativo*, in *Urb. app.*, 2011, pp. 473 e ss.

⁶⁸⁷ Cfr. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, per il quale nonostante l'entrata in vigore del Codice nulla è mutato nell'impostazione del sistema istruttorio amministrativo. Cfr. anche, diffusamente, A. Romano Tassone, *A proposito del libro II del progetto di codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2010, pp. 1131 e ss., il quale, dopo un'analisi raffrontata della tutela di legittimità e di quella di merito, analizza le modifiche del codice, anche in tema istruttorio, arrivando alla conclusione che il giudice amministrativo è tuttora "signore della prova".

⁶⁸⁸ In questo senso cfr. M. Protto, *Le garanzie di indipendenza ed imparzialità*, cit.

⁶⁸⁹ Si veda l'art. 63, comma 1, d.lgs. n. 104/2010: <<Fermo restando l'onere della prova a loro carico, il giudice può chiedere alle parti anche d'ufficio chiarimenti o documenti>>.

⁶⁹⁰ Che si traduce, nella pratica processuale, nel cosiddetto *onere del principio di prova*. Cfr. R. Villata, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.* 1995, pp. 195 e ss.

⁶⁹¹ È da dire che l'imprecisione e la contraddittorietà delle disposizioni sull'istruttoria hanno avuto l'effetto di non distogliere gran parte della dottrina dall'indirizzo tradizionale, con il risultato che, a oggi, il giudice amministrativo, di fatto, conserva ampio potere di iniziativa istruttoria.

La *ratio* di siffatta impostazione è tradizionalmente riscontrata, da un lato, nell'impossibilità del privato di allegare elementi probatori che siano invece nell'esclusiva disponibilità della parte pubblica⁶⁹², dall'altro (e soprattutto) nella radicata concezione della natura indisponibile della posizione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio⁶⁹³. L'indisponibilità sostanziale, quindi, determinerebbe quale riflesso pratico – processuale una conseguente indisponibilità rispetto ai fatti probatori posti a fondamento della posizione giuridica fatta valere⁶⁹⁴.

Per riprendere l'analisi delle norme di legge, si deve osservare come al già citato comma 1 dell'art. 63 C.P.A. spesso venga associato anche il comma 3 dell'art. 64 C.P.A.⁶⁹⁵.

Il combinato disposto delle due norme sarebbe paradigmatico dell'esistenza *ex lege* di un persistente potere officioso in capo al giudice⁶⁹⁶, tanto che <<l'onere della prova e la disponibilità della prova (art. 64, comma 2) paiono destinati a rimanere mere affermazioni di principio>>⁶⁹⁷.

Sul punto, ci si limita per ora a notare come la disposizione *ex art.* 64, comma 3 non possa essere isolata dall'intero contenuto del medesimo articolo⁶⁹⁸, né da alcune osservazioni generali sul processo amministrativo, pur sempre ancorate a riferimenti normativi e che potrebbero condurre a conclusioni opposte. In questo senso, i problemi interpretativi non sono limitati alla chiarezza e al coordinamento delle

⁶⁹² In tale ottica, quindi, il principio dispositivo attenuato andrebbe a ristabilire la disparità conaturata a livello sostanziale tra pubblica amministrazione cittadino, con la funzione di riequilibrio da parte del giudice, per mezzo dei propri poteri istruttori. Sul punto, diffusamente, R. Villata, *Considerazioni sull'istruttoria*, cit.

⁶⁹³ Cfr. G. Tropea, *Considerazioni sul principio di non contestazione*, cit., che rileva come <<il mancato riconoscimento alle parti dell'autonomia processuale rispetto ai fatti probatori e il monopolio del giudice in ordine alle iniziative istruttorie sono funzionali ad impedire che il processo amministrativo produca risultati elusivi della legalità>>.

⁶⁹⁴ La tradizionale relazione di consequenzialità tra l'interesse legittimo (indisponibile) e il principio dispositivo con metodo acquisitivo rende manifesta la difficoltà a riconoscere l'operatività del principio di non contestazione nel giudizio amministrativo. Non si tratta infatti di rivedere una mera prassi giudiziale, ma di reimpostare il modello processuale e, soprattutto, la concezione sostanziale dell'interesse legittimo.

⁶⁹⁵ Si riporta il testo dell'art. 64, comma 3, d.lgs. n. 104/2010: << Il giudice amministrativo può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione>>.

⁶⁹⁶ Senza contare che attenta dottrina ha messo in rilievo anche il comma 1 dell'art. 64, laddove dispone che <<spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande ed eccezioni>>; ciò confermerebbe che il giudice ha potere di intervento officioso ogni qualvolta le prove non siano nella disponibilità della parte onerata. Cfr. F. Follieri, *Il principio di non contestazione*, cit.; G. Manfredi, *Il regime probatorio*, cit. Nel senso che l'art. 64, c.1, c.p.a., riferendosi agli "elementi di prova", richiami l'idea per la quale le parti siano onerate a fornire solo il *principio* di prova dei fatti a loro disponibili, cfr. C. Lamberti, *Disponibilità ed onere della prova*, cit..

⁶⁹⁷ G. Tropea, *Considerazioni sul principio di non contestazione*, cit. L'Autore si sofferma anche sull'ulteriore questione dell'onere di allegazione dei fatti secondari, riconosciuto dalla maggioranza della dottrina a carico delle parti.

⁶⁹⁸ Per l'interpretazione specifica dell'art. 64 C.P.A. cfr. *infra*, § 3.

singole regole, ma si estendono a più rilevanti profili di sostanza legati all'effettività della tutela giurisdizionale degli interessi legittimi.

Si rende quindi necessaria una generale riflessione sul divenire del processo amministrativo; l'attuale crisi del tradizionale sistema impugnatorio, che vedeva al centro del giudizio l'atto, coincide con l'avvertita esigenza di tutela effettiva dell'interesse legittimo⁶⁹⁹, da intendersi quale proiezione giuridico – soggettiva del rapporto tra privato e pubblica amministrazione.

In questo senso ci si riporta non solo al contenuto dell'art. 44 della legge delega n. 69/2009⁷⁰⁰, ma soprattutto ai principi di cui al Libro I, Titolo I, Capo I, artt. 1 e 2 C.P.A.⁷⁰¹.

⁶⁹⁹ La concezione autoritaria della pubblica amministrazione e la scarsa considerazione che il legislatore aveva, sino a pochi decenni fa, dell'interesse legittimo, si sono tradotte nella struttura impugnatoria e tipica del processo amministrativo, tale per cui la sentenza del g.a. nel verificare la legittimità dell'atto impugnato senza considerare la bontà sostanziale dell'aspirazione del privato, <<verificava se l'amministrazione avesse torto piuttosto che stabilire se il privato avesse ragione>>, così F. Caringella, *Il sistema delle tutele dell'interesse legittimo alla luce del codice e del decreto correttivo*, in *Urb. e app.*, 2012, p. 14 e ss. Cfr. altresì F. Merusi, *Il codice del <<giusto>> processo amministrativo*, cit., secondo cui <<oggetto del giusto processo è il rapporto del cittadino con il potere amministrativo>>.

⁷⁰⁰ Legge 18 giugno 2009, n. 69, art. 44. (*Delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo*): <<Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele. I decreti legislativi di cui al comma 1, oltre che ai principi e criteri direttivi di cui all'articolo 20, comma 3, della legge 15 marzo 1997, n. 59, in quanto applicabili, si attengono ai seguenti principi e criteri direttivi: a) assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo, anche mediante il ricorso a procedure informatiche e telematiche, nonché la razionalizzazione dei termini processuali, l'estensione delle funzioni istruttorie esercitate in forma monocratica e l'individuazione di misure, anche transitorie, di eliminazione dell'arretrato. b) disciplinare le azioni e le funzioni del giudice: 1) riordinando le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni; 2) riordinando i casi di giurisdizione estesa al merito, anche mediante soppressione delle fattispecie non più coerenti con l'ordinamento vigente; 3) disciplinando, ed eventualmente riducendo, i termini di decadenza o prescrizione delle azioni esperibili e la tipologia dei provvedimenti del giudice 4) prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa; (...)>>. Cfr. A. Pajno, *Il codice del processo amministrativo*, cit., che valorizza la portata innovativa del Codice, evidenziando come già dalla lettura dell'art. 44, legge n. 69/2009 sia possibile evincere indicazioni capaci di suggerire che il riassetto del processo amministrativo dovrebbe essere più ambizioso di una semplice razionalizzazione della disciplina fino a quel momento vigente.

⁷⁰¹ Art. 1, d.lgs. n. 104/2010 (*Effettività*): <<La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto Europeo>>. Art. 2, d.lgs. n. 104/2010 (*Giusto processo*): <<Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'art. 111 Costituzione. Il giudice amministrativo e le parti cooperano per la realizzazione della ragionevole durata del processo>>. Cfr. L. Mazzaroli, *Ancora qualche riflessione*, cit. che si pone nell'ottica di una tutela effettiva dell'interesse legittimo,

Oltre a ciò, altre norme possono fare ulteriormente riflettere su una rinnovazione del giudizio amministrativo. Si fa riferimento al principio del contraddittorio, valorizzato attraverso il Codice⁷⁰², nonché ai principi di economia e celerità dei giudizi⁷⁰³ di cui sono espressivi alcuni strumenti di accelerazione idonei a perseguire la ragionevole durata del processo. Nella medesima direzione di una tutela più rapida si pone anche l'ammissibilità del cumulo di domande e della conversione delle azioni e del rito.

Quanto appena espresso permette di osservare la problematica dal punto di vista ampio dei *principi*.

Se ci soffermiamo altresì sulle *regole*, ulteriori elementi possono indurre a valutare i cambiamenti sostanziali e processuali del sistema amministrativo, in una prospettiva, quindi, non più legata unicamente alla fase giudiziale.

Il procedimento amministrativo, disciplinato dalla legge n. 241/1990, ha, nelle modifiche che si sono succedute nel tempo⁷⁰⁴, valorizzato la parificazione tra pubblica amministrazione e privato, mediante la previsione di *obblighi* in capo alla prima, sanzionabili ove non adempiuti (o male adempiuti), esigibili dal cittadino⁷⁰⁵.

inteso in rapporto inscindibile con il *bene della vita*. Cfr. L. Torchia, *I principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010. In particolare sui principi *ex art. 2*, cfr. F. Merusi, *Il codice del "giusto" processo amministrativo*, cit., nonché G. Tropea, *L'ibrido fiore della conciliazione*, cit., pp. 965 e ss.

⁷⁰² Alcuni esempi: le repliche alle memorie, le maggiori possibilità di contraddittorio nella fase cautelare, nonché l'art. 73, comma 3: <<il giudice, se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, la indica in udienza dandone atto a verbale. Se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest'ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie>>. Ritiene che il codice del 2010 abbia diffuso nel processo il principio del contraddittorio anche A. Pajno, *Il codice del processo amministrativo*, cit. Sulla necessità di valorizzare il principio del contraddittorio nel processo amministrativo, pur se contestualizzato in altra questione interpretativa, cfr. L. Ferrara, *L'allegazione dei fatti*, cit., nonché F. Merusi, *Il codice del <<giusto>> processo amministrativo*, cit.

⁷⁰³ I principi di economia e celerità processuale si pongono - e questo è un dato di estrema importanza sistematica - nell'ambito della medesima *ratio* del principio di non contestazione.

⁷⁰⁴ Si intende qui fare riferimento, in particolare, ai decreti legislativi n. 29/1993 e 80/1998, alla legge n. 205/2000, alla legge 11 febbraio 2005, n. 15, al D.L. 14 marzo 2005, n. 35 (convertito con modificazioni in legge 14 maggio 2005, n. 80), nonché alla legge 18 giugno 2009, n. 69. L'analisi dettagliata delle modifiche apportate al processo amministrativo dai suddetti testi di legge evidenzia la tendenza a rendere sempre più effettiva la tutela del cittadino, sul presupposto della mutata concezione di contenuto dell'interesse legittimo.

⁷⁰⁵ Cfr. L. Torchia, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, che, superando la diatriba giudizio sull'atto/giudizio sul rapporto, sostiene che <<la legittimità dell'esercizio del potere e la correttezza dell'assetto degli interessi che ne risulta devono essere quindi valutate non solo alla luce delle specifiche norme rilevanti, ma dei principi generali dell'azione amministrativa, spesso di elaborazione giurisprudenziale, ed oggi disseminati nelle Costituzioni, nazionali e sopranazionali, alle quali l'ordinamento deve conformarsi>>. Cfr. altresì G. Tropea, *L'ibrido fiore della conciliazione*, cit., secondo cui già nel procedimento viene ridotto il margine di libertà riconosciuto alla pubblica amministrazione nell'esercizio delle proprie funzioni.

Emerge chiaramente quindi che l'agire dell'amministrazione è disciplinato da *regole* e da *principi* ed è suscettibile di controllo in sede giurisdizionale⁷⁰⁶. L'interpretazione della natura dell'interesse legittimo vantato da un privato nei confronti di un'amministrazione deriva, come già detto, anche dallo studio del *processo* amministrativo, dell'istruttoria amministrativa e, quindi, anche della non contestazione⁷⁰⁷.

Sulla base di un quadro normativo e interpretativo così variegato e complesso, si rileva come all'indomani dell'emanazione del codice si sia affievolita la tradizionale operatività del principio dispositivo con metodo acquisitivo⁷⁰⁸. Su tale presupposto, i poteri officiosi del giudice sarebbero da interpretare in maniera restrittiva, eccezionale; l'esercizio di essi dovrebbe quindi essere vincolato a una previa istanza di parte, solo ove le parti stesse per obiettive ragioni non riescano a raggiungere la prova completa.

Anche la giurisprudenza appare incerta. Anteriormente all'entrata in vigore del Codice del 2010, la mitigazione del principio dispositivo con il metodo acquisitivo nella prassi giurisprudenziale operava generalmente, soprattutto nel caso di documenti nella disponibilità esclusiva della parte pubblica. Attualmente tale indirizzo inizia a risentire di alcuni adattamenti, dai più cauti, secondo i quali il ricorrente è tenuto sempre a fornire un indizio (o principio) di prova affinché il giudice possa esercitare i propri poteri istruttori officiosi⁷⁰⁹, ai più radicali⁷¹⁰.

⁷⁰⁶ Cfr. L. Mazzaroli, *Ancora qualche riflessione*, cit. secondo cui «l'ipotesi che un accertamento dei dati di fatto che costituiscono il presupposto dell'esercizio del potere o la valutazione delle conseguenze dell'applicazione di principi generali fa sì che la discrezionalità si restringa tanto da dover considerare essersi prodotta a favore del privato una vera e propria pretesa».

Cfr. altresì A. Pajno, *Il codice del processo amministrativo*, cit., per il quale l'effettività della tutela, quale principio vigente anche nel processo amministrativo, implica il superamento della sfera di immunità tradizionalmente riconosciuta alla p.a.

⁷⁰⁷ Cfr. F. Caringella, *Il sistema delle tutele*, cit. secondo cui «la conformazione di una posizione soggettiva è un prius logico rispetto all'intensità della protezione accordata dall'ordinamento».

⁷⁰⁸ Cfr. F. G. Scoca, *Commento agli artt. 64 – 67 del codice del processo amministrativo*, ne *Il processo amministrativo, Commentario al D.lgs. n. 104/2010*, A. Quaranta e V. Lopilato (a cura di), Milano, 2011. Di tutt'altro avviso la giurisprudenza maggioritaria: cfr., sul punto, Consiglio di Stato, sez. IV, n. 924/2011, secondo cui «nel processo amministrativo, anche dopo l'entrata in vigore del nuovo codice approvato con d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 (cfr. art. 64, comma 3, cod. proc. amm.), il sistema probatorio è fondamentalmente retto dal principio dispositivo con metodo acquisitivo degli elementi di prova da parte del giudice, il quale comporta l'onere per il ricorrente di presentare almeno un indizio di prova perché il giudice possa esercitare i propri poteri istruttori (...)». La sentenza, in continuità con l'orientamento tradizionale, riconosce un generale sistema di *principio di prova*. Il fatto che l'onere del principio di prova sia, *di fatto* diffuso, non deve tuttavia far ritenere automaticamente che esso coincida con il modello processuale favorito *di diritto*, ovvero sia secondo la legge.

⁷⁰⁹ Cfr. Cons. Stato, n. 924/2011; Cons. Stato, n. 2955/2011, e n. 3135/2011, con nota di M. Capizi, in *Osservatorio sulla giurisprudenza amministrativa*, in www.ildirittoamministrativo.it; TAR Calabria, n. 2541/2011. Il Codice, dunque, avrebbe, secondo tali indirizzi, accolto e consacrato a livello normativo l'orientamento giurisprudenziale per il quale nel processo amministrativo non si applica il principio generale di cui all'articolo 2697 c.c. (secondo cui spetta a chi agisce in giudizio

In particolare, una decisione⁷¹¹, di pochi mesi successiva all'entrata in vigore del C.P.A., riconduce l'onere probatorio del giudizio amministrativo entro le regole civilistiche, argomentando non sulla mera base della novella legislativa, ma piuttosto sul mutato ruolo della pubblica amministrazione⁷¹².

In ogni caso, relegare l'esercizio dei poteri officiosi del giudice amministrativo a ipotesi eccezionali non sembra un'ipotesi destinata a cadere nel vuoto, unitamente a quella della generale operatività, nel processo amministrativo, del principio della domanda, nonché a quella dell'onere della prova ex art. 2967 c.c.⁷¹³.

provare i fatti posti a fondamento delle pretese avanzate), ma vige la più attenuata regola dell'onere del principio di prova; tuttavia, è altresì vero che nelle ipotesi in cui siano nella disponibilità della parte interessata gli elementi di prova atti a sostenere la domanda giudiziale, il principio dell'onere della prova, ai sensi dell'articolo 2697 c.c. conserva integro il suo valore. L'attenuazione dell'onere della prova subisce peraltro una deroga nella maggioritaria giurisprudenza nei giudizi risarcitori, in cui è richiesta una rigorosa prova dell'intero danno subito dal ricorrente.

⁷¹⁰ TAR Catania Sicilia, n. 2044/2011: <<Con l'introduzione del codice del processo amministrativo (...) la potestà del g.a. di disporre gli opportuni mezzi probatori è meramente residuale e circoscritta alle sole ipotesi in cui la parte diversa dall'Amministrazione non abbia la disponibilità degli atti posti a fondamento delle doglianze trasfuse nel giudizio o necessiti la prova che atti di parte siano stati dalla stessa acquisiti>>. Cfr. altresì TAR Campania Napoli, n. 26440/2010, che espressamente viene citato nella nota che segue.

⁷¹¹ Cfr. TAR Campania, Napoli, n. 2644/2010: <<Il temperamento del principio dispositivo (proprio del giudizio civile) con quello acquisitivo (peculiare del processo amministrativo), ritenuto necessario in quanto il ricorrente <<non può disporre delle prove, le quali sono in esclusivo possesso dell'autorità amministrativa>> è concetto che andava già rimeditato alla stregua della diversa posizione assegnata alla pubblica amministrazione dalla normativa di cui alla legge 241/1990 (cui va aggiunto almeno il d.Lgs 165/2001 ed il TUEL). Il codice del processo amministrativo ha ulteriormente ribadito e specificato tale impostazione prevedendo (art. 64) che <<Spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni>>, <<il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti nonché i fatti non specificamente contestati dalle parti costituite>>. Ne consegue che il tema probatorio nel giudizio amministrativo è ora essenzialmente assegnato alle parti, sicché il giudice non deve supplire con propri poteri istruttori ad incumbenti cui la parte può diligentemente provvedere anche apprestando tutti i rimedi ordinamentali che la legge predispone. L'istruttoria officiosa subentra dunque quando il giudicante ritenga di dover attivare i suoi poteri d'ufficio al (superiore) fine di decidere, solo dopo però (ripetesi) che le parti abbiano delineato (recte: provato) il tema del contendere. In diversi termini, fattuali e conclusivi il Tribunale giudica la istanza istruttoria de qua occasione processuale di ampliamento eventuale del thema decidendi e non necessaria specificazione di quello già assegnato dal gravame>>.

⁷¹² Si segnala altresì, per completezza, TAR Bari Puglia, n. 16/2011, secondo cui: <<prima della vigenza dell'attuale c.p.a. si discuteva se nell'ambito del processo amministrativo fosse pienamente applicabile il principio civilistico di cui all'art. 2697, potendosi piuttosto far riferimento alla regola del principio di prova: la questione dianzi riferita deve adesso intendersi superata nel senso della piena applicazione delle norme del c.c. art. 2697 e art. 115 c.p.c- dettate sul punto (operatività del processo amministrativo uniforme ai canoni ispiratori di quello civile), a fronte della disposizione di cui all'art. 64 c.p.a. che sottolinea il principio secondo cui spetta alle parti l'onere di fornire la prova dei fatti che sono nella loro disponibilità e che vengono posti a fondamento della pretesa o delle eccezioni>>.

⁷¹³ Altra questione, lungamente dibattuta e legata alla presente problematica, attiene al regime probatorio dei fatti secondari: si deve ritenere che anche per essi valga il principio della domanda, ovvero riguardo ad essi vale l'iniziativa officiosa del giudice? La dottrina maggioritaria è concorde nel

Un'ulteriore notazione di sistema merita di essere fatta. I poteri del giudice amministrativo sempre più si allineano a quelli del giudice ordinario civile⁷¹⁴, in piena concordanza con la metamorfosi sostanziale e processuale che ha interessato le parti del giudizio amministrativo, nonché, prima ancora, la posizione giuridica soggettiva dell'interesse legittimo⁷¹⁵. Si noti, a tal proposito, il contenuto dell'art. 39 C.P.A. L'elemento di maggior rilievo di tale disposizione è il rinvio a disposizioni civilistiche *espressive di principi generali*: l'interpretazione dell'art. 39 C.P.A. porta a concludere per la riconduzione del sistema amministrativo entro l'alveo dei principi generali civilistici⁷¹⁶. E pertanto, si ritiene che il riferimento alle disposizioni del codice di rito civile, in quanto espressione di principi generali, abbia portata bivalente, evidenziando da un lato l'autonomia che caratterizza il giudizio amministrativo, dall'altro il fatto che lo stesso faccia capo ai principi generali enunciati nel codice di procedura civile.

ritenere che anche i fatti secondari rientrino tra gli oneri di allegazione delle parti, alla stregua dell'operatività del principio della domanda e del principio dispositivo (attenuato o meno, a seconda delle impostazioni, dal metodo acquisitivo). La questione evoca quella della distinzione tra fatti principali e secondari nel principio di non contestazione, su cui cfr. *supra*, prima sezione.

⁷¹⁴ I riferimenti al codice civile sono svariati e non possono essere analizzati singolarmente. A mero titolo esemplificativo, preme evidenziare come nel Codice non vi sia più il libero convincimento del giudice quale regola di giudizio probatorio, quanto il prudente apprezzamento, di origine e applicazione prettamente civilistici, che esprime la conseguenza logica del principio dispositivo. D'altra parte, non è mancato chi ha rilevato come nel processo civile sia invalsa ultimamente la tendenza all'attribuzione di poteri officiosi al giudice ordinario, cfr. F. Santangeli, *Dalla legge delega al decreto delegato per il riordino della giustizia amministrativa. La (nuova) fase istruttoria del processo amministrativo e gli indispensabili elementi da desumere dai principi generali del processo*, in *www.judicium.it*, nonché G. Manfredi, *Il regime probatorio*, cit. Gli Autori utilizzano l'argomentazione per osservare l'attenuazione del principio dispositivo anche nel processo civile, a fondamento quindi della piena vigenza del metodo acquisitivo nel processo amministrativo. In particolare, G. Manfredi si sofferma sui rischi di una civilizzazione del processo amministrativo. Diversamente argomenta R. Gisondi, *Nuovi strumenti di tutela*, cit., secondo cui <<l'allargamento degli strumenti di tutela posti a disposizione del giudice amministrativo è stato considerato come il naturale corollario del ruolo tendenzialmente paritario che egli riveste rispetto a quello ordinario, quanto a pienezza ed effettività delle posizioni soggettive devolute alla sua cognizione>>. Cfr. altresì G. Tropea, *L'ibrido fiore della conciliazione*, cit.

⁷¹⁵ Qualunque sia, infatti, l'interpretazione preferita sulla natura di interesse legittimo, è innegabile il salto di qualità che ha visto il medesimo come protagonista nella legislazione, nella giurisprudenza e nella dottrina degli ultimi anni. Cfr. L. Ferrara, *L'azione di adempimento è il traguardo?*, in *Oss. proc. amm.*, settembre 2011.

⁷¹⁶ Cfr. sulla portata dell'art. 39 unitamente a al contenuto dell'art. 44, legge n. 69/2009, F. Santangeli, *Dalla legge delega al decreto delegato*, cit.; cfr. altresì A. Pajno, *Il codice del processo amministrativo*, cit. secondo cui <<la scelta di procedere al coordinamento delle norme del giudizio amministrativo con quelle del codice di procedura civile "in quanto espressione di principi generali" sembra evidenziare una più nuova e diversa visione della stessa giurisdizione amministrativa, non più speciale, ma raccordata con quella ordinaria, nel quadro di una concezione unitaria del sistema di tutela giurisdizionale che trova il proprio fondamento nell'art. 24 Cost.>>. Cfr. anche L. Torchia, *I principi generali*, cit., secondo cui il riferimento alle disposizioni che siano espressione di principi generali fungerebbe da *clausola di apertura* attraverso la quale possono introdursi nel processo amministrativo principi comuni alle due giurisdizioni.

I profili di interpretazione innovativa delineati si scontrano tuttavia con una realtà giuridica complessa.

La difficoltosa accettazione generale di un orientamento favorevole alla piena operatività nel giudizio amministrativo del principio dispositivo *ex art. 2967 c.c.* non va addebitata unicamente al radicamento della concezione opposta, ma trova elementi di obiettiva complessità pratico – applicativa nella stessa conformazione del processo amministrativo. Nonostante, infatti, il Codice del 2010 abbia apportato elementi a favore dell'operatività del principio dispositivo, permangono da un lato le ambiguità di fondo della legge⁷¹⁷ e dall'altro le inadeguatezze di un sistema processuale che non assicura ancora una vera e propria parità tra le parti, né un effettivo sistema di preclusioni, difettando, in ultima analisi, anche una fase istruttoria distinta e autonoma rispetto a quella decisionale.

3. Il principio di non contestazione ai sensi dell'art. 64, comma 2, d.lgs. n. 104/2010: problematiche interpretative e applicative.

L'analisi sinora svolta ha reso evidente il percorso di diffusione della non contestazione, dapprima dalla giurisprudenza civile lavoristica a quella civile ordinaria, per poi essere trasfuso in diritto positivo all'interno della riforma del codice civile del 2009. A partire da quel momento la non contestazione è stata importata anche nel processo amministrativo, inizialmente mediante le sentenze dei tribunali regionali e del Consiglio di Stato, per poi essere, da ultimo, codificata nel 2010, mediante l'art. 64, comma 2 del D.lgs. n.104/2010⁷¹⁸.

La disposizione è di contenuto analogo all'art. 115 c.p.c. e a una prima lettura sembrerebbe di facile interpretazione. Vedremo invece come siffatto principio crea non pochi dubbi e contraddizioni nel sistema amministrativo. A seconda della portata e del *modus operandi* attribuiti alla non contestazione amministrativa, la stessa può

⁷¹⁷ Cfr. C. Lamberti, *Primi orientamenti*, cit.: <<l'ambigua formula dell'art. 63, comma 1, C.P.A. ricorda sin troppo quella dell'art. 44 del r.g.n. 1054/1924 (la sezione può richiedere all'amministrazione interessata nuovi chiarimenti e documenti). E questo senza troppo riflettere che nel Codice il soggetto al quale il giudice si rivolge sono entrambe le parti, mentre nel T.U. Cons. Stato è la sola amministrazione>>.

⁷¹⁸ Art. 64, d.lgs. n. 104/2010: <<Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti nonché i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite>>. Cfr. sul tema F. G. Scoca, *Commento dell'art. 64 C.P.A.*, cit.; P. Chirulli, *Onere della prova, regola del giudizio e libero convincimento del giudice*, ne *Il nuovo processo amministrativo, commentario sistematico diretto da Roberto Caranta*, Zanichelli, 2011, pp. 560 e ss.; F. Follieri, *Il principio di non contestazione*, cit.; G. Tropea, *Considerazioni sul principio di non contestazione*, cit.; C. Lamberti, *Primi orientamenti sulla prova*, cit.

infatti rappresentare il paradigma della spaccatura tra il vecchio ed il nuovo modello processuale⁷¹⁹.

Premesso ciò, l'attenzione si soffermerà principalmente sui problemi di conciliabilità teorico – pratica della non contestazione nell'attuale sistema istruttorio amministrativo⁷²⁰, per poi trattare di alcuni tra i più importanti ostacoli che l'istituto incontra nell'ambito del giudizio amministrativo, e in particolare del rapporto con i poteri officiosi del giudice e della mancanza di un sistema di preclusioni e decadenze che finisce con il vanificare la portata innovativa dell'art. 64, comma 2 C.P.A.⁷²¹.

Innanzitutto, la *ratio* dell'istituto e quindi il suo fondamento e la sua conseguente operatività concreta nel processo non possono essere analizzati senza tenere conto delle teorie civilistiche⁷²². Nella difficoltà di rinvenire la collocazione sistematico – razionale della non contestazione, occorre muovere dalle caratteristiche negative della medesima, riscontrando cosa non rientri nella logica concezione dell'istituto.

Ebbene, a questo proposito è da escludere la riconduzione della non contestazione amministrativa nell'alveo dei comportamenti processuali delle parti, valutabili alla stregua di argomenti di prova ai sensi dell'art. 64, comma 4 c.p.a., di contenuto analogo all'art. 116 c.p.c.⁷²³. E ciò principalmente per motivi di interpretazione letterale della norma, che equipara espressamente i fatti non contestati alle <<prove proposte dalle parti>> e non quindi agli <<argomenti di prova>>: l'effetto della non contestazione sono *prove*, non argomenti di prova⁷²⁴.

Del pari da rifiutare è l'introduzione, mediante la non contestazione, di una sorta di prova legale, categoria che peraltro non trova (tuttora) luogo nell'ambito del giudizio amministrativo⁷²⁵.

⁷¹⁹ Cfr. G. Tropea, *Considerazioni sul principio di non contestazione*, cit., dove si legge che <<la codificazione del principio di non contestazione svela una tendenza del legislatore a soggettivizzare non semplicemente il momento dell'allegazione, ma più in profondità lo stesso principio di trattazione, che si vuole per tradizione legato al c.d. metodo acquisitivo>>.

⁷²⁰ Come evidenziato *supra*, in questa sezione, al § 2, l'istruttoria amministrativa è uno degli aspetti di maggior intensità problematica del nuovo Codice del 2010. Il punto di partenza della trattazione successiva sarà quindi la consapevolezza della complessità e contraddittorietà dell'assetto attuale, sia per le esaminate ambiguità normative, che per la caotica applicazione giurisprudenziale e, non ultimo, per le divergenti impostazioni dottrinali.

⁷²¹ L'interpretazione giurisprudenziale della non contestazione non costituisce oggetto del presente paragrafo, ma sarà trattata autonomamente *infra*, § 5.

⁷²² Su cui si veda *supra*, in questo capitolo, prima sezione.

⁷²³ Cfr. F. Follieri, *Il principio di non contestazione*, cit. Ciononostante, la giurisprudenza non ha preso, in talune occasioni, una chiara posizione a riguardo, cosicché è facile leggere decisioni in cui la non contestazione viene indistintamente ricondotta sia nel concetto di prova, che in quello di comportamento processuale, si veda *infra* § 5. La portata della non contestazione quale argomento di prova è favorita da chi, sostenendo l'indisponibilità dell'interesse legittimo e quindi la non applicabilità della non contestazione quale mezzo di definizione del *thema probandum*, cerca comunque una pratica operatività dell'istituto.

⁷²⁴ Cfr. in questo senso parte della giurisprudenza amministrativa, *infra*, § 5.

⁷²⁵ Soccorre a favore (anche) di questa esclusione la lettera della legge. Il legislatore, avendo posto sullo stesso piano le prove e la non contestazione di fatti, evidentemente ha inteso sottoporre

Le predette esclusioni interpretative vanno di pari passo con la dottrina civilistica, che le ha a sua volta negate con riferimento al giudizio civile, optando per lo più a favore di una concezione della non contestazione quale *relevatio ab onere probandi*, che non attribuisce la qualità della veridicità ai fatti in questione (vincolante per il giudice), ma della *pacificità*, collocandosi peraltro in un momento – quello della delimitazione del *thema probandum* – anteriore alla fase istruttoria⁷²⁶.

L'accoglimento di tale impostazione nulla toglie al fatto che anche nel processo amministrativo la non contestazione influisca sulla distribuzione tra giudice e parti dei poteri di governo del processo, sotto il profilo della disponibilità della domanda e della situazione soggettiva dedotta in giudizio ovvero sotto il profilo della distribuzione dei poteri, degli oneri e degli obblighi istruttori.

A questo proposito, si ritiene che la codificazione della non contestazione sia complementare a una concezione di *processo di parti*⁷²⁷, la quale a sua volta va di pari passo con il principio della terzietà del giudice. Ciononostante, tra il concetto

ambidue al metodo valutativo del prudente apprezzamento del giudice, ai sensi dell'art. 64, comma 2, d.lgs. n. 104/2010. A ulteriore riprova, cfr. art. 63, comma 5, che esclude l'interrogatorio formale e il giuramento nel processo amministrativo. Sul punto, cfr. F. G. Scoca, *Commento all'art. 63*, cit., che critica l'esclusione delle prove legali nel processo amministrativo dato che il codice del processo amministrativo avrebbe fondato l'abbandono del metodo acquisitivo, a favore del principio dispositivo e dato che vige non più la regola del libero convincimento del giudice, ma del suo prudente apprezzamento. Giustifica la mancata previsione di prove legali nel giudizio amministrativo F. Follieri, *Il principio di non contestazione*, cit., che acutamente nota come il comma 4 dell'art. 64 condensi i due commi che compongono l'art. 116 c.p.c., con la significativa esclusione dell'inciso, presente nella disposizione codicistica, <<salvi i casi previsti dalla legge>>, che indicherebbe i casi nei quali il prudente apprezzamento del giudice non trova spazio, ossia le prove legali. L'esclusione nel codice del 2010 dell'interrogatorio formale e del giuramento rappresenta il dato positivo insuperabile rispetto alla difficile applicazione della non contestazione nel processo amministrativo, cfr. G. Tropea, *Considerazioni sul principio di non contestazione*, cit.

⁷²⁶ Si rinvia sul punto a quanto già detto *supra*, prima sezione.

⁷²⁷ Cfr. F. Santangeli, *Dalla legge delega al decreto delegato*, cit., nonché G. Tropea, *L'ibrido fiore della conciliazione*, cit. che, nonostante alcune riserve per alcune ipotesi in cui pare ardua la *soggettivizzazione* del giudizio, dice: <<la struttura del processo amministrativo, anche ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost., è quella propria di un processo di parti, in cui spetta alle parti e non al giudice il potere di determinare l'oggetto del giudizio, spetta alle parti la disponibilità delle domande e dunque la signoria in ogni fase e stato del giudizio>>. Cfr. *contra* F. Follieri, *Il principio di non contestazione*, cit. Cfr. altresì L. Torchia, *I principi generali*, vit., che evidenzia come nel passaggio dalla bozza di Codice del Consiglio di Stato alla versione definitiva rivista dal Governo è stata eliminata la qualificazione in termini di effettività del principio di parità delle parti, ma la modifica <<non dovrebbe avere conseguenze significative, dato che l'effettiva parità delle parti può essere agevolmente desunta dal principio costituzionale del giusto processo>>. Cfr. F. Merusi, *Il codice del <<giusto>> processo amministrativo*, cit., dove, a proposito dell'*iter* di formazione del nuovo Codice, si legge: <<Un anonimo sforbiciatore, che ha affermato di agire in nome del Ministro del Tesoro per contenere un possibile aumento della spesa pubblica, ha surrettiziamente mutilato il testo predisposto da una apposita commissione costituita in esecuzione della legge delega presso il Consiglio di Stato e ci ha aggiunto qualcosa di suo per trasformare, quel che doveva essere un processo paritario, in una sorta di giustizia domestica preunitaria>>. Sul raffronto tra bozza del Consiglio di Stato e testo definitivo, cfr. diffusamente R. Chieppa, *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, cit.

astratto e l'effettiva realizzazione dello stesso si frappongono obiettive complessità che originano, tutte, da una tradizionale impostazione del sistema amministrativo, sostanziale e processuale.

È quindi evidente come in un'impostazione del processo che valorizzi, più o meno consapevolmente, la tutela impugnatoria dell'atto quale garanzia principale del rapporto giudiziale tra pubblica amministrazione e cittadino, la non contestazione non possa trovare un'adequata collocazione. Anzi, l'istituto sarebbe forse destinato a non trovare neanche pratica applicazione, restando una mera affermazione di principio.

Il processo amministrativo *atto-centrico* è infatti lo specchio di un ruolo non paritario tra pubblica amministrazione e privati; l'atto quale manifestazione materiale del potere amministrativo e del perseguimento del pubblico interesse si pone agli antipodi di una concezione che invece valorizza il *rapporto*⁷²⁸ tra il soggetto pubblico e quello privato⁷²⁹.

Un autentico *processo tra parti*⁷³⁰ (e, quindi, anche il principio di non contestazione) non può realizzarsi, se non ammettendo che l'oggetto del giudizio amministrativo è la *pretesa* del soggetto, con ciò intendendosi l'attribuzione al medesimo delle utilità previste dalla legge, sulla base dei corollari dell'effettività e

⁷²⁸ Per spunti interessanti della valorizzazione del *rapporto* ai fini della terzietà e imparzialità della giurisdizione amministrativa, oltre la tradizionale impostazione di interesse legittimo e di giudice amministrativo quale giudice dell'interesse pubblico, si rinvia a C. Marzuoli, *Note in tema di indipendenza*, cit.

⁷²⁹ Cfr. C. Lamberti, *Primi orientamenti sulla prova*, cit., secondo cui «la giurisprudenza sui poteri del giudice amministrativo si può raggruppare secondo due diverse linee argomentative: l'una, propria del processo di annullamento, privilegia ancora l'acquisizione documentale per la ricostruzione dei fatti contenuti nel documento e su questo presupposto continua ad avvalersi dell'amministrazione e dei suoi organi per sopperire, con esercizio dei poteri officiosi, alle lacune delle prospettazioni delle parti. L'altra propria delle azioni di accertamento e di condanna che considera l'istruttoria la modalità per stabilire la titolarità dell'interesse fatto valere, rispetto alla quale il giudice non esercita poteri officiosi, ma il prudente apprezzamento dell'art. 115 c.p.c. sulle prove proposte dalle parti salvi i casi stabiliti dalla legge». L'abbandono della preminenza dell'azione di annullamento nel giudizio amministrativo come disciplinato nel nuovo codice è argomento attuale soprattutto nel dibattito tra tipicità ed atipicità delle azioni esperibili, cfr. *ex multis* M. Clarich, *Le azioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, pp. 1121 e ss.; A. Carbone, *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*, nota a TAR Milano Lombardia, n. 1428/2011, in *Foro amm. TAR*, 2011, pp. 1499 e ss.; R. Gisondi, *La disciplina delle azioni*, cit.; per il collegamento tra atipicità della tutela e assimilazione dell'interesse legittimo al diritto soggettivo, cfr. L. Ferrara, *L'azione di adempimento è il traguardo?*, cit.

⁷³⁰ Cfr. M. Protto, *Le garanzie di indipendenza*, cit., secondo cui «Tutte le altre argomentazioni, che rinviano ad aspetti estranei al rapporto processuale (indisponibilità dell'oggetto, rilevanza dell'interesse pubblico, etc.), sono incompatibili con la configurazione del processo amministrativo come processo di parti e finiscono per connotare i poteri del giudice in modo incompatibile con il principio di terzietà».

della pienezza di tutela, della valorizzazione del contraddittorio e, non ultimo, della gestione del processo a opera delle parti⁷³¹.

Alla luce di quanto sinora esposto, il principio ha una difficile collocazione sistematica all'interno di un sistema processuale nel quale continua a incombere fortemente il metodo acquisitivo, nonostante che l'art. 63 del nuovo Codice sia ritagliato sul modello civilistico (*ex art. 2967 c.c.*) dove le parti sono tenute a fornire la prova atta a fondare il convincimento del giudice.

Andiamo adesso a occuparci delle caratteristiche della non contestazione alla luce dei principali ostacoli teorici e pratici che incontra nel giudizio amministrativo⁷³².

In primo luogo, il fattore temporale. Nel processo civile, la distinzione tra fase preparatoria e fase istruttoria consente di ritenere che, salva la rimessione in termini, non siano ammissibili contestazioni successive alla conclusione della fase preparatoria⁷³³. Di contro, il processo amministrativo non ha una vera e propria distinzione in fasi⁷³⁴, e – ciò che più conta – in esso il termine di costituzione delle parti convenute è da sempre ritenuto ordinatorio⁷³⁵, quindi carente di ricadute in termini di decadenza o di preclusione⁷³⁶. Da ciò deriverebbe l'impossibilità di

⁷³¹ Cfr. F. G. Scoca, *Commento all'art. 64*, cit. secondo cui <<il principio di non contestazione fa risaltare ancora una volta il carattere dispositivo del processo amministrativo>>.

⁷³² Un problema applicativo della non contestazione nel giudizio amministrativo è dato dalla strutturale pluralità di parti del medesimo, cui consegue la difficile realizzazione di una regola pensata per un giudizio in cui si fronteggiano due parti, cfr. P. Chirulli, *Onere della prova*, cit.

⁷³³ Cfr. *ex multis* A. Proto Pisani, *Allegazione dei fatti*, cit. e cfr. *supra*, prima sezione.

⁷³⁴ <<In un processo deconcentrato, senza distinzione tra fase preparatoria e fase istruttoria viene esaltata la provvisorietà della non contestazione. Viceversa, in un sistema scandito da preclusioni, dalla distinzione tra fase preparatoria e fase istruttoria la non contestazione tende a diventare definitiva>>, così A. Proto Pisani, *Allegazione dei fatti*, cit. Rileva la mancanza di una vera e propria fase istruttoria anche C. Lamberti, *Primi orientamenti sulla prova*, cit., che peraltro evidenzia la <<diffidenza>> del Codice per la figura del giudice istruttore. Sul punto, si vedano i rilievi di A. Corpaci, *Il codice del processo amministrativo*, cit., pp. 620 - 621.

⁷³⁵ Cfr. *ex multis* Cons. Stato, n. 3718/2009. La natura ordinatoria dei termini è stata confermata anche nella Relazione di accompagnamento al Codice del Processo amministrativo. Cfr. G. Tropea, *Considerazioni sul principio di non contestazione*, cit.; cfr. altresì A. Travi, *Considerazioni sul recente codice del processo amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2010, pp. 597 e ss., il quale evidenzia come per alcuni la perentorietà del termine di costituzione potrebbe porsi in disaccordo con l'avvertita indisponibilità dell'interesse pubblico dedotto in giudizio.

⁷³⁶ Ai sensi dell'art. 46, d.lgs. n. 104/2010 <<Nel termine di 60 giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notificazione del ricorso, le parti intimare possono costituirsi, presentare memorie, fare istanze, indicare i mezzi di prova di cui intendono valersi e produrre documenti. (...)>>. L'espressione non doverosa, ma potenziale degli adempimenti e la mancanza di sanzioni o preclusioni in caso di inosservanza hanno consolidato la natura ordinatoria del termine previsto nella disposizione, con la conseguente prassi secondo cui nel termine indicato le p.a. si costituiscono solo formalmente, con una memoria *di stile* in cui si chiede soltanto la reiezione del ricorso, svolgendo invece le proprie reali difese nel termine di cui all'art. 73, d.lgs. n. 104/2010, con evidente compressione del contraddittorio. Per una diffusa analisi sulle preclusioni nel processo amministrativo, seppure *ante codicem*, cfr. F. Saitta, *Il regime delle preclusioni nel processo amministrativo tra ricerca della verità materiale e garanzia della ragionevole durata del giudizio*, in

configurare una contestazione tardiva, difettando qualsiasi termine temporale di riferimento.

Il rilievo rende manifesta l'inadeguatezza del sistema ad assicurare la parità delle armi su cui poggia l'effettività della tutela⁷³⁷: emergono (di nuovo) le contraddizioni di un giudizio ancora a metà tra vecchio e nuovo. È stato anche rilevato come la mancanza di un onere di prendere posizione, a pena di decadenza sui fatti indicati dal ricorrente si evinca non solo dalla natura ordinatoria dei termini di costituzione, ma altresì dal fatto che l'art. 46 c.p.a. prevede una serie di attività, tra cui non figura espressamente quella di contestazione⁷³⁸.

Ne deriverebbe che questa potrebbe avvenire anche nell'udienza di merito, in un momento successivo all'espletamento dell'istruttoria, con evidente inutilità, ovvero con l'effetto di imporre un regresso del processo alla fase istruttoria.

È quindi necessario che il processo amministrativo diventi non solo un processo di parti, ma di parti *responsabili* dei propri comportamenti processuali, omissivi o commissivi. Tale tendenza necessita, però, di essere suffragata in ogni aspetto del processo amministrativo, a partire dal termine di costituzione in giudizio delle parti convenute.

Al problema appena evidenziato deve aggiungersi anche quello relativo alla necessità di valorizzare il contraddittorio nel giudizio amministrativo, ai fini dell'operatività del principio di non contestazione⁷³⁹; sotto questo aspetto, il Codice

www.giustizia-amministrativa.it; Cfr. L. Ferrara, *Allegazione dei fatti*, cit, secondo cui <<Il rispetto del principio del contraddittorio richiede l'abbandono di quella prassi e di quella giurisprudenza, assolutamente consolidate, che interpretano l'anzidetto termine come ordinatorio (e non come termine perentorio), consentendo alla p.a. di "sparare le sue cartucce" entro i dieci giorni dall'udienza (...)>>. Criticano la mancanza di una fase istruttoria nel processo amministrativo R. Chieppa, *Il codice del processo amministrativo*, cit. nonché G. Tropea, *Considerazioni sul principio di non contestazione*, cit., che evidenzia come la non contestazione possa svolgere un'effettiva funzione di semplificazione nel processo amministrativo solo ove non possa essere cronologicamente illimitata.

⁷³⁷ Così C. Lamberti, *Primi orientamenti sulla prova*, cit., che evidenzia come <<di fronte ad un quadro probatorio monco e lacunoso perché mancante della prospettazione delle controparti sino alla trattazione del merito, è inevitabile il concorso del giudice nel completamento materiale istruttorio ed il conseguente esercizio dei poteri officiosi contenuti negli artt. 63, comma 1, 64, comma 3, e 65, comma 3>>. Cfr. altresì F. Merusi, *Il codice del <<giusto>> processo amministrativo*, cit.: <<dal punto di vista strutturale, il processo amministrativo deve garantire il principio di parità delle parti e del contraddittorio in ogni fase, e dal punto di vista funzionale la giurisdizione amministrativa deve assicurare una tutela piena ed effettiva>>, nonché M. Protto, *Le garanzie di indipendenza*, cit.

⁷³⁸ Cfr. F. Follieri, *Il principio di non contestazione*, cit.

⁷³⁹ Cfr. TAR Molise, n. 712/2009, che, seppure *ante* codice, è una sentenza interessante, in quanto delinea un profilo applicativo del principio di non contestazione. Enuncia infatti il Collegio come non sia applicabile la non contestazione al caso di specie, per non essersi costituita l'amministrazione convenuta. La sfera di operatività della non contestazione, quindi, è il contraddittorio tra le parti costituite e non può venire invocata o applicata nel caso in cui una parte sia contumace, come del resto dispone l'art. 64, comma 2, d.lgs. n. 104/2010 nella locuzione <<parti costituite>>. Nell'ipotesi di mancata costituzione della parte convenuta, l'onere probatorio è interamente a carico di parte ricorrente, che, se da un lato non dovrà difendersi da alcuna eccezione

ha fatto qualche passo in avanti rispetto all'assetto precedente⁷⁴⁰, ma la strada da compiere è ancora lunga⁷⁴¹.

L'altro aspetto sul quale preme soffermarsi è quello relativo al rapporto tra il principio di non contestazione e l'esercizio dei poteri officiosi da parte del giudice. Il tema è stato in parte già messo in evidenza laddove si sono evidenziate le caratteristiche del sistema istruttorio amministrativo a fronte del nuovo assetto delineato dal Codice del 2010⁷⁴².

Le opinioni non sono concordi e, come vedremo, le sentenze sul punto sono di contenuto variegato. Contribuisce alla soluzione alla problematica il diritto sostanziale e, soprattutto, il modo di intendere la relazione giuridica soggettiva tra le parti⁷⁴³.

Ebbene, laddove si ritenga pienamente operante nel processo amministrativo il principio dispositivo, attribuendo quindi ai poteri istruttori *ex officio* del giudice la caratteristica dell'eccezionalità, si dovrebbe concludere nel senso di una riduzione dell'*ingerenza* officiosa dell'organo giudicante, anche (e soprattutto) in virtù del principio di non contestazione. Infatti, a stretto rigore il giudice *non potrebbe* esercitare poteri d'ufficio laddove non vi sia stata una specifica contestazione che abbia reso un fatto incerto e anche in questa ipotesi, comunque, l'intervento del giudice è da intendere come residuale rispetto a quello delle parti, su cui grava l'onere probatorio⁷⁴⁴.

Non si intende, con ciò, sostenere che non debbano esserci poteri di iniziativa istruttoria officiosa del giudice amministrativo – cosa che non avrebbe senso,

(non essendo costituita la controparte), dall'altro lato non potrà usufruire di eventuali alleggerimenti dell'*onus probandi*.

⁷⁴⁰ Cfr. G. Tropea, *Considerazioni sul principio di non contestazione*, cit., il quale mette in luce che <<ai sensi dell'art. 46, comma 1, il termine per la costituzione delle parti intimato è di sessanta giorni, a decorrere dal perfezionamento della notificazione del ricorso nei loro confronti, dunque non è più quantificato nei venti giorni successivi a quelli stabiliti per il deposito del ricorso. (...) Inoltre il termine di costituzione non viene più preso a riferimento per il computo di ulteriori termini, e ciò semplifica il sistema dei termini processuali>>; sempre nel senso di un mutamento di indirizzo ad opera del codice del 2010, l'Autore nota la disposizione *ex art. 73, comma 1, d.lgs. n. 104/2010*, secondo cui le parti possono presentare le repliche alle memorie nel rispetto dei termini ivi previsti, dichiarati dalla giurisprudenza come perentori, cfr. Cons. Stato, n. 1970/2011. Cfr., a favore dell'introduzione nel processo amministrativo dell'interrogatorio libero, F. G. Scoca, *Commento all'art. 64*, cit. Si evidenzia a questo proposito come nel processo civile, in particolare nel rito del lavoro, l'interrogatorio libero sia strumento indispensabile di attuazione effettiva del principio di non contestazione.

⁷⁴¹ Cfr. P. Chirulli, *Onere della prova*, cit.

⁷⁴² Cfr. *supra*, in questa sezione, § 2.

⁷⁴³ Su cui cfr. *infra*, § 4.

⁷⁴⁴ In tale ottica, l'inciso di cui all'art. 64, comma 2, d.lgs. n. 104/2010 <<salvi i casi previsti dalla legge>> indicherebbe l'eccezione dell'utilizzo di poteri officiosi del giudice rispetto alla regola generale della non contestazione. Così, peraltro, G. Tropea, *Considerazioni sul principio di non contestazione*, cit.: <<(...) forse si potrebbe prestare maggiore attenzione all'incipit dell'art. 64, comma 2, sottolineando come gli "altri casi previsti dalla legge" esclusi dall'applicazione della norma possano essere proprio quelli di cui agli artt. 63, comma 2, e 64, comma 4>>.

soprattutto considerando alcune norme civilistiche che li disciplinano nel relativo processo⁷⁴⁵ – quanto piuttosto evidenziare l’inopportunità di una generalizzazione di essi, limitandone l’utilizzo a ipotesi eccezionali e comunque derogatorie.

È da dire in ogni caso che parte della dottrina⁷⁴⁶ diffida dall’operatività della non contestazione nell’ambito della tradizionale concezione del processo amministrativo, a fronte dei poteri officiosi del giudice propri del cosiddetto metodo acquisitivo. E ciò sarebbe sussidiato dal disposto dell’art. 64 c.p.a., che ha mantenuto ampi poteri di iniziativa istruttoria del giudice, nonché a fronte dell’inciso «salvi i casi previsti dalla legge», di cui al comma 2 del medesimo articolo, che, riferendosi alle prove acquisite d’ufficio dal giudice, ammetterebbe espressamente deroghe all’onere probatorio in capo alle parti.

È altresì da aggiungere che tuttora permane la tendenza a considerare l’azione di annullamento come la prevalente nel processo amministrativo⁷⁴⁷, con la conseguente resistenza ad abbandonare gli schemi tipici di essa, tra i quali il cosiddetto *onere del principio di prova*, secondo la disciplina dell’art. 44 R.D. n. 1054/1924⁷⁴⁸. A ciò si lega tutta la diatriba sul regime codicistico (tipico o atipico, a seconda dell’orientamento favorito) delle azioni giudiziali a garanzia del privato e sul tipo di tutela che il giudice amministrativo può apprestare con riferimento, in particolare, al contenuto delle pronunce⁷⁴⁹.

⁷⁴⁵ Cfr., per quel che riguarda il rito ordinario, l’art. 213 c.p.c. (completato dall’art. 94 disp. att. c.p.c.) e, quanto al rito lavoro, l’art. 421 c.p.c.

⁷⁴⁶ Cfr. F. Follieri, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, cit., il quale innanzitutto ritiene non pertinente, ai fini dell’esame del rapporto tra poteri del giudice e non contestazione, l’art. 63, comma 1, d.lgs. n. 104/2010, il quale dispone che il giudice possa «chiedere alle parti anche d’ufficio chiarimenti o documenti», fermo, però, restando l’onere della prova. Secondo l’Autore, tale norma, per evitare di scoprire la contraddizione che la caratterizza deve essere interpretata in modo da restringere tale potere agli elementi di prova che esulano dall’onere della prova e, quindi, da limitare l’esercizio di tale iniziativa officiosa agli elementi che esulano dalla disponibilità della parte che ha allegato il fatto. Elementi che per l’Autore esulano anche dall’onere di contestazione, proprio in quanto non nella disponibilità della parte. La norma, perciò non inciderebbe sui fatti da contestare. *Contra*, cfr. A. Corapaci, *Il codice del processo amministrativo*, cit., p. 616: «il valore del precetto secondo cui il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti, nonché i fatti non specificamente contestati dalle parti costituite, non può dirsi, a mio avviso, sminuito dalle eccezioni consentite («salvi i casi previsti dalla legge»). Quelle eccezioni, infatti, tali rimangono, ristrette come sono ai casi in cui le parti non abbiano disponibilità degli elementi di prova».

⁷⁴⁷ Con tutti i corollari che la prevalenza dell’azione di annullamento reca con sé, quali la concezione impugnatoria del giudizio, lo svilimento della tutela effettiva dell’interesse legittimo e la marginalizzazione del rapporto tra cittadino e p.a., venendo in rilievo principalmente l’atto. Sul superamento della limitazione della tutela dell’interesse legittimo al solo modello impugnatorio, cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 3/2011, con nota di F. Cortese, *L’Adunanza Plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, pp. 963 e ss.

⁷⁴⁸ C. Lamberti, *Primi orientamenti sulla prova*, cit. rileva infatti la differenza tra la il processo di annullamento - caratterizzato da un più forte utilizzo dei poteri istruttori da parte del giudice amministrativo - e altri tipi di tutela, come l’accertamento e la condanna.

⁷⁴⁹ Cfr. art. 34 e art. 31, d.lgs. n. 104/2010.

Gli orientamenti, quindi, non sono univoci⁷⁵⁰ e riflettono la divergenza di opinioni che caratterizza, in generale, la concezione del sistema istruttorio amministrativo e l'operatività o meno del principio dispositivo alla stessa stregua del processo civile⁷⁵¹.

Gli oggettivi inconvenienti e le disarmonie descritte⁷⁵² rischiano di minare l'operatività della non contestazione e del suo effetto semplificatorio nel giudizio amministrativo. Tuttavia, la consapevolezza di siffatti limiti processuali non può essere intesa quale elemento di per sé indicativo dell'inconciliabilità con esso dell'istituto in esame. La prospettiva, infatti, deve partire pur sempre dai principi cardine di cui agli artt. 1 e 2 C.P.A., nell'applicazione dei quali le disposizioni processuali devono muoversi.

Una volta ricostruita la *ratio* del principio di non contestazione alla stregua del principio del giusto processo e in considerazione altresì dello stretto legame tra l'istituto e una nuova concezione del rapporto tra p.a. e privato, è chiaro che tutti i problemi applicativi esposti non sono che conseguenze e inconvenienti pratici di un sistema *in fieri*, che deve ancora essere costruito⁷⁵³. Il fatto, quindi, che vi siano serie e obiettive difficoltà applicative non deve indurre a ritenere non operativo il principio di non contestazione nel processo amministrativo, ma deve fungere da stimolo per un ripensamento generale del sistema.

⁷⁵⁰ Cfr. C. Lamberti, *Primi orientamenti sulla prova*, cit., che evidenzia le incongruenze del sistema, nonostante «l'evidente opzione del Codice per il principio dispositivo, nel quale il potere officioso del giudice è limitato ai soli casi previsti dalla legge». L'Autore evidenzia anche la differenza tra l'art. 63, comma 1, d.lgs. n. 104/2010 e l'art. 44 R.D. n. 1054/1924: mentre nella norma codicistica il giudice si rivolge a entrambe le parti, nel sistema previgente si faceva espresso riferimento solo alla pubblica amministrazione.

⁷⁵¹ A tal proposito, cfr. *supra*, prima sezione § 2.

⁷⁵² Molte altre discrasie potrebbero essere rilevate con riferimento all'operatività pratica della non contestazione. Una su tutte, evidenziata da G. Tropea, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, cit. e da F. Follieri, *Il principio di non contestazione*, cit., ove si osserva che l'onere di contestazione a carico della p.a. si tradurrebbe nella dichiarazione di non conoscere un fatto rilevante per l'adozione del provvedimento, con il risultato di un'ammissione di difetto di istruttoria e conseguente potenziale annullamento dell'atto per il vizio di carenza di istruttoria procedimentale.

⁷⁵³ Non la pensa così F. Follieri, *Il principio di non contestazione*, cit., secondo cui «i dubbi in ordine all'oggetto dell'onere di prendere posizione (o, perlomeno, i più rilevanti fra essi) sono gli stessi che aleggiavano sull'onere probatorio nel processo amministrativo, perché questi due oneri condividono tale elemento. È l'effettiva vigenza del principio dispositivo che si riverbera sul principio di non contestazione il quale, evidentemente, risente delle incertezze, ancora non completamente fugate, che aleggiavano sul primo. (...) Ciò induce a riformulare le considerazioni introduttive: la previsione del principio di non contestazione non può essere considerata, ex se, né un indice della disponibilità della domanda o dell'oggetto del processo, né dell'accentuazione della caratterizzazione del processo amministrativo come processo di parti. Solo se si chiarirà la portata del principio dispositivo nell'istruttoria del processo amministrativo, si potrà affermare che il principio di non contestazione è qualcosa di più che un'affermazione, per l'appunto, di principio».

4. Il principio di non contestazione quale elemento a favore di una nuova concezione di interesse legittimo.

Abbiamo già evidenziato come nella dottrina e nella giurisprudenza civilistiche la disponibilità delle posizioni giuridiche fatte valere nel relativo giudizio sia una caratteristica che va di pari passo con la non contestazione quale strumento di selezione del *thema probandum*⁷⁵⁴.

Occorre adesso vagliare la conciliabilità di tale limitazione con l'operatività dell'istituto nel processo amministrativo, nel quale il privato fa valere una posizione di interesse legittimo.

Le difficoltà del rapporto tra interesse legittimo e principio di non contestazione derivano dalla ritenuta natura indisponibile del primo⁷⁵⁵, in quanto posizione giuridica coinvolta nell'ambito di una vicenda di esercizio di un potere pubblico. Come già illustrato nella prima parte del lavoro, la possibilità di riscontrare i caratteri della *disponibilità* nella posizione giuridica soggettiva vantata dal cittadino va ricercata nel diritto sostanziale e si pone quale *prius* logico rispetto alla vigenza (o meno) del principio dispositivo nel processo, in particolare nell'ambito dell'istruttoria⁷⁵⁶.

Posto ciò, in ogni caso il raccordo tra l'interesse legittimo e il principio di non contestazione implica una visione estesa agli aspetti processuali del rapporto tra p.a. e privato.

⁷⁵⁴ Sebbene occorra dare atto che anche nel processo civile l'indisponibilità quale limite all'operatività della non contestazione risente di attenuazione nel momento in cui a questa non venga attribuito valore vincolante del convincimento del giudice. Diverso è, invece, se al principio in questione sia dato valore di *relevatio ab onere probandi*, che impedisce l'iniziativa istruttoria officiosa del giudicante, parifica le parti nella vigenza del principio della domanda e dell'onere probatorio *ex art. 2697 c.c.*, valorizza il contraddittorio e rende più celere il processo. Non si può peraltro omettere di rilevare che la non contestazione da sempre operi, nel giudizio civile, prevalentemente all'interno del rito del lavoro, ove spesso sono fatti valere diritti indisponibili. Sul punto, si richiama di nuovo la natura della non contestazione, che produce effetti sul piano degli oneri probatori delle parti e non sulla veridicità dei fatti oggetto della stessa: il comportamento non contestativo rende i fatti non controversi, quindi né *veri*, né *provati* e il giudice ben potrebbe ritenerli sussistenti, a fronte di altre risultanze probatorie.

⁷⁵⁵ L'indisponibilità dell'interesse legittimo è stata studiata soprattutto con riferimento al tema della non compromettibilità in arbitrato delle suddette posizioni giuridiche soggettive, su cui cfr. E. Righetti, A. Piotto, *L'arbitrato nella giurisprudenza italiana*, cit., 2005, p. 55; S. Nicodemo, *Arbitrato e giurisdizione*, cit.; L. Ferrara, *L'ordinamento sportivo e l'ordinamento statale*, cit., pp. 1218 e ss., che parla di <<dogma dell'indisponibilità degli interessi legittimi>>; F. G. Scoca, *La capacità della pubblica amministrazione*, cit. Per la trattazione della compromettibilità in arbitrato degli interessi legittimi, si veda *infra*, capitolo III.

⁷⁵⁶ Cfr. G. Tropea, *Considerazioni sul principio di non contestazione*, cit.: <<Se si dovesse ritenere che il metodo acquisitivo è legato non tanto alla disparità fra parte pubblica e parte privata, quanto all'indisponibilità dell'interesse nel processo amministrativo, si finirebbe per accrescere la distanza tra metodo acquisitivo e principio di non contestazione>>.

A questo proposito si può richiamare, quale principale elemento indicativo dell'evoluzione dell'interesse legittimo, il riferimento del D.lgs. n. 104/2010 all'effettività della tutela quale principio guida del processo amministrativo⁷⁵⁷, dal quale deriva la possibilità di esperire azioni e di pronunciare sentenze soddisfattive della pretesa, contenenti l'accertamento dell'esistenza o meno del rapporto.

Sempre nell'ottica dei *principi*, assume importanza centrale nella presente analisi il giusto processo, *ex art. 2 c.p.a.*, applicato a ogni giurisdizione in relazione alle sue particolari caratteristiche e pertanto vigente anche nel processo amministrativo, quale indice di riferimento e di interpretazione di tutto il sistema.

Va aggiunto inoltre che presupposto del giusto processo è il principio di legalità amministrativa, che impone la sussistenza di una disciplina normativa dell'esercizio del potere per soddisfare l'interesse legittimo del privato, pertanto anche per tutelare giudizialmente una pretesa nata da un rapporto con la p.a. Sul presupposto – già sostenuto in questo studio⁷⁵⁸ – che oggetto del giudizio non sia la legalità, ma la situazione giuridica fatta valere.

Per quel che riguarda il problema specifico oggetto del presente capitolo, è evidente che l'inserimento espresso della non contestazione all'interno del sistema amministrativo è un indizio di grande rilievo a favore della disponibilità della situazione del privato⁷⁵⁹. L'applicazione concreta del principio in esame comporta un potere processuale dispositivo della parte, ugualmente a quanto accade in ambito civile, e ciò può sussistere soltanto a fronte di una posizione *individuale* del privato nei confronti della pubblica amministrazione, prevista nell'esclusivo interesse di esso. Una diversa interpretazione andrebbe contro il dato di diritto positivo, ignorando la volontà del legislatore che ha inserito la non contestazione.

Infine, rileva precisare che il principio spiega effetto non tanto nella fase decisoria⁷⁶⁰, quanto nella fase pre-istruttoria. L'assunto non è di poco conto e

⁷⁵⁷ Cfr. art. 1, d.lgs. n. 104/2010. La legge delega n. 69/2009, comma 2, lett. B fa espressamente riferimento alla “*pretesa*” della parte vittoriosa e questo elemento sembra ribadire il primato dell'effettività della tutela e della garanzia sostanziale dell'interesse legittimo; sull'evoluzione dell'interesse legittimo quale figura soggettiva *piena*, cfr. A. Pajno, *Il codice del processo amministrativo*, cit. Le implicazioni processuali del principio di effettività della tutela sono svariate, tra cui: la necessaria motivazione dei provvedimenti del giudice, la redazione chiara e sintetica degli atti ad opera delle parti processuali, ecc.

⁷⁵⁸ Si veda *supra*, seconda parte, cap. I.

⁷⁵⁹ Su cui cfr. F. Follieri, *Il principio di non contestazione*, cit. In particolare, l'Autore rileva come ai sensi dell'art. 64, comma 1 <<spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità (...)>> ed equipara la non conoscenza di determinati fatti alla non disponibilità dei medesimi. Sui fatti non conosciuti, quindi non disponibili, non graverebbe alcun onere di prova a carico delle parti; di conseguenza, dal momento che l'onere di contestazione si calibra su quello di prova, con riferimento ai medesimi fatti neppure si porrebbe il problema dell'applicazione del principio di contestazione.

⁷⁶⁰ Nonostante che l'art. 64, comma 2, d.lgs. n. 104/2010 disciplini la non contestazione dal punto di vista del giudice, la stessa è operativa nel momento in cui viene determinato il tema controverso. I riflessi sulla decisione sono importanti, ma non automatici e generalizzabili, poiché potrebbe ben darsi

potrebbe essere utile a superare una serie di resistenze: alla non contestazione non corrisponde il *riconoscimento* della posizione fatta valere in giudizio, che invece deriverà dal complesso delle risultanze processuali.

In definitiva, la codificazione del principio di non contestazione è indicativa della disponibilità dell'interesse legittimo.

L'interpretazione della norma codicistica può, infatti, condurre a prospettazioni opposte.

Da una parte, l'introduzione della non contestazione può venire intesa come inutilizzabile praticamente perché non conciliabile con il sistema amministrativo, incompatibile con il metodo acquisitivo e sostanzialmente contraddittoria con la tradizionale indisponibilità dell'interesse legittimo. Rimane tuttavia difficile, seguendo tale impostazione, capire il senso della scelta del legislatore, che avrebbe potuto, molto più semplicemente, limitarsi ai già numerosi rinvii, contenuti nel codice amministrativo, alla disciplina processuale civilistica, senza bisogno di riportare in un'apposita norma quanto previsto nell'art. 115 c.p.c. Senza contare che l'esigenza di codificazione della non contestazione non proveniva neanche dalla giurisprudenza, la quale non aveva contribuito più di tanto alla diffusione dell'istituto, che, seppur presente in alcune decisioni posteriori al 2009⁷⁶¹, sembrava destinato a mantenere un ruolo marginale nel sistema amministrativo.

Ciò conduce propendere per una diversa soluzione e a riflettere che se la legge ha espressamente previsto l'istituto, l'applicazione dello stesso dovrebbe ritenersi non solo ammessa, ma addirittura doverosa.

L'unico modo per conciliare la non contestazione con il sistema amministrativo è ritenere superato il modello tradizionale e pervenire a una nuova idea di processo, procedimento, interesse legittimo e pubblica amministrazione.

5. L'applicazione giurisprudenziale del principio di non contestazione: elementi generali e casistica.

Già è stato osservato che parte della giurisprudenza ha colto elementi di mutamento nel generale sistema istruttorio amministrativo con l'entrata in vigore del D.lgs. n. 104/2010⁷⁶².

Con riferimento, in particolare, all'applicazione giudiziale della non contestazione, la giurisprudenza successiva al Codice non è omogenea e, comunque, attualmente l'istituto è scarsamente utilizzato.

che nonostante la pacificità di alcuni fatti la decisione finale sia sfavorevole alla parte sollevata dall'onere sui medesimi.

⁷⁶¹ Cfr. *supra*, seconda sezione, § 2.

⁷⁶² Cfr., ancora, *supra*, seconda sezione, § 2. Cfr. G. Manfredi, *Il regime probatorio*, cit.

Premesso ciò, veniamo ai singoli casi⁷⁶³, seguendo un ordine di successione temporale.

La prima pronuncia che merita attenzione è la n. 196 del 25 febbraio 2011 del Tar Torino Piemonte⁷⁶⁴. La società ricorrente esercitava la propria attività, con un apposito stabilimento e impianti produttivi, in un'area industriale, contigua a un'area di modesto sviluppo residenziale. L'entrata in vigore di una legge regionale attuativa di una legge quadro sull'insediamento acustico, nonché l'emanazione, sempre da parte della Regione, dei criteri per la classificazione acustica del territorio comunale hanno fatto avviare al Comune convenuto un procedimento per la zonizzazione acustica del proprio territorio, al fine di assegnare a ciascuna delle zone individuate un distinto livello di tollerabilità delle emissioni e/o immissioni sonore compatibili con le attività ivi prevalentemente svolte. Da ciò traeva origine la delibera comunale impugnata, avente a oggetto l'approvazione definitiva del piano di classificazione acustica del territorio comunale. Secondo il piano approvato, all'area nella quale si trovava lo stabilimento produttivo della ricorrente è stata attribuita dal Comune una classificazione tale per cui non era consentito superare determinati limiti di immissione. Sulla base dell'asserita erroneità di predetta classificazione, la società ricorreva al Tar, impugnando la delibera comunale per vizi di legittimità specificati⁷⁶⁵. L'amministrazione non si costituiva.

Dopo aver riscontrato l'effettiva sussistenza del vizio di carenza di istruttoria⁷⁶⁶, il Collegio aggiunge che <<(…) deve essere rilevato che l'assenza di ogni difesa da parte dell'Amministrazione comporta l'applicazione del principio di non contestazione ex art. 64, comma 2, D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, ovvero, argomenti di prova sfavorevoli ex art. 64, co. 4, medesimo testo, dovendosi ricavare che, rispetto a quanto dedotto in ricorso e asserito da questo Collegio, l'Amministrazione non avesse alcuna difesa utile da opporre>>. L'argomentazione appare *ad abundantiam*⁷⁶⁷, ma sorprende per due ragioni.

⁷⁶³ Cfr. G. Tropea, *Considerazioni sul principio di non contestazione*, cit., il quale pone l'attenzione, in particolare, sul ruolo della giurisprudenza, nell'interpretazione delle norme legislative conformemente ai principi.

⁷⁶⁴ La data della sentenza è già sintomatica della diffidenza degli operatori pratici nei confronti dell'applicazione del principio di non contestazione: si tratta infatti di una decisione del 25 febbraio 2011, dopo alcuni mesi rispetto all'entrata in vigore del Codice e, quindi, dell'art. 64, comma 2.

⁷⁶⁵ Le censure si riferiscono per lo più a ipotesi di eccesso di potere e violazione della legge quadro.

⁷⁶⁶ Sulla problematica conciliazione dell'onere di contestazione con il vizio di carenza di istruttoria, cfr. F. Follieri, *Il principio di non contestazione*, cit.

⁷⁶⁷ Il Collegio, infatti, tratta della non contestazione solo dopo aver accertato la fondatezza delle censure del ricorrente, laddove l'istituto della non contestazione, inteso e applicato in senso proprio, renderebbe superfluo un simile esame, limitatamente ai fatti non contestati.

Innanzitutto, sembra del tutto *contra legem* l'applicazione del principio di non contestazione a fronte della mancata costituzione della parte convenuta⁷⁶⁸, con ciò contravvenendo anche a quanto pacificamente previsto nel processo civile⁷⁶⁹.

Secondariamente, il Collegio piemontese sembra ricondurre indistintamente la portata del principio di non contestazione al comma 2 dell'art. 64 c.p.a, ovvero al comma 4 del medesimo, dimenticando la diversità sostanziale della non contestazione quale strumento di delimitazione del *thema probandum* dall'istituto dell'argomento di prova, collocandosi il primo in un momento antecedente all'istruzione e trattazione della causa⁷⁷⁰.

Di poco successiva è la sentenza Tar Bari Puglia, 10 marzo 2011, n. 417; il caso vede coinvolte una società (ricorrente) contro un'azienda sanitaria locale, per l'annullamento di una delibera del Direttore generale dell'azienda sanitaria stessa. Con il provvedimento impugnato, non erano recepiti i verbali di gara della Commissione giudicatrice della procedura aperta per un appalto di servizi⁷⁷¹ e non era disposta l'aggiudicazione definitiva, ma si dava incarico all'ufficio tecnico di riformulare il bando di gara. La ricorrente è l'aggiudicataria provvisoria.

Nella decisione, l'argomentazione del Collegio sul merito della causa è analitica e coinvolge l'applicazione della non contestazione con riferimento alla singola censura di violazione dei principi in materia di autotutela amministrativa. Il Collegio rileva che le difficoltà finanziarie in cui verserebbe l'azienda sanitaria (che avrebbero impedito all'azienda di affrontare l'impegno di spesa) sono enunciate nella delibera gravata senza alcuna documentazione. Avendo la ricorrente, altresì, depositato, in prossimità dell'udienza di trattazione, una perizia contabile giurata da cui non si evincono le situazioni di passività contabile richiamate nella delibera, rileva il Tar adito che <<la difesa dell'azienda sanitaria non ha replicato sul punto. Ai sensi dell'art. 64, secondo comma, cod. proc. amm., le conclusioni del perito di parte possono perciò essere accolte alla stregua di fatti non specificamente contestati dalle parti costituite>>. La pronuncia è significativa perché non relega la non contestazione ad argomento rafforzativo, ma la applica quale elemento autonomo di definizione di un singolo vizio censurato. Il motivo di ricorso sul quale, nel caso di specie, opera la non contestazione, viene accolto senza alcun ulteriore accertamento da parte del giudicante, in modo non dissimile da come accade del processo civile.

⁷⁶⁸ È la stessa lettera della legge a limitare l'operatività della non contestazione ai processi ove le parti siano <<costituite>>, cfr. art. 64, comma 2, c.p.a.

⁷⁶⁹ Cfr. *contra* TAR Catania Sicilia, n. 2044/2011: <<il potere di indagine del giudice non è interdetto nelle ipotesi in cui l'Amministrazione non sia costituita, appunto, per il sol fatto che la stessa non sia intervenuta nel processo, posto che il giudizio deve fondarsi, ex art. 64, comma 2, c.p.a., sulle prove fornite dalle parti e sui fatti non "specificamente" contestati dalle parti che siano costituite>>.

⁷⁷⁰ Cfr. G. Tropea, *Considerazioni sul principio di non contestazione*, cit., il quale evince che il disagio argomentativo del Collegio è forse rappresentativo della difficoltà di applicare pienamente la non contestazione nel giudizio amministrativo.

⁷⁷¹ Si tratta in particolare del servizio integrato di conduzione e gestione degli impianti termici, idrosanitari, fognari e di climatizzazione.

Solo qualche cenno merita la sentenza Tar Catanzaro Catania, 8 aprile 2011, n. 498. La vicenda origina dall'impugnazione di un'ordinanza comunale di demolizione di un muro. La sentenza è interessante perché detta un profilo applicativo forse non scontato nel processo amministrativo: il principio di non contestazione viene qui infatti applicato nei confronti del ricorrente⁷⁷², che non ha posto in discussione gli elementi adottati dalla p.a. in propria difesa⁷⁷³.

Continuando nell'analisi, sempre seguendo la successione temporale, primario rilievo assume una pronuncia che, tramite una stretta applicazione della regola della non contestazione, giunge a configurare il pieno operare del principio dispositivo nel processo amministrativo: Tar Napoli Campania, 5 maggio 2011, n. 2463, che decide sull'impugnazione da parte di un privato dell'ordinanza di un Comune con cui era ingiunta la demolizione delle opere abusive poste in essere sull'immobile di sua proprietà.

Il ricorrente deduceva elementi circa l'altezza del soppalco oggetto dell'ordinanza di demolizione⁷⁷⁴, depositando altresì attestazione di un tecnico di parte, non contestata dall'amministrazione resistente, e il Collegio assume pertanto che <<la stessa (deduzione) ben può essere assunta a base della decisione>>. È possibile a questo punto leggere un'ampia digressione inserita nella sentenza: <<parte ricorrente ha assolto al suo onere di allegazione e probatorio, offrendo gli elementi prova nella sua disponibilità, ai sensi dell'art. 64 comma 1 c.p.a.. Il collegio inoltre può porre a base della decisione i fatti non specificatamente contestati dalla resistente amministrazione costituita, ai sensi dell'art. 64 comma 2 c.p.a. (che al riguardo richiama l'art. 115 c.p.c, quale risultante dalla modifica introdotta dalla legge n. 69 del 2009), senza possibilità di ricorso a verifica o c.t.u.. Peraltro la collocazione topografica del disposto dell'art. 64 comma 2 deve portare a ritenere che nell'ambito del processo amministrativo i fatti non contestati confluiscono nel concetto di prova, menzionato nel comma 1 dell'art. 64, con la conseguenza che una volta che la parte abbia adempiuto al suo onere di allegazione, la non contestazione della resistente amministrazione costituita fa assurgere a prova piena quanto dedotto dalla parte ricorrente, senza che al riguardo al giudice sia consentito di fare ricorso ai suoi poteri acquisitivi per accertare quanto non oggetto di contestazione>>. L'impatto di simile interpretazione è fortissimo e, ove confermato e consolidato dalla futura giurisprudenza, determinerebbe il tramonto del tradizionale metodo

⁷⁷² Ugualmente a quel che avviene nel diritto civile, cfr. *supra*, prima sezione.

⁷⁷³ Si legge, infatti, nella sentenza: <<Al riguardo deve ricordarsi che il principio di non contestazione costituisce un principio generale del sistema processuale vigente anche in epoca anteriore alla sua esplicita codificazione. Con riferimento al caso in questione, non è stata contestata da parte ricorrente la circostanza, riferita dall'Amministrazione, che il muro preesistente sia stato edificato in difetto di concessione edilizia. Né sono state contestate le ulteriori circostanze rappresentate dall'Amministrazione in ordine alla natura del muro (...)>>.

⁷⁷⁴ La deduzione si fonda sull'assunto per cui il soppalco realizzato sia qualificabile quale opera di restauro e di risanamento conservativo; da ciò deriva la non necessità, per la realizzazione dei predetti lavori, di permesso a costruire, essendo invece sufficiente una DIA.

acquisitivo, come detto tuttora sentito come vigente nell'interpretazione del processo amministrativo.

Proseguendo nell'analisi casistica, è perentoria la sentenza Tar Catania Sicilia, 1 agosto 2011, n. 2044, che definisce una causa di impugnazione di una concessione edilizia. Il Collegio si trova innanzitutto ad affrontare una problematica istruttoria: a fronte della mancata produzione in giudizio di atti espressamente citati nel provvedimento impugnato, il giudicante deve far uso dei poteri *ex art. 64, comma 3, c.p.a.* ovvero può prescindere dai documenti richiamati e decidere il merito? L'alternativa rappresenta le due diverse posizioni in cui si è espressa la giurisprudenza⁷⁷⁵, peraltro espone dal Collegio giudicante, da cui non si può ricavare quindi un indirizzo univoco. Ebbene, il Tribunale siciliano osserva come <<il consolidato principio dispositivo con metodo acquisitivo sopra succintamente richiamato abbia ricevuto un'importante precisazione, con l'introduzione di un onere probatorio pieno per le parti che abbiano la disponibilità degli atti>>. Pertanto, la potestà del giudice amministrativo di disporre gli opportuni mezzi probatori è meramente residuale e circoscritta alle sole ipotesi in cui la parte diversa dall'Amministrazione non abbia la disponibilità degli atti posti a fondamento delle doglianze trasfuse nel giudizio, ovvero qualora necessiti la prova che atti di parte siano stati dalla stessa acquisiti. In pratica, nella pronuncia non si dà atto dell'assoluta non operatività del metodo acquisitivo in un processo amministrativo ormai improntato al principio dispositivo, ma piuttosto si deduce il superamento della tradizionale concezione di metodo acquisitivo che sino al 2010 ha caratterizzato tale giudizio. E del resto, sembra condivisibile l'osservazione per cui <<non avrebbe senso alcuno tenere fermo il principio dell'onere della prova se il potere di indagine fosse comunque "libero" o limitato solo dalla necessità di indicare un principio di prova>>. È, quindi, lo stesso principio di *onere della prova* a esigere l'operatività del metodo acquisitivo solo in ipotesi residuali e derogatorie, laddove in particolare venga in rilievo l'indisponibilità delle parti con riguardo a certi mezzi di prova e non qualora siano i comportamenti processuali delle stesse a rendere superflua l'attività istruttoria. Se un fatto non corroborato da un'esauritiva produzione documentale sia posto a fondamento delle doglianze del ricorrente e l'Amministrazione, seppur costituita, non lo contesti <<va ritenuto provato e, quindi, a fronte della doverosità di formazione del convincimento ivi espressa, non è dato al giudice accedere alla possibilità di acquisizione documentale>>, che in quanto meramente possibile "è recessiva non solo rispetto alla produzione documentale fornita dalle parti, ma anche nell'ipotesi in cui la prova debba essere raggiunta mediante documenti detenuti dall'Amministrazione, ove quest'ultima, costituita in giudizio, non abbia contestato i fatti dedotti in giudizio contenuti in detta documentazione, la cui esibizione, dunque, diventa inutile (e impedita *ex lege*) per effetto dell'ammissione implicita della stessa

⁷⁷⁵ Cfr. Cons. Stato, n. 924/2011, in merito alla persistenza, nonostante l'entrata in vigore del d.lgs. n. 104/2010, del metodo acquisitivo, e TAR Piemonte, n. 196/2011 in merito alla posizione opposta.

Amministrazione>>⁷⁷⁶. Sulla base di predette premesse, il Tar adito arriva (addirittura) a ritenere *ammesso* il vizio di difetto di motivazione denunciato dalla ricorrente. La motivazione, la cui carenza costituisce motivo di ricorso, sarebbe stata desumibile mediante la produzione dei documenti citati nell'atto impugnato, ma non prodotti in giudizio; ciononostante, la mancata contestazione rende inutile l'acquisizione officiosa degli stessi.

Si pronuncia su tutt'altro tipo di questione Tar Napoli Campania, sez, IV, 28 ottobre 2011, n. 5051, avente ad oggetto l'impugnazione degli atti relativi all'esclusione di alcuni soggetti dall'ammissione al corso di laurea di Medicina e Chirurgia. Il ricorso viene accolto con riferimento a vizi della procedura selettiva e in particolare all'erroneità dei quiz formulati. A fronte delle censure, suffragate da apposita perizia depositata, l'amministrazione non ha preso posizione e non ha in sede difensiva contestato l'infondatezza delle circostanze poste a base del suddetto motivo di ricorso. Nell'espone poi l'applicazione al caso del principio di non contestazione, il Collegio enuncia una novità, seppur implicitamente deducibile anche dalle altre pronunce sopra esaminate. Invece di saltare subito agli effetti processuali derivanti dalla non contestazione, nella sentenza viene espressamente ritenuto esistente un <<preciso onere di prendere esatta posizione in ordine ai fatti allegati dalla controparte>>, al pari di ciò che accade nell'art. 167 c.p.c.⁷⁷⁷.

Le pronunce sinora esaminate sono tutte riferite all'anno successivo all'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo. Le decisioni più recenti sono indicative dell'incremento nell'utilizzo pratico dell'art. 64, comma 2, c.p.a.

Tar Napoli, 9 febbraio 2012, n. 707, decide sulla legittimità di un atto regionale di imposizione di un vincolo storico – artistico su un terreno di proprietà dell'Istituto ricorrente. Nell'esame della questione, in particolare del secondo motivo del ricorso, il Tribunale compie una doppia verifica. Da un lato ritiene che parte ricorrente abbia soddisfatto l'onere di allegazione e probatorio, dall'altra osserva che l'amministrazione convenuta non ha assolto il suo corrispondente onere di contestazione. Tale ultimo rilievo, peraltro, è, secondo il Collegio, assorbente rispetto al primo. Non è necessario, infatti, che il ricorrente soddisfi il proprio onere

⁷⁷⁶ L'utilizzo che la pronuncia TAR Catania Sicilia, n. 2044/2011 fa del principio di non contestazione è *radicale* e va oltre anche alla concezione civilistica di *relevatio ab onere probandi*. Il Collegio amministrativo, infatti, si spinge sino a decretare *provati* i fatti non contestati, mediante un'interpretazione simile a quella di Corte Cass., SS. UU., n. 761/2002. Oltre all'argomentazione sistematica, il Collegio siciliano fonda il proprio ragionamento sull'interpretazione letterale. Il libero scrutinio probatorio da parte del giudice sarebbe infatti contraddittorio con i principi espressi dai primi tre commi dell'art. 64. Il potere officioso è rilasciato ad una *possibilità* (<<può disporre>> ex art. 64, comma 3, d.lgs. n. 104/2010), recessiva rispetto alla *doverosità* di cui al secondo comma (<<il giudice *deve* porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti nonché i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite>>).

⁷⁷⁷ La sentenza in esame è la pratica dimostrazione di quell'equiparazione tra processo amministrativo e processo civile, cui si faceva riferimento *supra*, § 2. L'argomentazione è infatti sviluppata rapportando le norme del codice di procedura civile e quelle del codice del processo amministrativo.

probatorio, poiché i fatti allegati non contestati dalla controparte <<confluiscono nel concetto di prova di cui all'art. 64, comma 1, c.p.a.>>. Necessari e sufficienti, quindi, sarebbero le (sole) allegazioni, con preclusione per il giudice nell'utilizzo di poteri officiosi circa i fatti non contestati.

Non mancano, anche nell'ambito delle decisioni più recenti, quelle di contenuto più ambiguo, che non si preoccupano di inquadrare la non contestazione entro chiare direttive concettuali e applicative⁷⁷⁸.

Occorre infine soffermarsi su due pronunce di spiccato interesse.

Tar Catania Sicilia, 8 marzo 2012, n. 296, in materia edilizia, ha a oggetto l'annullamento di alcuni provvedimenti comunali con cui era stato determinato e richiesto il pagamento di un supplemento di oblazione (comprensivo di interessi e di maggiori oneri concessori) con riferimento a una pratica di condono edilizio presentata dalla ricorrente. Tra i motivi del ricorso, è fatta valere l'intervenuta prescrizione della pretesa economica ai sensi dell'art. 35, co. 12, della L. 47/1985. Il Tribunale evidenzia la data di presentazione dell'istanza di condono ad opera della ricorrente, nonché il fatto che l'amministrazione resistente non contraddica tale circostanza fattuale, la quale, pertanto, deve ritenersi <<provata alla luce del principio di non contestazione stabilito nell'art. 64, comma 2, c.p.c.>>. Non si tratterebbe, quindi, di una *non necessità di prova* sui fatti in questione, ma di una vera e propria *dimostrazione* degli stessi, secondo un'accezione piuttosto netta, che stride non solo con il tradizionale metodo acquisitivo, ma, soprattutto, con il tradizionale concetto di indisponibilità dell'interesse legittimo.

Infine, interessa esaminare la sentenza Tar Napoli Campania, 22 marzo 2012, n. 1444, che si pronuncia sull'annullamento di una delibera comunale emanata per la realizzazione di un edificio da destinare a scuola secondaria di secondo grado su alcune particelle di proprietà dei ricorrenti. Nel caso di specie, era stata precedentemente disposta dal Tribunale un'ordinanza istruttoria, che l'amministrazione resistente non aveva ottemperato. Il Tribunale ritiene operante la non contestazione non tanto perché l'amministrazione non ha ottemperato alla predetta ordinanza, quanto perché non ha preso posizione sui fatti contenuti nell'ulteriore memoria depositata dai ricorrenti. La circostanza che nella suddetta memoria dei ricorrenti fossero riportati, in larga misura, gli stessi fatti richiesti alla p.a. nell'ordinanza collegiale non assume primario rilievo. Ciò che interessa è che l'istituto venga applicato non rispetto a un'inottemperanza nei confronti di un provvedimento del giudice, quanto rispetto al mancato assolvimento dell'onere di

⁷⁷⁸ Cfr. Tar Genova Liguria, n. 291/2012, che utilizza una formula indistinta: <<(…) rilievo dirimente assume il totale silenzio sul punto da parte dell'amministrazione costituita - autorità demaniale, autorizzante l'affidamento in questione -, qualificabile alla stregua del principio di non contestazione, consolidato ora nell'art. 64, comma 2 cod proc amm, ovvero in termini di argomenti di prova sfavorevoli ex art. 64, co. 4, medesimo testo, dovendosi ricavare che, rispetto a quanto dedotto in ricorso sul punto in contestazione, l'Amministrazione non avesse alcuna difesa utile da opporre>>. La sentenza è tuttavia importante, anche se non ai fini del presente lavoro, dal momento che il ricorso in questione ha quale *petitum* un (mero) accertamento.

contestare l'allegazione della controparte⁷⁷⁹. Il Collegio si pronuncia di conseguenza nel senso di ritenere *provati* i fatti dedotti dai ricorrenti in memoria⁷⁸⁰.

Ulteriori pronunce che hanno applicato il principio di non contestazione⁷⁸¹ non sembrano aver sinora aggiunto alcun aspetto ulteriore a quanto esposto nel presente paragrafo, ma, come osservato, l'incremento nell'utilizzazione pratica dell'art. 64, comma 2, c.p.a., sembra lasciare pochi dubbi circa l'importanza che assumerà l'istituto nel futuro prossimo⁷⁸².

⁷⁷⁹ La differenza è fondamentale, poiché in una simile accezione la non contestazione si applica non nell'ambito della relazione tra provvedimento istruttorio officioso – comportamento di ottemperanza (o inottemperanza), ma piuttosto nell'ambito del rapporto di allegazione e prova intercorrente *tra le parti*, con un coinvolgimento solo indiretto dell'iniziativa istruttoria del giudice.

⁷⁸⁰ La pronuncia, similmente ad altre precedentemente illustrate, prosegue con l'esplicazione del principio di non contestazione, in un'ottica di parallelismo tra processo civile e processo amministrativo e con l'analisi dei commi dell'art. 64, d.lgs. n. 104/2010: <<la collocazione topografica del disposto dell'art. 64 comma 2 deve portare a ritenere che nell'ambito del processo amministrativo i fatti non contestati confluiscono nel concetto di prova, menzionato nel comma 1 dell'art. 64, con la conseguenza che una volta che la parte abbia adempiuto al suo onere di allegazione, la non contestazione ad opera dall'altra parte costituita, dei fatti allegati dalla controparte, fa assurgere a prova piena quanto dedotto dalla stessa, senza che al riguardo al giudice sia consentito di fare ricorso ai suoi poteri acquisitivi per accertare quanto non oggetto di contestazione, con la conseguenza che non può accogliersi la richiesta di parte ricorrente volta alla reiterazione dell'ordinanza istruttoria>>.

⁷⁸¹ Ci si riferisce a TAR Campobasso Molise, n. 145/2012, avente a oggetto l'impugnazione di un provvedimento con cui l'ufficio scolastico regionale aveva operato un accorpamento tra alcune classi di un liceo locale, in maniera non conforme ai parametri di sicurezza ed igiene prescritti dalla legge. Nel caso, la non contestazione dell'amministrazione resistente rende pacifico il mancato rispetto del parametro legislativo circa la superficie netta minima per ogni studente della scuola secondaria, dal momento che la resistente aveva fondato le proprie difese su ulteriori argomentazioni, più prettamente giuridiche, relative alla sopravvenuta abrogazione implicita della legge predetta e quindi anche delle relative prescrizioni ivi contenute. Non è stata specificamente analizzata e merita quindi di essere citata la sentenza TAR Napoli Campania, n. 1204/2012, in materia edilizia, avente ad oggetto l'impugnazione di un'ordinanza comunale di demolizione di opere edili. Il Tribunale pronuncia l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse al ricorso, essendo la questione superata dall'avvenuta presentazione da parte del ricorrente della domanda di condono edilizio. La non contestazione viene in rilievo in quanto entrambe le parti hanno pacificamente rappresentato la pendenza della precitata domanda di condono, in attesa di definizione; in particolare <<deve ritenersi non necessaria l'acquisizione di chiarimenti in ordine alla coincidenza fra i manufatti di cui all'ingiunzione di demolizione e quelli di cui alla due istanze di condono>>.

⁷⁸² Il maggior limite applicativo nelle sentenze analizzate nel presente paragrafo è dato dalla sovrapposizione che a volte viene fatta dai Collegi tra la non contestazione con le censure di eccesso di potere che riguardano il difetto di istruttoria o il travisamento di fatti.

CAPITOLO III

LA DISPONIBILITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE: LA COMPROMETTIBILITÀ IN ARBITRATO DEGLI INTERESSI LEGITTIMI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La disponibilità della tutela giurisdizionale: l'arbitrabilità costituzionalizzata. Cenni sulla rinuncia al ricorso. – 3. L'inammissibilità dell'arbitrato di diritto amministrativo nel panorama antecedente alla L. n. 205/2000. – 4. L'articolo 6 della legge n. 205/2000 e l'art. 12 del D.lgs. n. 104/2010. – 5. Note critiche sulla non compromettibilità in arbitrato degli interessi legittimi. – 5.1. La disponibilità come unico criterio di operatività dell'arbitrato nel diritto amministrativo. – 5.2. La compromettibilità in arbitrato degli interessi legittimi. – 6. Arbitrato e interesse legittimo: le vertenze sul risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi.

1. *Introduzione.*

Il presente capitolo affronta il tema dell'arbitrato amministrativo quale istituto generale, con riferimento, in particolare, alla compromettibilità delle vertenze relative a interessi legittimi e con l'esclusione, quindi, delle forme speciali di procedimenti arbitrali, disciplinate da apposite normative⁷⁸³.

L'ampiezza dell'argomento ha reso necessario compiere un'opera di selezione dei profili sviluppati. Oggetto di studio, e quindi filo conduttore dell'intero lavoro, rimane pur sempre la disponibilità dell'interesse legittimo, che nel presente capitolo viene analizzata con riferimento allo specifico ambito dell'arbitrato. Verranno pertanto per lo più tralasciate molte questioni – di natura strettamente processuale – che non hanno diretta incidenza con l'anzidetto profilo⁷⁸⁴.

⁷⁸³ Sull'arbitrato di diritto speciale, cfr. A. Sandulli, *L'arbitrato nel codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, pp. 205 e ss., in particolare p. 211, nonché, per l'analisi dettagliata della disciplina di settore, R. De Nictolis, *L'arbitrato delle pubbliche amministrazioni, dalla legge Merloni alla legge n. 166/2002*, in *Urb. app.*, 2002, pp. 1004 e ss., in particolare pp. 1008 e ss. Per quanto riguarda il dato di diritto positivo, l'ipotesi più significativa è data dal procedimento arbitrale nei contratti pubblici, cfr. artt. 239 ss. del d.lgs. n. 163 del 2006, nonché art. 1, commi 18-25, legge n. 190 del 2012.

⁷⁸⁴ Ci si riferisce, a titolo di esempio, alla questione dell'impugnazione del lodo, della nomina del collegio arbitrale, del procedimento arbitrale, dell'operatività della tutela cautelare nell'ambito del giudizio arbitrale.

La tematica dell'arbitrato nel diritto amministrativo, pur se non ignorata sin da tempi più risalenti⁷⁸⁵, ha assunto progressivamente maggior importanza.

Il mutato rilievo dell'istituto nel campo del diritto pubblico rappresenta una tra le tante manifestazioni del cambiamento nei rapporti tra privati e autorità amministrativa, per il diverso ruolo che quest'ultima ha assunto dalla fine dello scorso secolo⁷⁸⁶.

Sul fronte del diritto positivo, il distacco da un modello di pubblica amministrazione-autorità, che agisce mediante strumenti unilaterali, è stato reso evidente non solo dall'entrata in vigore della legge n. 241/1990, che ha riconosciuto e valorizzato il rilievo degli istituti partecipativi, ma altresì dal sempre più frequente utilizzo del diritto comune nella regolazione dei rapporti tra pubblico e privato.

In particolare, la previsione paradigmatica delle anzidette evoluzioni è data dall'art. 11 della legge n. 241/1990⁷⁸⁷. La norma è già stata oggetto di trattazione nella prima parte del lavoro: ciò dimostra come il tema della compromettibilità in arbitri degli interessi legittimi riproponga, in parte, i medesimi problemi già affrontati a livello di diritto sostanziale⁷⁸⁸. L'analisi che segue farà, peraltro, emergere le assonanze – ma anche le differenziazioni – tra l'arbitrato e la transazione di diritto pubblico: tale legame era stato in passato positivizzato dal legislatore, nella formulazione dell'art. 806 c.p.c., che rinviava all'art. 1966 c.c.⁷⁸⁹.

⁷⁸⁵ Si veda i contributi di E. Capaccioli, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, Padova, 1957, incentrato in prevalenza sull'arbitrato da legge e da capitolato, nonché di G. Caia, *Arbitrato e modelli arbitrali*, cit., che offre un'ampia e curata panoramica di tutte le problematiche connesse all'istituto all'interno del sistema amministrativistico. Cfr. altresì R. Laschena, *Arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, pp. 1 e ss.

⁷⁸⁶ La dottrina ha colto tale collegamento tra il mutato ruolo della P.A. e il cittadino e l'emersione dell'attenzione rispetto al fenomeno dell'arbitrato. Così A. Sandulli, *L'arbitrato nel codice*, cit., p. 205 e ss. che fa riferimento al fenomeno ancor più ampio del mutamento del rapporto tra società e Stato, di cui al secolo XX, e all'avvento dell'ordinamento autonomistico e pluralistico. Si veda altresì F. Pugliese, *Poteri del collegio arbitrale*, cit., pp. 91 e ss.

⁷⁸⁷ Si fa qui riferimento al fenomeno dell'ampliamento del disponibile giuridico, che mette in evidenza i punti di connessione tra l'istituto dell'arbitrato e quello degli accordi procedurali.

⁷⁸⁸ Si rinvia, quindi, alle considerazioni già svolte nella prima parte del lavoro.

⁷⁸⁹ La connessione tra arbitrato e transazione era, invero, espressamente riconosciuta dalla legge prima della riforma di cui al d.lgs. n. 40/2006, che ha interamente riformato la disciplina codicistica dell'arbitrato e ridisegnato il novero delle materie arbitrabili ex art. 806 c.p.c. Nel testo previgente dell'art. 806 c.p.c., infatti, si disponeva quale limite alla compromettibilità la circostanza che le controversie non potessero <<formare oggetto di transazione>>. Il legame tra i due istituti in parola è evidenziato in A. Amorth, *Annotazioni sull'arbitrato*, cit., pp. 2157 e ss. L'A. critica esplicitamente la posizione di E. Guicciardi nell'opera *Le transazioni degli enti pubblici*, cit., ove, pur ammettendo la possibile composizione transattiva dei rapporti di diritto pubblico, se ne negava la compromettibilità in arbitrato, cfr. in particolare p. 2167: <<si giunge a negare il ricorso all'arbitrato, nonostante la transigibilità delle questioni attinenti al rapporto che dovrebbe esservi sottoposto, rilevandosi che l'autorità amministrativa interessata, a differenza di una definizione transattiva, rimarrebbe esclusa dalla formazione della pronuncia arbitrale>>, con conseguente intromissione nella valutazione dell'interesse pubblico. Critico verso la posizione guicciardiana è anche G. Ludovici, *Le posizioni giuridiche di interesse legittimo possono considerarsi disponibili ai sensi dell'art. 1966 c.c. e quindi astrattamente compromettibili*, in *Riv. arb.*, 2012, pp. 133 e ss.

Dai pochi elementi indicati è evidente che l'arbitrato, istituto concepito come tipicamente civilistico, permette di cogliere le istanze innovative dell'assetto amministrativo non solo nell'ambito della tutela, ma anche rispetto alla natura sostanziale delle situazioni soggettive nella titolarità del privato.

Nel presente capitolo lo studio del fenomeno sarà graduato: a un iniziale approccio ricognitivo farà seguito un'indagine di natura interpretativa e critica.

In via preliminare, si darà atto del rilievo costituzionale dell'arbitrato quale strumento in cui si esplica la disponibilità della tutela giurisdizionale che, a sua volta, trova fondamento nell'art. 24 della Carta. L'analisi renderà evidente la portata eccezionale delle limitazioni alla regola dell'arbitrabilità delle controversie, con alcune importanti precisazioni in ordine all'autonomia tra la situazione sostanziale protetta e il diritto di azione.

Nella trattazione successiva, più specifica, si darà atto dell'evoluzione, interpretativa e legislativa, mediante la quale l'istituto ha fatto faticosamente ingresso anche nelle vertenze pubblicistiche. Prima degli anni '90 del secolo scorso, infatti, le uniche ipotesi applicative si avevano in singole disposizioni normative *ad hoc* che in alcuni casi prevedevano forme di arbitrato obbligatorio, per la soluzione di varie controversie amministrative. In tale assetto, anche l'interesse della dottrina era limitato alle specifiche norme di diritto positivo.

L'ampliamento delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ha poi riproposto in una dimensione nuova la questione della compromettibilità in arbitri delle controversie su diritti soggettivi trasferiti a siffatta competenza. Il dibattito si è infine sopito (quantomeno con riferimento alla possibilità) con l'approvazione della legge 21 luglio 2000, n. 205, il cui art. 6, comma 2, ha tuttavia aperto nuovi e non meno importanti problemi interpretativi. L'ultimo tassello normativo è costituito dall'art. 12 del D.lgs. n. 104/2010, pressoché riproduttivo del disposto precedente.

Il contenuto letterale delle anzidette previsioni normative non può, tuttavia, impedire all'interprete uno sforzo ricostruttivo più ampio e sistematico, svolto nella seconda parte del capitolo, in cui sarà messa in dubbio l'incompromettibilità in arbitrato degli interessi legittimi, sulla base di argomenti normativi, sistematici e logici.

Occorre infine compiere due brevi precisazioni a carattere metodologico.

Innanzitutto, non sarà dato spazio allo studio specifico dell'istituto sul fronte del diritto civile: l'autonomia che l'arbitrato ha ormai assunto nell'ambito del sistema amministrativo rende superfluo un simile approfondimento, nonostante la necessità dei richiami alla disciplina civilistica.

In secondo luogo, la natura ibrida dello strumento arbitrale, che concentra in sé il diritto processuale e il diritto sostanziale, renderà indispensabile il richiamo alla

trattazione precedentemente svolta circa il significato e la portata della nozione di *disponibilità*, sia nel campo privato che in quello pubblico⁷⁹⁰.

2. *La disponibilità della tutela giurisdizionale: l'arbitrabilità costituzionalizzata.*

Cenni sulla rinuncia al ricorso.

L'analisi sulla compromettibilità in arbitrato degli interessi legittimi avrà a oggetto, come detto, le caratteristiche peculiari dell'istituto alla luce della normativa di diritto positivo, in diretta connessione con la natura giuridica delle situazioni soggettive vantate dai privati verso la pubblica amministrazione.

In via preliminare, tuttavia, non si può tralasciare un profilo imprescindibile ai fini di una completa ricostruzione interpretativa: il rapporto tra lo strumento arbitrale e la Costituzione. Infatti, l'eventuale inserimento dell'istituto nell'ambito del sistema di garanzie previste dalla Carta condizionerebbe l'interprete a favorire un orientamento di tipo estensivo.

Occorre, quindi, avanzare alcune osservazioni in questo senso.

Innanzitutto si rileva che nel sistema di giustizia amministrativa non è in vigore una riserva a favore dei T.A.R. e del Consiglio di Stato tale per cui le controversie che coinvolgono una pubblica amministrazione debbano necessariamente essere portate all'attenzione di un organo giurisdizionale, con l'esclusione, quindi, della *giustizia privata*.

È vero, piuttosto, il contrario: l'arbitrato è previsto quale modello a portata generale e in assenza di espressi divieti deve ritenersi pienamente operativo in ogni settore. I presupposti dell'istituto, infatti, sono di altra specie⁷⁹¹ e non toccano la sussistenza di una giurisdizione speciale⁷⁹².

Per quel che riguarda nello specifico la Carta Fondamentale, in essa non vi è alcun riferimento espresso allo strumento in questione, ma se ne rinvencono tracce nei dibattiti precedenti all'adozione del testo fondamentale⁷⁹³.

⁷⁹⁰ Si veda M. Vitale, *L'arbitrato*, in AA.VV. (a cura di B. Sassani e R. Villata), // *codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, pp. 1333 e ss.: <<la disponibilità del diritto sostanziale comprende quella del tipo di tutela correlato, con la conseguenza che la scelta tra la tutela giurisdizionale ovvero arbitrale deve essere considerata espressione dell'autonomia privata>>. Ugualmente, cfr. G. Verde, *La convenzione di arbitrato*, in G. Verde (a cura di) *Diritto dell'arbitrato*, III ed., Torino, 2006, pp. 93 e ss.

⁷⁹¹ Si fa qui riferimento, com'è ovvio, alla disponibilità della situazione giuridica soggettiva, che si pone quale unico limite giuridico all'operatività dell'istituto: l'arbitrato, quindi, ha una valenza e un'operatività generali, fatta salva l'ipotesi che a venire in rilievo siano situazioni non disponibili.

⁷⁹² Ciò conferma il carattere generale del ricorso all'arbitrato, come rilevato da A. Amorth, *Annotazioni sull'arbitrato*, cit., p. 2169.

⁷⁹³ Cfr. M. Delsignore, *La compromettibilità*, cit., pp. 3 e ss., cui si rinvia per la trattazione della tematica in tutti i suoi risvolti di natura costituzionale: l'analisi contiene copiosi riferimenti a dottrina e giurisprudenza costituzionali.

Per cogliere il rilievo costituzionale dell'arbitrato occorre, altresì, osservare la giurisprudenza del Giudice delle leggi, che già da tempo ha riconosciuto al comma 1 dell'art. 806 c.p.c. carattere di principio generale costituzionalmente garantito, quale manifestazione della disponibilità dell'azione in senso negativo⁷⁹⁴.

Fermo restando che l'amministrazione della giustizia costituisce espressione di un potere dello Stato, quest'ultimo ha in tal senso un dovere, di natura costituzionale⁷⁹⁵, ma non un monopolio. Da ciò si deduce che l'arbitrato è uno strumento (opzionale)⁷⁹⁶ parallelo e (legittimamente) alternativo alla giurisdizione: sotto tale profilo, si pone sullo stesso piano degli altri strumenti leciti di risoluzione delle controversie⁷⁹⁷.

In altri termini, con la rimessione in arbitri di una vertenza le parti decidono di non avvalersi di un *servizio* – che lo Stato ha il dovere di offrire loro – per affidarsi a dettami da loro stesse definiti, mantenendo la questione al di fuori della giurisdizione statale.

Del resto, il diritto di azione *ex art. 24 Cost.* costituisce una situazione giuridica complessa avente contenuto non solo positivo, ma anche negativo, quale spettanza alla *possibilità* – ma non all'obbligatorietà – di tutela giurisdizionale.

La tematica, com'è evidente, si lega strettamente all'effettiva libertà di autodeterminazione privata⁷⁹⁸, di cui l'istituto costituisce una declinazione⁷⁹⁹.

Anticipando sin da ora le conclusioni cui si perverrà, si osserva che la facoltà per il titolare dell'interesse legittimo di *non* ricorrere al sistema istituzionale di giustizia amministrativa rappresenta, prima ancora che una manifestazione della disponibilità della situazione giuridica, un *diritto* costituzionalmente riconosciuto.

Tale prerogativa, tuttavia, pur comportando indirettamente una vicenda dispositiva dell'interesse legittimo, ha quale oggetto diretto il diritto di azione: si colloca, quindi, nell'ambito processuale, recando altresì effetti mediati sulla sfera sostanziale.

Detto altrimenti, la *disponibilità della tutela giurisdizionale* non coincide con quella attinente la situazione soggettiva⁸⁰⁰: trattasi di vicende diverse e autonome, pur se connesse e coesistenti⁸⁰¹.

⁷⁹⁴ Così Corte Cost., n. 127/1977.

⁷⁹⁵ La copertura costituzionale del dovere statale di provvedere all'amministrazione della giustizia si deduce dagli artt. 24, 102 e 111 Cost.

⁷⁹⁶ Si è, infatti, già fatto cenno all'illegittimità costituzionale dell'arbitrato obbligatorio, cfr. *supra*, § 3.

⁷⁹⁷ Per esempio, gli strumenti negoziali, come la transazione.

⁷⁹⁸ La tematica della disponibilità dell'interesse legittimo si lega a quella dell'autonomia privata, come del resto già posto in evidenza nella prima parte del lavoro.

⁷⁹⁹ Così M. Delesignore, *La compromettibilità*, cit., p. 6: «La Costituzione riconduce l'arbitrato alla libertà sin dal suo sorgere. L'opzione per il diritto all'azione in senso negativo è, infatti, il frutto della libera rinuncia al giudizio statale». Conformemente, cfr. F. Goisis, *Compromettibilità in arbitri*, cit., p. 258: «non sarebbe vero che la tutela giurisdizionale statale sia l'unica possibile, e comunque quella normale: anzi, *ex art. 2 Cost.*, potrebbe e dovrebbe valorizzarsi l'autonomia privata anche in questo campo».

L'interesse legittimo, infatti, ha origine ed esplicazione prima e al di fuori del processo (o del giudizio arbitrale): ciò di cui il cittadino *dispone* mediante la predisposizione di un compromesso o di una clausola compromissoria è, quindi, la tutela giurisdizionale e non la situazione nella sua titolarità. Diversamente si determinerebbe un'inammissibile sovrapposizione concettuale tra interesse legittimo e interesse al ricorso⁸⁰².

L'azione costituisce una delle (molteplici) facoltà, cui si può rinunciare, connesse all'interesse legittimo.

La rinuncia, peraltro, può essere *preventiva* (come nel caso dell'arbitrato, abdicazione alla giurisdizione statale prima ancora che la stessa sia instaurata), ovvero *successiva*, quando il giudizio sia già in atto. Quest'ultima, secondo una distinzione che origina dal processo civile, può assumere la forma di rinuncia agli atti del processo ovvero di rinuncia all'azione⁸⁰³. In entrambe la volontà abdicativa si colloca in un momento posteriore rispetto a quello della clausola compromissoria, ma permane la medesima linea funzionale e lo stesso presupposto sostanziale: la disponibilità dell'azione giurisdizionale⁸⁰⁴ da parte del titolare della situazione soggettiva rilevante⁸⁰⁵.

⁸⁰⁰ Come già osservato, comunemente si ritiene disponibile la situazione giuridica che può essere oggetto di rinuncia o dismissione da parte del titolare, ma tale caratteristica rappresenta piuttosto un effetto, una facoltà riconosciuta al titolare in virtù della natura sostanziale della situazione stessa.

⁸⁰¹ F. Goisis, *Compromettibilità in arbitri*, cit., p. 257: «<si è suggerito di distinguere tra indisponibilità della situazione soggettiva e indisponibilità del relativo rimedio giudiziale. Infatti, se davvero la prima logicamente implicasse la seconda, non si capirebbe perché la legittimazione a far valere in giudizio la posizione indisponibile venga, nella gran parte dei casi, comunque riservata al cittadino, il quale può dunque ben rinunciare alla tutela giurisdizionale>>. Cfr. altresì M. Delsignore, *La compromettibilità*, cit., p. 32: «<indisponibilità non significa, poi, irrinunciabilità della tutela che l'ordinamento riconosce a quella situazione, ma irrinunciabilità della posizione giuridica medesima>>».

⁸⁰² Cfr. M. Delsignore, *La compromettibilità*, cit., p. 193: «<è vero che l'interesse legittimo non si esaurisce nell'interesse a ricorrere, poiché, come si diceva, l'aspetto processuale non è in grado di dar conto della valenza sostanziale della posizione giuridica. (...) l'interesse al ricorso, come interesse all'annullamento del provvedimento illegittimo, tutela solo in negativo l'interesse legittimo leso>>».

⁸⁰³ Sulla distinzione tra rinuncia alla domanda, rinuncia agli atti e rinuncia al diritto, cfr. Corte Cass., n. 28146/2013. La Corte illustra le diverse forme di rinuncia: in primis la rinuncia alla domanda o ai suoi singoli capi che rientra fra i poteri del difensore, poi la rinuncia agli atti del giudizio che può essere fatta valere solo dalla parte personalmente o da un suo procuratore speciale nelle forme rigorose previste dall'art. 306 c.p.c., e non produce effetto senza l'accettazione della controparte, e infine la rinuncia al diritto in contesa, che a sua volta costituisce esercizio di un potere sostanziale spettante come tale alla parte personalmente o al suo procuratore munito di mandato speciale, siccome diretto a determinare la perdita o la riduzione del diritto stesso e che non richiede il consenso della controparte (Corte Cass., n. 1439/2002; n. 140/2002; n. 2572/1998).

⁸⁰⁴ Cfr. M. A. Russo, *Specifiche problematiche*, cit., p. 880: «<Come corollario del principio dispositivo e della circostanza che il ricorrente è il *dominus* nel processo deriva che egli ha – oltre che la possibilità di rinunciare al ricorso o comunque dichiarare di aver perduto ogni interesse alla decisione – anche quella di rinunciare a uno dei motivi dell'impugnativa (...) In questi casi il giudice, non avendo né il potere di porcedere d'ufficio né quello di sostituirsi al ricorrente nella valutazione

Non rileva, ai fini in esame, che si tratti di rinuncia agli atti ovvero di rinuncia all'azione.

Innanzitutto, il codice del processo amministrativo non ha accolto l'anzidetta distinzione, dettando piuttosto una disciplina unitaria della rinuncia all'art. 84⁸⁰⁶.

In ogni caso, in entrambi gli istituti il soggetto esercita un potere che ricade sul proprio *diritto al processo*⁸⁰⁷: la prima riguarda *quel* processo instaurato e non preclude la possibilità di riproporre la medesima domanda in un separato giudizio, mentre la seconda, incidendo sulla situazione sostanziale fatta valere, impedisce del tutto la possibilità di ogni ulteriore tutela giurisdizionale.

Restano in ogni caso ferme le altre facoltà dispositive extragiurisdizionali che caratterizzano la situazione soggettiva, dal momento che le vicende abdicative descritte attengono esclusivamente alla tutela avanti ai Tar e al Consiglio di Stato.

Anche la *rinuncia processuale* (successiva), quindi, deriva dal principio di cui all'art. 24 Cost., inteso come diritto all'azione in senso negativo, e proprio tale

dell'interesse ad agire, si limita a dichiarare l'improcedibilità del motivo o del ricorso per carenza sopravvenuta di interesse>>.

⁸⁰⁵ Le modifiche all'art. 38 c.p.c. apportate nel 1990 di fatto hanno reso derogabili anche i criteri forti di competenza (salva la rilevabilità d'ufficio entro la prima udienza), e soprattutto l'avvenuta abrogazione dell'art. 2 c.p.c. – che costituiva sostanzialmente l'unica norma da cui fosse espressamente desumibile l'inderogabilità convenzionale della giurisdizione – la cui disciplina è stata sostituita da una normativa sul diritto internazionale privato (l. 31 maggio 1995, n. 218) che ammette in numerosi casi la deroga (espressa o tacita) alla giurisdizione italiana, non possono non aver mutato il quadro. A maggior ragione dopo che gli ultimi sviluppi giurisprudenziali hanno tanto ravvicinato le due giurisdizioni facendo cadere dogmi, come quello della impossibilità della *translatio iudicii* tra giudice ordinario e giudice amministrativo, che fino a pochi anni addietro erano considerati intoccabili. Si è insomma osservato che i mutamenti profondi cui si è assistito e si assiste tuttora spingono a ritenere non più attuale il pregiudizio secondo cui tutto ciò che concerne il processo e i rapporti tra le giurisdizioni formi materia indisponibile.

⁸⁰⁶ Si riporta per intero il testo dell'art. 84, d.lgs. n. 104/2010: <<La parte può rinunciare al ricorso in ogni stato e grado della controversia, mediante dichiarazione sottoscritta da essa stessa o dall'avvocato munito di mandato speciale e depositata presso la segreteria, o mediante dichiarazione resa in udienza e documentata nel relativo verbale. Il rinunciante deve pagare le spese degli atti di procedura compiuti, salvo che il collegio, avuto riguardo a ogni circostanza, ritenga di compensarle. La rinuncia deve essere notificata alle altre parti almeno dieci giorni prima dell'udienza. Se le parti che hanno interesse alla prosecuzione non si oppongono, il processo si estingue. Anche in assenza delle formalità di cui ai commi precedenti il giudice può desumere dall'intervento di fatti o atti univoci dopo la proposizione del ricorso ed altresì dal comportamento delle parti argomenti di prova della sopravvenuta carenza d'interesse alla decisione della causa>>.

⁸⁰⁷ La differenza principale tra i due istituti è data dal fatto che la rinuncia all'azione è di merito e non richiede, pertanto, il consenso della controparte, come accade invece nella mera rinuncia agli atti, che esige il consenso del convenuto, il quale può manifestare interesse alla prosecuzione del processo. Con la rinuncia all'azione il soggetto manifesta la sua volontà abdicativa rispetto alla situazione sostanziale dedotta in giudizio, con la conseguente inammissibilità della riproposizione della domanda giudiziale. Cfr. Cons. Stato, n. 164/2003. Diversamente, con la rinuncia agli atti il soggetto abdica all'attività processuale fino a quel momento compiuta e pertanto se non sono scaduti i termini quella identica azione potrà essere riproposta. Si veda altresì A. Graziano, *La "rinuncia al ricorso" o "agli atti del giudizio" di cui agli articoli 84 Cod. Proc. Amm. e 306 c.p.c. e la rinuncia all'azione e ai motivi. L'impuugnabilità dei provvedimenti successivi connessi*, in www.giustizia-amministrativa.it.

ipotesi permette di cogliere a pieno la distinzione tra diritto alla tutela giurisdizionale e situazione sostanziale protetta.

Il privato, infatti, conserva quasi sempre la disponibilità *processuale* anche di situazioni indisponibili, potendo rinunciare alla relativa tutela giurisdizionale⁸⁰⁸, fatta eccezione per i casi in cui la legittimazione concorre con quella del pubblico ministero che si sostituisce o si affianca alla parte nel perseguimento delle finalità previste dalla legge. In tali ipotesi, il bisogno di protezione del titolare concorre o coincide con altri interessi, situati in una posizione di supremazia, o quantomeno di equivalenza⁸⁰⁹. Ciò, tuttavia, non vale per il giudizio amministrativo, che si può estinguere per rinuncia ai sensi dell'art. 84 d.lgs. n. 104/2010, senza la possibilità di proseguimento a opera di una parte pubblica terza e imparziale, quale il pubblico ministero.

A nulla rileva che nel processo in questione sia sconosciuto il meccanismo della contumacia⁸¹⁰, difettandone la relativa disciplina⁸¹¹. Infatti, la necessaria costituzione della parte pubblica non è in alcun modo assimilabile alle ipotesi in cui il giudizio è

⁸⁰⁸ Da ciò si desume la non piena corrispondenza tra disponibilità del diritto sostanziale e disponibilità dell'azione processuale, essendo quest'ultima sussistente in capo al titolare anche nell'ipotesi di diritti indisponibili.

⁸⁰⁹ La stessa interpretazione è offerta anche dalla dottrina penalistica con riferimento alla scriminante del consenso dell'avente diritto di cui all'art. 50 c.p. Cfr. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale*, cit., p. 261: <<l'interesse alla repressione infatti viene meno soltanto se il consenso ha ad oggetto la lesione di beni di pertinenza esclusiva (o prevalente) del privato che ne è titolare. Mentre a nulla vale l'eventuale rinuncia alla tutela da parte dell'offeso se è lo Stato ad avere un interesse diretto alla salvaguardia del bene, come accade nel caso di beni dotati di rilevanza per l'intera collettività>>; nello stesso senso vede la concorrenza o coincidenza di interessi superiori o equiordinati alla base della disponibilità F. Mantovani, *Diritto penale*, IVa ed., Padova 2001, pp. 262 e ss.

⁸¹⁰ Come rilevato anche, di recente, dalla Corte Cost., n. 18/2014: <<La prospettazione impugnatoria del Tribunale a quo muove, infatti, da una premessa, erronea – che ne vizia in radice l'ulteriore svolgimento – quella, cioè, di ritenere la disposizione di cui al primo comma dell'art. 291 del codice di procedura civile espressiva di un principio generale del processo, come tale compatibile anche con il giudizio amministrativo ed a questo, quindi, naturaliter riferibile. Ma così non è. La peculiare struttura del giudizio amministrativo è di per sé ostativa all'applicabilità della summenzionata regola processuale civilistica nel giudizio amministrativo. Atteso che – come reiteratamente, del resto, chiarito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (per tutte, Sezione IV, sentenza n. 319 del 2007; Sezione VI, sentenza n. 5816 del 2004) – in detto ultimo giudizio, caratterizzato da brevi termini perentori per la sua introduzione e dall'assenza dell'istituto della contumacia, vige l'opposto principio per cui, ai fini della regolare instaurazione del rapporto processuale, il ricorso deve, entro il prescritto termine di decadenza, essere ritualmente notificato all'amministrazione resistente (ed almeno a un contro interessato). Tale essendo, dunque, il contesto strutturale e normativo del processo amministrativo, legittimamente il legislatore, delegato al correlativo riordino, ha introdotto la disposizione, di cui al comma 4 dell'art. 44, a torto impugnata dal rimettente, con la quale si esplicita l'esistenza di un onere di diligenza, per il ricorrente, in sede di notifica del ricorso>>. La questione della necessità della costituzione in giudizio della p.a. si collega alla natura ordinatoria e non perentoria del termine per la costituzione stessa, su cui cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 5/2013.

⁸¹¹ Si veda, per un argomento di natura testuale, l'art. 92, comma 4, d.lgs. n. 104/2010, che nel riprodurre il contenuto dell'art. 327, comma 2, c.p.c., parla di parte che <<non si è costituita in giudizio>> e non di <<contumace>> (come era espresso nel testo della disposizione civilistica).

iniziato o proseguito da un magistrato estraneo al rapporto oggetto di contesa. L'amministrazione, pur avendo natura pubblica e perseguendo finalità generali, rimane pur sempre *parte* nell'ambito della specifica vicenda processuale.

Tutti gli elementi illustrati indicano che l'iniziativa giudiziale (così come la prosecuzione del processo instaurato) costituisce non solo una libera scelta delle parti, ma un diritto autonomo, con qualche eccezione per i casi di officiosità⁸¹².

Il punto di partenza dell'interprete è, in ogni caso, pur sempre la natura – disponibile o meno – della situazione soggettiva, rispetto cui la libertà di azione in senso negativo (che si manifesti nella rinuncia ovvero nell'opzione per l'arbitrato) costituisce un profilo a sé stante ed eventuale, oggetto di ulteriore valutazione.

Esiste, però, una fondamentale differenziazione tra diritto sostanziale e diritto di azione, dal momento che solo quest'ultimo è direttamente garantito dalla Costituzione, anche nella sua portata negativa: la disponibilità della tutela giurisdizionale, quindi, deriva dalla Carta.

Ciò attribuisce una copertura di tale rango anche all'istituto dell'arbitrato⁸¹³, con ricadute in ordine alla disciplina da applicare al medesimo⁸¹⁴, sulle quali tuttavia non ci si può soffermare in questa sede.

Posto, quindi, il fondamento costituzionale dello strumento arbitrale, è la legge ordinaria che si è occupata di limitarne l'operatività alle sole situazioni giuridiche disponibili.

L'anzidetto criterio, tuttavia, è frutto di una <<scelta politica>> e non ha copertura costituzionale⁸¹⁵: sarebbe, pertanto, astrattamente possibile devolvere in

⁸¹² Fr. G. Verde, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., in particolare p. 5: <<il campo della indisponibilità che impedisce il ricorso all'arbitrato è destinato a ridursi alla stretta area in cui l'interesse generale è ritenuto così forte, da imporre già sul piano sostanziale che il potere di disporre del diritto non spetti solo al titolare, ma anche ad altri soggetti>>. In senso simile, E. Redenti, voce *Compromesso*, in *Nuovo dig. it.*, Torino, 1938, III, pp. 483 e ss. Peraltro, si osserva che l'indisponibilità è tutelata <<dall'ordinamento giuridico con norme imperative al fine di tutelare un interesse superiore, cioè l'interesse pubblico. L'ordine pubblico, pertanto, porta a comprimere la libertà negoziale dei privati, riservando la competenza all'autorità giudiziaria. Cosicché l'invalidità del contratto per violazione di norme imperative viene sottratta alla disponibilità delle parti in quanto rilevante, ai sensi dell'art. 1421 c.c., da chiunque vi abbia interesse, nonché dal giudice d'ufficio>>.

⁸¹³ Dal disposto costituzionale emerge inoltre che l'arbitrabilità della controversia è la regola e l'eccezione deve quindi essere espressamente prevista dalla legge.

⁸¹⁴ Le ricadute sulla disciplina riguardano alcuni principi fondamentali, propri di qualsivoglia procedimento, sia o meno a natura giurisdizionale. Così M. Delsignore, *La compromettibilità*, cit., p. 19: <<La garanzia di cui all'art. 24 Cost. (...) trova ulteriori e significativi riflessi nella conformazione della disciplina dell'istituto arbitrale. (...)>>. L'Autrice enuclea i principi in questione: garanzia del contraddittorio, partecipazione al procedimento, collegialità e imparzialità dell'autorità decidente.

⁸¹⁵ Così M. Delsignore, *La compromettibilità*, cit., p. 29 e p. 66: <<L'opzione del legislatore per il divieto di arbitrato nelle situazioni non disponibili è il frutto di una scelta politica che (...) non è in alcun modo vincolata al dettato costituzionale>>. L'Autrice cita, sul punto, Corte Cost., n. 376/2001, che ha ravvisato la ragionevolezza quale *unico limite* per il legislatore nell'imposizione di un divieto di arbitrato. Conformemente, si veda A. Berlinguer, *La compromettibilità per arbitri*, cit., p. 124 e ss., che si occupa di definire la differenza tra arbitrato e transazione e formula le medesime considerazioni

arbitri anche controversie aventi a oggetto situazioni indisponibili, salvi i casi di obbligatorietà di intervento statale in giudizio a mezzo del pubblico ministero.

Ai fini che qui interessano e alla luce della normativa vigente, la disponibilità del diritto sostanziale comporta anche quella del tipo di tutela⁸¹⁶, nonostante esse costituiscano due fenomeni autonomi.

Tale corrispondenza, tuttavia, non vale in caso di situazioni (intrinsecamente) indisponibili, per le quali è precluso il rimedio arbitrale, mentre per la rinuncia processuale sarà necessaria una valutazione specifica caso per caso.

In conclusione, la disponibilità dell'interesse legittimo (o del diritto soggettivo) e la disponibilità della tutela giurisdizionale di esso sono facoltà che insistono su due situazioni giuridiche differenti. È la legge che, nel caso dell'arbitrato, ha unificato i due poli, prevedendo la natura indisponibile del diritto quale sbarramento preclusivo del ricorso alla giustizia privata.

Nel seguito dell'analisi, quindi, si darà atto dell'evoluzione che ha interessato lo strumento arbitrale nell'ordinamento amministrativo, con attenzione particolare alla natura giuridica della situazione in capo al privato.

3. L'inammissibilità dell'arbitrato di diritto amministrativo nel panorama antecedente alla l. n. 205/2000 (cenni).

L'operatività dell'arbitrato all'interno del sistema amministrativo è stata tradizionalmente accompagnata da aperte ostilità⁸¹⁷.

La difficile compatibilità tra tale strumento e le controversie pubblicistiche è, infatti, da rinvenire nell'essenza di esso quale mezzo di soluzione delle controversie derivante dall'autonomia negoziale e dalla libera determinazione delle parti.

in punto della vincolatività meramente legislativa (e non costituzionale) del presupposto dell'indisponibilità: <<ciò che deriva dai principi dell'ordinamento è la preclusione della transazione su tali diritti indisponibili, non invece la possibilità che l'autonomia negoziale si espliciti nel senso di ampliare la sfera della giurisdizione privata, quando una legge dello Stato intervenga, in via generale o per singoli casi di specie, modificando il criterio oggi sancito dall'art. 806 del c.p.c.>>.

⁸¹⁶ Così M. Vitale, *L'arbitrato*, cit., pp. 1333 e ss.: <<con la conseguenza che la scelta tra la tutela giurisdizionale ovvero arbitrale deve essere considerata espressione dell'autonomia privata>>. Ugualmente, cfr. G. Verde, *La convenzione di arbitrato*, cit., pp. 93 e ss.

⁸¹⁷ Così, *ex multis*, M. Vitale, *L'arbitrato*, cit., pp. 1333 e ss.; A. Sandulli, *L'arbitrato nel codice*, cit., p. 205, secondo cui <<Per lungo tempo la locuzione "arbitrato nel diritto amministrativo" è stata considerata un ossimoro>>. L'Autore compie una breve ma efficace ricostruzione storica dell'istituto dalle origini sino alla sua introduzione a mezzo della legge n. 205/2000. Si rinvia quindi al contributo citato, anche per i riferimenti dottrinali. Sulla scarsità di contributi interpretativi in materia, relativamente all'epoca precedente alla riforma di cui alla legge n. 205/2000, cfr. A. Amorth, *Annotazioni sull'arbitrato*, cit.

A ben vedere, inizialmente le diffidenze hanno riguardato non tanto le peculiarità strutturali (e funzionali) dell'interesse legittimo, bensì, ancor più radicalmente, l'istituto arbitrale in sé considerato⁸¹⁸.

Risultavano pertanto suscettibili di rimessione in arbitrato le sole controversie ove la pubblica amministrazione avesse agito *iure privatorum*, con applicazione del diritto comune e attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario.

L'istituto aveva altresì luogo in altre ipotesi previste specificamente da disposizioni legislative espresse⁸¹⁹, concepite come eccezioni, quali l'art. 27, comma 2, legge n. 142/1990 in tema di accordi di programma tra Comuni, Province, Regioni, amministrazioni statali e altri soggetti pubblici⁸²⁰.

Precedentemente alla riforma legislativa operata nel 2000⁸²¹, pertanto, non era mai ammesso l'arbitrato nelle materie devolute alla giurisdizione amministrativa ove venisse in rilievo l'esercizio di un pubblico potere⁸²², a prescindere dalla situazione giuridica soggettiva oggetto di tutela⁸²³: la clausola compromissoria o il compromesso eventualmente stipulati erano considerati irrimediabilmente nulli.

Alla luce dell'assetto indicato, neanche i diritti soggettivi devoluti alla giurisdizione esclusiva amministrativa erano suscettibili di rimessione in arbitrato,

⁸¹⁸ Tale orientamento restrittivo è definitivamente tramontato con gli interventi legislativi che si sono succeduti sin dalla legge n. 205/2000, come sarà più adeguatamente illustrato nei paragrafi che seguono. In epoca antecedente, si veda le importanti aperture avanzate da S. Cassese, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim.dir. pubbl.*, 1996, pp. 312 e ss., in particolare cfr. pp. 313 – 315.

⁸¹⁹ Per uno studio casistico, si rinvia a M. Delsignore, *La compromettibilità*, cit., pp. 197 e ss.

⁸²⁰ La norma in questione afferma, infatti, che «l'accordo può prevedere altresì procedimenti arbitrali».

⁸²¹ Si fa riferimento alla legge 21 luglio 2000, n. 205, le cui innovazioni sul tema dell'arbitrato in ambito amministrativo saranno oggetto di autonoma trattazione *infra*, § 3, nonché, per i rilievi critici, *infra* § 4.

⁸²² Si tratta del cosiddetto «arbitrato da legge» da A. Amorth, *Annotazioni*, cit., pp. 2158 e 2159, a cui si rinvia per l'enucleazione della casistica (ove spicca, per importanza, il settore degli appalti pubblici). Sul punto, si veda altresì S. Cassese, *Arbitrato e diritto comune della pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, pp. 523 e ss., nonché Id., *L'arbitrato*, cit., in particolare pp. 315 e ss., ove l'A. riporta gli importanti contributi della giurisprudenza della Cassazione e della Corte Costituzionale in tema di arbitrato obbligatorio e conclude osservando che «la Corte costituzionale (...) [ha] imposto il rispetto di quelle che essa stessa ha definito «caratteristiche fondamentali» dell'istituto dell'arbitrato, come configurato dal diritto comune, spogliando, quindi, la legislazione pubblicistica di quei caratteri unilaterali che sono in contrasto con l'impianto volontario e pattizio dell'arbitrato».

⁸²³ Si veda R. De Nictolis, *L'arbitrato delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 1004 e ss., nonché la ricostruzione fatta da G. Ludovici, *Le posizioni giuridiche*, cit., p. 139.

secondo l'unanime concezione giurisprudenziale⁸²⁴, sostenuta anche da una parte – seppur minoritaria – della dottrina⁸²⁵.

Le incompatibilità erano riscontrate nelle peculiarità delle vertenze in cui fosse parte una pubblica amministrazione nell'esercizio della propria autorità⁸²⁶ e si sviluppavano in molteplici osservazioni critiche.

Innanzitutto, la doverosità e l'irrinunciabilità del pubblico potere, a loro volta derivanti dalla funzionalizzazione del medesimo al perseguimento dell'interesse generale, avrebbero impedito alle parti qualsiasi possibilità di ricorrere all'istituto.

Un ulteriore aspetto ostativo era rinvenuto nella sussistenza del termine decadenziale per l'impugnazione dei provvedimenti, difficilmente conciliabile col mancato riconoscimento legislativo di un potere di annullamento in capo al collegio arbitrale.

Infine, sempre sul fronte processuale, la devoluzione alla Corte di Appello della competenza a conoscere dell'impugnativa del lodo veniva contrastata e ritenuta un'inammissibile distrazione dal giudice naturale precostituito per legge (che, nella specie, era il giudice amministrativo).

Talvolta, nel pervenire alle medesime conclusioni, la giurisprudenza poneva in stretta connessione gli aspetti preclusivi di carattere sostanziale con quelli processuali. In alcune pronunce si poteva, infatti, cogliere una complementarità tra la natura indisponibile di *tutte* situazioni soggettive vantate dal privato nei confronti dell'amministrazione e l'attribuzione delle relative vertenze alla cognizione del giudice amministrativo⁸²⁷. In altri termini, dalla disciplina della tutela giurisdizionale di una situazione giuridica (che fosse interesse legittimo o diritto soggettivo) sorgeva in automatico l'indisponibilità della stessa. Conseguentemente, una qualifica soggettiva sostanziale, quale la disponibilità, veniva erroneamente fatta discendere in

⁸²⁴ L'orientamento indicato era professato sia dalla giurisprudenza ordinaria che da quella amministrativa. Cfr. *ex multis* Corte Cass., SS. UU., n. 12966/1991; Corte Cass., SS. UU., n. 12166/1993. *Contra*, a favore della deducibilità in arbitri delle controversie su diritti compresi nella giurisdizione esclusiva amministrativa si veda l'orientamento isolato espresso da T.A.R. Piemonte, n. 352/1978. Si vedano altresì i copiosi riferimenti giurisprudenziali apportati da D. Amadei, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., pp. 855 e ss.

⁸²⁵ Così Acquarone, C. Mignone, *Arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, pp. 371 e ss. Cfr. *contra* A. Amorth, *Annotazioni sull'arbitrato*, cit., pp. 2173 e ss.; G. Verde, *Arbitrato e giurisdizione ordinaria*, in G. Verde (a cura di) *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 1997, pp. 25 e ss.; V. Domenichelli, *Le prospettive dell'arbitrato nei rapporti amministrativi (tra marginalità, obbligatorietà e con sensualità)*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, pp. 241 e ss. Si veda, per una ricostruzione delle varie opinioni dottrinarie, F. Goisis, *La giustizia sportiva*, cit., p. 233, nonché F. Pugliese, *Poteri del collegio arbitrale*, cit., pp. 91 e ss.

⁸²⁶ Cfr. G. Ludovici, *Le posizioni giuridiche*, cit., p. 140.

⁸²⁷ Emblematica, in questo senso è Corte Cass., n. 7643/1995, in cui la cognizione del giudice amministrativo viene fatta coincidere, quasi specularmente, con la indisponibilità delle vertenze azionabili avanti al medesimo. Conformemente, cfr. Corte Cass., SS. UU., n. 6517/1981. *Contra*, cfr. Corte Cass., SS. UU., n. 427/1982, che espressamente ammette la transigibilità dell'interesse legittimo. La pronuncia anzidetta è stata già citata nella prima parte del lavoro.

via automatica dalla sussistenza di regole sulla giurisdizione⁸²⁸. Con specifico riferimento ai diritti soggettivi devoluti alla giurisdizione esclusiva, poi, tale attribuzione da parte del legislatore era considerata un provvedimento di ordine pubblico capace di superare, o quantomeno di limitare, la disponibilità delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte.

Si riteneva, quindi, che le caratteristiche strutturali e funzionali dell'istituto arbitrale incardinassero lo stesso necessariamente (*rectius*: esclusivamente) nell'ambito della giurisdizione ordinaria; in tal senso, la devoluzione ad arbitri delle vertenze era un'alternativa non ammissibile nel sistema amministrativistico⁸²⁹ e la deroga convenzionale alla giurisdizione era configurabile solo rispetto a quella ordinaria⁸³⁰, con una netta separazione tra i criteri di riparto giurisdizione e i parametri di compromettibilità in arbitrato.

In definitiva, il rapporto tra giudice amministrativo e arbitri era considerato una questione tra due tipi diversi di giurisdizione⁸³¹, delle quali una – quella amministrativa – ritenuta a carattere speciale⁸³²; la clausola compromissoria veniva

⁸²⁸ Cfr. A. Barrella, *Incompatibilità tra giurisdizione esclusiva e arbitrato?*, in *Riv. arb.*, 2000, pp. 199 e ss.: «se un diritto di cui sia titolare la pubblica amministrazione sia disponibile o meno, esso sarà transigibile e quindi arbitrabile, e ciò a prescindere dal giudice chiamato a conoscerlo: la disponibilità di un diritto non viene meno per il fatto che esso venga azionato avanti al giudice amministrativo, nell'ambito della giurisdizione esclusiva anziché avanti al giudice ordinario (...) la concentrazione della giurisdizione non rende indisponibile una situazione disponibile».

⁸²⁹ Così A. Carbone, *Provvedimento illegittimo e dannoso: il nuovo orientamento della giustizia amministrativa*, in *Danno e resp.*, 2001, pp. 302 e ss.; L. Acquarone, C. Mignone, *Arbitrato nel giudizio amministrativo*, cit., p. 367, che riportano la tesi che fa dell'arbitrato «un sistema di composizione alternativo rispetto al processo ordinario»; D. Amadei, *L'arbitrato*, cit., p. 856; G. Verde, *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. arbitrato*, 2007, pp. 1 e ss. Si veda altresì A. Romano Tassone, *Lodo arbitrale ex art. 6, l. n. 205 del 2000 e giudice dell'impugnazione*, in *Foro amm. C.D.S.*, 2003, pp. 2276 e ss.; A. Zito, *La compromettibilità per arbitri con la pubblica amministrazione dopo la legge n. 205/2000: problemi e prospettive*, in *Dir. amm.*, 2011, pp. 355 e ss., che segnala una significativa pronuncia della Suprema Corte (Corte Cass. SS. UU., n. 527/2000) ove si afferma che «la concezione sulla natura privata dell'arbitrato porta a qualificare il procedimento arbitrale come ontologicamente alternativo alla giurisdizione statale». Ciononostante, l'Autore rileva come da tale assunto la Cassazione non abbia tratto, nella sentenza anzidetta, le dovute conseguenze.

⁸³⁰ Per uno studio mirato sulle questioni di competenza e di giurisdizione connesse alla tematica dell'arbitrato nel diritto amministrativo, si veda C. Mignone, *Arbitrato nelle controversie devolute al giudice amministrativo e riparto della giurisdizione*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, pp. 2515 e ss.

⁸³¹ Così Corte Cass., SS. UU., n. 4360/1981; Corte Cass., n. 5922/1983; Corte Cass., n. 5690/1993; Corte Cass., SS. UU., n. 7643/1995. Per il legame la problematica indicata e quella della natura – negoziale o giurisdizionale – dell'istituto dell'arbitrato, cfr. D. Argenio, *Il sistema arbitrale*, cit., pp. 913 e ss., cui si rinvia anche per i copiosi riferimenti giurisprudenziali.

⁸³² Si veda V. Domenichelli, *Giurisdizione amministrativa*, cit., pp. 227 e ss.: «Quanto alla «specialità» del giudice amministrativo, si potrebbe subito osservare, almeno per inciso, che ciò presuppone una concezione ormai superata dei rapporti fra giudice amministrativo e giudice ordinario, giacché di fronte agli artt. 103 e 113 Cost. il giudice amministrativo appare piuttosto come il giudice «ordinario» della pubblica amministrazione, dotato dunque di una giurisdizione nient'affatto speciale, almeno nel senso in cui tale aggettivo era ed è usato: e se il giudice amministrativo non è il giudice

considerata alla stregua di un inammissibile patto derogatorio della giurisdizione amministrativa a favore di quella ordinaria⁸³³.

A ben vedere, l'orientamento anzidetto era indicativo dell'ostilità con cui il giudice amministrativo rinunciava al proprio ambito di cognizione⁸³⁴, in questo caso con l'avallo della Suprema Corte di legittimità.

La dottrina maggioritaria si era mostrata fortemente critica verso tale interpretazione riduttiva⁸³⁵, evidenziando soprattutto come da essa scaturisse una distorsione dei caratteri della giurisdizione esclusiva che, sorta come strumento di maggior garanzia per il privato, creava – sotto lo specifico profilo dell'istituto arbitrale – un sacrificio alla tutela dei diritti soggettivi⁸³⁶. Era, infatti, palese la grave disparità tra identiche situazioni giuridiche, a seconda che fossero attribuite alla cognizione del giudice ordinario ovvero a quella del giudice amministrativo, con minor garanzia dei diritti a quest'ultimo demandati. La lesione all'effettività della tutela sarebbe, quindi, derivata esclusivamente da una scelta legislativa⁸³⁷.

Le critiche interpretative andavano anche oltre. La possibilità di rimettere in arbitri alcune specifiche controversie, come detto, era prevista eccezionalmente da alcune normative *ad hoc*: la dottrina aveva quindi denunciato l'intrinseca

speciale delle controversie amministrative, già l'impostazione dei rapporti fra giurisdizione amministrativa e arbitrato potrebbe esserne travolta>>.

⁸³³ In aperto contrasto con la natura derogatoria dell'arbitrato è F. Pugliese, *Poteri del collegio arbitrale*, cit., p. 105: <<l'arbitrato riutale (o irrituale) non deroga ad alcunché, né alla giurisdizione ordinaria, né a quella amministrativa. L'arbitrato rappresenta una forma di giustizia privata antichissima, che si deve ammettere anche per ragioni costituzionale, nel senso che la si può impedire>>.

⁸³⁴ Le motivazioni di siffatto orientamento sono ben inquadrare da V. Domenichelli, *Le prospettive dell'arbitrato*, cit., pp. 241 e ss.: <<il modello arbitrale per la soluzione delle controversie che possono insorgere nei rapporti tra privati e pubblica amministrazione trova un ostacolo per così dire preconcepito o "ideologico" nell'istituzionale disparità di tale rapporto>>.

⁸³⁵ Sulle ragioni contrarie al riconoscimento della compromettibilità dei diritti soggettivi oggetto di giurisdizione esclusiva e sulla loro critica v. anche, tra altri, A. Barrella, *Incompatibilità*, cit., pp. 199 e ss.; D. Amadei, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., pp. 855 e ss.

⁸³⁶ Così V. Domenichelli, *Giurisdizione amministrativa*, cit., p. 230: <<la giurisdizione esclusiva ha caratteri suoi propri, in quanto, rendendo certo il giudice nell'incertezza delle situazioni soggettive, è diretta ad ampliare la gamma delle tutele esperibili nei confronti della pubblica amministrazione; così che non può divenire un mezzo di forzosa concentrazione e di compressione della tutela, nella quale i diritti cessano di essere tali e dunque non più disponibili per le parti e come tali insuscettibili di arbitrato>> e ancora: <<E se è la «pienezza» della giurisdizione il fondamento ultimo della giurisdizione esclusiva è proprio vero che essa è incompatibile con l'arbitrato, e con la sua base volontaria e negoziale?>>.

⁸³⁷ Così A. Zito, *La compromettibilità*, cit., p. 345, nonché V. Domenichelli, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, cit., pp. 230 e ss. Si veda altresì A. Barrella, *Incompatibilità*, cit., p. 202: <<se è consentito alle parti derogare alla giurisdizione del giudice ordinario, non v'è ragione per attribuire un privilegio al giudice amministrativo, nelle materie relative a situazioni disponibili attribuite alla sua giurisdizione esclusiva: che è tale rispetto al giudice ordinario, ma non già con riguardo all'arbitrato>>.

contraddittorietà di un simile assetto⁸³⁸. Si evidenziava, infatti, il paradosso di un sistema che negava l'istituto rispetto alle controversie involgenti diritti soggettivi demandate alla giurisdizione esclusiva, ma al contempo ne ammetteva l'operatività in casi che, seppur limitati e tassativi, rientravano nella cognizione non solo esclusiva, ma anche di legittimità del giudice amministrativo.

L'inadeguatezza della prassi giurisprudenziale descritta si è infine ancor più palesata con l'entrata in vigore della legge n. 241/1990 e in particolare con l'introduzione dell'istituto degli accordi procedimentali sostitutivi del provvedimento discrezionale finale.

La norma, scardinando i caratteri di unilateralità e di indisponibilità del pubblico potere, ha avuto un'eco profonda anche rispetto alla problematica in esame, laddove si è rilevata l'incongruenza tra l'«allargamento del disponibile giuridico»⁸³⁹ e la permanente inammissibilità assoluta dell'arbitrato relativo alle controversie avanti al giudice amministrativo⁸⁴⁰.

Il valore della disposizione anzidetta sarà quindi ripreso nel seguito della trattazione.

Ciò che interessa sin da ora porre in evidenza è come sino alla fine degli anni '90 il tema dell'arbitrabilità delle controversie amministrative non fosse controverso nell'interpretazione delle Corti. Le uniche voci di dissenso si levavano dalla dottrina, mentre il legislatore, nonostante gli importanti mutamenti nell'assetto dei rapporti tra privati e pubblica amministrazione, ha tardato a colmare la grave lacuna della mancata estensione dell'istituto anche al diritto pubblico.

⁸³⁸ Così A. Barrella, *Incompatibilità*, cit., p. 204, che, rispetto all'arbitrato previsto all'art. 27, comma 2, legge n. 142/1990 in tema di accordi di programma tra Comuni, Province, Regioni, amministrazioni statali e altri soggetti pubblici, osserva: «se è ammesso l'arbitrato nelle controversie tra enti anche in materie da sempre sottratte alla giurisdizione ordinaria, non si vede ragione per impedire all'autonomia privata di demandare allo strumento arbitrale la definizione delle controversie che, in mancanza di tale deroga, appartenerebbero alla giurisdizione esclusiva».

⁸³⁹ Cfr. A. Barrella, *Incompatibilità*, cit., p. 205: «Il riconoscimento del principio di «contrattualizzazione» dell'azione amministrativa, sancito dall'art. 11, comporta dunque la riduzione dell'area dell'indisponibilità, con il correlativo allargamento dell'area della transigibilità (e quindi dell'arbitrabilità) anche relativamente ad aspetti ordinariamente riservati alla discrezionalità amministrativa».

⁸⁴⁰ In tal senso cfr. G. Greco, *Accordi amministrativi*, cit., p. 293: «orbene, il tradizionale principio invocato in passato per escludere la compromettibilità in arbitrato delle controversie in tema di potestà-interesse legittimo è sempre stato rinvenuto nella non negoziabilità e nella correlativa intransigibilità del potere. Ma tale principio non può essere più fatto valere ora che, con gli accordi – di cui pure gli accordi di programma sono espressione – tale negoziabilità è un dato ormai acquisito»; F. Goisis, *La giustizia sportiva*, cit., 246: «più di recente, al limite dalla indisponibilità delle controversie pubblicistiche, si è opposto che il dettato dell'art. 11 l. 241/1990 presupporrebbe la normale negoziabilità del potere amministrativo: il che dovrebbe quantomeno indirizzare verso una rimediazione della sua supposta indisponibilità».

4. *L'articolo 6 della legge n. 205/2000 e l'art. 12 del d.lgs. n. 104/2010.*

L'analisi compiuta in precedenza ha messo in luce come il diritto positivo abbia a lungo mantenuto, sulla questione dell'arbitrato nelle vertenze pubblicistiche, un ruolo di secondo piano.

La trattazione che segue avrà invece a oggetto l'esame delle disposizioni con cui l'istituto ha fatto ingresso anche nell'ordinamento amministrativo, con la precisazione che tali normative non hanno sopito, ma piuttosto hanno incrementato i contrasti interpretativi.

I riferimenti legislativi sono soltanto due (e, peraltro, quasi identici nel contenuto): l'art. 6 della legge n. 205/2000 e l'art. 12 del d.lgs. n. 104/2010.

Entrambi i testi di legge indicati hanno segnato significativamente la giustizia amministrativa.

L'entrata in vigore della legge 21 luglio 2000, n. 205⁸⁴¹ ha introdotto elementi di forte innovazione non solo per quel che riguarda il tema in oggetto, ma anche per la generale predisposizione di un sistema di tutela giurisdizionale più adeguato ed effettivo, mediante l'introduzione di istituti che sino a quel momento erano rimasti appannaggio esclusivo del giudice ordinario⁸⁴².

Anche l'emanazione del D.lgs. 2 luglio 2010⁸⁴³ ha costituito un vero e proprio punto di svolta nella storia del processo amministrativo, che per la prima volta è stato dotato di un apposito codice in cui sono confluite tutte le disposizioni sino a quel momento disseminate in diverse e numerose leggi, con l'aggiunta altresì di elementi di innovazione.

⁸⁴¹ Legge 21 luglio 2000, *Disposizioni in materia di giustizia amministrativa*.

⁸⁴² La legge 21 luglio 2000, n. 205, di là dal rilievo ai fini del tema qui esplorato, ha compiuto un generale avvicinamento tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa mediante: l'ampliamento dei mezzi istruttori ammissibili nel giudizio di legittimità, comprensivi della prova testimoniale e della consulenza tecnica, ai sensi dell'art. 1, comma 2; l'introduzione dei procedimenti a cognizione sommaria e con funzione esecutiva, disposta dall'art. 8, seppure limitatamente alla giurisdizione esclusiva; l'ampliamento dei poteri cognitori, considerati generalmente estensibili all'accertamento del fatto; la proponibilità (anche congiunta) di azioni di mero accertamento, di condanna e costitutive; i rimedi risarcitori che il giudice amministrativo può emanare, anche mediante la reintegrazione in forma specifica e il soddisfacimento dei diritti patrimoniali consequenziali. Sulla riforma di cui alla legge anzidetta, si veda B. Sassani, R. Villata (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo. Commento sistematico alla l. 21 luglio 2000, n. 205*, Torino, 2001; A. Travi, (a cura di), *Disposizioni in materia di giustizia amministrativa (l. 21 luglio 2000, n. 205). Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2001, pp. 557 e ss. Più in particolare sulla riforma che con tale legge ha interessato l'arbitrato, si veda, *ex multis*, G. Verde, *Ancora su arbitri e Pubblica Amministrazione (in occasione della l. 21 luglio 2000, n. 205, art. 6)*, in *Riv. arb.*, 2000, pp. 387 e ss.; F. P. Luiso, *Arbitrato e giurisdizione nelle controversie devolute al giudice amministrativo*, in *Riv. arb.*, 2001, pp. 421 e ss.

⁸⁴³ D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, *Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*, di cui interessa l'allegato 1, *Codice del processo amministrativo*.

Per quel che riguarda l'istituto specifico⁸⁴⁴, occorre far richiamo espresso al contenuto delle norme già citate.

L'articolo 6 della legge n. 205/2000 dispone: <<le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto>>.

L'articolo 12 del d.lgs. n. 104/2010, similmente, dispone: <<le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto ai sensi degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile>>⁸⁴⁵.

Le anzidette previsioni di diritto positivo hanno definitivamente sancito la piena vigenza dell'istituto anche all'interno dell'ordinamento amministrativo e la giurisprudenza ha riconosciuto a esse una portata *autorizzatoria* – quindi anche innovativa⁸⁴⁶ – rispetto a una facoltà prima del tutto negata⁸⁴⁷.

In seguito alla citata riforma del 2000, il termine <<arbitrato di diritto amministrativo>> è stato comunemente limitato – secondo un'interpretazione letterale della norma – all'ambito dei diritti soggettivi demandati alla giurisdizione esclusiva dei Tar e del Consiglio di Stato.

La specifica contestazione dell'anzidetta lettura restrittiva sarà successivamente oggetto di autonoma trattazione⁸⁴⁸. Ciò che interessa sin da ora evidenziare è come, anche ove venga accolta un'impostazione che limita l'operatività dell'istituto alle sole situazioni di diritto soggettivo in giurisdizione esclusiva, ugualmente tale soluzione si presterebbe a problemi di natura sostanziale e sistematica.

Parte della dottrina, infatti, non ha mancato di rilevare l'intrinseca contraddizione tra l'ammissione della compromettibilità delle controversie sui diritti soggettivi rimesse al giudice amministrativo e la presenza, in esse, dell'esercizio di un pubblico potere⁸⁴⁹, considerato indisponibile⁸⁵⁰. L'argomento indicato non è stato ritenuto comunque decisivo⁸⁵¹.

⁸⁴⁴ Sul problema specifico dell'arbitrato di diritto amministrativo all'indomani della legge n. 205/2000, cfr. M. Antonioli, *Arbitrato e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, pp. 326 e ss., anche per i copiosi riferimenti dottrinali.

⁸⁴⁵ Le parole <<ai sensi degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile>> sono state inserite nell'art. 12 dall'art. 1 del Codice del processo amministrativo dal d.lgs. n. 195/2011. Si veda M. Vitale, *L'arbitrato*, cit., p. 1333.

⁸⁴⁶ Con la logica conseguenza della nullità delle convenzioni di arbitrato e dei procedimenti arbitrali eventualmente originati prima dell'entrata in vigore della norma in questione. In giurisprudenza si veda Corte Cass., SS. UU., n. 15608/2001, ma *contra* cfr. Corte Cass., SS. UU., n. 14545/2005, che affrontano specificamente il problema della retroattività, o meno, del disposto di cui all'art. 6, legge n. 205/2000.

⁸⁴⁷ Si veda, *ex multis*, Corte Cass., SS. UU., n. 15204/2006; Corte Cass., SS. UU., n. 14545/2005; Cons. Stato, n. 479/2004.

⁸⁴⁸ Cfr. *infra*, § 5.

⁸⁴⁹ Cfr. M. Vaccarella, *Considerazioni sull'art. 12*, cit., pp. 2371 e ss., che manifesta dubbi in merito al fatto che con l'art. 6 della legge n. 205/2000 e con l'art. 12 del d.lgs. n. 104/2010 si renderebbero compromettibili in arbitrato situazioni che si relazionano con il potere pubblico, che è tradizionalmente considerato indisponibile.

Di contro, argomentando sulla medesima questione, ma pervenendo a opposti risultati, altra parte della dottrina ha dedotto che mediante la previsione di cui all'art. 6 della legge n. 205/2000 è stato superato l'ostacolo dell'indisponibilità del pubblico potere, che è da sempre il maggior elemento preclusivo all'operatività dell'arbitrato nel sistema amministrativo⁸⁵². Non a caso, la positivizzazione della deferibilità ad arbitri di controversie amministrative è stata connessa al mutato ruolo che il soggetto pubblico ha assunto, verso i cittadini, negli ultimi decenni⁸⁵³.

Di là dai predetti rilievi di ordine sistematico, la disciplina dell'arbitrato nel diritto amministrativo, per come emerge dalle norme precedentemente indicate, è lacunosa, sebbene sul punto occorra fare un'importante distinzione tra l'art. 6 della legge n. 205/2000 e l'art. 12 del d.lgs. n. 104/2010.

Infatti, con la prima disposizione il legislatore si è per lo più limitato ad ammettere l'operatività dell'istituto nel sistema amministrativo senza tuttavia aggiungere alcun elemento quanto alle modalità di svolgimento procedimentale⁸⁵⁴.

Diversamente, la disciplina codicistica, inizialmente meramente riproduttiva di quella previgente⁸⁵⁵, ha subito una modifica nel 2011⁸⁵⁶ e contiene, nel testo attuale,

⁸⁵⁰ Esula dalle finalità della presente analisi la questione della natura, disponibile o meno, del potere in capo all'amministrazione, rispetto alla quale ci si è già, in ogni caso, soffermati. Sulla ritenuta indisponibilità del potere amministrativo, si rinvia, anche per i riferimenti, alla prima parte, capitolo II, § 7. A favore della disponibilità dell'interesse legittimo, ma dell'indisponibilità del potere, cfr. F. G. Scoca, *La capacità della pubblica amministrazione*, cit., p. 106; G. Caia, *Materie compromettibili*, cit., p. 18.

⁸⁵¹ Si vedano le osservazioni di L. Ferrara, *L'arbitrato nelle controversie amministrative*, cit., p. 247, che sul punto deduce che «assecondando siffatto ragionamento, risulterebbero costituzionalmente illegittimi alla luce della sentenza della Corte anche l'art. 6 l. n. 205 e l'art. 12 c.p.a.», aggiungendo, alla nota n. 5, che «Avremmo, infatti, delle situazioni indisponibili oggetto di arbitrato secondo la legislazione ordinaria (...); oppure, in alternativa, saremmo di fronte a disposizioni che contraddicono la "particolarità" delle materie di cui all'art. 103 Cost. (ricondata appunto dalla Corte costituzionale al collegamento con il potere amministrativo)».

⁸⁵² Si rinvia, di nuovo, a L. Ferrara, *L'arbitrato nelle controversie*, cit., che a sua volta richiama A. Sandulli, *L'arbitrato nel codice*, cit., p. 206: «la presenza, quanto meno in potenza, dell'esercizio del potere amministrativo [...] non rappresenta di per sé indice di non compromettibilità, dovendosi invece andare a riscontrare, di volta in volta, quale sia la situazione giuridica soggettiva protetta (...) la cittadella del potere amministrativo, dunque, ne risulta violata o, quanto meno, scalfita».

⁸⁵³ Così, espressamente, M. Vitale, *L'arbitrato*, cit., p. 1333, che associa la disposizione di cui all'art. 6, legge n. 205/2000, al «mutato clima in cui la funzione pubblica, nell'ottica di un *restyling* di ammodernamento, ha abbandonato le forme di esercizio autoritative per orientarsi verso forme improntate al consenso e alla collaborazione con il cittadino».

⁸⁵⁴ Per un'analisi ricostruttiva della disciplina, cfr. D. Amadei, *L'arbitrato*, cit., pp. 875 e ss. Rileva la lacunosità della disciplina in questione anche G. Verde, *Nuove riflessioni*, cit., p. 3, il quale tuttavia sposa la soluzione più logica a livello sistematico e letterale: «l'unica conclusione consentita è nel senso che l'art. 6, rendendo possibile l'arbitrato, ha avuto come riferimento normativo quello disciplinato dal codice di procedura civile, così che è a questa disciplina che occorre fare riferimento per risolvere i vari problemi applicativi». L'assenza nell'art. 6, comma 2, legge n. 205/2000 di un rinvio espresso alla normativa civilistica, e la contemporanea assenza di un'espressa disciplina all'interno del medesimo articolo sono rilevati anche da C. Mignone, *Arbitrato nelle controversie*, cit., pp. 2515 e ss.

un espresso rinvio alle norme che disciplinano l'arbitrato nel codice di procedura civile (artt. 806 e ss. c.p.c.).

Tale elemento non è di poco conto e da esso si deve ricavare la risoluzione di eventuali problematiche interpretative in ordine alla disciplina procedurale da seguire nel rito arbitrale amministrativo.

Oltre a ciò, si ritiene che l'espresso rinvio alla normativa privatistica elimini definitivamente l'opzione favorevole alla portata autonoma, o comunque eccezionale, dell'istituto trapiantato nell'assetto amministrativistico⁸⁵⁷.

In altri termini, la disposizione di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 104/2010 ha avallato la valenza unitaria dell'arbitrato⁸⁵⁸: quello di diritto amministrativo, pertanto, in nulla si differenzia da quello di diritto comune. Il fenomeno è il medesimo, così come medesima è la disciplina. La normativa in esame, pertanto, ha fugato i dubbi circa la portata applicativa di tale strumento, ammettendola dichiaratamente anche nelle vertenze in cui sia parte una pubblica amministrazione⁸⁵⁹, con le stesse modalità del sistema civilistico.

Pertanto, la regolazione dell'arbitrato all'interno del diritto amministrativo non presenta caratteristiche discordanti rispetto a quella civilistica, sempre che non sia la legge stessa a porre delle deroghe espresse.

Il profilo considerato è di estremo interesse ai fini della presente analisi: l'unitarietà dell'istituto fa sì che lo stesso debba essere interpretato e applicato in modo uniforme, non solo quanto alla disciplina⁸⁶⁰, ma – prima ancora – con riferimento ai presupposti di ammissibilità.

⁸⁵⁵ La quasi totale identità di contenuto tra i due articoli ha fatto sì che neanche con l'art. 12 del d.lgs. n. 104/2010 si siano fugati i dubbi interpretativi già emersi rispetto all'art. 6 della legge n. 205/2000.

⁸⁵⁶ Si fa riferimento all'art. 1, comma 1, lett. A) del d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195.

⁸⁵⁷ Per una chiara esplicitazione delle problematiche indicate, si veda S. Cassese, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., pp. 321 e ss.: «<<Ci si è chiesti se l'arbitrato [nel diritto amministrativo] sia ammesso solo nelle ipotesi espressamente indicate da apposite leggi, applicabili alla pubblica amministrazione e, conseguentemente, se vi si possa far ricorso quando non sia espressamente autorizzato. Questo interrogativo ripropone una questione generale: se le norme speciali che, nel diritto amministrativo, facciano uso di istituti propri del diritto comune vadano considerate come norme di eccezione o, invece, come manifestazioni particolari e non necessarie degli istituti propri del diritto privato>>. L'Autore si pone altresì il problema di quali norme siano da applicare all'arbitrato nell'ambito amministrativo, ove non vi siano disposizioni espresse. I dubbi indicati, tuttavia, sono stati sorpassati dalla riforma intervenuta prima con la legge n. 205/2000 e poi con il d.lgs. n. 104/2010.

⁸⁵⁸ Così A. Sandulli, *L'arbitrato nel codice*, cit., p. 207.

⁸⁵⁹ Non si tratta, quindi, di arbitrato *amministrativo*, ma di arbitrato *nel* diritto amministrativo, come giustamente espresso da D. Argenio, *Il sistema arbitrale*, cit., pp. 913 e ss., che, sulla scorta dell'insegnamento di S. Cassese, rileva: «<<va sottolineato come l'arbitrato sia e resti un istituto di diritto comune, anche quando esso abbia ad oggetto una controversia amministrativa. Proprio in virtù di tale rilievo, tutt'altro che formale, alla generica locuzione "arbitrato amministrativo" viene unanimemente preferita quella di "arbitrato *nel* diritto amministrativo">>.

⁸⁶⁰ Per esempio in tema di impugnazioni, come sarà rilevato a breve *infra*. Si veda, in senso concorde, R. De Nictolis, *L'arbitrato*, cit., p. 1004: «<<Trattandosi di arbitrato rituale di diritto, trovano applicazione le previsioni del c.p.c., sia per quel che concerne l'accordo di deferimento della

Fatte salve, quindi, ulteriori limitazioni poste dalla legge (che, tuttavia, allo stato attuale non sussistono), deve ritenersi che, alla stregua degli artt. 806 e ss. c.p.c., l'*unico* presupposto preclusivo alla compromettibilità in arbitrato (anche) delle controversie amministrative sia la disponibilità della situazione giuridica soggettiva e non la natura della medesima (come diritto soggettivo o come interesse legittimo)⁸⁶¹.

Tornando, adesso, all'esame dell'arbitrato amministrativo nelle sue caratteristiche applicative principali, occorre soffermarsi su alcuni tra gli aspetti che hanno suscitato maggior interesse tra gli interpreti.

Non occorre approfondire la questione, pacifica in giurisprudenza e in dottrina⁸⁶², dei modelli arbitrali obbligatori, costituzionalmente illegittimi stante l'indefettibilità della giurisdizione, garantita dal combinato disposto degli artt. 24, 102, 103 e 113 Cost⁸⁶³.

Per quel che riguarda l'ambito applicativo dell'istituto, la normativa di riferimento ammette espressamente il solo ricorso all'arbitrato *rituale*⁸⁶⁴. Di conseguenza, nel diritto amministrativo non avrebbe alcuno spazio di operatività l'arbitrato irrituale⁸⁶⁵, previsto invece dalla disciplina civilistica⁸⁶⁶.

lite ad arbitri (compromesso e clausola compromissoria), sia per quel che concerne le controversie arbitrabili, le modalità di nomina degli arbitri, il procedimento che questi ultimi sono tenuti a seguire per la conduzione del processo>>.

⁸⁶¹ Sul punto si veda D. Amadei, *L'arbitrato*, cit., pp. 882 – 884. Per quel che qui interessa, preme riportare l'osservazione che l'A. fa con riguardo a un preciso aspetto della disciplina istruttoria. Si rileva infatti che l'istruttoria amministrativa è stata ampliata con aperture ai mezzi di prova del processo civile, con espressa esclusione, tuttavia, del giuramento e della confessione. Adattando tali elementi al procedimento arbitrale, l'Autore aggiunge che: <<la confessione probabilmente è stata esclusa considerando indisponibili le situazioni soggettive oggetto del processo amministrativo, ed essendo dunque sempre assente il presupposto della capacità di disporre del diritto richiesto per la confessione dall'art. 2731 c.c. Nel caso del procedimento arbitrale ex art. 6, comma 2, l. 205/2000, si pone a sicuro fondamento la disponibilità dei diritti coinvolti, e cade perciò il motivo per cui sarebbe esclusa la confessione. E deve restare comunque decisivo il riferimento alla disciplina del procedimento arbitrale di cui all'art. 816 c.p.c., per cui le parti sono sovrane nel dettare le regole che gli arbitri e le parti stesse dovranno seguire nello svolgimento del giudizio: ciò vale certamente anche per i mezzi istruttori utilizzabili ed il modo della loro utilizzazione>>.

⁸⁶² Si veda *ex multis* Corte Cost., n. 127/1977; Corte Cost., n. 49/1994; Corte Cost., n. 232/1994; Corte Cost., n. 152/1996.

⁸⁶³ Si rinvia, anche per i copiosi riferimenti dottrinali a F. Goisis, *Compromettibilità in arbitri*, cit., pp., 277 e ss., ove si offre una panoramica sulla problematica, di carattere costituzionale, degli arbitrati obbligatori.

⁸⁶⁴ Si ritiene, infatti, che l'art. 12 C.P.A. abbia confermato la tesi secondo cui nel diritto amministrativo si può far uso esclusivamente dell'arbitrato rituale, atteso l'espresso ed esclusivo riferimento a tale forma.

⁸⁶⁵ Si sofferma specificamente sul problema dell'arbitrato irrituale nel diritto amministrativo F. Pugliese, *Poteri del collegio arbitrale*, cit., p. 100, favorendone l'operatività.

⁸⁶⁶ Cfr. art. 808 *ter* c.p.c.: <<Le parti possono, con disposizione espressa per iscritto, stabilire che, in deroga a quanto disposto dall'articolo 824 *bis*, la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale (...)>>. L'arbitrato irrituale non dà mai luogo a un lodo omologabile e, inoltre, permette la sola impugnazione negoziale della decisione finale avanti al giudice di primo grado ordinariamente competente. Sulla distinzione fra arbitrato rituale e irrituale, in

La tesi, come detto fondata innanzitutto sul dato testuale⁸⁶⁷, adduce a supporto anche l'impossibilità delle parti di conferire a terzi il <<loro potere di disporre delle situazioni soggettive oggetto della controversia>>⁸⁶⁸.

La tematica esula dallo specifico oggetto di studio e tuttavia non si può evitare di manifestare perplessità verso tale interpretazione restrittiva, nonostante che l'incontrovertibile riferimento di diritto positivo risulti, allo stato, difficilmente superabile.

La limitazione alla forma di arbitrato rituale sembra non considerare la natura delle situazioni giuridiche coinvolte nella controversia di volta in volta considerata: ciò investe i profili relativi alla natura disponibile o meno delle situazioni soggettive in capo alle parti, su cui ci si è ampiamente soffermati⁸⁶⁹. In questa sede, è sufficiente ribadire la possibilità di disporre sia del potere pubblico, sia dell'interesse legittimo, salvi espressi divieti imposti dalla legge (che configurano, quindi, un'ipotesi di indisponibilità estrinseca).

Dal punto di vista del privato, è stata data dimostrazione della natura intrinsecamente disponibile dell'interesse legittimo⁸⁷⁰. Quanto al potere pubblico – di là dalle argomentazioni già esposte in ordine alla disponibilità del medesimo (*rectius*: dei modi di esercizio di esso) – dirimente è il rilievo per cui alla cognizione arbitrale è rimessa una vertenza su una vicenda già svoltasi. E ciò indipendentemente dal fatto che l'arbitrato sia rituale o irrituale.

generale, si veda S. La China, *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, Milano, 1999; C. Punzi, *Arbitrato rituale ed irrituale*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1995, pp. 1 e ss.; E. Fazzalari, *Arbitrato*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1998, pp. 71 e ss.

⁸⁶⁷ Cfr. A. Zito, *La compromettibilità per arbitri*, cit., p. 347, ove l'A. mette in rilievo la difficoltà all'introduzione dell'arbitrato irrituale nelle controversie amministrative, alla stregua del dato testuale incontrovertibile.

⁸⁶⁸ Si veda altresì L. Ferrara, *L'arbitrato nelle controversie*, cit., cita A. Sandulli, *L'arbitrato*, cit., p. 207, nonché S. Cassese, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 313, secondo cui l'arbitrato irrituale non è applicabile nella pubblica amministrazione <<non perché questa non possa disporre dei suoi poteri affidandoli a terzi, ma perché, nell'arbitrato irrituale, è assente lo strumento che serve a vincolare la pubblica amministrazione alla decisione arbitrale>>. Cfr. anche L. Acquarone, C. Mignone, *Arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 368; D. Amadei, *L'arbitrato*, cit. p. 872, che riporta l'opinione negativa tradizionale e maggioritaria, per la quale il ricorso all'arbitrato irrituale <<costituirebbe un'inammissibile delega di funzioni pubbliche da parte dell'amministrazione ad un terzo soggetto privato>>.

⁸⁶⁹ Si veda la trattazione di cui alla prima parte del lavoro e in particolare, quanto ai diritti soggettivi, si veda capitolo I, § 2 e quanto agli interessi legittimi, capitolo II, § 2. Con specifico riferimento alla disponibilità quale unico criterio per l'applicazione anche dell'arbitrato irrituale, si rinvia, di nuovo, a M. Delsignore, *La compromettibilità*, cit., p. 77: <<E', allora, alla disponibilità della situazione giuridica controversa che è necessario riferirsi per vagliare l'ammissibilità anche dell'arbitrato irrituale. La sussistenza di tale disponibilità implica certamente pure la possibilità della devoluzione della controversia ad un arbitrato irrituale. La differenza è che, in questo caso, diversamente che per l'arbitrato rituale, manca la omologabilità del lodo e la impugnabilità secondo le regole del codice di rito>>.

⁸⁷⁰ Si rinvia alla prima parte, capitolo. II, § 2.

Senza contare che l'assetto attuale crea un'evidente disparità di trattamento tra diritti soggettivi rimessi alla cognizione del giudice ordinario, che sono compromettibili sia in arbitrato rituale che irrituale, e diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, per i quali varrebbe solo il ricorso a tale prima tipologia. Avanti agli organi di giustizia amministrativa, quindi, si verrebbe a creare una minor tutela per il privato, senza che, tuttavia, ciò sia giustificato da una differente struttura e natura delle situazioni giuridiche, trattandosi in entrambi di diritti soggettivi.

L'ammissione o meno della forma irrituale dell'arbitrato nel diritto amministrativo, quindi, deve essere ricondotta esclusivamente alla disponibilità o meno delle situazioni giuridiche coinvolte⁸⁷¹, con la conseguenza che non sembra conforme all'ordinamento una preclusione generalizzata (quale quella di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 104/2010).

Maggiori problemi incontra, piuttosto, l'eventuale operatività di un arbitrato amministrativo per equità. L'istituto, regolato dalla disciplina civilistica, permette di decidere le controversie senza il vincolo delle norme di diritto⁸⁷² e ciò si pone in contraddizione con un sistema – quale quello pubblicistico – retto dal principio di legalità⁸⁷³.

Nel seguito dello studio ci si occuperà di confutare la tradizionale impostazione contraria alla rimessione in arbitri delle vertenze aventi a oggetto interessi legittimi, sulla base dei dati sin qui analizzati.

Si omette, pertanto, l'esame approfondito di profili più tecnici che hanno interessato gli interpreti: da un lato quello relativo all'impugnazione del lodo arbitrale amministrativo⁸⁷⁴, dall'altro l'evoluzione nella disciplina dell'esecuzione dello stesso⁸⁷⁵.

⁸⁷¹ Si veda L. Ferrara, *L'arbitrato nelle controversie*, cit., p. 248: «<se si ritiene che una certa situazione giuridica soggettiva sia disponibile, non si capisce perché dovrebbe essere possibile ricorrere all'arbitrato rituale, e non anche a quello irrituale, posto che (...) non si tratta di esercizio di funzioni amministrative, ma di cognizione su un potere amministrativo già avvenuto>>. L'autore cita le considerazioni di D. Amadei, *L'arbitrato*, cit., 872-874. Favorevole all'applicazione dell'arbitrato irrituale alle vertenze in cui sia parte la pubblica amministrazione è M. Delsignore, *La compromettibilità*, cit., pp. 74 e ss.

⁸⁷² Ai sensi della disciplina civilistica infatti la decisione degli arbitri deve aver luogo «<secondo le norme di diritto, salvo che le parti li abbiano autorizzati a con qualunque espressione a pronunciarsi secondo equità>> (art. 822 c.p.c.), con la conseguenza in tale ipotesi il lodo non potrà essere impugnato per errori di giudizio (art. 829, comma 2, c.p.c.). per l'ammissione dell'arbitrato secondo equità rispetto ai rapporti di diritto privato della pubblica amministrazione, cfr. Corte Cass. 17 marzo 1982, n. 1724.

⁸⁷³ Manifestano perplessità in proposito L. Ferrara, *L'arbitrato nelle controversie*, cit., nonché D. Amadei, *L'arbitrato*, cit., in particolare pp. 874 e 875.

⁸⁷⁴ Si veda, anche per i copiosi riferimenti dottrinali, A. Sandulli, *L'arbitrato nel codice*, cit., p. 207, nonché M. Vitale, *L'arbitrato*, pp. 1346 e ss.; D. Amadei, *L'arbitrato*, cit., pp. 878 e ss., anche per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; R. De Nictolis, *L'arbitrato*, cit., p. 1005, quest'ultima in particolare in ordine all'orientamento contrario alla devoluzione dell'impugnazione del lodo alla

Mentre quest'ultima è attualmente ricompresa tra le ipotesi di ottemperanza *ex art. 112, d.lgs. n. 104/2010*⁸⁷⁶, la problematica impugnatoria ha configurato uno dei principali motivi – unitamente alla ritenuta indisponibilità del pubblico potere – per cui l'arbitrato per le controversie pubblicistiche è stato a lungo osteggiato dalla dottrina e dalla giurisprudenza⁸⁷⁷. Dopo forti diatribe⁸⁷⁸, si è ormai affermata la disciplina civilista⁸⁷⁹ e, quindi, l'attribuzione di tale cognizione (non al Consiglio di Stato, ma) alla Corte di Appello territorialmente competente⁸⁸⁰: si tratta di una competenza funzionale riconosciuta dalla legge⁸⁸¹.

competenza della Corte di Appello; G. P. Cirillo, *La tutela in via arbitrale*, cit., pp. 2212 e ss.; A. Romano Tassone, *Lodo arbitrale*, cit., p. 2276.

⁸⁷⁵ Si veda la trattazione sul punto di M. Vitale, *L'arbitrato*, pp. 1350 e ss.; A. Sandulli, *L'arbitrato nel codice*, cit., p. 208, nonché di A. Lipponi, *L'azionabilità in sede di «ottemperanza» del lodo arbitrale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, pp. 258 e ss.

⁸⁷⁶ Ai sensi dell'art. 112, comma 2, lett. e), C.P.A. <<L'azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l'attuazione: (...) e dei lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato>>.

⁸⁷⁷ Così, espressamente, R. De Nictolis, *L'arbitrato*, cit., p. 1004, che cita le sentenze Corte Cass. SS. UU. 3 dicembre 01991, n. 12966, nonché Corte Cass., SS. UU., n. 7463/1995.

⁸⁷⁸ Tuttora permangono alcuni problemi interpretativi, in ordine alla divisione tra fase rescindente e fase rescissoria e alle relative sfere di attribuzione tra Corte di Appello e giudice amministrativo. Da più parti era stata avanzata l'ipotesi di una scissione tra la fase rescindente (avanti alla Corte di Appello) e la fase rescissoria (avanti al giudice amministrativo) dell'impugnativa, ma si ritiene che sarebbe necessaria un'espressa disposizione normativa in tal senso: in assenza di siffatta previsione, la competenza resta totalmente nella titolarità della Corte di Appello quale giudice naturale dell'impugnazione del lodo. La questione appena indicata è, comunque, controversa. Si veda l'analisi compiuta sul punto da M. Antonioli, *Giurisdizione e arbitrato*, cit., pp. 330 e ss., cui si rinvia anche per i riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, nonché da G. Verde, *Nuove riflessioni*, cit., p. 4; si vedano altresì le osservazioni di A. Romano Tassone, *Lodo arbitrale*, cit., p. 2277 e di C. Mignone, *Arbitrato nelle controversie*, cit., p., 2519.

⁸⁷⁹ La questione, che non può essere affrontata in questa sede, ha lungamente diviso la dottrina e la giurisprudenza, nonostante che il silenzio della legge sul punto dovesse far pensare sin da subito all'applicazione della disciplina tipica civilistica anche nell'ipotesi di arbitrato di diritto amministrativo. Così G. Verde, *Ancora su arbitri*, cit., p. 390. Il tema dell'impugnazione del lodo arbitrale, pur non interessando in via diretta l'oggetto della ricerca, ha inciso profondamente sull'ambito operativo dell'istituto all'interno del sistema amministrativistico: la devoluzione della competenza alla Corte di Appello, infatti, avrebbe rappresentato un'inammissibile deroga alla giurisdizione del giudice amministrativo, secondo l'orientamento restrittivo.

⁸⁸⁰ È noto infatti come tale competenza sia stata a lungo affermata come propria dal Consiglio di Stato, che si è in seguito conformato al disposto della Suprema Corte, cfr. Corte Cass., SS. UU., n. 15204/2006. Peraltro, un argomento a favore di tale soluzione si rinviene nel Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 163/2006, il cui art. 241, comma 15 *ter*, individua nella Corte di Appello l'organo deputato alla sospensione dell'efficacia del lodo.

⁸⁸¹ Così A. Romano Tassone, *Giurisdizione amministrativa ed arbitrato*, cit., p. 630, secondo cui <<la Corte si configurerebbe quale giudice naturale dell'impugnazione del lodo arbitrale, e non quale articolazione dell'a.g.o.>>. *Contra*, M. Antonioli, *Arbitrato e giurisdizione*, cit., p. 331.

5. Note critiche sulla non compromettibilità in arbitrato degli interessi legittimi.

5.1. La disponibilità come unico criterio di operatività dell'arbitrato nel diritto amministrativo.

Tradizionalmente si nega che le controversie aventi a oggetto interessi legittimi siano suscettibili di compromissione in arbitrato⁸⁸². Sul punto, la giurisprudenza è pressoché pacifica⁸⁸³.

Le motivazioni si legano a profili di carattere sostanzialistico, e per questo sono state per lo più già esposte nella prima parte del lavoro⁸⁸⁴: l'indisponibilità della situazione giuridica in capo al privato⁸⁸⁵ e la sussistenza di un pubblico potere.

⁸⁸² Si veda Laschena, *Arbitrato nelle controversie*, cit., pp. 1 e ss. Critico rispetto a tale orientamento è G. P. Cirillo, *La tutela in via arbitrale delle conseguenze patrimoniali derivanti dalla lesione dell'interesse legittimo*, in *Foro amm.*, 2001, pp. 2205 e ss. Si rinvia, inoltre, all'approfondita trattazione di F. Goisis, *Compromettibilità in arbitri*, cit., anche per i copiosi riferimenti dottrinali, legislativi e giurisprudenziali.

⁸⁸³ Cfr. Corte Cass., SS. UU., n. 25508/2006: <<l'art. 6, comma secondo, della legge 21 luglio 2000, n. 205, prevede la possibilità che le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo siano risolte mediante arbitrato rituale di diritto, mentre resta preclusa la compromettibilità in arbitri delle controversie su interessi legittimi>>; Corte Cass., SS. UU., n. 14090/2004: <<l'art. 6, comma secondo, della legge 21 luglio 2000, n. 205, nel prevedere che le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto, è norma di stretta interpretazione, posto che l'accordo delle parti, espresso nel patto compromissorio, indirettamente comporta una deroga alla giurisdizione, avendo l'effetto di affidare al giudice ordinario, in sede di impugnazione del lodo, la cognizione di controversie che, in assenza dell'arbitrato, sarebbero devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Stante il carattere eccezionale della citata norma, essa, in presenza di devoluzione al giudice amministrativo quale titolare esclusivo della tutela giurisdizionale, è applicabile solo quando la posizione azionata abbia consistenza di diritto soggettivo, sicché non è sufficiente la mera idoneità della pretesa a formare oggetto di transazione. Ne consegue, pertanto, che l'art. 6, comma secondo, legge cit. non è applicabile quando la situazione giuridica azionata abbia natura di interesse legittimo (come in materia di revisione prezzi, finché non vi sia stato riconoscimento esplicito o implicito della revisione medesima da parte della pubblica amministrazione)>>; Corte Cass., n. 22903/2005; per la giurisprudenza amministrativa, sostengono l'inarbitrabilità delle controversie in tema di interessi legittimi Cons. Stato, n. 4698/2005; Cons. Stato, n. 4791/2004. Si veda altresì Cons. Stato, n. 3447/2003, secondo cui <<deve ritenersi inammissibile il deferimento all'arbitrato di questioni attinenti ad interessi legittimi e, cioè, a posizioni soggettive lese da atti autoritativi dell'Amministrazione, dal momento che trattasi di situazioni soggettive non disponibili, che non possono formare oggetto di transazione (cfr. art. 806 c.p.c.)>>.

⁸⁸⁴ Si rinvia alla prima parte e in particolare al capitolo II.

⁸⁸⁵ Cfr. supra, capitolo II, § 1 e ss., anche per i riferimenti ivi indicati. Sulla questione specifica dell'arbitrato, cfr. A. Amorth, *Annotazioni sull'arbitrato*, cit., p. 2171: <<Le situazioni di interesse legittimo – costitutive di una situazione di vantaggio per i suoi destinatari – non possono infatti <<per loro natura>> ritenersi <<disponibili>>, se non per la autorità amministrativa che li fa sorgere e ne stabilisce l'entità, commisurata bensì alle leggi, in cui trovano la rispettiva fonte, ma, di regola, con previa valutazione dell'interesse pubblico (...) Manca, per contro, una loro disponibilità da parte dei

Gli anzidetti elementi sono concepiti come complementari: la natura non disponibile dell'interesse legittimo, quindi, deriva dall'afferenza del medesimo all'esercizio del potere⁸⁸⁶. Da ciò conseguirebbe, sul fronte che qui interessa, l'impossibilità di devolvere le relative questioni alla cognizione di un arbitro⁸⁸⁷.

Seguendo l'impostazione tradizionale, il risultato non muta anche ove la situazione soggettiva nella titolarità del privato sia riconosciuta come disponibile, attesa l'inconfigurabilità di un atto di disposizione del potere da parte del soggetto pubblico⁸⁸⁸.

Infine, permane anche il problema della frequente confusione, sia concettuale che applicativa, tra indisponibilità della situazione soggettiva e inderogabilità delle previsioni normative. Su tale ultimo profilo ci si è, tuttavia, già soffermati⁸⁸⁹: occorre quindi, in questa sede, ribadire che trattasi di due fenomeni diversi e solo parzialmente intersecantesi. Senza contare che la disciplina inderogabile sarà applicabile (*rectius*: dovrà essere applicata) dal giudice come dall'arbitro, non sussistendo, sul punto, alcuna differenza tra le due cognizioni⁸⁹⁰.

Occorre piuttosto concentrarsi in via esclusiva sulla compromettibilità delle controversie pubblicistiche. Gli argomenti ostativi esposti possono, infatti, essere superati, tentando di offrire una differente lettura, volta ad ammettere l'operatività dell'arbitrato anche per gli interessi legittimi.

Sarà a tal fine necessaria un'analisi svolta gradualmente e su più livelli.

destinatari>>; conformemente, cfr. R. Laschena, *Arbitrato nelle controversie*, cit., p.3. Si veda altresì D. Amadei, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 869

⁸⁸⁶ Si segnala l'efficace immagine proposta da A. Zito, *La compromettibilità per arbitri*, cit., p. 346, che, con riguardo all'indisponibilità dell'interesse legittimo e del potere parla di <<una sorta di circolo in cui la presunta indisponibilità dell'uno rinviava alla (e si rafforzava della) presunta indisponibilità dell'altro>>. Cfr. G. P. Cirillo, *La tutela in via arbitrale*, cit., p. 2207, il quale addirittura riconduce la stessa scelta legislativa di cui all'art. 6, comma 2, legge n. 205/2000 alla sussistenza del potere pubblico nell'ambito delle vertenze in cui vengano in rilievo gli interessi legittimi: <<La scelta tecnico-politica del legislatore di limitare la risoluzione arbitrale alle sole controversie vertenti su diritti appare influenzata dal principio della natura indisponibile della funzione amministrativa che da sempre ha dominato il tema dell'arbitrabilità delle controversie in cui sia parte una pubblica amministrazione>>.

⁸⁸⁷ Si veda la ricostruzione di M. Vitale, *L'arbitrato*, cit., p. 1339.

⁸⁸⁸ Cfr. P. De Lise, B. Delfino, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Arch. giur. oo. pp.*, pp. 2000 e ss., e in particolare cfr. p. 2051; concordemente, D. Argenio, *Nuove riflessioni*, cit., p. 392: <<Non compromettibile ed arbitrabile è, invece, l'interesse legittimo, non perché esso non sia di per sé disponibile, ma perché il potere amministrativo ad esso contrapposto è indisponibile, inalienabile, intrasmissibile ed irrinunciabile>>.

⁸⁸⁹ Cfr. *supra*, prima parte, capitolo I, § 4, a cui si rinvia.

⁸⁹⁰ Così M. Delsignore, *La compromettibilità*, cit., p. 32: <<Posto che ai fini della controversia il giudice deve ricavare dalla disposizione di legge la norma giuridica e applicarla al caso concreto – e ciò deve fare indifferentemente dalla sua natura di giudice statale o giudice privato, poiché come si è visto, la disciplina rinvia ad un arbitrato di diritto – non si vede quale eventuale pregiudizio possa sorgere nei confronti delle situazioni giuridiche indisponibili. È la disciplina sostanziale che tutela la posizione controversa e la disciplina sostanziale verrà applicata tanto dal giudice statale, tanto dall'arbitro privato ai fini della soluzione della controversia>>.

Innanzitutto, il profilo legislativo.

Le norme indicate (e già analizzate), se hanno avuto l'indubbio merito di decretare la vigenza dell'istituto anche all'interno del sistema amministrativistico, al contempo hanno condizionato in senso restrittivo l'elaborazione dottrinale sull'argomento, a causa del riferimento espresso ai soli diritti soggettivi⁸⁹¹. In questo senso, l'introduzione legislativa dell'arbitrato nel sistema amministrativo è stata compiuta con modalità anacronistiche, insensibili al mutato ruolo della pubblica amministrazione (e dell'esercizio da parte della stessa del potere pubblico) nell'assetto attuale. L'analisi dimostrerà la possibilità di intendere l'espressione come tecnicamente riferita alla struttura sostanziale della situazione soggettiva e non alla denominazione formale.

Sul fronte civilistico, anche l'art. 806 c.p.c. si presta a una lettura più o meno estensiva, a seconda che il riferimento ivi contenuto ai <<diritti>> sia da concepire in senso tecnico ovvero in senso comprensivo di qualsivoglia situazione giuridica soggettiva⁸⁹², fermo in ogni caso il limite della disponibilità.

La scelta tra l'una o l'altra delle interpretazioni non può essere fondata su una presa di posizione preconcepita e a tal fine è utile guardare ai principi espressi dalla legge delega che ha dato luogo al nuovo testo dell'art. 806 c.p.c., secondo la quale, espressamente, la disponibilità dell'oggetto veniva indicata quale <<unico e sufficiente presupposto dell'arbitrato>>⁸⁹³.

⁸⁹¹ Su questo punti, cfr. A. Zito, *La compromettibilità per arbitri*, cit., p. 347: <<oggi potrebbe essere invocata a favore della non compromettibilità in arbitri delle controversie, nelle quali a venire in rilievo è il binomio potestà – interesse legittimo, non più la disciplina di cui agli artt. 806 del c.p.c. e 1966 del c.c., ma l'esistenza di una disciplina *ad hoc* la quale regola e dunque definisce tassativamente il campo di utilizzabilità dell'arbitrato in relazione a materie e controversie che sono di competenza del giudice amministrativo>>.

⁸⁹² A favore dell'interpretazione estensiva, si veda F. G. Scoca, *La capacità della pubblica amministrazione*, cit., per il quale il riferimento normativo è da intendersi come riassuntivo di tutte le situazioni giuridiche soggettive. Si veda altresì le conclusioni avanzate da A. Zito, *La compromettibilità per arbitri*, cit., p. 52, che, con riferimento all'art. 6, comma 2, legge n. 205/2000, afferma che <<un'interpretazione della norma che (...) nella parte in cui parla di controversie concernenti diritti soggettivi, che tenda a leggere in essa – anziché un esclusivo riferimento a tale situazione giuridica soggettiva – un riferimento al novero di tutte le situazioni giuridiche soggettive che il cittadino vanta nei confronti della pubblica amministrazione, non si porrebbe certo in contrasto con l'ispirazione complessiva che anima la riforma del processo e con le sue linee generali di tendenza>>; concordemente anche M. Delsignore, *La compromettibilità*, cit., p. 120: <<l'art. 806 c.p.c. si riferisc[e] espressamente a "diritti", ma certo non può ritenersi preclusivo il riferimento, dovendosi intendere lo stesso come riassuntivo di tutte le situazioni giuridiche soggettive>>.

⁸⁹³ La legge in questione è la n. 80/2005, di cui interessa l'art. 1, comma 3, lett. D), che ha conferito al Governo il compito di <<riformare in senso razionalizzatore la disciplina dell'arbitrato prevedendo la disponibilità dell'oggetto come unico e sufficiente presupposto dell'arbitrato, salva diversa disposizione di legge>>. Si veda G. Ludovici, *Le posizioni giuridiche*, cit., p. 143.

Non sembra, quindi, decisivo il riferimento ai soli <<diritti>>, dal momento che la norma in questione <<parla di controversie; ai diritti si riferisce solo per escludere la compromettibilità di quelli indisponibili>>⁸⁹⁴.

Peraltro, la modifica che nel 2006 ha interessato l'articolo anzidetto, dal quale è stato espunto il riferimento espresso all'art. 1966 c.c., ha ulteriormente reciso i legami tra l'arbitrato e le (sole) situazioni soggettive di diritto soggettivo.

Del resto, l'ordinamento civile configura l'istituto in questione come generale⁸⁹⁵: il previgente testo dell'art. 806 c.p.c. prevedeva, infatti, l'espressa enucleazione delle controversie non compromettibili⁸⁹⁶.

Concentrando, adesso, l'attenzione sul sistema amministrativo, l'art. 6, comma 2, della legge n. 205/2000 è stato per lo più inteso quale norma di stretta interpretazione e l'operatività dell'istituto, come detto, era limitata in via interpretativa alla sola giurisdizione esclusiva⁸⁹⁷. La previsione di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 104/2010, secondo la comune opinione, non ha cambiato alcunché rispetto ai predetti profili.

Tuttavia, è possibile cogliere nelle normative indicate alcuni aspetti che favoriscono l'interpretazione (e, soprattutto, l'applicazione) estensiva dell'istituto, ove, da un lato, si consideri l'intero contenuto dell'articolo 6, legge n. 205/2000, e dall'altro si compia un raffronto tra la legge del 2000 e il decreto del 2010.

Quanto al primo profilo, si rileva la relazione tra il primo e il secondo comma dell'art. 6, legge n. 205/2000, che suscita riserve sulla riferibilità del secondo esclusivamente all'ambito della giurisdizione esclusiva. Infatti, mentre nel primo comma sono enumerate espressamente alcune materie rimesse a tale tipo di giurisdizione, nel secondo comma il riferimento è genericamente alle <<controversie concernenti diritti soggettivi devoluti alla giurisdizione del giudice amministrativo>>, con un'evidente discrasia che fa pensare a una precisa scelta

⁸⁹⁴ Così L. Ferrara, *L'arbitrato nelle controversie*, cit., p. 251, che cita F. G. Scoca, *La capacità della pubblica amministrazione*, cit., p. 106 e aggiunge: <<essendo l'espressione [quella di diritti contenuta nell'art. 806 c.p.c.] contenuta in un testo relativo a diritti soggettivi e che si occupa esclusivamente o almeno prevalentemente di rapporti di diritto privato, è giustificato ritenere che i diritti soggettivi sono considerati riferimento riassuntivo di tutte le situazioni giuridiche (soggettive)>>.

⁸⁹⁵ Così concordemente V. Domenichelli, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, cit., p. 237. La generale operatività dell'arbitrato non è pacificamente ammessa dalla dottrina. Si vedano le criticità espone da D. Argenio, *Nuove riflessioni*, cit., p. 891, cui si rinvia anche per i riferimenti dottrinali, cfr. in particolare nota n. 24.

⁸⁹⁶ L'art. 806 c.p.c., nel testo antecedente alla riforma di cui alla legge n. 40/2006, così recitava: <<Le parti possono far decidere ad arbitri le controversie tra di loro insorte, tranne quelle previste negli articoli 409 e 442, quelle che riguardano questioni di stato e di separazione personale tra coniugi e le altre che non possono formare oggetto di transazione>>. La disposizione indicata richiedeva quindi un divieto legislativo espresso quale requisito negativo all'operatività dell'istituto arbitrale.

⁸⁹⁷ Così A. Sandulli, *L'arbitrato nel codice*, cit., p. 208. Come già rilevato, una delle principali ragioni di tale orientamento restrittivo era la competenza funzionale della Corte di appello – in sede di impugnativa del lodo arbitrale – che avrebbe comportato una deroga alla giurisdizione amministrativa, cfr. Corte Cass., SS. UU., n. 14090/2004.

legislativa verso l'espansione dell'istituto arbitrale⁸⁹⁸. In altri termini, mentre nella prima parte dell'articolo si fa espresso riferimento alla giurisdizione esclusiva, nella seconda parte del medesimo articolo si considera, molto più genericamente, la giurisdizione amministrativa sui diritti soggettivi: la differenza è talmente palese da non poter far pensare a una svista del legislatore. Con la conseguenza che ben potrebbero configurarsi ipotesi di rimessioni in arbitri al di fuori dell'ambito della giurisdizione esclusiva.

Per quel che riguarda, altresì, il raffronto sistematico tra le due riforme che hanno interessato l'arbitrato nel diritto amministrativo (la legge n. 205/2000 e il d.lgs. n. 104/2010), ugualmente si perviene a risultati non dissimili circa la portata espansiva dell'istituto di là dai casi tassativi di giurisdizione esclusiva.

La legge n. 205/2000, infatti, è un testo che ha ridisegnato i poteri giudiziali nella giurisdizione esclusiva: lo stesso comma 1 dell'art. 6 è riservato a siffatto ambito. Appare, quindi, giustificato ritenere che anche la disciplina dell'arbitrato si inserisca in tale assetto regolatorio.

Lo stesso non può dirsi del d.lgs. n. 104/2010, che contiene la disciplina *generale* del processo amministrativo. In particolare, l'art. 12 è collocato alla conclusione del Capo III del Titolo I, a conferma dell'operatività generale dell'istituto rispetto a tutta la giurisdizione amministrativa.

La disciplina introdotta nel 2010 fornisce anche ulteriori elementi di riflessione. Infatti, con l'introduzione dell'azione di adempimento all'interno del processo amministrativo⁸⁹⁹ e la conseguente affermazione (quantomeno a livello legislativo) di una tutela a carattere soggettivo, la marcata differenziazione tra tutela dei diritti soggettivi e tutela degli interessi legittimi rispetto all'istituto arbitrale si pone in controtendenza⁹⁰⁰.

⁸⁹⁸ Il ragionamento esposto è avanzato da G. Verde, *Ancora su arbitri*, cit., pp. 387 e ss., secondo cui è «<indubbio che sarebbe arbitrario collegare tali controversie (sui diritti soggettivi) ai casi tassativi in cui il giudice amministrativo ha giurisdizione esclusiva>>».

⁸⁹⁹ Si vedano gli artt. 31, comma 3 («<Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione>>»), nonché 34, comma 1, lett. c, («<In caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti della domanda: (...)condanna al pagamento di una somma di denaro, anche a titolo di risarcimento del danno, all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e dispone misure di risarcimento in forma specifica ai sensi dell'articolo 2058 del codice civile>>») C.P.A.

⁹⁰⁰ Così L. Ferrara, *L'arbitrato nelle controversie*, cit., p. 250: «<Nel momento in cui il codice del processo amministrativo ha riconosciuto l'azione di adempimento, facendo (almeno nella specie) del rapporto giuridico l'oggetto del processo amministrativo, non potrà essere proprio l'arbitrato a tenere in vita vecchie e superate differenze tra interessi legittimi e diritti soggettivi>>», rinviando, per un'analisi più specifica in tema di oggetto del processo amministrativo, a L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere*, cit., pp. 617 ss., il quale cita altresì G. Panzarini, *Diritti disponibili*, cit., p. 119. «<milita comunque nella direzione del superamento dell'argomento letterale "l'avvicinamento, sulla base dell'art. 103 della Costituzione [e 24, aggiungerei], degli interessi legittimi ai diritti soggettivi">>».

In ogni caso l'attenzione dell'interprete deve volgersi, prima ancora che agli elementi di sistema appena riportati, al dato testuale degli articoli anzidetti: in essi, infatti, non si fa riferimento alla giurisdizione esclusiva, ma – significativamente – a quella amministrativa. Ciò induce a pensare che il legislatore abbia inteso includere nell'ambito applicativo della norma anche la giurisdizione di legittimità⁹⁰¹.

Del resto, l'applicazione in senso restrittivo della norma (che sia l'art. 6, comma 2, l. n. 205/2000 ovvero l'art. 12 d.lgs. n. 104/2010) richiederebbe una netta distinzione tra interesse legittimo e diritto soggettivo nell'ambito della giurisdizione esclusiva, ove invece tali situazioni sono inestricabilmente connesse⁹⁰² e la diversificazione tra esse appare tutt'altro che scontata⁹⁰³. È la stessa *ratio* giustificatrice della giurisdizione esclusiva, data dalla sussistenza di una commistione tra le due situazioni soggettive, che di per sé evoca la complessità di una puntuale scissione tra le medesime.

In tal caso, quindi, l'attribuzione legislativa di una materia alla giurisdizione esclusiva andrebbe a incidere sulla situazione soggettiva nella stessa materia coinvolta, decretandone un *quid pluris* di tutela (dato dalla compromettibilità in arbitrato) altrimenti non riconosciuto.

Anche la normativa speciale offre ulteriori appigli a favore di un'applicabilità generalizzata dell'arbitrato nel diritto amministrativo. Sono, infatti, espressamente previste ipotesi (seppur tassative) di procedimenti arbitrali nell'ambito di attività

⁹⁰¹ Così G. P. Cirillo, *La tutela in via arbitrale*, cit., p. 2206: «La norma di cui all'art. 6 comma 2, legge n. 205 del 2000 non stabilisce in maniera netta la « generale arbitrabilità » delle controversie in cui sia parte una pubblica amministrazione, ma arriva ad affermarla, fin dove è possibile, in via indiretta, laddove fa riferimento alla giurisdizione del giudice amministrativo, atteso che tale giurisdizione ha come parte necessaria la pubblica amministrazione, e laddove, nell'incentrare l'intero sistema sulla categoria concettuale del diritto soggettivo, non circoscrive la soluzione arbitrale alle sole controversie rientranti nella giurisdizione esclusiva, che è quella in cui — in verità sempre meno eccezionalmente — il giudice amministrativo conosce anche di diritti. (...) Nel momento in cui la norma ammette la conferibilità ad arbitri delle controversie vertenti su diritti soggettivi ha statuito, quale logica conseguenza, che essi sono « compromettibili » ovunque si trovino, e quindi non solamente quelli compresi nella giurisdizione esclusiva».

⁹⁰² Considerazioni simili sono avanzate da A. Zito, *La compromettibilità per arbitri*, cit., pp. 348 e ss., cui si rinvia anche per la copiosa casistica indicata e i riferimenti dottrinali.

⁹⁰³ Si veda M. Antonioli, *Arbitrato e giurisdizione*, cit., p. 329, nonché V. Domenichelli, *Giurisdizione amministrativa*, cit., p. 238. Entrambi gli Autori rilevano l'intrinseca contraddittorietà tra la *ratio* sottostante alla giurisdizione esclusiva – volta alla semplificazione e concentrazione della tutela – e la necessità di separare, all'interno di essa, le situazioni soggettive di diritto soggettivo da quelle di interesse legittimo, solo le prime essendo arbitrabili.

provvedimentale⁹⁰⁴ o comunque senza alcuna limitazione relativa alla tipologia della situazione giuridica soggettiva⁹⁰⁵.

L'analisi testuale e sistematica appena svolta conduce ad avanzare un'ipotesi interpretativa favorevole all'estensione dell'istituto arbitrale anche nelle vertenze sugli interessi legittimi. Il riferimento ai diritti soggettivi contenuto nelle norme esaminate si dovrebbe intendere non in senso tecnico, limitato a tali situazioni, ma piuttosto comprensivo di *ogni* situazione giuridica (fermo il limite della disponibilità), o comunque in senso non preclusivo ad altre situazioni – quali gli interessi legittimi – ma piuttosto meramente esemplificativo⁹⁰⁶. Parte della dottrina ha supportato siffatta posizione⁹⁰⁷.

Posto ciò, resta adesso da definire quali siano i presupposti tipici della possibile rimessione in arbitri di controversie pubblicistiche.

L'unitarietà dell'arbitrato⁹⁰⁸ esige che – ugualmente a quanto avviene nel diritto civile⁹⁰⁹ – anche nel sistema amministrativo l'unico limite all'ammissibilità

⁹⁰⁴ Cfr. M. Antonioli, *Arbitrato e giurisdizione*, cit., p. 327, il quale argomenta dalla disciplina degli "accordi di programma", di cui all'art. 27 della legge 8 giugno 1990, n. 142, attualmente confluito nell'art. 34 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, al comma 2: «L'accordo può prevedere altresì procedimenti di arbitrato, nonché interventi surrogatori di eventuali inadempienze dei soggetti partecipanti».

⁹⁰⁵ Il riferimento è al codice dei contratti pubblici, che prevede espressamente la possibilità di risolvere le controversie per la via dell'accordo bonario o della transazione, senza limitazioni circa la tipologia della situazione giuridica soggettiva: sembra, invero, difficile che possa trattarsi delle sole controversie relative a diritti soggettivi.

⁹⁰⁶ A favore di tale ultima opzione è F. Goisis, *Compromettibilità in arbitri*, cit., p. 284: «Al richiamo esclusivo a queste ultime posizioni [i diritti soggettivi ex art. 6, comma 2, legge n. 205/2000] dovrà insomma riconoscersi un valore esemplificativo, e non (generalmente) preclusivo».

⁹⁰⁷ Si vedano sul punto le considerazioni di A. Zito, *La compromettibilità per arbitri*, cit., pp. 343 e ss. e in particolare cfr. p. 372, ove l'Autore si mostra favorevole a «una interpretazione dell'art. 6, comma 2, [l. n. 205 del 2000], nella parte in cui parla di controversie concernenti diritti soggettivi, che tenda a leggere in essa – anziché un esclusivo riferimento a tale situazione giuridica soggettiva – un riferimento al novero di tutte le situazioni giuridiche soggettive che il cittadino vanta nei confronti della pubblica amministrazione».

⁹⁰⁸ Sulla portata generale dell'art. 806, che quindi «sembra riferirsi a qualsiasi modello arbitrale (...) anche di diritto amministrativo», si veda M. Vitale, *L'arbitrato*, cit., p. 1336. Sul punto già ci siamo soffermati *supra*, § 3.

⁹⁰⁹ Si veda il disposto dell'art. 806 c.p.c. che permette la devoluzione in arbitrato delle controversie che «non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge». Cfr. D. Amadei, *L'arbitrato* cit., p. 858: «unico limite alla compromettibilità in arbitri è quello della indisponibilità della situazione sostanziale controversa, secondo il contenuto precettivo degli artt. 806 c.p.c. e 1966 c.c.: tutto deve essere ricondotto alla capacità di disporre del diritto, con valutazione da compiersi esclusivamente sul piano sostanziale». Si rinvia altresì ad A. Zito, *La compromettibilità per arbitri*, cit., p. 347: «se proprio si voleva adottare una disposizione innovativa sul terreno dell'utilizzabilità dell'arbitrato nelle controversie di competenza del giudice amministrativo, la quale però si collocasse nel contempo in piena sintonia con i mutamenti che la disciplina positiva in tema di pubblica amministrazione ha registrato nell'ultimo decennio (...) si doveva emanare (...) una norma costruita, per così dire, sullo schema regola – eccezione, costruita cioè nel senso di ammettere la compromettibilità in arbitri di tutte le controversie di competenza del giudice amministrativo con la sola eccezione di quelle in cui la *res litigiosa* presentasse un carattere di indisponibilità».

dell'istituto dovrebbe essere l'indisponibilità delle situazioni soggettive⁹¹⁰, così come, specularmente, l'unico presupposto sarebbe la disponibilità⁹¹¹.

Occorre prescindere, quindi, dalla tipologia di situazione giuridica interessata⁹¹².

Neanche rileva in alcun modo che una delle parti sia pubblica. Se una figura soggettiva è naturalmente (*rectius*: strutturalmente) disponibile, la compromettibilità per arbitri discende dalla sua natura, a meno che la legge espressamente non la privi della disponibilità o della possibilità di ricorrere all'arbitrato.

La necessità di un'interpretazione estensiva dell'art. 12 c.p.a.⁹¹³ presuppone, in conclusione, che anche nel diritto amministrativo l'unico limite all'operatività

⁹¹⁰Per A. Amorth, *Annotazioni sull'arbitrato*, cit., l'unico limite al ricorso all'arbitrato deve riscontrarsi nell'indisponibilità della situazione giuridica soggettiva, la quale, tuttavia, deriva dalla disciplina sostanziale della situazione medesima; conformemente, A. Barrella, *Incompatibilità*, cit., p. 200. Così anche S. Cassese, *L'arbitrato*, cit., p. 326: «l'ambito dell'arbitrato è definito non dalla natura pubblicistica della controversia, bensì dalla disponibilità (...) del diritto. Dunque, si ritorna nell'ambito del diritto comune, che non solo regola l'istituto, ma stabilisce anche i limiti della sua utilizzazione, sia per i privati, sia per le controversie in cui una delle parti sia la pubblica amministrazione».

⁹¹¹Peraltro, il criterio non può essere quello dei diritti soggettivi. Tale criterio si mostrerebbe infatti meramente formale, giacché è indubbio che anche le situazioni soggettive in questione possono ben essere non disponibili. Tale ragionamento è svolto da F. Goisis, *Verso l'arbitrabilità delle controversie pubblicistiche-sportive?*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, pp. 1417 e ss., in particolare cfr. p. 1421: «quel che conta è la posizione nella sua concretezza (ossia vista in quella specifica lite e così avente ad oggetto un determinato bene della vita), non in astratto. Perché, altrimenti, a voler portare tale impostazione alle sue estreme conseguenze, anche il diritto soggettivo, inteso come astratta possibilità di titolarità di diritti non sarebbe mai disponibile-trasferibile (pena una sorta di *capitis deminutio*), mentre pacificamente lo è (laddove non indisponibile per altre ragioni, in genere riconducibili al suo specifico oggetto), in relazione ad un dato bene della vita».

⁹¹²Così F. Goisis, *Verso l'arbitrabilità*, cit., pp. 1417 e ss.; G. Ludovici, *Le posizioni giuridiche*, cit., p. 143: «una simile disposizione, in combinato disposto con il testo della riformata norma, fa comprendere come l'intenzione del delegante fosse quella di individuare quale unico elemento di discriminazione tra controversie arbitrabili e non arbitrabili la loro disponibilità sostanziale (...) L'individuazione delle altre controversie astrattamente deferibili ad arbitri appare, invece, lasciata all'interprete secondo il criterio della disponibilità dell'oggetto della controversia».

⁹¹³Così anche D. Amadei, *L'arbitrato*, cit., p. 872, che incoraggia una «rimeditazione, da parte della giurisprudenza e del legislatore, dell'indisponibilità ed incompromettibilità delle questioni involgenti interessi legittimi». Concorde anche G. Verde, *Ancora su arbitri*, cit., p. 389, che delinea l'ambito di operatività dell'arbitrato nel diritto amministrativo: «la zona dei c.d. diritti va individuata nel settore in cui la Pubblica Amministrazione svolge attività vincolata, cui aggiungerei, in considerazione della possibilità di accordi ai sensi dell'art. 11 l. n. 241/1990, il settore in cui, avendo l'amministrazione totalmente esercitato il suo potere discrezionale, si è auto vincolata, non lasciando più spazio a possibile valorizzazione dell'interesse pubblico». Precursore dell'interpretazione estensiva, nel contesto antecedente alle riforme del 2000 e del 2010, è V. Domenichelli, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, cit., p. 232: «Se nessuno può disconoscere le ragioni che rendono opportuno l'arbitrato, quali sono la sua tecnicità e rapidità - a fronte di un sistema giurisdizionale statale sempre più affaticato e tardigrado da rasentare ormai il diniego di giustizia - ciò vale anche per tutto il contenzioso con l'amministrazione pubblica e non solo per quello che coinvolge i diritti soggettivi; per cui è certo ragionevole chiedersi se l'arbitrato non possa divenire un sistema generale alternativo anche al giudice amministrativo». Cfr. G. P. Cirillo, *La tutela in via arbitrale*, cit., p. 2213: «Speriamo che la nuova cultura dell'amministrazione per consenso porti a un'utilizzazione più

dell'istituto sia la disponibilità della situazione giuridica soggettiva⁹¹⁴ e che, quindi, il riferimento testuale ai diritti soggettivi sia indicativo di tutte le ipotesi in cui si riscontra una situazione sostanzialmente parificabile a tale tipologia, anche oltre i confini della giurisdizione esclusiva, mediante un approccio casistico⁹¹⁵.

5.2. La compromettibilità in arbitrato degli interessi legittimi.

L'analisi è pervenuta alla dimostrazione di una possibile applicazione generalizzata dell'arbitrato nel diritto amministrativo, individuando quale unico limite allo stesso l'indisponibilità delle situazioni giuridiche coinvolte nella controversia di volta in volta considerata.

Occorre adesso analizzare se, alla stregua di tale parametro, le situazioni che vengono in rilievo nell'ambito delle vertenze pubblicistiche (l'interesse legittimo e il potere amministrativo) siano suscettibili o meno di rimessioni in arbitri.

È evidente, quindi, che l'istituto ha diretta connessione con profili di diritto sostanziale⁹¹⁶.

Nel corso della precedente trattazione, ci si è incentrati sullo specifico sul concetto di situazione disponibile e sulla fondamentale distinzione tra disponibilità intrinseca ed estrinseca, sempre mediante un'esame attento a entrambi i sistemi, civile (ove tali concetti hanno avuto origine) e amministrativo⁹¹⁷.

larga di un istituto che può avere un effetto deflattivo sul carico di lavoro dei giudici amministrativi>>.

⁹¹⁴ Tale soluzione è auspicata anche da D. Argenio, *Nuove riflessioni*, cit., p. 392: << anche per le controversie in cui - secondo una qualificata definizione - "almeno una delle parti è un soggetto pubblico o una pubblica amministrazione", l'eventuale non compromettibilità delle stesse dipende non dalla presenza della p.a. nel rapporto controverso, ma dalla natura delle situazioni giuridiche soggettive contestate>>.

⁹¹⁵ Il concetto è espresso anche da M. Vitale, *L'arbitrato*, cit., p. 1335: <<Vigente, quindi, la novella del 2000, si sono avvicinate varie proposte interpretative che hanno considerato il richiamo esplicito della norma ai diritti soggettivi come una sineddoche, utilizzata per annoverare nella nozione di compromettibilità tutte le situazioni connotate genericamente dalla disponibilità della *res litigiosa*>> e, ancor più espressamente, p. 1340: <<la lettura organica e convergente dell'art. 806 c.p.c., che elegge il parametro della disponibilità come selettore della compromettibilità, con l'art. 12 del d.lgs. n. 104/2010 che menziona i diritti soggettivi, favorisce l'allargamento del raggio d'azione a tutte le controversie appartenenti alla giurisdizione amministrativa *tout court*, dunque, anche a quelle non necessariamente appartenenti alla giurisdizione esclusiva (...) L'arbitrato, così, guadagna spazio anche nella sfera della giurisdizione di legittimità>>. *Contra*, cfr. D. Amadei, *L'arbitrato*, cit., p. 869: <<il riferimento testuale alla disposizione <<diritti>> consente, con ragionamento *a contrario*, di escludere le controversie relative ad interessi legittimi dalla possibilità di devoluzione alla decisione di arbitri>>.

⁹¹⁶ E. Fazzalari, *Una svolta attesa in ordine alla <<natura>> dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2000, pp. 704 e ss.

⁹¹⁷ Cfr. *supra*, prima parte, capitoli I e II.

La già riscontrata natura *intrinsecamente disponibile* dell'interesse legittimo consente quindi, in questa sede, di non soffermarsi altrimenti su tali profili sostanzialistici, seppure essi rivestano importanza primaria anche nella trattazione relativa all'arbitrato nel diritto amministrativo. Non a caso, molti studi hanno preso in considerazione proprio tale istituto, per allargare poi l'attenzione alla natura della situazione in capo al privato, pervenendo in alcuni casi a decretarne la disponibilità⁹¹⁸.

Si deve quindi concludere che una preclusione di indisponibilità non si può rinvenire sul fronte della situazione giuridica del privato: eccettuato il caso (comunque eccezionale) in cui vi sia un divieto legislativo espresso in tal senso, l'arbitrato potrà avere a oggetto anche l'interesse legittimo⁹¹⁹.

Resta da indagare il problema dell'astratta compromettibilità in arbitri del potere pubblico⁹²⁰, dalla cui ritenuta indisponibilità, come detto, è tradizionalmente fatta discendere l'impossibilità di ricorrere allo strumento arbitrale da parte dei titolari di interessi legittimi. Mediante una sorta di reazione a catena, quindi, l'esercizio del potere, non disponibile per la pubblica amministrazione, renderebbe tali anche gli interessi legittimi.

Deve premettersi che il processo civile conosce casi in cui a venire in rilievo è l'esercizio di un potere, senza tuttavia negarne in assoluto la compromettibilità, ma anzi lasciando pur sempre operare quale unico criterio discretivo quello della disponibilità⁹²¹.

⁹¹⁸ Cfr. F. Goisis, *Compromettibilità in arbitri*, cit., p. 272, che collega la disponibilità degli interessi legittimi allo studio specifico sul tema dell'arbitrato nel diritto amministrativo, concludendo che «non [è] mai stata fornita un'effettiva dimostrazione dell'indisponibilità (...) degli interessi legittimi, ovvero del potere amministrativo. Sembra anzi che essa sia, per entrambi, da escludere (...) Ne consegue che laddove l'Amministrazione ed i cittadini coinvolti nell'esercizio del potere amministrativo deferiscano alle decisioni di giudici privati le relative controversie, non si può certo dire che chiedano agli arbitri di «operare» su fattispecie rispetto cui le stesse parti della lite non sarebbero in grado, sul piano sostanziale, di disporre»; V. Domenichelli, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, cit., p. 233: «Bisognerebbe intendersi innanzitutto sul concetto di disponibilità. Se esso non è altro che la capacità di disporre della situazione giuridica che forma oggetto della lite, secondo il canone fondamentale dell'art. 1966 c.c., cui rinvia sicuramente l'art. 806 c.c., non è dubbio che sia disponibile il diritto soggettivo ancorché conosciuto dal giudice amministrativo esclusivo. Ma non potrebbe considerarsi disponibile, a questa stregua, anche l'interesse legittimo, se è veramente una situazione giuridica sostanziale che si concreta essenzialmente in una pretesa nei confronti della pubblica amministrazione?».

⁹¹⁹ L'attribuzione di categorie di controversie a una giurisdizione speciale non è elemento che intacca la deperibilità in arbitrato della medesima, ove vertenti su situazioni disponibili e ove manchi un divieto legislativo espresso, cfr. A. Motto, *Commento all'art. 806*, cit., pp. 466.

⁹²⁰ Per una trattazione specifica sul carattere disponibile o meno del potere, ma in generale sulla natura del potere pubblico, cfr. M. Delsignore, *La compromettibilità*, cit., pp. 125 e ss., anche per i copiosi riferimenti dottrinali.

⁹²¹ Si veda sul punto M. Antonioli, *Arbitrato e giurisdizione*, cit., p. 328: «Del resto, anche il processo civile - come si è, pure, osservato in dottrina - può avere ad oggetto l'esercizio di "poteri", sebbene di natura *privata*: e tale esercizio, come avviene per le *pubbliche* potestà, è parimenti, *continuo* ed *inesauribile*: il che trova un'agevole conferma *tanto* nel caso dell'azione disciplinare

Sul fronte amministrativo, l'ostacolo non appare insormontabile, se solo si considera quanto già sopra esposto con riferimento alla giurisdizione esclusiva. L'interazione, in essa, tra potere pubblico e diritti soggettivi⁹²² renderebbe problematica l'ammissione legislativa dell'arbitrato, a meno di non ammettere che <<il potere è generalmente disponibile>>⁹²³.

La barriera dell'indisponibilità del potere era, invero, già stata scalfita dall'introduzione degli accordi procedurali di cui all'art. 11 della legge n. 241/1990. Non a caso, la dottrina ha fatto spesso richiamo allo stretto legame tra tali accordi e la possibilità di compromettere in arbitrato le controversie pubbliche⁹²⁴.

La rilevanza dell'art. 11 della legge n. 241/1990 ai fini della tematica che qui interessa⁹²⁵ è stata messa in evidenza anche da una parte minoritaria giurisprudenziale⁹²⁶, che ha contestato l'incompromettibilità in arbitri delle controversie aventi a oggetto interessi legittimi.

promossa dal datore di lavoro, *quanto* nel caso delle delibere assembleari adottate dalle società commerciali. Ma se, in ipotesi, la lesione di *interessi legittimi* potesse costituire oggetto di compromesso, dovrebbe riconoscersi - *a fortiori* - il ricorso all'arbitrato *irrituale*, stante la natura *contrattuale* del medesimo>>.

⁹²² Il fenomeno dell'interazione tra potere pubblico e diritti soggettivi è ormai pacificamente riconosciuto dopo la sentenza Corte Cost., n. 204/2004.

⁹²³ Così M. Delsignore, *La compromettibilità*, cit., p. 121.

⁹²⁴ Cfr. G. P. Cirillo, *La tutela in via arbitrale*, cit., p. 2207, che, a favore della disponibilità sostanziale dell'interesse legittimo, rinviene l'unico ostacolo all'arbitrabilità delle relative controversie nel potere pubblico; la tradizionale credenza del potere come situazione indisponibile è scalfita dall'introduzione dell'istituto degli accordi: <<l'indisponibilità riguarda unicamente la potestà pubblica e non la situazione del privato, quale che sia, e che su di essa si fonda il corollario della non arbitrabilità delle controversie che possano insorgere per effetto del suo esercizio>>. Pone in evidenza il rilievo degli accordi procedurali ai fini della problematica F. Goisis, *Compromettibilità in arbitri*, cit., p. 253. Si veda altresì D. Amadei, *L'arbitrato*, cit., p. 871: <<se il legislatore prevede accordi, significa che consente attività negoziale dispositiva, e ciò implica *ex se* anche la compromettibilità in arbitri che, come è noto, segue la disponibilità (...) pare sia possibile un arbitrato in ordine addirittura al provvedimento amministrativo, a fronte del quale sta la posizione del privato titolare dell'interesse legittimo, nei casi in cui, appunto, la pubblica amministrazione scelga la strada dell'accordo ex art. 11 cit. (...) il rapporto interesse legittimo/potestà amministrativa diventa disponibile da entrambe le parti e devolvibile in arbitrato>>; A. Barrella, *Incompatibilità*, cit., p. 204. Il rilievo dell'art. 11, legge n. 241/1990 (ma, più in generale, il rilievo degli accordi) è stato utilizzato dalla dottrina anche antecedentemente all'entrata in vigore delle modifiche di cui alla legge n. 205/2000, cfr. V. Domenichelli, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, cit., p. 232: <<E se l'arbitrato è esplicitamente previsto dalla legge là dove prevede accordi di programma, senza neppure esplicite limitazioni in relazione alla natura delle situazioni giuridiche controverse, sembrerebbe del tutto coerente ammetterlo, parimenti senza limitazioni, anche nelle fattispecie generali di accordi organizzativi (art. 15, legge n. 241) e negli accordi sostitutivi o procedurali (art. 11, legge n. 241)>>.

⁹²⁵ L'art. 11 della legge n. 241/1990 può costituire anche lo strumento mediante il quale deferire in arbitri le controversie. Potrebbe, pertanto, immaginarsi che l'emissione dell'atto amministrativo venga accompagnata, contestualmente o in una fase successiva, da un negozio contenente la clausola compromissoria.

⁹²⁶ Cfr. TAR Lazio, n. 4362/2005: <<Anzitutto, non è vero e, anzi, smentito dalla più recente formulazione dell'art. 11 della l. 241/1990 - e, più in generale, degli accordi tra P.A. e privati su

Gli anzidetti rilievi necessitano, tuttavia, di alcune precisazioni.

Nel corso della precedente trattazione ci si è in parte già soffermati su alcuni aspetti sostanzialistici che investono il pubblico potere⁹²⁷, pervenendo a ipotizzarne una disponibilità quanto ai modi di esercizio⁹²⁸ (e non quanto al perseguimento – o meno – del pubblico interesse⁹²⁹).

Con riguardo all'istituto arbitrale, tuttavia, non vengono in rilievo questioni circa la cedibilità a terzi del potere, la transazione pubblicistica, ovvero la rinuncia al potere medesimo.

Lo stesso articolo 11 della legge n. 241/1990 costituisce un mero indizio a favore dell'applicazione estensiva dell'istituto arbitrale, il cui campo di operatività va, tuttavia, tenuto ben distinto da quello sostanzialistico.

L'arbitrato, infatti, è uno strumento alternativo alla giurisdizione, che quindi investe i rapporti tra le parti soltanto in una prospettiva *ex post*. Non si pone,

questioni attinenti a funzioni autoritative e non soltanto paritetiche – l'assunto attoreo secondo cui non sarebbe compromettibile per arbitri la tutela di interessi legittimi. È assodato in base ai dati testuali che (...) l'ordinamento generale non solo non esclude, ma anzi incoraggia accordi che coinvolgono siffatte situazioni soggettive, sostituendo la volizione unilaterale della P.A. con assetti negoziati che, pur se rivolti a soddisfare interessi privati, mirano comunque alla massimizzazione di quello pubblico con risultati di pari dignità ed efficacia dell'azione amministrativa di livello pari a quanto si potrebbe ottenere con un provvedimento. Anzi, tali procedure negoziate (...) trovano la loro massima utilizzabilità proprio in vicende contenziose, ove la qualità degli interessi coinvolti, la vasta diffusione delle questioni e la necessità di componimenti *ante causam* o di risoluzione anche in via equitativa delle stesse impongono formule deflative e/o alternative alla giurisdizione, indipendentemente dal tipo di posizioni soggettive fatte valere in via di tutela>>. *Contra*, cfr. M. P. Chiti, *Arbitrato*, in Aa.Vv., in *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da s. Cassese), Milano 2006, pp. 406 e ss.

⁹²⁷ Si veda *supra*, prima parte, capitolo II.

⁹²⁸ Si veda V. Domenichelli, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, cit., p. 233: <<se il potere è certamente anche dovere e se il dovere non può certamente essere rinunciato *ad libitum* del titolare, nulla esclude però che possa o debba muoversi nella stessa direzione della pretesa sostanziale ad esso contrapposta (che è il contenuto dell'interesse legittimo); ma allora anche il potere, in quanto dovere di provvedere in una certa direzione, potrebbe essere considerato disponibile, in quanto sussumibile sotto la specie comune delle obbligazioni. Se invece il dovere è scelta discrezionale che può o deve muoversi in modo divergente rispetto alla pretesa (o deve muoversi solo nel rispetto della legalità, quando la pretesa non può che limitarsi a ciò) è proprio vero che le concrete modalità di esercizio del potere (se, come, quando) non sono pattiziamente determinabili dalle parti in modo da por termine o escludere una lite? A fronte delle nuove disposizioni dell'art. 11 della legge n. 241 che precludono all'ingresso degli accordi nella vita quotidiana delle scelte amministrative, pare proprio che molti asserti tradizionali debbano essere profondamente rimeditati, cadendo con il dogma dell'unilateralità e dell'imperatività anche il tabù dell'indisponibilità assoluta del potere, ma lasciando così ampio spazio anche alla volontà delle parti sul fronte della soluzione delle liti che dagli accordi possono scaturire>>.

⁹²⁹ Nel senso della disponibilità del concreto esercizio del potere pubblico, ferma restando l'indisponibilità dell'attribuzione del potere cfr.. G. Verde, *Nuove riflessioni su arbitrato*, cit., p. 698, che parla di <<un nucleo che sfugge al potere dispositivo non solo del cittadino, ma anche della amministrazione [...] dato dall'insopprimibile esigenza di garantire alla pubblica amministrazione di svolgere la sua funzione, o se si vuole, di esercitare il suo originario potere>>; A. Romano Tassone *Giurisdizione amministrativa*, cit., pp. 249 e ss.

pertanto, un problema di esercizio del potere, ma piuttosto una (mera) cognizione sul modo in cui lo stesso è stato esercitato.

Il potere amministrativo soggetto alla cognizione arbitrale è stato già speso, quindi si tratta di un accertamento successivo che nulla ha più a che vedere con l'esercizio dell'attività pubblica, già avvenuto⁹³⁰.

Sul punto, peraltro, si rileva la sempre maggiore incisione che sull'esercizio del potere hanno principi e regole, con un conseguente restringimento dell'area del merito e un ampliamento della legittimità, che, come tale, ben potrebbe essere controllabile e censurabile dal giudizio arbitrale. Infatti – e qui si rinviene, in particolare, la distinzione con l'istituto della transazione⁹³¹ – con l'arbitrato le parti non compongono esse stesse una controversia, ma demandano a terzi un compito di mera verifica sull'avvenuto rispetto della legge nello svolgimento di una vicenda che li vede coinvolti⁹³². In questo senso, quindi, non vi è alcuna spendita del potere, né alcuna ingerenza nell'esercizio del medesimo, ma l'applicazione di norme giuridiche a una fattispecie concreta, per verificare se sussista una lesione all'interesse legittimo del privato.

Alla luce degli anzidetti riscontri emerge come il problema della disponibilità del pubblico potere ai fini dell'ammissione dell'arbitrato nel diritto amministrativo sia,

⁹³⁰ È concorde sul punto F. Pugliese, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., pp. 707 e ss., il quale nega l'indisponibilità del potere e afferma che la rimessione in arbitrato «non incide sul potere, che, nel momento in cui la contempla, è già stato esercitato, ha già accettato una disciplina sostanziale della relazione instaurata»; cfr. altresì F. Pugliese, *Poteri del collegio arbitrale*, cit., p. 98: «la clausola arbitrale non incide sul potere, che, nel momento in cui la contempla, è stato già esercitato (..) Il lodo arbitrale non impone esso stesso un certo doveroso esercizio del potere, non sceglie soluzioni che l'amministrazione non voglia o non abbia già voluto, ma si limita a “dicere” in quale direzione ed in che misura il potere, già esercitato, si sia impegnato». Conformemente, si veda G. Verde, *Nuove riflessioni*, cit., p. 2: «dinanzi agli arbitri viene portata una controversia che non è diversa da quella che verrebbe sottoposta all'attenzione dei giudici e che riguarda non il potere o la funzione nella sua proiezione futura, ma una vicenda del passato che deve essere valutata sulla base di criteri predeterminati, che sono quelli normalmente adoperati dal giudice amministrativo e che devono essere adoperati dall'arbitro, qualora sia chiamato a giudicare il caso»; D. Argenio, *Il sistema arbitrale*, cit., pp. 900 e ss.; F. Goisis, *Compromettibilità per arbitri*, cit., p. 259: «il potere amministrativo (o meglio, per evitare fraintendimenti, gli atti di suo concreto esercizio ...) è disponibile per l'Amministrazione».

⁹³¹ Così L. Ferrara, *L'arbitrato nelle controversie*, cit., p. 253, che cita F.G. Scoca, *La capacità*, cit., 98, ove osserva che «l'arbitrato rituale di diritto diversamente dalla transazione, “implica la soluzione della controversia, come dice l'art. 822, secondo le norme di diritto”».

⁹³² Così, cfr. F. Goisis, *Compromettibilità in arbitri*, cit., p. 270: «compromesso in arbitri non significa transazione, ma solo accertamento della volontà dell'ordinamento nel caso concreto (non dissimilmente da ciò che, come ben noto, avviene nel processo avanti ai giudici statuali)». L'Autore, sul punto, cita G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale*, Napoli, 1957, p. 67: «Le parti chiedono all'arbitro non quale dovrà essere la volontà loro, ma quale è la volontà della legge che regola il loro rapporto».

in realtà, inconsistente, giacché non è di ciò che le parti (*rectius*: la pubblica amministrazione) dispongono mediante il ricorso a tale istituto⁹³³.

Oggetto di rimessione in arbitri, piuttosto, è la cognizione circa la sussistenza o meno di una pretesa del privato nei confronti della pubblica amministrazione (o viceversa): a venire in rilievo, pertanto, è soltanto l'interesse legittimo e la situazione a esso contrapposta, che, come già si è tentato di ricostruire, non può essere il potere pubblico.

Oltretutto, se veramente la funzione degli arbitri consiste nell'accertamento della legittimità del concreto esercizio del potere amministrativo in relazione all'interesse legittimo del privato, anche l'interesse pubblico sarebbe totalmente fuori dall'oggetto dell'accertamento.

Occorre, infine, un'ultima precisazione.

La prima parte del lavoro è stata spesso richiamata nella presente analisi: dalla disponibilità della situazione giuridica nella titolarità del privato, infatti, discende la compromettibilità in arbitrato delle relative vertenze.

Non deve peraltro essere trascurato che lo studio sostanzialistico dell'interesse legittimo ha permesso di ipotizzare l'estraneità del potere amministrativo (nonché dell'interesse generale) dalla struttura della situazione giuridica stessa. La relazione tra l'interesse legittimo e il pubblico potere sarebbe, quindi, di coesistenza, ma non di corrispondenza bilaterale.

Se ciò vale a livello di diritto sostanziale, è ancor più evidente nella prospettiva dell'istituto arbitrale (e quindi in una dimensione esclusivamente statica), giudizio *ex post* su una vicenda già definita.

L'interpretazione che unisce i profili strutturali dell'interesse legittimo e le caratteristiche dell'arbitrato perviene al risultato della generale operatività di quest'ultimo nel sistema amministrativo con il solo presupposto della disponibilità della situazione giuridica soggettiva.

L'anzidetta caratteristica, quanto alla situazione del privato, difetterà esclusivamente in caso di divieti legislativi specifici: come visto, tuttavia, con essi si dà luogo al diverso fenomeno dell'indisponibilità (meramente) estrinseca.

⁹³³ Si rinvia, nuovamente, a L. Ferrara, *L'arbitrato nelle controversie*, cit., p. 254: <<Se, infatti, il soggetto privato nell'ambito del procedimento amministrativo e della sua dinamica ha la possibilità di influenzare la pubblica amministrazione nell'esercizio del potere amministrativo discrezionale, una volta che questo potere è stato esercitato rileva esclusivamente il rispetto o meno della legge, da cui soltanto dipende la soddisfazione oppure la lesione dello stesso interesse legittimo>>.

6. *Arbitrato e interesse legittimo: le vertenze sul risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi.*

Le conclusioni raggiunte in precedenza consentono di affrontare adesso la questione della compromettibilità in arbitrato delle pretese risarcitorie associate all'esercizio di un pubblico potere⁹³⁴.

Sul punto devono essere esaminati due ordini di problemi, tra loro connessi⁹³⁵.

Innanzitutto si tratta di definire se le controversie aventi a oggetto il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo siano arbitrabili⁹³⁶.

La soluzione positiva al predetto quesito fa emergere la questione consequenziale della ritenuta pregiudizialità necessaria tra la fase caducatoria avanti all'organo giurisdizionale e il procedimento arbitrale⁹³⁷, tale per cui oggetto di questi'ultimo sarebbe la sola determinazione quantitativa del danno lamentato.

Occorre esaminare singolarmente i profili appena indicati.

L'indagine sulla compromettibilità in arbitrato delle cause risarcitorie pone l'esigenza di definire la natura giuridica della pretesa in esse fatte valere, quale diritto soggettivo a sé stante, scisso dalla situazione lesa, ovvero quale (mera) proiezione di questa.

⁹³⁴ Cfr. M. Vaccarella, *Considerazioni sull'art. 12*, cit., pp. 2370 e ss.

⁹³⁵ Entrambi i problemi sono posti in rilievo da G. P. Cirillo, *La tutela in via arbitrale*, cit., pp. 2209 e ss.

⁹³⁶ Risolto in senso negativo è D. Amadei, *L'arbitrato*, cit., p. 859: <<il risarcimento del danno derivante al privato dal comportamento della p.a. lesivo di un interesse legittimo non è mai rientrato e non rientra di per sé nell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo (...) si è di fronte ad un diritto di credito al risarcimento del danno ex art. 2043 c.c., un diritto soggettivo <<ordinario>> che trova la sua fonte e disciplina nel codice civile come ogni diritto risarcitorio: ne consegue l'attribuzione delle relative controversie alla giurisdizione ordinaria del giudice civile>>. L'Autore prende nettamente posizione (nonostante le espresse previsioni di legge) avverso la competenza del g.a. a conoscere di tutte le questioni attinenti le pretese risarcitorie e i diritti patrimoniali consequenziali, affermando la piena autonomia del diritto di credito risarcitorio rispetto all'interesse leso, concludendo che <<se si fa valere soltanto la pretesa risarcitoria, conosce in via esclusiva [il giudice civile ordinario]. Se invece si impugna l'atto illegittimo in funzione del suo annullamento, ecco che la L. n. 205/2000 attribuisce la giurisdizione sull'eventuale azione risarcitoria, fondata sull'illegittimità del provvedimento lesivo, al giudice amministrativo, per connessione o accessorieta>>. È di contrario avviso, invece, S. Veneziano, *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, intervento al Convegno di studi *I servizi pubblici nella legge 21 luglio 2000 n. 205*, Cagliari, 25 – 27/5/2011, per cui l'art. 6, comma 2, L. n. 205/2000 e l'attribuzione alla cognizione (anche di legittimità) del g.a. di tutte le controversie sul risarcimento del danno e sugli altri diritti patrimoniali consequenziali <<consente di ritenere devolvibili ad arbitri anche tutte le controversie aventi a oggetto diritti patrimoniali consequenziali all'annullamento di atti e provvedimenti amministrativi>>. Si rinvia, soprattutto per i copiosi riferimenti giurisprudenziali sul punto, a D. Argenio, *Nuove riflessioni*, cit., p. 398.

⁹³⁷ Sul problema della pregiudizialità si veda M. Vaccarella, *Considerazioni sull'art. 12*, cit., pp. 2378 e ss.

Sul fronte amministrativo, l'autonomia del *diritto* al risarcimento⁹³⁸ è stata negata dalla Corte Costituzionale⁹³⁹, che ha invece qualificato la relativa azione come una forma ulteriore di tutela dell'interesse legittimo, ritenendo che con essa non venga fatta valere una differente situazione giuridica⁹⁴⁰.

Anche la legge va a supporto dell'indicata interpretazione.

L'art. 7 del d.lgs. n. 104/2010⁹⁴¹ al primo comma individua quali situazioni soggettive siano in generale soggette alla cognizione dei Tar e del Consiglio di Stato, per specificare, nei successivi commi, l'articolazione della giurisdizione amministrativa.

Ebbene, le vertenze risarcitorie sono comprese sia all'interno della cognizione di generale di legittimità, sia nell'ambito di quella esclusiva, ma in entrambe le ipotesi si tratta di una forma aggiuntiva e autonoma di tutela dell'interesse legittimo (o del diritto) e non di una situazione soggettiva a sé stante⁹⁴².

⁹³⁸ Risolve la questione a favore dell'autonomia sostanziale del diritto soggettivo al risarcimento del danno (nel senso che quindi la lesione all'interesse legittimo integra il fatto dannoso che dà origine al diritto al risarcimento) A. Zito, *La compromettibilità per arbitri*, cit., p. 350, concludendo, quanto al tema di interesse, che «<trattandosi di questioni in cui si controverte su un diritto soggettivo, esse possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto>>. *Contra*, cfr. G. P. Cirillo, *La tutela in via arbitrale*, cit., p. 2210: «<ciò significa inserire una inspiegabile nuova categoria soggettiva sostanziale nella sequenza, finendo in fondo per negare la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo in quanto tale>>».

⁹³⁹ Si fa qui riferimento alla sentenza Corte Cost., n. 204/2004.

⁹⁴⁰ Cfr. G. P. Cirillo, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2000, in particolare, pp. 255 e ss.

⁹⁴¹ La norma indicata contiene la conformazione della giurisdizione amministrativa. Si riporta la parte della norma che è citata, ossia il testo dell'art. 7 (*Giurisdizione amministrativa*) del d.lgs. n. 104/2010: «<Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni. Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico. Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo. La giurisdizione amministrativa si articola in giurisdizione generale di legittimità, esclusiva ed estesa al merito. Sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma. Nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall'articolo 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi. (...) >>».

⁹⁴² La stessa collocazione della norma citata fa propendere a favore della pretesa risarcitoria quale forma ulteriore di tutela dell'interesse legittimo. L'art. 7, comma 4, è infatti inserito nell'ambito Libro I (*Disposizioni generali*), Titolo I (*Principi e organi della giurisdizione amministrativa*), Capo III (*Giurisdizione amministrativa*). In questo senso espressamente A. Sandulli, *L'arbitrato nel codice*, cit., p. 208.

Seguendo tale interpretazione, parte della dottrina ha negato l'arbitrato per le controversie aventi a oggetto il risarcimento del danno⁹⁴³: attesa, infatti, la natura non disponibile dell'interesse legittimo (per caratteristiche sue proprie, ovvero per l'asserita corrispondenza con il potere pubblico), sarebbero del pari non compromettibili le questioni risarcitorie in cui lo stesso si manifesta.

L'orientamento preclusivo, pertanto, è fondato unicamente sulla presupposta natura non disponibile della situazione in capo al privato. Ciò, tuttavia, si pone agli antipodi rispetto all'ipotesi ricostruttiva di cui al presente studio. La disponibilità dell'interesse legittimo comporta, infatti, che anche le pretese risarcitorie allo stesso connesse siano generalmente arbitrabili⁹⁴⁴, salvo espressi e specifici divieti legislativi.

Del resto, la previsione della risarcibilità degli interessi legittimi⁹⁴⁵ costituisce un ulteriore indizio a favore della natura disponibile di tali situazioni giuridiche⁹⁴⁶ e rileva altresì allo specifico fine dell'ammissione della compromettibilità delle medesime. È, infatti, difficile negare che un credito patrimoniale, come tale di per sé disponibile⁹⁴⁷, non possa essere sottoposto alla cognizione arbitrale⁹⁴⁸.

In conclusione, a favore dell'ammissibilità dell'istituto anche per le vertenze risarcitorie volgono sia la struttura dell'interesse legittimo, sia il carattere patrimoniale che contrassegna le medesime.

⁹⁴³ Come rilevato da L. Ferrara, *L'arbitrato nelle controversie*, cit., p. 249, che sul punto cita A. Pajno, *Arbitrato. II) Arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 2005, pp. 8 ss., nonché A. Sandulli, *L'arbitrato*, cit., p. 209. *Contra*, l'Autore rileva che «Tale risarcimento è ritenuto essere l'oggetto di un diritto soggettivo arbitrabile dopo la l. n. 205 del 2000 (che ha riconosciuto l'azione risarcitoria di fronte al giudice amministrativo): ma se il diritto al risarcimento per equivalente non è tanto un diritto soggettivo, quanto piuttosto una forma di tutela (ulteriore rispetto all'annullamento) dell'interesse legittimo, come affermato ancora da C. cost. n. 204 del 2004, è evidente che non può più affermarsi l'assoluta incompatibilità tra quest'ultima situazione giuridica soggettiva e l'arbitrato».

⁹⁴⁴ Sempre sul presupposto che anche l'arbitrato nel diritto amministrativo abbia quale unico criterio di operatività la disponibilità della situazione giuridica soggettiva.

⁹⁴⁵ La generale risarcibilità degli interessi legittimi ha fatto per la prima volta ingresso nell'ordinamento italiano grazie alla celebre sentenza Corte Cass., n. 500/1999 e successivamente è stata introdotta dalla legge n. 205/2000.

⁹⁴⁶ Così L. Ferrara, *L'arbitrato nelle controversie*, cit., p. 250: «In chiave sistematica, può comunque osservarsi che la surrogabilità in denaro della soddisfazione degli interessi legittimi muove nella direzione della loro disponibilità e compromettibilità».

⁹⁴⁷ Così M. Delsignore, *La compromettibilità in arbitrato*, cit., p. 261.

⁹⁴⁸ Conformemente, M. Vitale, *L'arbitrato*, cit., p. 1343: «se oggetto della lite è un credito non può ritenersi coinvolto l'agire del potere pubblico come autorità, né può essere revocata in dubbio l'ammissibilità della tutela arbitrale», nonché C. Selvaggi, *L'arbitrato nelle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa*, in *Riv. arb.*, 1992, pp. 453 e ss. e in particolare p. 459, ove l'Autore osserva che «la linea di demarcazione fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa non coincide con il limite della arbitrabilità della controversia giacché il deferimento ad arbitri è impedito non dalla natura del giudice, ma soltanto dalla disciplina sostanziale del rapporto controverso, cosicché possono certo essere deferite ad arbitri le controversie su rapporti patrimoniali anche quando esse siano connesse ad atti di contenuto pubblicistico».

Occorre infine soffermarsi sul problema della previa proposizione dell'azione caducatoria rispetto a quella per il risarcimento del danno, dal punto di vista del rapporto tra ricorso giurisdizionale e arbitrato.

Prima dell'emanazione del d.lgs. n. 104/2010 l'orientamento a favore della pregiudizialità ha ristretto ancor più l'ambito di operatività dell'istituto arbitrale nel sistema amministrativo⁹⁴⁹.

L'eventuale necessità, per le parti, di esperire previamente il processo⁹⁵⁰ ai fini dell'annullamento dell'atto rappresenta, infatti, un notevole limite procedimentale. In tal caso il ricorso all'arbitrato resterebbe una possibilità meramente astratta e priva di effettiva utilità: il privato si vedrebbe costretto a ricorrere in prima battuta avanti al giudice amministrativo per ottenere l'effetto caducatorio e a rivolgersi allo strumento di giustizia privata soltanto successivamente. Ebbene, se si considera che il giudice amministrativo conosce ormai anche delle vertenze risarcitorie, appare evidente che la parte non sarà certo propensa a una moltiplicazione dei giudizi quando può concentrare entrambe le pretese nell'ambito della sola sede giurisdizionale⁹⁵¹.

In alcune posizioni, addirittura, si è collegato il tema della natura sostanziale della pretesa risarcitoria (quale diritto o quale interesse legittimo) con quello della pregiudiziale: alla necessità di un previo annullamento giudiziale dell'atto illegittimo conseguiva la successiva arbitrabilità delle relative controversie risarcitorie. La caducazione, in quest'ottica, aveva l'effetto di far emergere un diritto soggettivo al ristoro patrimoniale, che prima dell'annullamento assumeva invece le fattezze di un interesse legittimo⁹⁵².

⁹⁴⁹ Si veda lo studio di D. Amadei, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., pp. 855 e ss., che prende le mosse proprio dal legame intercorrente tra la tesi della pregiudizialità amministrativa e l'ambito operativo dell'arbitrato su controversie pubbliche.

⁹⁵⁰ Favorevole alla pregiudizialità, peraltro quale elemento di conferma della devoluzione delle questioni risarcitorie alla cognizione arbitrale, è G. P. Cirillo, *La tutela in via arbitrale*, cit., p. 2211: «La convinzione di chi scrive è che, conformemente a quanto avviene nei rapporti interprivati, le questioni risarcitorie siano riferibili ad arbitri, dato che la natura dell'accertamento della riconducibilità del danno all'azione illegittima della p.a. non è sostanzialmente diversa da quella effettuata a proposito del fatto illecito o dell'adempimento di un fatto o di un contratto di diritto comune; tanto più se tale accertamento viene preceduto — come noi riteniamo — dal necessario annullamento dell'atto o dalla dichiarazione della fondatezza della pretesa, in caso di silenzio-inadempimento da parte del giudice amministrativo. In questo caso l'annullamento precedente diventa anche una forma di garanzia, che serve a escludere ogni valutazione circa la discrezionalità amministrativa esercitata».

⁹⁵¹ Così anche A. Zito, *La compromettibilità per arbitri*, cit., p. 350 e conformemente A. Romano Tassone, *Lodo arbitrale*, cit., p. 2279: «Viene tuttavia da chiedersi se la pressoché totale riduzione dell'arbitrato a mera appendice del giudizio amministrativo di annullamento (presumibilmente, per lo più, scartata dagli utenti, perché del tutto controindicata sotto il profilo della celerità e dell'economia processuale), non ne mortifichi eccessivamente le potenzialità».

⁹⁵² L'orientamento è ben esposto (e criticato) da A. Romano Tassone, *Lodo arbitrale*, cit., p. 2278. Diversamente, M. Delsignore, *La compromettibilità*, cit., p. 292 perviene alle medesime conclusioni (necessità della pregiudiziale) sulla base di motivazioni ben diverse: «la negazione della necessaria pregiudizialità comporta che, sempre ed in ogni caso, l'arbitro, nell'accertamento del diritto al risarcimento del danno, è chiamato a valutare la legittimità del potere e, dunque, essendo il potere

Sul punto, la giurisprudenza amministrativa si è a lungo mostrata incline a mantenere intatta la propria competenza sugli atti lesivi⁹⁵³, mentre, all'opposto, la Cassazione ha da tempo respinto la tesi della pregiudizialità⁹⁵⁴, svincolando il risarcimento del danno dalla previa impugnazione e caducazione dell'atto all'origine della lesione.

L'orientamento della Suprema Corte ha trovato, peraltro, supporto nei dati legislativi. Il testo dell'art. 819 c.p.c., modificato con la riforma del 2006⁹⁵⁵, ammette la possibilità per gli arbitri di conoscere incidentalmente <<tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, anche se vertono su materie che non possono essere oggetto di convenzione di arbitrato, salvo che debbano essere decise con efficacia di giudicato per legge>>⁹⁵⁶. Alla luce della norma, quindi, l'arbitro può conoscere dell'atto amministrativo illegittimo, risultando sconfessata la necessità di una pregiudizialità del processo giurisdizionale.

oggetto della controversia, dalla sua indisponibilità non può che ricavarsi la non compromettibilità della lite. Diversamente, se già sussistesse giudicato in tema di esercizio illegittimo del potere, l'arbitro potrebbe senz'altro pronunciarsi della sola questione del risarcimento del danno da tale illegittima attività conseguente>>.

⁹⁵³ Si veda Cons. Stato, n. 3655/2003, a favore della risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi, ma solo ove la legittimità dell'esercizio del potere sia già stata previamente sindacata con provvedimento giurisdizionale passato in giudicato.

⁹⁵⁴ Corte Cass., SS. UU., n. 13659/2006; Corte Cass., S. UU., n. 13660; Corte Cass., SS. UU., n. 13911/2006; Corte Cass., SS. UU., n. 30254/2008; Corte Cass., SS. UU., n. 19048/2010; Corte Cass., SS. UU., n. 405/2011.

⁹⁵⁵ Antecedentemente alla modifica apportata mediante il d.lgs. n. 40/2006, l'art. 819 c.p.c. disponeva la necessaria sospensione del processo arbitrale nel caso di necessaria risoluzione di una questione pregiudiziale non compromettibile, come veniva ritenuta quella dell'annullamento degli atti amministrativi. Il testo disponeva espressamente: <<Se nel corso del procedimento sorge una questione che per legge non può costituire oggetto di giudizio arbitrale, gli arbitri, qualora ritengano che il giudizio ad essi affidato dipende dalla definizione di tale questione, sospendono il procedimento. Fuori di tali ipotesi gli arbitri decidono tutte le questioni insorte nel giudizio arbitrale>>. La dottrina sul punto era divisa. Da una parte si schierava chi negava la competenza degli arbitri a conoscere incidentalmente l'illegittimità di un atto amministrativo, con conseguente necessità della sospensione, e l'orientamento opposto, che ammetteva una cognizione arbitrale incidentale senza attitudine al giudicato. Si veda, quanto alla prima impostazione, L. Montesano, *Questioni incidentali nel giudizio arbitrale e sospensione dei processi*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, pp. 3 e ss.; D. Volpino, *Osservazioni in tema di pregiudizialità arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2005, pp. 475 e ss.; quanto alla seconda impostazione, invece, si veda F. Auletta, *Lo stato presente delle questioni incidentali nell'arbitrato: ipotesi ricostruttive*, in *Riv. arb.*, 2005, pp. 261 e ss. Per una ricognizione della situazione nella vigenza del vecchio testo dell'art. 819 c.p.c., cfr. D. Amadei, *L'arbitrato*, cit., pp. 866 e ss., il quale rileva le gravi incongruenze e problematicità della teoria della pregiudizialità necessaria.

⁹⁵⁶ Si riporta il testo completo dell'articolo 819 c.p.c. nel testo attualmente vigente: <<Gli arbitri risolvono senza autorità di giudicato tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, anche se vertono su materie che non possono essere oggetto di convenzione di arbitrato, salvo che debbano essere decise con efficacia di giudicato per legge. Su domanda di parte, le questioni pregiudiziali sono decise con efficacia di giudicato se vertono su materie che possono essere oggetto di convenzione di arbitrato. Se tali questioni non sono comprese nella convenzione di arbitrato, la decisione con efficacia di giudicato è subordinata alla richiesta di tutte le parti>>.

Infine, il d.lgs. n. 104/2010 ha sul punto rimosso ogni incertezza, con la previsione dell'autonomia processuale tra l'azione di annullamento e quella risarcitoria, ai sensi dell'art. 30⁹⁵⁷, da ritenersi pienamente vigente anche con riferimento al giudizio arbitrale, fatta salva la diversa volontà delle parti.

I dati testuali riportati⁹⁵⁸ fanno propendere l'interprete per la possibile compromettibilità anche delle questioni relative all'*an debeat* e non alla sola quantificazione⁹⁵⁹. Ciò che conta ai fini del risarcimento è la sussistenza di tutti i requisiti giuridici in presenza dei quali la parte risulta aver subito un danno

⁹⁵⁷ Si riporta il testo completo dell'art. 30, d.lgs. n. 104/2010: <<L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma. Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi. Sussistendo i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica. La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperienza degli strumenti di tutela previsti. Per il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comprovi di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, il termine di cui al comma 3 non decorre fintanto che perdura l'inadempimento. Il termine di cui al comma 3 inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere. Nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza. Di ogni domanda di condanna al risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo>>. La norma, com'è evidente, nel fugare ogni dubbio in ordine all'inammissibilità di una pregiudiziale a natura processuale, ne introduce espressamente una a carattere invece sostanziale, che incide sulla quantificazione del danno. Tale profilo, tuttavia, esula dall'oggetto del presente studio.

⁹⁵⁸ A ben vedere, nel codice del processo amministrativo l'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto a quella impugnatoria è evidente non solo dall'art. 30, e dall'art. 7, comma 4, ma anche l'art. 34, commi 2 e 3.

⁹⁵⁹ Si veda M. Vaccarella, *Considerazioni sull'art. 12 del Codice*, cit., p. 2387, che conclude a favore della devoluzione ad arbitri delle questioni sull'*an debeat*, anche sulla base del disposto di cui all'art. 35, comma 2, d.lgs. n. 80/1998, come riformato dalla legge n. 205/2000, e attualmente (pur se modificato ancora) all'art. 34 C.P.A.: <<In caso di condanna pecuniaria il giudice può, in mancanza di opposizione delle parti, stabilire i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine. Se le parti non giungono a un accordo, ovvero non adempiono agli obblighi derivanti dall'accordo concluso, con il ricorso previsto dal Titolo I del Libro IV possono essere chiesti la determinazione della somma dovuta, ovvero l'adempimento degli obblighi eseguiti>>. Si vedano altresì le considerazioni di M. Vitale, *L'arbitrato*, cit., p. 1342: <<l'autonomia dell'azione risarcitoria, da una parte, in una con il carattere disponibile della materia, sicuramente ha eliminato gli ostacoli epistemologici tradizionalmente adottati da coloro che escludevano l'arbitrabilità del risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi. Il credito che spetta al danneggiato è sempre disponibile>>.

ristorabile; l'annullamento dell'atto, in quest'ottica, è soltanto un diverso tipo di tutela a fronte di un'identica situazione giuridica.

L'evoluzione indicata, interpretativa e legislativa, fa sì che, allo stato, la questione dell'illegittimità del provvedimento cui si collega una pretesa risarcitoria possa essere conosciuta in via incidentale nel corso del procedimento arbitrale.

Vi è un ultimo profilo su cui soffermarsi: l'indipendenza processuale tra le azioni anzidette ha effetti ben più rilevanti, contribuendo ad avvalorare l'arbitrabilità delle controversie vertenti su interessi legittimi.

La previsione di un risarcimento (per equivalente e anche in forma specifica) dell'interesse legittimo disancorato da un previo annullamento del provvedimento lesivo conferma la natura disponibile (*rectius*: creditizia) della situazione in questione, come rilevato da parte della dottrina sin da prima della riforma del 2010⁹⁶⁰. Oltretutto, se si ammette la disponibilità della situazione giuridica in questione nell'ipotesi di tutela risarcitoria, non si vede perché la medesima natura non possa essere riconosciuta ove sia fatta valere un'azione di altro tipo.

In altri termini, se è arbitrabile il credito relativo al danno da lesione di interessi legittimi, e se siffatta pretesa non è autonoma, ma costituisce piuttosto una forma di tutela tipica e aggiuntiva dell'interesse legittimo, ne deriva che oggetto del giudizio risarcitorio sarà pur sempre tale situazione soggettiva⁹⁶¹. Ebbene, a questo punto sarebbe incongruo e irragionevole non ammetterne la disponibilità in linea generale, senza alcuna differenziazione derivante dal tipo di azione avanzata.

⁹⁶⁰ Cfr. G. Verde, *Nuove riflessioni*, cit., p. 3: <<Se tale orientamento dovesse consolidarsi, sarebbe anche necessario pervenire alla conclusione che l'interesse legittimo ha poco o nulla a che vedere con l'esercizio del potere o con lo svolgimento della pubblica funzione, essendo la sua tutela (risarcitoria) disancorata dal pregiudiziale accertamento della illegittimità dell'atto; e che tale interesse oramai è una situazione giuridica del cittadino che riceve tutela come una qualsiasi altra posizione, quante volte non si voglia o non si possa ottenere la reintegrazione in forma specifica. È ovvio che le possibilità di fare ricorso all'arbitrato sarebbero assai ampie>>.

⁹⁶¹ Cfr., per considerazioni solo in parte coincidenti, L. Penasa, *L'arbitrato irrituale nelle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, pp. 1307 e ss. L'Autore sostiene l'irrilevanza – ai fini dell'ammissione dell'arbitrarietà – della questione dell'autonomia o meno della pretesa risarcitoria rispetto alla relativa situazione lesa: <<le controversie in questione devono ritenersi arbitrabili poiché hanno ad oggetto un diritto risarcitorio sicuramente disponibile. Questa conclusione non muta anche se si volesse accogliere una concezione rimediabile dell'azione risarcitoria, riguardata, cioè, come forma di tutela dell'interesse legittimo che si affianca all'azione di annullamento. Come si è già visto l'interesse legittimo è ritenuta posizione giuridica disponibile, per cui altrettanto si dovrà dire per una delle sue forme di tutela>>.

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE: LA SIMILARITÀ STRUTTURALE TRA DIRITTO SOGGETTIVO E INTERESSE LEGITTIMO

L'analisi svolta ha ricostruito l'interesse legittimo come situazione giuridica disponibile.

Nella prima parte sono state considerate le ipotesi più rilevanti e frequenti in cui tale caratterizzazione si manifesta a livello sostanziale. L'osservazione casistica ha avvalorato la posizione assunta, lasciando aperta la possibilità di limitazioni legali al potere di disposizione quali eccezioni (necessitanti di un'espressa previsione) che non inficiano la struttura essenziale della relativa situazione soggettiva. Le fattispecie dispositive concrete hanno peraltro dimostrato come la questione coinvolga profili di frequente applicazione pratica, evidenziando le contraddizioni della prassi giudiziale e l'esigenza di rendere effettiva la natura sostanziale dell'interesse legittimo⁹⁶².

Nella seconda parte è stata verificata la disponibilità dell'interesse legittimo alla luce della disciplina processuale: anche in tale ambito la qualifica costituisce il presupposto per il compimento in via autonoma di atti in grado di soddisfare o tutelare il bene della vita sottostante alla situazione⁹⁶³.

Nello specifico, sono stati presi in considerazione determinati profili della tutela, strettamente connessi alla conformazione strutturale della situazione fatta valere. Si è così evidenziato il legame tra la natura disponibile dell'interesse legittimo e il principio dispositivo⁹⁶⁴, a sua volta declinato in quello della domanda e di

⁹⁶² Nel senso della natura sostanziale dell'interesse legittimo, si veda M.S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione amministrativa*, cit., p. 253, per i quali l'interesse legittimo inteso come «<interesse di fondo protetto, nasce con il verificarsi del fatto della norma regolatrice del potere, o, se si preferisce, con l'atto o col fatto con cui ha inizio il procedimento amministrativo. Esso si realizza soprattutto fuori dal processo, nel procedimento amministrativo>>». Tale natura è ormai professata e riconosciuta anche dalla giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 3/2011, ove tuttavia tale asserzione è sminuita dalla connessione necessaria dell'interesse legittimo a un bene della vita materiale. Sulla sentenza anzidetta si veda, anche per i riferimenti dottrinali, F. Gaffuri, *Brevi note sul rapporto procedimentale e sugli interessi partecipativi dopo il pronunciamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2011*, in *Dir. amm.*, 2012, pp. 217 e ss., nonché N. Paolantonio, *L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo (in margine a Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3)*, in www.giustamm.it.

⁹⁶³ Così A. Carbone, *Azione di adempimento, disponibilità della situazione giuridica e onere della prova*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2011, pp. 2959 e ss.

⁹⁶⁴ F. Follieri, *Qualificazione e conversione dell'azione alla prova del principio della domanda*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 177 e ss.. «<il principio della disponibilità della tutela giurisdizionale, discendente dall'art. 2907 c.c. ed in base al quale il titolare (o chi si affermi tale) della situazione giuridica soggettiva sostanziale "è libero di chiedere oppure non chiedere tale tutela, come anche di rinunciare ad essa una volta chiesta", è l'unico soggetto che è nella possibilità di chiederla e di scegliere in che modo chiederla. Tale principio si correla, a sua volta, con la disponibilità della

corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. La *disponibilità*, infatti, comporta che siano le parti a delineare l'oggetto del giudizio (nella fase introduttiva) e della prova (nella fase istruttoria), con il conseguente rigetto di ogni ingerenza officiosa dell'organo giudicante. Del pari, la conformazione della tutela amministrativa ha contribuito a delineare la natura disponibile dell'interesse legittimo. La vincolatività dell'ordine dei motivi, l'operatività del principio di non contestazione e l'ammissione dell'arbitrato per le vertenze *pubblicistiche* sono rilevanti indicatori dell'essenza sostanziale della situazione soggettiva fatta valere in giudizio.

Peraltro, nel corso dello studio non sono state celate le persistenti contraddizioni che tuttora contraddistinguono il processo amministrativo⁹⁶⁵ e che, tuttavia, non devono sminuire il valore e la portata innovativa delle discipline e dei principi positivizzati. È qui che appare fondamentale l'interazione tra le due parti in cui si articola la ricerca: i risultati interpretativi raggiunti con lo studio del diritto sostanziale, infatti, risolvono le residuali incongruenze del diritto processuale. In altri termini, la disponibilità strutturale dell'interesse legittimo chiarisce il tipo di tutela che allo stesso deve essere riconosciuta: laddove, quindi, non sia il codice a prendere una chiara posizione a favore del carattere soggettivo del processo amministrativo, eventuali incertezze applicative dovranno essere superate tenendo presente l'essenza sostanziale della situazione giuridica in capo al privato.

Emerge, in tal modo, il profondo legame tra i due ambiti trattati, nonché il rilievo fondamentale dei principi generali (ormai positivizzati nel sistema amministrativistico) che impongono la centralità dell'individuo e della situazione giuridica nella titolarità del medesimo.

Deve in conclusione ritenersi che, sebbene non sia escluso che dal giudizio possano scaturire anche effetti *indiretti* attuativi del diritto oggettivo, la tutela amministrativa *ex D.lgs. n. 104/2010*⁹⁶⁶ è improntata a un modello soggettivistico⁹⁶⁷.

In tal senso, le limitazioni alla disponibilità (dal punto di vista sostanziale) e i poteri officiosi del giudice (dal punto di vista processuale)⁹⁶⁸ costituiscono ipotesi derogatorie, accomunate da identità di *ratio*, sussistendo in entrambi i casi la necessità di proteggere un interesse pubblicistico che trascende la sfera giuridica del

situazione giuridica soggettiva sostanziale, poiché le decisioni in ordine alla tutela di essa mirano ad una sua modificazione>>.

⁹⁶⁵ Così A. Corpaci, *Il codice del processo*, cit., p. 616. L'Autore evidenzia come, nonostante le persistenti contraddizioni del sistema di giustizia amministrativa, <<da una lettura orientata dai principi costituzionali e del codice non si possa ricavare un bandolo che ne consenta un apprezzamento più positivo e innovativo>>.

⁹⁶⁶ Si veda quanto già osservato *supra*, seconda parte, capitolo I, § 4.

⁹⁶⁷ Si veda A. Pajno, *Il codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema di giustizia amministrativa. Una introduzione al libro I*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 105 e ss., che sostiene che <<la giustizia amministrativa deve necessariamente assicurare tutto ciò che spetta al cittadino in base al diritto>>. Sulla soggettività della tutela amministrativa si rinvia a L. Ferrara, *Domanda giudiziale*, cit., in particolare nota n. 38.

⁹⁶⁸ La seconda parte del lavoro analizza pertanto alcuni profili in cui tuttora si manifesta un potere giudiziale a natura *determinativa* del *thema decidendum* o del *thema probandum*.

singolo individuo⁹⁶⁹. Ciò invero non inficia, ma conferma la costruzione soggettivistica, poiché si pone quale eccezione alla regola generale della rimessione dell'oggetto del giudizio alle parti.

Dalla trattazione è peraltro risultato evidente, sotto svariati profili, il progressivo avvicinamento tra il sistema amministrativo e quello civile, punto di riferimento fondamentale⁹⁷⁰: da ciò occorre adesso muovere, ripercorrendo alcuni concetti volontariamente lasciati in sospeso nella prima parte del lavoro.

Mediante l'indagine sul diritto soggettivo⁹⁷¹ si è rilevato il ruolo primario della legge nella conformazione di esso, cui si aggiunge la facoltà di agire per la realizzazione dell'interesse sotteso. A ciò è seguita una breve analisi sui tratti essenziali del diritto di credito e del rapporto giuridico⁹⁷², ove si è del pari insistito in un metodo interpretativo incentrato sui tratti strutturali e normativi dei fenomeni considerati. È questo il punto di partenza ai fini di un raffronto tra diritto soggettivo e interesse legittimo⁹⁷³, la cui eventuale similarità confermerebbe ulteriormente la disponibilità del secondo.

⁹⁶⁹ Cfr. G. Gitti, *L'oggetto della transazione*, cit. p. 260 <<il diritto all'identità personale e al nome, il diritto all'integrità fisica e tutti i diritti fondamentali ed inviolabili di libertà sono infatti situazioni soggettive la cui tutela è, anche sul piano civilistico, faccenda di ordine pubblico e perciò stesso campo di elezione dell'attività del pubblico ministero nell'ambito del diritto privato., la nullità dei *negozi* o degli atti che abbiano ad oggetto, o comunque coinvolgano, diritti *generali* non solo è assoluta, e cioè rilevabile da chiunque ne abbia interesse come pure d'ufficio dal giudice, ma può anche esser fatta valere dal pubblico ministero - <<nelle cause che egli stesso potrebbe proporre>> (artt. 69 e 70 c.p.c.) e in ogni altra causa in cui, ravvisandovi un "pubblico interesse", egli decida di intervenire (art. 70, terzo alinea e 72, secondo alinea, c.p.c.) – come pure dal giudice tutelare (art. 320, terzo alinea, c.c.) o dal Tribunale (art. 375 c.c.) per negare l'autorizzazione, tra atti di disposizione, anche a transazioni che abbiano ad oggetto, o comunque coinvolgano, diritti *generali* dei minori>>.

⁹⁷⁰ A. Proto Pisani, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa*, in *Foro it.*, 2001, pp. 21 e ss. L'Autore osserva i cambiamenti legislativi (nonché giurisprudenziali) che hanno equiparato sempre più i poteri cognitori e decisorii del giudice amministrativo a quelli del giudice civile e conclude domandando il motivo per cui <<debbano continuare a coesistere nello stesso ordinamento, per le controversie tra cittadino e pubblica amministrazione, due giurisdizioni che conoscono o possono conoscere delle stesse norme>>, auspicando <<un sistema di giurisdizione unica con accesso dei giudici tramite concorso unitario articolato in sezioni civili, penali, amministrative, tributarie, del lavoro e previdenziali, con possibilità dei giudici di essere trasferiti da un settore all'altro>>.

⁹⁷¹ Si veda *supra*, capitolo I, § 1.

⁹⁷² Si veda *supra*, capitolo I, § 2.

⁹⁷³ Per un'analisi simile, incentrata su specifici aspetti relativi alla contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, si rinvia, anche per i copiosi riferimenti dottrinali, a L. Ferrara, *Statica e dinamica*, cit., pp. 465 e ss. Sulle differenze tra le due situazioni giuridiche di diritto soggettivo e interesse legittimo, cfr. *ex multis*: C. Marzuoli, *Diritti e interessi legittimi*, cit., pp. 34 e ss., nonché p. 47: <<a che cosa serve, oggi, l'interesse legittimo? a giustificare il doppio giudice, ma questo è il problema: dovrebbe essere la diversità della situazione soggettiva a giustificare il doppio giudice e non l'opposto>>; A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato*, cit., p. 111, che ricostruisce la nozione di interesse legittimo muovendo dalle definizioni che di essa dà la dottrina civilistica e osserva che la principale differenza tra questa e le concezioni invalse nel diritto amministrativo è data dal fatto che in ambito civile <<la situazione giuridica individuale, comunque venga poi costruita la

La distinzione ha interessato la dottrina civilistica^{974 975}, che ha in prevalenza individuato il *discrimen* sulla base di elementi estrinseci, come la divisione della tutela giurisdizionale tra giudice ordinario e amministrativo⁹⁷⁶. Altri studi civilistici, invece, pur riconoscendo la similarità strutturale tra le due situazioni⁹⁷⁷, hanno fatto

relazione con la situazione (o posizione “dominante”), è riferita alla *autonoma* considerazione di un interesse individuale e alla esigenza di contemperarlo con un altro, che sta a fondamento di una potestà: l’interesse legittimo dunque non è situazione che riceve protezione se ed in quanto rientri nell’area di protezione dell’interesse contrapposto e neppure in quanto componente assorbita nelle finalità e nei criteri di esercizio della potestà, che è protetta, appunto, in quanto tale>>. Cfr. altresì, sul tema, M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive*, cit. A. Pioggia, *Giudice e funzione amministrativa*, cit.; M. Renna, *Obblighi procedurali e responsabilità dell’amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 557 e ss. Recentemente, cfr. F. G. Scoca, *Le situazioni giuridiche soggettive nel pensiero di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 437 e ss.

⁹⁷⁴ Si veda G. P. Monateri, *Diritto soggettivo*, cit., pp. 422 e ss., che individua la *ratio* di un simile interesse per la dottrina: <<La teoria del diritto soggettivo come zona protetta entro cui il titolare può agire conformemente alle proprie decisioni è importante anche perché (...) pone un limite a ciò che lo Stato, il governo, la P.A., possono legittimamente fare. (...) Posti di fronte ai problemi che coinvolgono i privati e la pubblica amministrazione, gli autori italiani hanno elaborato una distinzione pregnante imperniata sull’opposizione tra diritti soggettivi e interessi legittimi>>. In linea di massima, nell’ambito della sistematica civile dello scorso secolo l’interesse legittimo è stato considerato per lo più quale figura meramente processuale, risultandone da ciò palese la divergenza rispetto alla figura del diritto. Si rinvia, per gli ampi e dettagliati riferimenti dottrinali, a F. G. Scoca, *Contributo sulla figura dell’interesse legittimo*, cit., p. 78.

⁹⁷⁵ Non sono peraltro mancati (ma esulano dall’oggetto della presente analisi) tentativi di ricostruzione e delineazione di un interesse legittimo *di diritto privato*, autonomo e diverso dal diritto soggettivo. Cfr., su tutti, L. Bigliuzzi Geri, *Contributo ad una teoria dell’interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967. Ammettono la categoria anche P. Perlingieri e P. Femia, *Nozioni introduttive*, cit., p. 85, per i quali l’interesse legittimo di diritto privato è la situazione soggettiva correlata alla potestà e la titolarità del medesimo giustifica interventi di controllo sulla correttezza e diligenza dell’operato del titolare della potestà, P. Rescigno, *Gli interessi legittimi nel diritto privato*, in Scritti Lener, Napoli, 1989, pp. 883 e ss. Per un’analisi sul punto, cfr. G. Poli, *L’interesse legittimo (di diritto amministrativo) nel prisma del diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2012, pp. 81 e ss., in particolare cfr. pp. 99 e ss.

⁹⁷⁶ Si veda G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarnieri, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Sacco, *Il diritto soggettivo*, cit., p. 87, secondo cui l’interesse legittimo è la posizione del singolo destinato a subire gli effetti di un <<atto che implica valutazioni discrezionali (...) rileva inoltre che la distinzione ha avuto prevalente interesse ai fini del riparto di giurisdizione, non tanto quindi per questioni sostanziali >>. Si veda altresì L. Bigliuzzi Geri, *Diritto civile*, cit., p. 331, che individua la *ratio* della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo nel fatto che da essa si può desumere la giurisdizione che deve conoscere dei relativi conflitti; S. Satta, *Diritto processuale civile*, Padova, 1987, p. 15: <<la distinzione dai diritti nasce unicamente dalla diversità della tutela, non è in *rerum natura*>>. La conseguenza di siffatta impostazione è che si è spesso tentato di *giustificare* siffatto meccanismo di riparto, invece di esaminarne l’attuale necessità dal punto di vista del diritto sostanziale. Così C. Marzuoli, *Diritti e interessi legittimi*, cit., p. 47: <<dovrebbe essere la diversità della situazione soggettiva a giustificare il doppio giudice e non l’opposto>>.

⁹⁷⁷ Così P. G. Monateri, *Diritto soggettivo*, cit. p. 422: <<occorre tuttavia constatare come l’interesse legittimo si configuri alla stregua della definizione del diritto soggettivo per quanto attiene ai suoi elementi strutturali>>. L’Autore, tuttavia, analizza l’interesse legittimo aggiungendo alla struttura del diritto soggettivo un *quid* in più, per cui la volontà privata dovrebbe operare in conformità all’interesse della pubblica amministrazione: l’elemento discriminante, quindi, sarebbe a

leva sulla natura delle norme di diritto pubblico⁹⁷⁸ e di conseguenza sulla prevalenza del fine generale sull'interesse legittimo del privato⁹⁷⁹: a divergere sarebbe il diverso grado di protezione⁹⁸⁰.

Sul fronte amministrativistico, invece, parte della dottrina ha posto in dubbio, sin da tempi meno recenti⁹⁸¹, la validità della distinzione, rilevando la tendenziale similarità strutturale⁹⁸² tra interessi legittimi e diritti soggettivi. Ciononostante, anche nell'ordinamento pubblico è da sempre stata prevalente l'idea di una netta

livello di diritto positivo. Nel diritto soggettivo la norma tutela direttamente il soggetto privato, contemplando specificamente il suo interesse. Invece si ha interesse legittimo quando la norma tutela un interesse generale e l'interesse privato si trova a coincidere con quello generale protetto.

⁹⁷⁸ Si veda G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarnieri, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Sacco, *Il diritto soggettivo*, cit., p. 89: «la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi rispecchia storicamente la concezione secondo cui l'azione amministrativa è regolata da norme che non hanno come destinatari i privati e sono poste per tutelarli, ma salvaguardano l'interesse generale». Ugualmente P. G. Monateri, *Diritto soggettivo*, cit., p. 423: «esistono situazioni soggettive attive tutelate, la cui tutela è rimessa alla volontà del privato, ma che sono difformi da veri e propri diritti soggettivi, in virtù del fatto che la ricostruzione del significato, e dello scopo della norma, indica che l'interesse del privato è tutelato solo indirettamente in quanto coincide con la tutela di un interesse generale».

⁹⁷⁹ Così, di nuovo, Alpa, M. Graziadei, A. Guarnieri, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Sacco, *Il diritto soggettivo*, cit., p. 89: «gli stessi diritti individuali come meri riflessi (soggettivi) del diritto oggettivo, sottordinati al pubblico interesse che trova espressione nell'azione amministrativa». L'Autore sul punto fa riferimento all'insegnamento di S. Romano e O. Ranelletti. Si veda Id., p. 90, ove vengono enumerati ulteriori elementi distintivi tra diritto soggettivo e interesse legittimi, tutti appartenenti alla sfera effettuale (e in particolare a quella della tutela giurisdizionale) e non sostanziale – strutturale. Cfr. altresì A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987, pp. 4 e ss., che rileva come l'essenza dell'interesse legittimo non è in un interesse materiale diverso da quello del diritto soggettivo, ma in una «diversa forma di rilevanza attribuita, pur sempre, a interessi privati materiali, quando questi interessi si trovino a coesistere con un interesse pubblico»; P. G. Monateri, *Diritto soggettivo*, cit. p. 422, per il quale la differenza tra interesse legittimo e diritto soggettivo sta in ciò, che «a tale identità si affianchi un connotato specialistico consistente nella necessità che la volontà privata si conformi ad una regola che si configura come posta a tutela della PA»; A. Trabucchi, *Istituzioni*, cit., p. 68, che sulla base della prevalenza dell'interesse pubblico arriva a sostenere la tutela meramente indiretta dell'interesse legittimo.

⁹⁸⁰ In questo senso, A. Romano Tassone, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, pp. 280 e ss., per il quale il diritto soggettivo è un interesse a soddisfazione garantita e l'interesse legittimo a soddisfazione solo possibile.

⁹⁸¹ Cfr. S. Spaventa, *La giustizia nell'amministrazione*, Torino, 1949; E. Cannada Bartoli, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, pp. 334 e ss.; B. Sordi, *Giustizia e amministrazione*, cit.; G. M. Chiodi, *La giustizia amministrativa nel pensiero politico di Silvio Spaventa*, Bari, 1969; E. Capaccioli, *Interessi legittimi*, cit., pp. 128 e ss. Per gli ampi riferimenti alla dottrina che ha posto in dubbio, in modo più o meno netto, la bipartizione delle situazioni giuridiche soggettive, si veda L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., pp. 172 – 173.

⁹⁸² Cfr. F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1969, p. 307: «gli interessi che pur trovando tutela in una disposizione di legge (...) non sono positivamente denominati *diritti* tanto che la dottrina ha creato per essi il nome di *interessi legittimi*: eppure, rimontando ai concetti delle teorie giuridiche generali, essi vanno considerati come diritti, sebbene accompagnati da caratteri speciali che servono a distinguerli dai diritti muniti di azione giudiziaria».

differenziazione tra essi⁹⁸³, sulla base delle medesime argomentazioni che ne hanno impedito l'affermazione quale situazione *effettivamente* sostanziale e direttamente protetta⁹⁸⁴.

Determinante, secondo una prospettiva di diritto positivo, è la ricostruzione già svolta in precedenza⁹⁸⁵, che espunge dalla struttura dell'interesse legittimo fattori esterni, pur se connessi ad esso, quali lo scopo generale e il pubblico potere. Per quanto riguarda, in particolare, quest'ultimo se ne è rilevata la natura *attiva*, da cui consegue la non correlazione reciproca⁹⁸⁶, ma al più la mera coesistenza⁹⁸⁷ con la situazione del privato, avente quindi piena autonomia⁹⁸⁸.

⁹⁸³ Per una differenziazione strutturale tra le due situazioni, si veda E. Cannada Bartoli, *Il diritto soggettivo come presupposto*, cit., p. 341: <<non è dato riscontrare nell'interesse legittimo alcun carattere intrinseco, che possa giustificare la riconducibilità entro lo schema del diritto soggettivo. Manca, infatti, nell'interesse lo svolgimento, sia pure potenziale, di una signoria individuale; manca l'*agere licere*, cui le più recenti dottrine si riferiscono per definire il diritto soggettivo. Il diritto soggettivo può essere esercitato dal titolare e, naturalmente, l'esercizio concreto dipenderà dal contenuto del diritto; chi ha, invece, un interesse non può compiere alcun atto di esercizio dell'interesse legittimo, in quanto tale>>. L'Autore precisa altresì che l'interesse legittimo è situazione indirettamente tutelata dall'ordinamento, per la sussistenza di un potere disciplinato da norme poste nell'interesse generale dell'ordinamento.

⁹⁸⁴ Si veda gli argomenti già esaminati e contestati *supra*, prima parte, capitolo II, § 2 in ordine alla prevalenza dell'interesse pubblico (e del potere amministrativo) sull'interesse legittimo.

⁹⁸⁵ Si veda *supra*, prima parte, capitolo II, § 2.

⁹⁸⁶ Si veda F. G. Scoca, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., pp. 30 e ss. L'Autore inizialmente sostiene che all'interesse legittimo si contrappone un potere (e sarebbe questa una delle principali differenze con il diritto soggettivo, che invece ha contrapposto un obbligo), ma successivamente specifica che <<Sia l'interesse legittimo sia il potere sono situazioni di vantaggio, che si svolgono parallelamente nel medesimo procedimento: la relazione tra le due situazioni soggettive non è pertanto definibile, nel senso che secondo la tradizione è (il solo) tecnico, come rapporto giuridico, e consiste piuttosto in un collegamento funzionale>>. In giurisprudenza, il concetto è stato di recente espresso da Cons. Stato, 7 marzo 2013, n. 1403 (che è già stata oggetto di trattazione *supra*, seconda parte, capitolo 1), per il quale ciò che caratterizza l'interesse legittimo, e che costituisce la differenza sostanziale rispetto al diritto soggettivo, è la sua inerenza all'esercizio del potere amministrativo: <<l'interesse legittimo, infatti, non è percepibile sul piano, per così dire, "statico", senza, cioè, che la pubblica amministrazione abbia esercitato o negato di esercitare, nei confronti del soggetto, il potere del quale essa è titolare>>.

⁹⁸⁷ Cfr. F. G. Scoca, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., p. 33: <<non è concepibile un rapporto di contrapposizione tra interesse legittimo e potere amministrativo, così come è tipico del rapporto che sussiste tra diritto ed obbligo. Sia l'interesse legittimo sia il potere sono situazioni di vantaggio, che si svolgono parallelamente nel medesimo procedimento>>. Più di recente, cfr. F. G. Scoca, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 379 e ss., il quale rileva la sussistenza di un rapporto tra pubblico potere e interesse legittimo, coesistendo le due situazioni nell'ambito della medesima vicenda giuridica.

⁹⁸⁸ Si fa riferimento alla definizione di M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit. che descrive l'interesse legittimo <<come posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine ad un bene oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti a influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene>>.

Quanto esposto mette in evidenza la centralità della delimitazione dell'oggetto dell'interesse legittimo, questione peraltro conseguente alla natura disponibile del medesimo⁹⁸⁹. Quest'ultima caratteristica, infatti, si fonda sull'esclusiva inerente della situazione soggettiva al titolare; l'esclusione dalla struttura della stessa di elementi extraindividuali fa sì che il privato sia tendenzialmente libero, sia nell'*an* che nel *quomodo*, di disporre dell'interesse legittimo sul piano sostanziale e sul piano processuale. Gli effetti (vantaggiosi o meno) derivanti da siffatto esercizio, quindi, ricadono in via diretta soltanto sul titolare e non sulla collettività, né sull'amministrazione, la cui posizione è su un piano di parità rispetto a quella del privato laddove sia la legge a disciplinarne il rapporto^{990 991}.

Ebbene, la suddetta costruzione indica che il privato, nell'ambito dei rapporti giuridici instaurati con l'apparato pubblico, gode di un margine di autodeterminazione, delimitato dalla legge (quanto al profilo statico) e dipendente dalla propria volontà di soddisfacimento (dal punto di vista dinamico). In altri termini, è il diritto positivo a conformare l'interesse legittimo, ma è il titolare a poterne liberamente disporre.

Così configurata, la situazione in esame non si differenzia dal diritto soggettivo⁹⁹², se non per elementi estrinseci. In entrambi i casi, infatti, si ha

⁹⁸⁹ L'indisponibilità dell'interesse legittimo, infatti, si lega all'interpretazione che individua il bene finale quale oggetto del medesimo. L'aspirazione al bene materiale finale, infatti, dipende dall'esercizio di potere discrezionale da parte dell'amministrazione e non rientra nella diretta spettanza del privato.

⁹⁹⁰ La titolarità di un potere discrezionale non implica alcun privilegio sostanziale (né processuale) per la parte pubblica e siffatti fenomeni sussistono anche nel sistema civilistico, si veda G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarnieri, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Sacco, *Il diritto soggettivo*, cit., p. 93: <<L'immunità di chi prende la decisione non è affatto manifestazione di un privilegio concesso alla pubblica amministrazione. In effetti, gode della stessa immunità l'amministratore della società, il rappresentante, il mandatario, che devono esercitare poteri discrezionali, ed altri soggetti privati ancora>>. La questione si lega strettamente alla configurazione dell'interesse legittimo di diritto privato, su cui cfr. L. Bigliazzi Geri, *Interessi legittimi*, cit., p. 527.

⁹⁹¹ Laddove, invece, il potere discrezionale opera nella sfera del cosiddetto *merito amministrativo*, quindi al di fuori delle prescrizioni normative si ritiene tradizionalmente che il privato non possa vantare alcuna pretesa. Così F. Merusi, *Il codice del <<giusto>> processo amministrativo*, cit., pp. 1 e ss., che evidenzia come nell'esercizio del potere <<nasce un rapporto di debito – credito tra le parti, fondato su di un diritto e di un obbligo, nel quale il potere della pubblica amministrazione si dissolve, per lasciar spazio a un rapporto paritario>>. Concordemente si veda A. Orsi Battaglini – C. Marzuoli, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, pp. 495 e ss.; C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008. Ciononostante, nel merito occorre pur sempre rispettare i principi generali, cui risulta sottoposto l'esercizio del potere amministrativo anche nella fase della scelta. Sotto questo aspetto, il merito amministrativo è potenzialmente sottoposto a controllo giurisdizionale; cfr. art. 1 legge n. 241/1990. Cfr. sul punto B. Giliberti, *Il merito amministrativo*, Milano, 2013; F. Merusi, *Il codice del <<giusto>> processo amministrativo*, cit., pp. 1 e ss.

⁹⁹² Così anche G. P. Cirillo, *La trascrizione*, cit.: <<Se si fa riferimento all'interesse materiale che lega il soggetto al bene della vita e che, attraverso i collaudati schemi del diritto civile, intende conservare o conseguire, ci si accorge che la struttura di fondo del diritto soggettivo e dell'interesse

protezione normativa di un interesse su cui il titolare ha una pretesa propria, potenzialmente esercitabile mediante una manifestazione volontaristica⁹⁹³.

Alla luce di tutti i rilievi avanzati, l'interesse legittimo è situazione attiva, sostanziale e nell'interesse esclusivo del privato⁹⁹⁴. Ai caratteri qualificanti anzidetti si deve aggiungere altresì quello della patrimonialità⁹⁹⁵ ⁹⁹⁶: deve, infatti, negarsi l'appartenenza dell'interesse legittimo al novero delle situazioni giuridiche a carattere non patrimoniale, con cui si attuano interessi di natura morale, non valutabili in denaro.

È stato consequenziale, quindi, l'accostamento tra la figura soggettiva in esame e quella del diritto di credito⁹⁹⁷: in entrambi i casi l'oggetto dell'interesse protetto trova

legittimo è identica; e che questi istituti sono semplicemente degli strumenti, storicamente definiti, per "delaicizzare" l'interesse materiale al bene, per dargli dignità giuridica e, quindi, proteggerlo secondo le trame del diritto. In fondo, anche secondo le leggi economiche, il soggetto vuole conservare o conseguire un bene; e in questi due moduli sembrano esaurirsi gli atteggiamenti pregiudiziali della persona. Sicché, si può concludere che ciò che caratterizza e distingue l'interesse legittimo dal diritto soggettivo è solamente la misura o il modo con cui l'interesse sostanziale ottiene protezione>>.

⁹⁹³ A proposito del diritto soggettivo, D. Barbero, *Guerra e pace tra <<interno>> ed <<esterno>>*, cit., p. 340, distingue tra la protezione dell'interesse dall'irrelevanza delle scelte del soggetto titolare. Si pone una differenza, così, tra *an* della previsione del diritto soggettivo e *quomodo* della sua esplicazione, nel senso di modalità con cui lo stesso viene esercitato: il come viene esercitato, ove non entri nel contenuto del diritto stesso, non attiene alla tutela del diritto soggettivo, è indifferente. Raccordando tale ragionamento all'interesse legittimo, si capisce per quale ragione molte posizioni hanno ritenuto che in questo a cambiare fosse la conformazione del *licere*. Nell'interpretazione qui favorita, tuttavia, il *bene finale* non sta dentro la struttura della situazione giuridica soggettiva, ma sta fuori, non è compreso nel *licere*, è *irrilevante* ai fini della natura della situazione medesima (sulla distinzione tra irrilevanza e indifferenza giuridica, cfr. Id., p. 339). Sempre con riguardo al diritto soggettivo, G. Ballardore Pallieri, *Diritto soggettivo*, cit., pp. 8 – 9, si sofferma sul fatto che talvolta è stato sostenuto che il diritto soggettivo si ha solo ove il suo titolare manifesti la volontà di adempimento, quindi mediante un atto di volontà. L'Autore contesta tale indirizzo.

⁹⁹⁴ V. Bachelet, *La giustizia amministrativa*, cit., pp. 18 e ss.

⁹⁹⁵ La patrimonialità dell'interesse legittimo si lega alla natura sostanziale del medesimo, nonché alla qualificazione di esso alla stregua di un diritto di credito. Concordemente cfr. G. P. Cirillo, *La trascrizione*, cit. p. 622: <<Tale situazione soggettiva si radica, di norma, nel patrimonio dell'istante con l'apertura del procedimento amministrativo e non è costituita dal diritto alla pretesa, bensì dalla possibilità di ottenere il risultato favorevole a seguito del regolare corretto svolgimento del procedimento, dove si governano le regole della discrezionalità. Così congegnata la situazione protetta, ovverosia costituita non dal diritto al risultato, ma dalla possibilità di conseguirlo, si ha che essa è già concreta ed attuale a seguito dell'apertura del procedimento. Quel che varia è solamente la consistenza di tale possibilità, che si differenzia a seconda del normale esito del procedimento azionato. In questo quadro la consistenza della possibilità di conseguire il risultato sperato è maggiore, anzi si tramuta in certezza, nei procedimenti vincolati, dove l'atto è praticamente dovuto; mentre invece è minima nei procedimenti altamente discrezionali>>.

⁹⁹⁶ Cfr. *supra*, prima parte, capitolo II, § 2.

⁹⁹⁷ Così L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., pp. 166-167 e 169 ss., che ricostruisce l'interesse legittimo di cui è titolare il cittadino come un diritto di credito, cui corrisponde un correlato obbligo della Pubblica Amministrazione; entrambe le posizioni trovano fondamento nella legge. In particolare, l'A. osserva che poiché l'interesse legittimo è una situazione giuridica attiva, a essa deve necessariamente corrispondere una situazione giuridica passiva, l'obbligo. Concordi sul punto C.

soddisfazione in un adempimento⁹⁹⁸ da parte dell'obbligato (di cui quindi occorre la cooperazione) di un comportamento normativamente previsto⁹⁹⁹. La riconduzione dell'interesse legittimo entro lo schema del diritto di credito¹⁰⁰⁰ è stata intuita anche da parte della dottrina civilistica¹⁰⁰¹.

Consolo, *Piccolo discorso sul riparto di giurisdizione. Il dialogo fra le Corti e le esigenze dei tempi*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, pp. 633 e ss.; F. Merusi, *Il codice*, cit., pp. 13 ss. L'equiparazione tra interesse legittimo e diritto di credito è altresì compiuta da G. P. Cirillo, *La trascrizione*, cit. p. 624: <<anche l'interesse pretensivo, al pari di un diritto di credito semplicemente sperato (come nel caso di contributi promessi dal Comune a un'associazione sportiva) o di un'aspettativa di diritto, non solo può essere oggetto di negoziazione, ma può liberamente circolare, come una situazione giuridica compiuta in sé>>. L'Autore a sua volta cita F. Gazzoni, F. Pugliatti, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, 1964, R. Nicolò, *Istituzioni di diritto privato*, 1962 e C. M. Bianca, *La proprietà*, Milano, 2005.

⁹⁹⁸ L'oggetto dell'interesse legittimo in questa visione non è l'utilità finale *materiale*, ma il comportamento della pubblica amministrazione (e il relativo provvedimento) conforme a quanto previsto dalla legge. Cfr., anche per i riferimenti dottrinali, C. Marzuoli, *Diritti e interessi legittimi*, cit., p. 43: <<la legittimità dell'azione e quella dell'atto amministrativo possono essere beni finali, con la conseguenza che l'interesse legittimo, siccome assicura questo risultato (la legittimità), in realtà altro non è se non un diritto soggettivo>>. Cfr. altresì, nella giurisprudenza, Corte Cass., n. 157/2003, con nota P. Siracusano, *La nuova ("e vera") svolta della Cassazione sulla c.d. responsabilità dell'interesse legittimo: i doveri di comportamento della pubblica amministrazione verso la logica garantista del rapporto*, in *Foro amm. CdS*, 2003, pp. 480 e ss. In tale ottica, la disciplina sul procedimento amministrativo delinea un *rapporto giuridico*, come riconosciuto da una larga parte della più attenta dottrina: si veda in questo senso A. Piras, *Interesse legittimo*, cit., p. 348; G. Comporti, *Il cittadino viandante tra insidie e trabocchetti: viaggio alla ricerca di una tutela risarcitoria praticabile*, in *Dir. amm.*, 2009, pp. 683 e ss.; L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., pp. 131 e ss.; A. Pubusa, *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, 1996, in particolare p. 81; M. Renna, *Obblighi procedurali*, cit., pp. 557 e ss.; infine, si veda ancora A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 101; C. Cudia, *Funzione amministrativa*, cit.; C. Castronovo, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, pp. 653 e ss.; F. G. Scoca, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, pp. 406 e ss.; A. Scognamiglio, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004. Sulla natura obbligatoria del rapporto amministrativo, si veda A. Pioggia, *Giudice e funzione amministrativa*, cit.; V. Antonelli, *Contatto e rapporto nell'agire amministrativo*, Padova, 2008. Sul punto, cfr. altresì A. Bartolini, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002.

⁹⁹⁹ L'impostazione che riscontra l'oggetto dell'interesse legittimo nelle utilità garantite dalla legge, attenuerebbe (o eliminerebbe) la concezione dell'interesse legittimo quale posizione giuridica soggettiva indisponibile. L'indisponibilità dell'interesse legittimo, infatti, si lega all'interpretazione che individua il bene finale quale oggetto del medesimo. L'aspirazione al bene finale, dipendendo dall'esercizio di potere discrezionale da parte dell'amministrazione, non può ritenersi tutelabile in giudizio alla stregua di un sistema civilistico (che segue uno schema diritto – obbligo), in cui alla non contestazione della controparte consegue la pacificità del fatto allegato e la superfluità della sua prova. Con l'inconveniente della possibile soccombenza dell'interesse pubblico perseguito con l'agire della p.a.

¹⁰⁰⁰ Su cui si è già più volte citato L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., pp. 175 e ss. *Contra* si veda M. Delsignore, *La compromettibilità in arbitrato*, cit., p. 188: <<la differenza fondamentale tra interesse legittimo e diritto di credito sta nelle situazioni che all'uno e all'altro si contrappongono: in un caso il potere, nell'altro l'obbligo>>. Si veda altresì F. G. Scoca, *Contributo sulla figura*, cit., p. 33: <<il carattere unitario ed uniforme dell'interesse legittimo, non influenzato né dalla diversità dei beni della vita ai quali indirettamente si collega né dalla diversità dei provvedimenti

In ogni caso, di là dalla configurabilità della natura creditizia della situazione giuridica in esame, la similarità strutturale tra lo stesso e il diritto soggettivo apre le porte alla possibile sussistenza di un *rapporto giuridico amministrativo*^{1002 1003}, che, come già osservato, si costituisce di due elementi complementari: la legge e le situazioni giuridiche soggettive tra loro connesse delle parti¹⁰⁰⁴.

ai quali si collega direttamente, costituisce un'altra delle caratteristiche che lo assimilano al diritto di credito>>.

¹⁰⁰¹ Cfr. D. Barbero, *Il diritto soggettivo*, cit. p. 42: <<la categoria dell'interesse legittimo piega verso il credito, con cui pure concettualmente coincide, essendo, anche qui, una differenza rilevabile solo in ordine ai fatti possibili di estinzione. Si può esattamente chiamare l'interesse legittimo un "credito affievolito", la cui differenziazione dal "credito" appare in tutto analoga alla differenziazione del "diritto affievolito" dal "diritto soggettivo". Questo *credito affievolito*, può, come il diritto affievolito, estinguersi per un comportamento, entro certi limiti discrezionale, della pubblica amministrazione>>.

¹⁰⁰² La questione è stata oggetto di considerazione sin dal secolo scorso. Si veda S. Romano, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1906, pp. 38 e ss. a far data dagli anni settanta del '900, inoltre, sulla scorta degli studi tedeschi sul rapporto amministrativo, anche la dottrina italiana si è interessata maggiormente alla questione, pur se nell'ambito della tradizionale concezione "atto – centrica", cfr. A. Mantero, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, 1979, pp. 10 e ss. Per una precisa e dettagliata ricostruzione del fenomeno, si veda M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, cit. pp. 98 e ss. Sul punto specifico, cfr. L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., p. 113 e ss. Si veda F. Gaffuri, *Brevi note sul rapporto procedimentale*, cit., pp. 226 e ss. per osservazioni circa il rilievo che ha rivestito il risarcimento dei danni da lesione di interesse legittimo (e la pregiudiziale amministrativa) sul riconoscimento del rapporto procedimentale. Si veda G. Poli, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012, nonché G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, p. 163, secondo cui l'interesse legittimo è <<una posizione giuridica di vantaggio di un rapporto giuridico in senso tecnico>>, sebbene senza garanzia di risultato. A favore della configurazione di un rapporto giuridico tra amministrazione e privato, si veda F. G. Scoca, *Contributo*, cit., p. 33. Cfr. altresì G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, pp. 238 e ss., secondo cui sul punto rileva <<anche il fenomeno della trasformazione del diritto della pubblica amministrazione per effetto degli intrecci tra discipline e dell'attenuazione della specialità del diritto amministrativo>>. Per una posizione particolare si veda L. Bigliuzzi Geri, *Diritto civile*, cit., p. 331. L'Autrice ammette che il rapporto giuridico ci sia anche nell'ipotesi che il privato sia titolare di un interesse legittimo, ma dice che tale rapporto è particolare perché al polo opposto si riscontra non un obbligo, ma un potere o un dovere. Si veda altresì G. Poli, *L'interesse legittimo (di diritto amministrativo)*, cit., pp. 93 e ss.

¹⁰⁰³ La definizione più essenziale di *rapporto amministrativo* lo identifica in una relazione giuridica in cui una delle parti è un'amministrazione, cfr. M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, cit., pp. 108 e ss. Si veda altresì la definizione di rapporto giuridico che dà l'Autore, in apertura all'opera, Id., p. 6: <<il sistema proiettato nel tempo delle relazioni giuridicamente rilevanti, bipolari e multipolari, esterne e interne, che si instaurano tra pubbliche amministrazioni e privati in relazione all'esercizio della funzione amministrativa e alla tutela dei diritti fondamentali>>.

¹⁰⁰⁴ Non rileva l'eventuale asimmetria delle parti, che pure si ritiene non sussistente con riferimento a quanto previsto dalla legge, mentre ben possibile con riguardo alla sfera *libera* e non giuridicizzata. Sulla non necessità che il rapporto giuridico sia simmetrico, cfr. M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, cit., p. 21: <<il rapporto giuridico può essere simmetrico, ma anche asimmetrico e polisimmetrico: l'asimmetria tra le posizioni delle parti non esclude la configurabilità del rapporto

I rilievi già esposti sulla categoria del rapporto giuridico nell'ambito dell'ordinamento civile¹⁰⁰⁵ hanno messo in luce come in esso vi sia una (cor)relazione di specularità tra le situazioni soggettive, tale per cui a una pretesa a contenuto positivo se ne contrappone un'altra a contenuto negativo¹⁰⁰⁶, entrambe aventi il medesimo valore qualitativo dal punto di vista del diritto sostanziale: si ritiene che la natura attiva, sostanziale e autonoma dell'interesse legittimo possa condurre a riscontrare una corrispettiva situazione passiva¹⁰⁰⁷ sul fronte opposto dell'amministrazione.

giuridico e la possibilità che in ragione delle connessioni tra rapporti giuridici, più rapporti confluiscono in un unico rapporto giuridico>>.

¹⁰⁰⁵ Cfr. *supra*, prima parte, capitolo I.

¹⁰⁰⁶ In questi termini A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato*, cit., p. 63: << ogni situazione di vantaggio riconosciuta, "vive" giuridicamente solo in quanto si pone in relazione con un'altra che interferisce in modo contraddittorio nella stessa area protetta>>; L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., pp. 105 e ss.

¹⁰⁰⁷ G. Miele, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, cit., p. 115: <<la posizione di vantaggio di un soggetto (diritto soggettivo) è correlativa all'imposizione di un obbligo su un altro soggetto>>.

BIBLIOGRAFIA

- ACQUARONE L., MIGNONE C., *Arbitrato nel giudizio amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, pp. 367 e ss.
- ALESSI R., *La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo e i suoi possibili riflessi nel campo del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1953, pp. 307 e ss.
- ALLARA M., *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, 1958.
- ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.
- ALPA G., GRAZIADEI M., GUARNIERI A., MATTEI U., MONATERI P. G., SACCO R., *Il diritto soggettivo*, in R. Sacco (a cura di), *Trattato di Diritto Civile*, Torino, 2001.
- ALPA G., MARICONDA V., *Codice civile commentato*, Milano, 2009.
- AMADEI D., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2004, pp. 855 e ss.
- AMORTH A., *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, Milano, 1980.
- AMORTH A., *Una nuova sistematica per la giustizia amministrativa*, *Riv. dir. pubbl.*, 1943, I, pp. 64 e ss.
- ANTONELLI V., *Contatto e rapporto nell'agire amministrativo*, Padova, 2008.

- ANTONIOLI M., *Arbitrato e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, pp. 326 e ss.
- ACQUARONE L., MIGNONE C., *Arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, pp. 371 e ss.
- ARGENIO D., *Il sistema arbitrale e le controversie amministrative (negli orientamenti del Consiglio di Stato)*, in *Dir. amm.*, 2004, pp. 887 e ss.
- ASTONE F., *La transazione*, Torino, 2007.
- AULETTA F., *Lo stato presente delle questioni incidentali nell'arbitrato: ipotesi ricostruttive*, in *Riv. arb.*, 2005, pp. 261 e ss.
- AURICCHIO A., *Appunti sull'ambito di applicazione dell'art. 2113 c.c.*, in *Dir. e giur.*, 1957, pp. 162 e ss.
- BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966.
- BAGNULO R., *Il concetto di diritto naturale in San Tomaso d'Aquino*, Milano, 1983.
- BALLADORE PALLIERI G., *Diritto soggettivo e diritto reale*, in *Jus*, 1952, pp. 1 e ss.
- BARBERO D., *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, pp. 2 e ss.
- BARBERO D., *Guerra e pace tra <<interno>> e <<esterno>> del diritto soggettivo*, in *Jus*, 1952, pp. 326 e ss.
- BARBERO D., *Sistema del diritto privato italiano*, 6 ed., I, Torino, 1962.
- BARRELLA A., *Incompatibilità tra giurisdizione esclusiva e arbitrato?*, in *Riv. arb.*, 2000, pp. 199 e ss.

- BARTOLINI A., *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002.
- BARTOLINI A., *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, in *Riv. giur. urb.* 2007, pp. 302 e ss.
- BARTOLINI A., *I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie)*, in *Riv. giur. urb.* 2008, pp. 438 e ss.
- BENVENUTI F., *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, pp. 589 e ss.
- BERLINGUER A., *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato*, I, Torino, 1999.
- BERTONAZZI L., *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, 2005.
- BETTI E., *Interesse (Teoria generale)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, pp. 838 e ss.
- BETTI E., *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1919.
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002.
- BIANCA C. M., *La vendita e la permuta*, in F. Vassalli (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1972.
- BIAVATI P., *Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, pp. 1301 e ss.

- BIGLIAZZI GERI L., *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967.
- BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI F. D., NATOLI U., *Diritto Civile*, Torino, 1988.
- BIGLIAZZI GERI L., *Interessi legittimi*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.) IX*, Torino, 1993, pp. 527 e ss.
- BINNI A., *Potere di disposizione*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, pp. 450 e ss.
- BIONDI B., *Forma e bilateralità della rinuncia a servitù*, in *Foro it.*, 1957, I, pp. 414 e ss.
- BOBBIO N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965.
- BORGHESI D., *Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, pp. 121 e ss.
- BOVE M., *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Napoli, 2010.
- BOZZI A., *Rinunzia*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1966, pp. 1141 e ss.
- BRIGUGLIO A., FAZZOLARI E., MARENGO R., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994.
- BRIZZI M., *Il principio di non contestazione nel processo del lavoro*, in *Dir. lav.*, 2003, pp. 131 e ss.
- BUFFONE G., *L'onere di contestazione nella legge n. 69/2009*, in G. Buffone, *La riforma del processo civile*, Roma, 2009.

- BUSCEMA S., BUSCEMA A., RAFFAELE R., *I contratti della Pubblica Amministrazione*, Padova, 2008.
- CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo. I presupposti e le tendenze*, Milano, 1989.
- CAIA G., *Materie compromettibili in arbitrato con la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, 1999, pp., 18 e ss.
- CAIANIELLO V., *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino, 1979.
- CAIANIELLO V., *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994.
- CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma, 2003.
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, III, Padova, 1914.
- CAMMEO F., *Commentario della leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, 1911.
- CANNADA BARTOLI E., *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, pp. 334 e ss.
- CANNADA BARTOLI E., *Processo amministrativo, considerazioni introduttive*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, pp. 1086 e ss.
- CANNADA BARTOLI E., *Novità sull'assorbimento dei motivi*, in *Giur. it.*, 1996, pp. 617 e ss.
- CAPACCIOLI E., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, Padova, 1957.
- CAPACCIOLI E., *Per l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1977, pp. 446 e ss.

- CAPACCIOLI E., *Interesse legittimo e risarcimento dei danni*, in *Dir. proc.*, 1978, pp. 100 e ss.
- CAPACCIOLI E., *Per l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Scritti in onore di Miele*, Milano, 1979, pp. 209 e ss.
- CAPACCIOLI E., *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1983.
- CAPELLI I., *La disponibilità dei diritti nelle controversie societarie*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, pp. 670 e ss.
- CARBONE A., *Provvedimento illegittimo e dannoso: il nuovo orientamento della giustizia amministrativa*, in *Danno e resp.*, 2001, pp. 302 e ss.
- CARBONE A., *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*, nota a TAR Milano Lombardia 8 giugno 2011, n. 1428, in *Foro amm. TAR*, 2011, pp. 1499 e ss.
- CARBONE A., *Azione di adempimento, disponibilità della situazione giuridica e onere della prova*, in *Foro amm. TAR.*, 2011, pp. 2959 e ss.
- CARINGELLA F., *Il sistema delle tutele dell'interesse legittimo alla luce del codice e del decreto correttivo*, in *Urb. e app.*, 2012, pp. 14 e ss.
- CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948.
- CARNELUTTI F., *Teoria Generale del diritto*, Padova, 1940.
- CARNELUTTI F., *La transazione è un contratto?*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, I, pp. 189 e ss.
- CARNEVALI U., *Appunti di diritto privato*, VIII ed., Milano, 2007.

- CARRATTA A., *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995.
- CARRESI F., *La transazione*, in VASSALLI F. (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, IX, Torino, 1966.
- CASSETTA E., FRACCHIA F., *Responsabilità da contatto: profili problematici*, in *Foro it.*, III, 2001, pp. 18 e ss.
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2014.
- CASSANO G., NISATI M., *La riforma dell'arbitrato*, Milano, 2006..
- CASSESE S., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim.dir. pubbl.*, 1996, pp. 321 e ss.
- CASSESE S., *Arbitrato e diritto comune della pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, pp. 523 e ss.
- CASTRONOVO C., *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, pp. 653 e ss.
- CAVALLO B., *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, Teramo, 1975.
- CEA C. M., *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2002, pp. 2019 e ss.
- CEA M. C., *Il principio di non contestazione di non contestazione tra fronda e disinformazione*, in *Foro it.*, 2003, pp. 2017 e ss.
- CEA M. C., *La non contestazione e la Corte di Cassazione: ovvero un principio poco amato*, in *Foro it.*, 2005, I, pp. 727 e ss.

- CEA C. M., *Non contestazione dei fatti: passi avanti e chiarezze teoriche*, in *Foro it.*, 2006, I, pp. 1873 e ss.
- CEA M. C., *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio di non contestazione*, in *Foro it.*, 2009, V, pp. 266 e ss.
- CECHELLA C., *L'arbitrato*, Torino, 1991.
- CERINO CANOVA A., *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, Torino, 1980.
- CERRETO A., *Sul potere del giudice amministrativo di stabilire l'ordine di decisione dei motivi e delle domande nel giudizio davanti al TAR (osservazioni alla sentenza del Cons. Stato, Ad.Plen., 27 aprile 2015, n. 5)*, in www.lexitalia.it.
- CERULLI IRELLI V., *Lineamenti di diritto amministrativo*, IV ed., Torino, 2014.
- CESARINI SFORZA W., *Diritto soggettivo*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1944
- CESTER C., *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, pp. 407 e ss.
- CHIEPPA R., *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, ne *Il Codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2010.
- CHIEPPA R., *Un primo bilancio sul nuovo processo amministrativo: il contributo della giurisprudenza e della dottrina prevale sulle aspettative (deluse) di un efficace intervento correttivo del legislatore*, ne *Il processo amministrativo dopo il correttivo al Codice*, Milano, 2012.
- CHIODI G. M., *La giustizia amministrativa nel pensiero politico di Silvio Spaventa*, Bari, 1969.

- CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923.
- CHIOVENDA G., *Sulla natura giuridica dell'espropriazione forzata*, in *Saggi di diritto processuale*, II, Roma, 1931, pp. 459 e ss.
- CHIRULLI P., STELLA RICHTER P., voce *Transazione (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, pp. 867 e ss.
- CHIRULLI P., *Onere della prova, regola del giudizio e libero convincimento del giudice*, ne *Il nuovo processo amministrativo, commentario sistematico diretto da Roberto Caranta*, Zanichelli, 2011, pp. 560 e ss.
- CHITI M. P., *Arbitrato*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, pp. 406 e ss.
- CICALA F. B., *Il rapporto giuridico*, II ed., Firenze, 1935.
- CINTIOLI F., *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 3 e ss.
- CIRILLO G. P., *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2000.
- CIRILLO G. P., *La trascrizione dei 'diritti edificatori' e la circolazione degli interessi legittimi*, in *Riv. not.*, 2013, pp. 601 e ss.
- CIRILLO G. P., *La tutela in via arbitrale delle conseguenze patrimoniali derivanti dalla lesione dell'interesse legittimo*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- CIVITARESE MATTEUZZI S., *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, pp. 739 e ss.

- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in CERULLI IRELLI V. (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006.
- CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989.
- CLARICH M., *Le azioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, pp. 1121 e ss.
- CLARICH M., *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- COMOGLIO L. P., *Il principio di economia processuale*, Padova, 1980.
- COMPORI G., *Il cittadino viandante tra insidie e trabocchetti: viaggio alla ricerca di una tutela risarcitoria praticabile*, in *Dir. amm.*, 2009, pp. 683 e ss.
- CONSOLO C., *Il cumulo condizionale delle domande*, Padova 1985.
- CONSOLO C., *Piccolo discorso sul riparto di giurisdizione. Il dialogo fra le Corti e le esigenze dei tempi*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, pp. 633 e ss.
- CONTIERI A., *Principio di buon andamento e vizi dell'atto amministrativo*, in CONTIERI A., FRANCIOSI F., IMMORDINO M., ZITO A. (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli 2010, vol. II, pp. 95 e ss.
- CORAGGIO G., *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, pp. 130 e ss.
- CORPACI A., *Il codice del processo amministrativo tra effettività della tutela e problemi di durata del rito ordinario*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 609 e ss.
- CORTESE F., *L'Adunanza Plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, pp. 963 e ss.

- COTTA S., *Giusnaturalismo*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1976, pp. 510 e ss.
- CUDIA C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008.
- DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, Milano, 1982.
- DE LISE P., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. e proc.*, 1990, pp. 1169 e ss.
- DE LISE P., DELFINO B., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Arch. giur. oo. pp.*, pp. 2000 e ss.
- DE LUCA TAMAJO R., *Considerazioni sull'inderogabilità e sull'indisponibilità dei diritti del lavoratore subordinato*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, V, pp. 577 e ss.
- DE LUCA TAMAJO R., *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976.
- DE MATTIA A., *Contributo per una teoria generale dell'indisponibilità giuridica*, in AGUNDEZ A., BERAUD R., DE MATTIA A., DIXON K., DUNI M., GOWLAND N., HEINITZ E., RAT G., SCHILIER H., *La teoria dell'indisponibilità giuridica attraverso le critiche e le osservazioni della dottrina*, Padova, 1958.
- DE NICTOLIS R., *L'arbitrato delle pubbliche amministrazioni, dalla legge Merloni alla legge n. 166/2002*, in *Urb. e app.*, 2002, pp. 1004 e ss.
- DE NICTOLIS R., *L'ordine dei motivi e la sua disponibilità*, in Federalismi.it.
- DE PAOLIS M., *Le controversie sui contratti pubblici in sede stragiudiziale e nel processo civile, amministrativo, penale e contabile*, Padova, 2010.

- DEL CORE S., *Il principio di non contestazione: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, in *Giust. civ.*, 2004, pp. 111 e ss.
- DELSIGNORE M., *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano, 2007.
- DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987.
- DOMENICHELLI V., *Giurisdizione amministrativa e arbitrato: riflessioni e interrogativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, pp. 227 e ss.
- DOMENICHELLI V., *Le prospettive dell'arbitrato nei rapporti amministrativi (tra marginalità, obbligatorietà e con sensualità)*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, pp. 241 e ss.
- DONATO L., *Sulla disponibilità degli effetti dell'annullamento giurisdizionale: il caso del ricorso incidentale c.d. <<auto lesivo>>*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 511 e ss.
- DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996.
- FABIANI M., *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, in *Corr. giur.*, 2003, pp. 1335 e ss.
- FADDA C., *Sulla teoria delle rinunce nel diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl.*, I, 1909 pp. 23 e ss.
- FALCON G., *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984.
- FALCON G., *Responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Riv. proc. amm.*, 2009, pp. 241 e ss.

FANTINI S., *Profili pubblicistici dei diritti edificatori*, in www.giustizia-amministrativa.it.

FAZZALARI E., *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1986.

FAZZALARI E., *L'arbitrato*, Torino, 1997.

FAZZALARI E., *Arbitrato*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1998, pp. 71 e ss.

FAZZALARI E., *Una svolta attesa in ordine alla <<natura>> dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2000, pp. 704 e ss.

FERRARA F., *Diritto civile*, Roma, 1921.

FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996.

FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione la dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003.

FERRARA L., *L'ordinamento sportivo e l'ordinamento statale si imparruccano di fronte alla Camera di conciliazione e arbitrato per lo sport*, in *Foro amm. CDS.*, 2005, pp. 1218 e ss.

FERRARA L., *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 591 e ss.

- FERRARA L., *L'allegazione dei fatti e la loro prova nella disciplina dell'annullabilità non pronunciabile: problematiche processuali e trasformazioni sostanziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, pp. 229 e ss.
- FERRARA L., *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. pubbl.*, 2010, pp. 650 e ss.
- FERRARA L., *L'azione di adempimento è il traguardo?*, in *Oss. proc. amm.*, settembre 2011.
- FERRARA L., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 617 e ss.
- FERRARA L., *Statica e dinamica dell'interesse legittimo: appunti*, *Dir. Amm.*, 2013, pp. 465 e ss.
- FERRARA L., *L'arbitrato nelle controversie amministrative. In particolare, la compromettibilità dell'interesse legittimo*, in V. PUTORTÌ (a cura di) *La Giustizia Arbitrale*, Napoli, 2015, pp. 245 e ss.
- FERRARI C., voce *Rinunzia – diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, pp. 4 e ss.
- FERRARO G., *Rinunce e transazioni del lavoratore*, *Enc. giur. Treccani*, Roma, XXVII, pp. 3 e ss.
- FERRI C., *Costitutiva (azione)*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, pp. 4 e ss.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2015.
- FORMENTIN L., *Rinuncia nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Roma, 1991, pp. 469 e ss.

FOLLIERI E., *Lo svolgimento del processo di primo grado*, in F. G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2003, p. 404.

FOLLIERI F., *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo: un "falso sintomo" del processo di parti, fra difficoltà applicative e tensioni concettuali*, Intervento alla X edizione delle Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate a CANNADA BARTOLI E., *La disponibilità della domanda nel processo amministrativo*, Roma - Universitas Mercatorum, 10-11 giugno 2011.

FORNACIARI M., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso e il principio di non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernete allegazione, rilievo, prova)*, in www.judicium.it.

FROSINI V., voce *Situazione giuridica*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, pp. 468 e ss.

FRUS G., *Osservazioni su due casi di inutile invocazione del principio di non contestazione da parte dell'attore nei confronti del convenuto contumace, per sopperire alle proprie carenze probatorie*, in *Giur. it.*, 2010, pp. 1384 e ss.

GAFFURI F., *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, 2006.

GAFFURI F., *Brevi note sul rapporto procedimentale e sugli interessi partecipativi dopo il pronunciamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2011*, in *Dir. amm.*, 2012, pp. 217 e ss.

GAFFURI F., *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013.

GALGANO F., *Diritto privato*, XVI ed., Padova, 2013.

GARUTTI M., *Il diritto all'onore e la sua tutela civilistica*, Padova, 1985.

- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2014.
- GAZZONI F., *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, in www.judicium.it.
- GENTILI A., *A proposito de "Il diritto soggettivo"*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, pp. 351 e ss.
- GIANNINI M. S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950.
- GIANNINI M. S., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1967.
- GIANNINI M. S., PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, pp. 229 e ss.
- GIANNINI M. S., *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, pp. 469 e ss.
- GILBERTI B., *Il merito amministrativo*, Milano, 2013.
- GIOVAGNOLI R., IN CARINGELLA F., DE NICTOLIS R., GIOVAGNOLI R., POLI V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2008
- GISONDI R., *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- GISONDI R., *Nuovi strumenti di tutela nel codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- GITTI G., *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999.

- GOISIS F., *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, Milano, 2007.
- GOISIS F., *Compromettibilità in arbitri (e transigibilità) delle controversie relative all'esercizio del potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, pp. 243 e ss.
- GOISIS F., *Verso l'arbitrabilità delle controversie pubblicistiche-sportive?*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, pp. 1417 e ss.
- GRASSI A., *Rinuncia*, in *Dig. it.*, XIII, 1925, pp. 695 e ss.
- GRAZIANO A., *La "rinuncia al ricorso" o "agli atti del giudizio" di cui agli articoli 84 Cod. Proc. Amm. e 306 c.p.c. e la rinuncia all'azione e ai motivi. L'impugnabilità dei provvedimenti successivi connessi*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- GRECO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980.
- GRECO G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003.
- GRECO G., *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 223 e ss.
- GRECO G., *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 585 e ss.,
- GUARINO G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, 238 e ss.
- GUICCIARDI E., *La transazione degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, pp. 207 e ss.

GUICCIARDI E., *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, pp. 51 e ss.

GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957.

GUIDOTTI F., *Il fondamento giuridico dell'indisponibilità dei diritti del prestatore di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1955, pp. 365 e ss.

GUICCIARDI E., *Norme di relazione e norme di azione: giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Studi di giustizia amministrativa*, Padova, 1974, pp. 59 e ss.

IANNIRUBERTO G., *Rinunzie, transazioni e quietanze a saldo nel diritto del lavoro*, Roma, 1969.

IANNIRUBERTO G., *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2010, pp. 309 e ss.

IANNOTTA L., *Atti non autoritativi ed interessi legittimi. Il sindacato sul comportamento della p.A. nella giurisdizione sul pubblico impiego*, Napoli, 1984.

IANNOTTA L., *Motivi di ricorso e tipologia degli interessi nel processo amministrativo*, Napoli, 1989.

IRTI N., *Introduzione allo studio del diritto privato*, I, Torino, 1973.

JELLINEK G., *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, Milano, 1912.

LA CHINA S., *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, Milano, 1999.

- LA VALLE F., *Il vincolo del giudice amministrativo ai motivi di parte*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, pp. 20 e ss.
- LAMBERTI C., *Primi orientamenti sulla prova nel processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- LASCHENA R., *Arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Enc. Giur.*, II, Roma, 1988, pp. 1 e ss.
- LEDDA F., *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, III, Modena, 1996, pp. 971 e ss.
- LEDDA F., *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Riv. giur. sarda*, 1997, pp. 807 e ss.
- LEONE G., *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Padova, 2014.
- LIPPONI A., *L'azionabilità in sede di «ottemperanza» del lodo arbitrale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, pp. 258 e ss.
- LOJACONO V., *Inalienabilità (clausole di)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, pp. 892 e ss.
- LUCARELLI F., *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970.
- LUDOVICI G., *Le posizioni giuridiche di interesse legittimo possono considerarsi disponibili ai sensi dell'art. 1966 c.c. e quindi astrattamente compromettibili*, in *Riv. not.*, 2012, pp. 127 e ss.
- LUISO F. P., *Diritto processuale civile. I processi speciali*, IV, Milano, 1999.
- LUISO F. P., *L'impugnazione del lodo equitativo per violazione di norme inderogabili*, in *Riv. arb.*, 1994, pp. 500 e ss.

- LUISO F. P., *Arbitrato e giurisdizione nelle controversie devolute al giudice amministrativo*, in *Riv. arb.*, 2001, pp. 421 e ss.
- MACIOCE F., *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, I, Napoli, 1992.
- MAGNANI M., *Disposizione dei diritti*, in *Dig. disc. priv.*, IV, Torino, 1990, pp. 51 e ss.
- MAGNANI M., *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Padova, 2006.
- MAGRI M., *L'ordine dei motivi nel processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, pp. 1068 e ss.
- MANCINI T., *Ancora in tema di diritti indisponibili e diritti posti da norme inderogabili di legge*, in *Riv. giur. lav.*, 1966, pp. 23 e ss.
- MANTOVANI F., *Diritto penale*, Padova, 2015.
- MANFREDI G., *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001.
- MANFREDI G., *Il regime probatorio nel codice del processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2011, pp. 473 e ss.
- MANIACI G., *La dittatura dei diritti indisponibili*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2014, pp. 669 e ss.
- MANTERO A., *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, 1979.
- MARENA G., *L'urbanistica consensuale e la negoziazione dei diritti edificatori*, in *Riv. not.*, 2014, pp. 893 e ss.

- MARRAMA R., *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza al provvedimento amministrativo. Vicende dell'interesse legittimo*, I, Napoli, 1979.
- MARZUOLI C., ORSI BATTAGLINI A., *Interessi giuridicamente rilevanti nei confronti dell'amministrazione e forme di tutela*, Relazione al convegno *La Corte di Cassazione apre alla risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi*, Firenze 10 maggio 2000.
- MARZUOLI C., *Carta europea dei diritti fondamentali, "amministrazione" e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti*, Carta europea e diritti dei privati, VETTORI G. (a cura di), Padova, 2002, pp. 255 e ss.
- MARZUOLI C., *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Quest. giust.*, 2009, pp. 34 e ss.
- MARZUOLI C., *Note in tema di indipendenza della funzione di organizzazione del servizio*, Intervento al Convegno Articolo 111, 18/2/2011.
- MATTARELLA B. G., *Il principio del merito*, in RENNA M., SAITTA F. (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 149 e ss.
- MAZZAROLI L., *L'atto definitivo e la teoria dell'assorbimento*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975.
- MAZZAROLI L., *Ancora qualche riflessione in tema di interesse legittimo, dopo l'emanazione del codice del processo amministrativo (a margine di un pluridecennale, ma non esaurito, profittevole dialogo con Alberto Romano*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 1208 e ss.
- MENGGONI L., REALMONTE F., *Disposizione (atto di)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, pp. 189 e ss.

- MERUSI F., *Il codice del <<giusto>> processo amministrativo* in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 1 e ss.
- MEUCCI S., *La circolazione dei diritti edificatori*, in *Circolazione dei diritti edificatori e ius aedificandi*, www.cesifin.it.
- MIELE G., *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, pp. 49 e ss.
- MIELE G., *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, pp. 114 e ss.
- MIELE G., *La transazione nei rapporti amministrativi*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1987, pp. 509 e ss.
- MIGNONE C., *Arbitrato nelle controversie devolute al giudice amministrativo e riparto della giurisdizione*, in *Foro amm. TAR.*, 2003, pp. 2515 e ss.
- MONATERI P. G., *Diritto soggettivo*, in *Dig. disc. priv.*, VI, Torino, 1990, pp. 411 e ss.
- MONTESANO L., *Questioni incidentali nel giudizio arbitrale e sospensione dei processi*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, pp. 3 e ss.
- MONTUCHI L., *Art. 32, primo comma*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1977.
- MORO P., *I diritti indisponibili. Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, Torino, 2004.
- MORTATI C., *Discrezionalità*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, pp. 1098 e ss.

- MOSCARINI L. V., voce *Rinunzia (diritto civile)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, pp. 1 e ss.
- MOSCHELLA R., *Il negozio contrario a norme imperative*, in *Legisl. econ.*, 1981, pp. 271 e ss.
- MOTTO A., *Commento all'art. 806 (Controversie arbitrabili)*, in A. Briguglio, B. Capponi (a cura di) *Commentario alle riforme del processo civile*, Padova, 2009.
- NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.
- NATOLI U., *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943.
- NEGRO F., *I diritti indisponibili nel sistema dell'ordinamento giuridico*, in *Foro it.*, 1956, IV, pp. 208 e ss.
- NEGRO P., *Indisponibilità giuridica*, in *Nov. dig. it.*, VII, Torino, 1957, pp. 605 e ss.
- NEGRO P., *Lineamenti di un trattato dell'indisponibilità giuridica*, Padova, 1957.
- NICODEMO S., *Arbitrato e giurisdizione amministrativa in una recente pronuncia del Consiglio di Stato*, in www.experta.it.
- NICOLÒ R., *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 910 e ss.
- NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960.
- NIGRO M., *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro it.*, 1975, pp. 17 e ss.
- NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976.

- NIGRO M., *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Il giudizio di ottemperanza*, Milano, 1983.
- NUZZO M., *Negoziato giuridico. IV) negozio illecito*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1991, pp. 1 e ss.
- OCCHIENA M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002.
- OCCHINO A., *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 2008, pp. 183 e ss.
- OCCHINO A., *Riflessioni sulla inderogabilità e sulla indisponibilità*, in *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Modena, 18 – 19 aprile 2008*, Padova, 2008, p. 211.
- OLIVERO L., *L'indisponibilità dei diritti: analisi di una categoria*, Torino, 2008.
- ORESTANO R., *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, Bologna, 1978.
- ORESTANO R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987.
- ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1988, pp. 3 e ss.
- ORSI BATTAGLINI A., MARZUOLI C., *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, pp. 495 e ss.
- PAJNO A., *Arbitrato. II) Arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 2005, pp. 8 ss.

- PAJNO A., *Il codice del processo amministrativo tra “cambio di paradigma” e paura della tutela*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, pp. 885 e ss.
- PALAZZOLO S., *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, pp. 289 e ss.
- PALEOLOGO G., *Forma e contenuto delle sentenze amministrative*, in *Studi per il cento cinquantenario del Consiglio di Stato*, Roma 1981.
- PALMIERI A. M., *Transazione e rapporti etero determinati*, Milano, 2000.
- PANUCCIO V., *I fatti non contestati*, intervento al seminario *La giustizia tra emergenze e prospettive*, Locri, giugno 2011.
- PANZARINI G., *Diritti disponibili, specialità di materie e tipi di arbitrato per la pubblica amministrazione* in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1999.
- PAOLANTONIO N., *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, 2003.
- PAOLANTONIO N., *L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo (in margine a Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3)*, in www.giustamm.it.
- PAPAGNI V., *La novella dell'art. 115 c.p.c. e il “riconoscimento” del principio di non contestazione*, in *Giur. mer.*, 2010, pp. 1329 e ss.
- PARDOLESI U. (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2003.
- PERA G., *Le rinunce e le transazioni del lavoratore (art. 2113)*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 1990, pp. 19 e ss.

- PASSONI M., *Responsabilità per contatto e risarcimento per lesione di interessi legittimi*, in *Giur. it.*, 2001, pp. 1215 e ss.
- PASTORI G., *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1993, pp. 486 e ss.
- PATRONI GRIFFI F., *La sentenza amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- PATRONI GRIFFI F., *Forma e contenuto della sentenza amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- PENASA L., *L'arbitrato irrituale nelle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, pp. 1307 e ss.
- PERLINGIERI P., FEMIA P., *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004.
- PERLINGIERI P., *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2014.
- PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano*, II ed., Firenze, 1928.
- PICOZZA E., *Attività amministrativa e diritto comunitario*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1997, pp. 16 e ss.
- PINO G., *Diritti soggettivi. Lineamenti di un'analisi teorica*, in *Materiali per una storia di una cultura giuridica*, pp. 487 e ss.
- PIOGGIA A., *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004.
- PIOLA G., *Inalienabilità*, in *Dig. it.*, VI, Torino, 1899, pp. 346 e ss.
- PIOTTO A., *L'arbitrato nella giurisprudenza italiana*, Milano, 2005.

- PIRAS S., *La rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1940.
- PIRAS S., *Sull'esercizio della facoltà di disporre*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1947, pp. 21 e ss.
- PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962.
- PIRAS A., *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, pp. 65 e ss.
- POLI G., *L'interesse legittimo (di diritto amministrativo) nel prisma del diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2012, pp. 81 e ss.
- POLI G., *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012.
- POTOTSCHNIG U., *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, pp. 499 e ss.
- PREDIERI A., *La legge 28 gennaio 1977 sulla edificabilità dei suoli*, Milano, 1977.
- PROSPERETTI U., *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, Milano, 1964.
- PROTO PISANI A., *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, pp. 60 e ss.
- PROTO PISANI A., *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro it.*, 2003, I, pp. 606 e ss.
- PROTO PISANI A., *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2006, pp. 3143 e ss.

- PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2012.
- PROTTO M., *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008.
- PROTTO M., *Le garanzie di indipendenza e imparzialità del giudice nel processo amministrativo*, in AA.VV., *Le garanzie delle giurisdizioni. Indipendenza e imparzialità dei giudici*, Napoli, 2012, pp. 95 e ss.
- PUBUSA A., *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, 1996.
- PUGLIATTI S., *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Diritto civile. Metodo- teoria – pratica*, Milano, 1951.
- PUGLIATTI S., *Considerazioni sul potere di disposizione*, in *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951.
- PUGLIESE G., *Aspetti civilistici della tutela del diritto della personalità nell'ordinamento italiano*, in AA. VV., *Alcuni problemi sui diritti della personalità*, Milano, 1964.
- PUGLIESE F., *Arbitrato e pubblica amministrazione dopo la legge sulle autonomie locali e dopo la legge sul procedimento*, in *Riv. trim. app.*, 1995, pp. 707 e ss.
- PUGLIESE F., *Poteri del collegio arbitrale e provvedimenti amministrativi*, in *Foro pad.*, 1998, pp. 91 e ss.
- PUNZI C., *Arbitrato rituale ed irrituale*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1995, pp. 1 e ss.
- RAGGI L., *Contributo alla dottrina delle rinunce nel diritto pubblico*, Roma, 1914.
- RAGGI L., DONATUTI G., *Rinuncia. Diritto pubblico*, in *Enc. giur. Treccani*, in www.treccani.it.

- RAIMONDI S., *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 913 e ss.
- RANELLETTI O., *Concetto di ordine pubblico*, in *Trattato Orlando*, IV, parte II, pp. 420 e ss.
- RANELLETTI O., *Diritti subiettivi e interessi legittimi*, in *Foro it.*, 1893, I, pp. 481 e ss.
- RENNA M., *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 557 e ss.
- RENNA M., *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 270 e ss.
- RESCIGNO P., *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1975.
- RESCIGNO P., *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, pp. 7 e ss.
- RESCIGNO P., *Gli interessi legittimi nel diritto privato*, in *Scritti Lener*, Napoli, 1989, pp. 883 e ss.
- RESTA G., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Corte dei Diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pp. 801 e ss.
- RICCIARDI F., *L'annullamento per incompetenza non preclude l'esame degli altri motivi di ricorso, ne Il controllo nelle società e negli enti: linee guida per le attività di vigilanza sull'amministrazione e di controllo contabile/ Fondazione dei dottori commercialisti di Milano*, Milano, 2010, pp. 776 e ss.

- RICCIARDI F., *L'annullamento per incompetenza non preclude l'esame degli ulteriori motivi del ricorso*, in *Corr. mer.*, 7/2010, pp. 776 e ss.
- RIGHETTI E., PIOTTO A., *L'arbitrato nella giurisprudenza italiana*, Milano, 2005.
- RODOTÀ S., *Il diritto di proprietà tra dommatica e storia*, in *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, II ed., 1990.
- ROMANO S., *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1906.
- ROMANO S., *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, Padova, 1930.
- ROMANO S., *Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, pp. 1018 e ss.
- ROMANO TASSONE A., *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, in *Riv. arb.* 2000, pp. 249 e ss.
- ROMANO TASSONE A., *Lodo arbitrale ex art. 6, l. n. 205 del 2000 e giudice dell'impugnazione*, in *Foro amm. CDS*, 2003, pp. 2276 e ss.
- ROMANO TASSONE A., *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, pp. 273 e ss.
- ROMANO TASSONE A., *A proposito del libro II del progetto di codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2010, pp. 1131 e ss.
- ROMANO TASSONE A., *Sulla disponibilità dell'ordine di esame dei motivi del ricorso*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 803 e ss.
- ROSI F., *L'arbitrabilità delle controversie in materia di marchi*, in *Riv. arb.*, 1991, pp. 625 ss.

- RUSSO E., *Il concetto di diritto soggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, pp. 1 e ss.
- SACCO R., *Il possesso*, Milano, 1988.
- SAITTA F., *Il regime delle preclusioni nel processo amministrativo tra ricerca della verità materiale e garanzia della ragionevole durata del giudizio*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- SANDULLI A. M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963.
- SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, 1989.
- SANDULLI A., *L'arbitrato nel codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, pp. 205 e ss.
- SANTANGELI F., *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, in www.judicium.it.
- SANTANGELI F., *Dalla legge delega al decreto delegato per il riordino della giustizia amministrativa. La (nuova) fase istruttoria del processo amministrativo e gli indispensabili elementi da desumere dai principi generali del processo*, in www.judicium.it.
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Milano, 1944.
- SASSANI B., *L'onere della contestazione*, in www.judicium.it.
- SASSANI B., VILLATA R. (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo. Commento sistematico alla l. 21 luglio 2000, n. 205*, Torino, 2001.
- SATTA S., PUNZI C., *Diritto processuale civile*, Padova, 1996.

SATTA S., *Diritto processuale civile*, 1947.

SATTA S., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Nuoro 2004.

SAVIGNY F. C., *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. V. Scialoja, I, Torino, 1886.

SCOCA F. G., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971.

SCOCA F. G., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990.

SCOCA F. G., *La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri*, in S. Ristuccia (a cura di), *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1991.

SCOCA F. G., *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, pp. 4060 e ss.

SCOCA F. G., *Interesse legittimo come situazione risarcibile*, Atti del Convegno "Lesione delle situazioni giuridicamente protette e tutela giurisdizionale", in *Riv. Corte Conti*, 2004, pp. 86 e ss.

SCOCA F. G., *Gli accordi*, in F. G. Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2008.

SCOCA F. G., *Commento agli artt. 64 – 67 del codice del processo amministrativo*, in A. QUARANTA E V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo, Commentario al D.lgs. n. 104/2010*, Milano, 2011.

SCOCA F. G., *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 379 e ss.

SCOCA F. G. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014.

- SCOCA F. G., *Le situazioni giuridiche soggettive nel pensiero di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 437 e ss.
- SCOGNAMIGLIO A., *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004.
- SCUTO C., voce *Inalienabilità*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1965, pp. 475 e ss.
- SELVAGGI C., *L'arbitrato nelle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa*, in *Riv. arb.*, 1992, pp. 453 e ss.
- SIGISMONDI G., *La tutela nei confronti del potere pubblico e dei poteri privati: prospettive comuni e aspetti problematici*, in *Dir. pubbl.*, 2003, pp. 475 e ss.
- SIGISMONDI G., *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Milano, 2012.
- SIMONE C., *La prassi negoziale della cessione di cubatura e degli atti di redistribuzione di aree tra co-lottizzanti non riuniti in consorzio: spunti di riflessione sul trattamento fiscale ai fini delle imposte dirette (IVA e registro)*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, pp. 737 e ss.
- SIRACUSANO P., *La nuova ("e vera") svolta della Cassazione sulla c.d. responsabilità dell'interesse legittimo: i doveri di comportamento della pubblica amministrazione verso la logica garantista del rapporto*, in *Foro amm. CDS*, 2003, pp. 480 e ss.
- SORACE D., *Gli <<interessi di servizio pubblico>> tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, pp. 205 e ss.

- SORACE D., *Gli indennizzi espropriativi nella Costituzione: fra tutela dell'affidamento, esigenze risarcitorie e problemi della rendita urbana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, pp. 405 e ss.
- SORACE D., *Atto amministrativo*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010
- SORDI B., *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985.
- SORRENTINO G., *Vizio di incompetenza e processo amministrativo di risultato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, pp. 62 e ss.
- SPADARO A., *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Pol. dir.*, 2006, pp. 167 e ss.
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *Una Giustizia per la pubblica amministrazione*, Napoli, 1983.
- SPAGNUOLO VIGORITA R., *Situazioni soggettive private e processo amministrativo: per l'attuale difesa dell'interesse pubblico*, in *Dir. proc. amm.* 1988, pp. 319 e ss.
- SPAVENTA S., *La giustizia nell'amministrazione*, Torino, 1949.
- TARUFFO M., *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, in *Riv. trim dir. pubbl.*, 2011, pp. 111 e ss.
- THON A., *Norma giuridica e diritto subiettivo*, Padova, 1989.
- TIMELLINI C., *La disponibilità dei diritti dei lavoratori per il tramite di rinunce e transazioni negli orientamenti della giurisprudenza*, in *ADL, Argomenti di diritto del lavoro*, 2012, pp. 1367 e ss.

- TORCHIA L., *I principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, pp. 1117 e ss.
- TORCHIA L., *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, pp. 1325 e ss.
- TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2013.
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, ILVI ed., Padova, 2013.
- TRAINA D. M., *Motivi assorbiti ed appello incidentale semplificato*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, pp. 962 e ss.
- TRAINA D. M., *Lo jus aedificandi può ritenersi ancora connaturale al diritto di proprietà?*, in *Circolazione dei diritti edificatori e ius aedificandi*, www.cesifin.it.
- TRAVI A., (a cura di), *Disposizioni in materia di giustizia amministrativa (l. 21 luglio 2000, n. 205). Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2001, pp. 557 e ss.
- TRAVI A., *Considerazioni sul recente codice del processo amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2010, pp. 597 e ss.
- TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014.
- TREVES G., *Il problema della rinuncia nel diritto amministrativo*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1982, pp. 375 e ss.
- TRIMARCHI BANFI F., *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. dir.*, 1993, pp. 237 e ss.

- TROJANI P. L., *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali e cessioni di cubatura. Lo stato della dottrina e della giurisprudenza ed una ipotesi ricostruttiva originale*, in *Vita not.*, 1990, pp. 285 e ss.
- TROPEA G., *L'ibrido fiore della conciliazione: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 965 e ss.
- TROPEA G., *Considerazioni sul principio di non contestazione nel processo amministrativo, anche alla luce delle sue prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 1142 e ss.
- TUCCI M., *L'amministrazione tra pubblico e privato e il principio di legalità dall'antichità ai giorni nostri. Aspetti ricostruttivi e prospettive di sviluppo*, Milano, 2008.
- TULLINI P., *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in: *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*. Atti delle Giornate di studio di Diritto del lavoro, Modena 18-19 aprile 2008, Milano, 2009, pp. 115 e ss.
- UNGARETTI DELL'IMMAGINE F., *Note sull'indisponibilità dei diritti, l'inderogabilità della normativa ed impugnazione delle delibere assembleari*, in *Riv. arb.*, 2009, pp. 323 e ss.
- URBANI P., *Conformazione delle proprietà, diritti edificatori e moduli di destinazione d'uso dei suoli*, in *Urb. e app.*, 2006, pp. 905 e ss.
- VACCARELLA M., *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, Torino, 2004.
- VACCARELLA M., *Considerazioni sull'art. 12 del codice del processo amministrativo (arbitrato e giurisdizione amministrativa) dopo l'Adunanza*

Plenaria del 23 marzo 2011, n. 3, in Scritti in onore del Prof. Giuseppe Palma, Torino, 2012, pp. 2371 e ss.

VENEZIANO G., *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it.

VENEZIANO S., *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, intervento al Convegno di studi “I servizi pubblici nella legge 21 luglio 2000 n. 205”, Cagliari, 25 – 27/5/2011G.

VERBARI B., *Principi di diritto processuale amministrativo*, II ed., Milano, 1995.

VERDE G., *Domanda, (principio della)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, pp. 1 e ss.

VERDE G., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.* 1996, pp. 220 e ss.

VERDE G., *Arbitrato e giurisdizione ordinaria*, in G. Verde (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 1997, pp. 25 e ss.

VERDE G., *Ancora su arbitri e Pubblica Amministrazione (in occasione della l. 21 luglio 2000, n. 205, art. 6)*, in *Riv. arb.*, 2000, pp. 387 e ss.

VERDE G., *La convenzione di arbitrato*, in G. Verde (a cura di), AA. VV. *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2005

VILLATA R., *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971.

VILLATA R., *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.* 1995, pp. 195 e ss.

VILLATA S. A., *Controversie di pubblico impiego, arbitrato e disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi*, in *Riv. dir. proc.* 2000, pp. 803 e ss.

- VIOLA L., *Il nuovo principio di non contestazione nella riforma del processo civile*, in *Altalex* 2009.
- VIRGA P., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1976.
- VIRGA P., *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1992.
- VITALE M., *L'arbitrato*, in SASSANI B. E VILLATA R. (a cura di), // *codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, pp. 1333 e ss.
- VITTA C., *Diritto amministrativo*, Torino, 1948.
- VOLPINO D., *Osservazioni in tema di pregiudizialità arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2005, pp. 475 e ss.
- VOZA R., *La disponibilità assistita dei diritti del lavoratore*, in *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Modena, 18 – 19 aprile 2008*, Padova, 2008, pp. 228 e ss.
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1954.
- ZENO ZENCOVICH V., *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in *Dir. inf.*, 1993, pp. 545 e ss.
- ZITO A., *Il “diritto ad una buona amministrazione” nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e nell’ordinamento interno*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, pp. 425 e ss.
- ZITO A., *Il danno da illegittimo esercizio della funzione pubblica*, Napoli, 2003.

ZITO A., *La compromettibilità per arbitri con la pubblica amministrazione dopo la legge n. 205/2000: problemi e prospettive*, in *Dir. amm.*, 2011, pp. 355 e ss.

ZOPPINI A., *I “diritti disponibili relativi al rapporto sociale” nel nuovo arbitrato societario*, in *Riv. soc.*, 2004, pp. 1173 e ss.

AA.VV., *Il processo avanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla l. 205/2000*, II ed., Torino, 2004.

AA.VV., *Diritto dell'arbitrato*, Torino 2005.

AA.VV., *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Modena, 18 – 19 aprile 2008*, Padova, 2008.

AA.VV. (a cura di B. Sassani e R. Villata), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012.