

Tra i suoi difetti, questo libro non contiene neppure una citazione di giurisprudenza.

Tuttavia, ha anche un pregio: non contiene neppure una citazione di giurisprudenza.

1. Scopo dell'indagine: i provvedimenti amministrativi favorevoli come strumento di controllo dell'attività privatistica

Lo scopo di questa indagine è di verificare a quali diverse attitudini funzionali rispondano le principali categorie di provvedimento favorevole, sì da stabilire a quali forme di *controllo* sull'attività dei privati¹, che ne siano destinatari, meglio si prestino quelli di un tipo, anziché quelli di un altro.

Con gli opportuni adattamenti, le conclusioni raggiunte potranno essere utilizzate come base argomentativa anche a riguardo dei titoli semplificati che, oggi, sostituiscono spesso il provvedimento esplicito.

Una tale ricerca presuppone che si abbandonino le più diffuse classificazioni dei provvedimenti attributivi di un vantaggio², quali sono state

¹ Il termine controllo è, ovviamente, impiegato in modo volutamente improprio, giacché non si fa riferimento ai controlli in senso tecnico, sugli stessi atti amministrativi, come esercizio della specifica funzione amministrativa. Il controllo a cui si allude riguarda, piuttosto l'attività privata soggetta a vigilanza amministrativa, secondo l'accezione già impiegata da G.D. FALCON, *L'autoamministrazione dei privati*, in *Atti del LII Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione*, Milano, 1997, 144. Il tema è stato approfondito in molti studi, inerenti soprattutto le moderni indagini di diritto pubblico dell'economia, circa i quali ci si limita a richiamare il capostipite volume di V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Pompei, 1962, *passim*, 20 s., 161 s.

² Alla categoria dei provvedimenti amministrativi favorevoli, o vantaggiosi, si farà spesso riferimento, nel corso dello studio. Si ritiene, però, necessario avvisare che essa appare più descrittiva che dogmatica. Per tali, infatti, sembra impreciso intendere che essi siano

individuate da tempo, e che, nell'opinione di chi scrive, non sono adatte a distinguere convenientemente le singole figure provvedimentali.

Poiché, tuttavia, dimostrare i motivi in forza dei quali le classificazioni tradizionali non rispondono a canoni speculativi è cosa solo presupposta all'oggetto dell'indagine, si consentirà di essere, sul punto, piuttosto sintetici.

Tanto più che dette dimostrazioni sono già state date, almeno in parte, dalla letteratura. Inoltre, esse sono già state esposte in altra sede dallo stesso estensore di questo studio.

2. La tipologia degli effetti giuridici come criterio di classificazione dei provvedimenti. Confutazione di altri criteri di classificazione

Si assume, a presupposto della citata classificazione, che i vari tipi di

quei provvedimenti che incrementano le situazioni giuridiche dei destinatari, ampliando o impoverendo il relativo *patrimonio giuridico* (F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, 269). Se con ciò, se ben si è inteso, si volesse far riferimento ad una sorta di computazione delle s.g. soggettive stesse, toccherebbe, allora, osservare che anche gli atti svantaggiosi creano nuove situazioni giuridiche, segnatamente di doverosità, mentre anche gli atti vantaggiosi possono estinguerle, ove facciano cadere preesistenti divieti. Tocca, allora, fare riferimento al contenuto delle situazioni create dal provvedimento e trasferire il carattere di vantaggio o di svantaggio sulle stesse. Se non ché, anche a tal riguardo, emergono problemi di inquadramento, atteso che detto carattere delle situazioni sembra alludere all'interesse che le stesse sono in grado di proteggere in capo a chi si intestano. Ma, se è indiscutibile che tutte le situazioni giuridiche soggettive siano poste a tutela di interessi, le une e gli altri non possono identificarsi, proprio perché le prime sono strumentali ai secondi e, quindi, se ne distinguono arretrando ad una realtà pre-giuridica e presupposta.

Pur con questi limiti concettuali, tuttavia, la distinzione tra atti vantaggiosi e non vantaggiosi è recepita dallo stesso diritto positivo sia pure con accezioni non sempre coincidenti (ad es., l'art. 21 *bis* della legge generale sul procedimento allude a provvedimenti "limitativi della sfera giuridica dei privati", mentre l'art. 21-*quinquies* della stessa legge parla di provvedimenti tali da essere fonte di "pregiudizi in danno" e l'art. 21-*nonies*, infine, di provvedimenti suscettibili di cagionare vantaggi economici) e, anzi, è posta alla base di precise applicazioni sul regime dei provvedimenti, quali ad esempio, quelle sulla possibile retroattività dei medesimi (sul problema, da ultimo, W. TROISE MANGONI, *L'esercizio retroattivo del potere amministrativo: limiti e garanzie a tutela dell'individuo*, Milano, 2016, 69 s.) o ai fini di determinare, nel regime antecedente all'art. 3, legge 7 agosto 1990, n. 241, l'obbligo di motivazione degli atti.

provvedimenti vadano distinti sulla scorta degli effetti giuridici che essi producono³.

Se si conviene, infatti, sul punto che il provvedimento è esercizio di un potere giuridico e che il potere, a sua volta, esprime la forza di produrre effetti giuridici⁴, si ricava che un tipo di provvedimento s'identifica in ragione dello specifico potere che viene, suo tramite, esercitato e, quindi, in ragione degli effetti che ne derivano⁵.

Per altro verso, i provvedimenti, come ogni entità concettuale, si distinguono in virtù di quel che a loro è proprio e non per quel che ne è estrinseco, vuoi perché li precede vuoi perché li segue.

Conseguentemente, il provvedimento è sostanziato da ciò che esso esprime al momento della sua emanazione, mentre l'attività amministrativa che precede detto istante non è in grado di caratterizzare l'essenza dell'atto.

Quest'ultima notazione impedisce di descrivere una determinata categoria provvedimento in forza della natura discrezionale o vincolata⁶

³ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 598. Notoriamente, la tesi è stata respinta da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1960, 576, il quale ha dubitato, anzi, che sia possibile avanzare una classificazione *sostanziale* dei provvedimenti, ritenendola "non significativa" e proponendo, in alternativa, una classificazione dei procedimenti, che poi è stata seguita dai suoi epigoni.

⁴ E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile*, Milano, 1942, 116; G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, 116; ID., *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, 45 s.; F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965, 23 s., 88; F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, 23 s. La tesi qui indicata è stata, peraltro, recentemente contestata da A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 13 s., ravvisandovi l'A. un ostacolo alla concezione, da lui sostenuta, del potere come situazione giuridica soggettiva.

⁵ G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, 250.

⁶ L'opinione contraria, invece, è stata sostenuta, notoriamente, da A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, 58 s., il quale prospetta che nel caso di autorizzazioni vincolate il diritto discenderebbe direttamente dalla legge, ad essa spettando il compito di regolazione degli interessi. Di talché l'autorizzazione vincolata avrebbe natura meramente ricognitiva.

Il tema è stato successivamente sviluppato da S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa e illegalità utile*, Torino, 2006, 147, il quale, ispirandosi evidentemente anche alle tesi del Benvenuti e del Berti sul procedimento come luogo di esercizio della funzione, giunge a negare che l'esercizio di

che, di volta in volta, accompagni i singoli provvedimenti, giacché, come è stato sostenuto altrove⁷, la discrezionalità o la vincolatività dell'atto non permeano l'esercizio del potere.

attività vincolata, per l'Amministrazione, escluda la titolarità di funzione. La tesi del primo A., tuttavia, non pare esente da mende e da critiche interne, in specie, là dove si asserisce: "Posto infatti che la situazione soggettiva oggetto dell'autorizzazione vincolata deriva direttamente dalla legge e che il giudice ordinario può accertarne la sussistenza indipendentemente dall'atto, ci si può chiedere come mai, ai fini del lecito svolgimento dell'attività materiale da autorizzare, l'atto sia comunque indispensabile (non importa se emanato autonomamente o in sede di esecuzione del giudicato o come esito del giudizio di ottemperanza). Vista sotto questo profilo non solo l'insostituibilità dell'atto acquista un altro rilievo sul piano formale ma ci si trova di fronte alla contraddizione tra un diritto soggettivo originariamente sussistente *ex lege* e l'impossibilità giuridica di svolgere l'attività materiale che ne è oggetto: situazione che, almeno per le autorizzazioni vincolate, ci riporterebbe agli schemi logici della scissione tra diritto ed esercizio del diritto, se non addirittura alla formula della rimozione del limite all'esercizio di un diritto preesistente. Ma anche questa contraddizione si rivela più apparente che reale ove si identifichino i suoi termini come fattispecie distinte e autonome. Da un lato infatti va considerata la situazione fin qui descritta: la legge, costitutiva del diritto, il relativo accertamento del giudice e un atto amministrativo che rimane estraneo a tale rapporto essendo privo di ogni forza giuridica al riguardo ma svolgendo una provvisoria funzione ricognitiva. Lo stesso atto invece riveste un distinto rilievo in relazione a una diversa fattispecie che è quella di un illecito: indipendentemente cioè dalla sussistenza o meno del diritto, svolgere la relativa attività materiale senza che intervenga l'atto non è consentito e rende applicabile una sanzione". Ed invero non si riesce a comprendere come si possano distinguere i piani e reputare che la mancanza del provvedimento renderebbe illecito il comportamento, pur sussistendo la titolarità del diritto.

⁷ G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 265, che, sul punto, si richiama ad Hauriou: "Quando si parla di atto discrezionale si definisce non tanto un carattere intrinseco dell'atto, quanto una modalità del processo che ha condotto alla sua adozione, e un attributo del potere di cui esso costituisce esercizio". Ma, già precedentemente, F. GULLO, *Provvedimento e contratto*, cit., 100: "Dal riconoscimento che la ponderazione e la scelta, essenziali al fenomeno discrezionale, incidono sulla configurazione concreta dell'esercizio del potere oggetto della ponderazione e della scelta stessa (...) e dalla considerazione quindi che il potere nel proprio svolgimento e di conseguenza l'atto si pongono come modificati o differenti in rapporto alla configurazione che ipoteticamente avrebbero assunto rispetto al caso di inesistenza del fenomeno discrezionale, risulta che il fenomeno medesimo per essenza si esprime e si esaurisce in un momento anteriore (...) rispetto all'attuazione completa del potere che origina il provvedimento".

Piuttosto, esse lo circoscrivono dall'esterno, determinando la specificità del dovere che assume il potere giuridico a proprio contenuto⁸.

La medesima notazione, peraltro, impedisce anche di definire i provvedimenti sulla scorta della, ipoteticamente diversa, situazione giuridica soggettiva di cui sia titolare il privato che ambisce alla loro emanazione⁹: sia essa un interesse legittimo o un diritto soggettivo¹⁰.

Anche con riguardo alla posizione in cui possa versare il cittadino, si deve ripetere che essa attiene ad una fase che precede l'atto amministrativo e, in ogni caso, che è allo stesso estranea, sì che la stessa non può influire sull'essenza di quest'ultimo.

Questo vale tanto più nel caso in cui si volesse sostenere che, sussistendo un diritto soggettivo all'emanazione del provvedimento (ad esempio, a causa della vincolatività assoluta dell'azione amministrativa), il provvedimento si limiterebbe ad esprimere una sorta di efficacia dichiara-

⁸ Questo sul presupposto, già altrove sostenuto (F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., *passim*, 163 s.), che il potere non sia in sé una situazione giuridica soggettiva, ma solo il suo possibile contenuto. Si rinvia a quell'altra sede, per una più compiuta dimostrazione dell'asserto. Qui si reputa, dunque, sufficiente osservare che l'attitudine a compiere atti giuridici, come contrapposti alle facoltà (cioè ai comportamenti materiali, improduttivi di effetti giuridici o idonei a incidere sulla produzione giuridica solo indirettamente, quali elementi di una fattispecie giuridica presupposta), incidendo sulla realtà giuridica (e non sulla realtà naturalistica), richiede di essere conferita essa stessa dall'ordinamento, attraverso il riconoscimento, appunto, del potere. Una tale attribuzione, peraltro, si limita a conferire la semplice attitudine e rileva su un giudizio di esistenza storica dell'atto giuridico, ma non è in grado di qualificare l'atto giuridico come conforme al sistema o come difforme. A ciò è deputata una seconda, e separata, attività di regolazione, che assume il potere precedentemente attribuito a contenuto di situazioni di libertà o di doverosità, sì da rendere conseguentemente lecito o *contra ius* il prodursi dell'atto stesso.

⁹ In tal senso, applicando il criterio in chiave critica a chi riteneva che il provvedimento di ammissione rendesse attuali preesistenti posizioni di diritto potenziale, F. GULLO, *Provvedimento e contratto*, cit., 111 s.

¹⁰ Al riguardo, è emblematico il caso del provvedimento assunto, all'esito di un accordo determinativo del contenuto, *ex art.* 1, legge 7 agosto 1990, n. 241. In tal caso, il privato vanta un vero e proprio diritto al provvedimento, la cui natura, tuttavia, non muta rispetto all'identico provvedimento che fosse assunto in mancanza dell'accordo (a fronte del quale potrebbero sussistere, però, solo posizioni di interesse legittimo pretenсивo). Sul tema, più, in generale, delle posizioni in cui versa il privato che attenda l'emanazione di un atto favorevole v. P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 22 s.

tiva, quanto a conseguenze giuridiche che, nella realtà, sarebbero già attuate.

Si ritiene, invece, che il concetto di efficacia dichiarativa vada contestato in sé¹¹: ancora una volta perché, se il potere è una forza di produrre effetti, non può esservi potere (e, quindi, neppure provvedimento) quando non si verifichi la possibilità, almeno astratta¹², di un'efficacia

¹¹ Il più autorevole tentativo di confermare l'esistenza di atti ad efficacia meramente dichiarativa si deve a A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 492 s., secondo il quale gli atti dichiarativi non sarebbero in grado di produrre modificazioni esterne, ma solo modificazioni interne alle situazioni giuridiche soggettive, in relazione ai vari, possibili, futuri atteggiarsi delle fattispecie da quelle stesse contemplate: "Il problema teorico della efficacia dichiarativa è quello di spiegare la possibilità di trasformazioni che incidano su una situazione giuridica senza mutarne il contenuto. Questo problema si risolve con una riflessione assai semplice. Sappiamo che una situazione giuridica è in ogni caso una situazione futura e che, non potendosi avere del futuro una esperienza diretta e individuata, ogni situazione futura si risolve in uno schema generale, individuato soltanto in funzione del tempo. Anche la situazione giuridica si risolve in un tipo o schema generale, applicabile ad una serie teoricamente illimitata di fenomeni concreti. Ebbene, proprio questo carattere generale della situazione giuridica è da tenere in conto per intendere la possibilità di meri svolgimenti interni accanto alle ipotesi delle trasformazioni esterne. Può ben darsi che la trasformazione giuridica porti un evento nuovo, incompatibile con lo schema della situazione giuridica preesistente, di cui saranno quindi mutati gli elementi essenziali, oggettivi o soggettivi. Ma può anche darsi che l'evento nuovo portato dalla trasformazione giuridica sia del tutto coerente alla situazione considerata e si inserisca perfettamente nella sua linea originaria di sviluppo: cosicché il mutamento passa attraverso la situazione lasciandone intatto il contenuto strutturale e sostanziale (...)".

All'atto pratico, le esemplificazioni addotte (riconoscimento del debito e dell'enfiteusi, per quanto attiene all'effetto rafforzativo, determinazione del contenuto delle prestazioni dovute dal lavoratore, quanto all'effetto specificativo) potrebbero, tuttavia, trovare spiegazione anche sulla scorta di modificazioni esterne: quanto agli atti di riconoscimento, nella perdita di poteri processuali; quanto alla determinazione delle prestazioni dovute dal lavoratore, nel riconoscimento di una potestà imperativa, propria del rapporto di lavoro, cui corrisponda, nello svolgersi dello stesso, una soggezione.

All'opinione dei Falzea hanno dato, in seguito, adesione G. CORSO, *L'efficacia*, cit. 40 s. e P. GOTTI, *Gli atti amministrativi dichiarativi – Aspetti sostanziali e profili di tutela*, Milano, 1996, 220 s.

¹² Il potere esercitato, attraverso l'atto giuridico (o comportamento-mezzo) può rivelarsi, in concreto, improduttivo di effetti giuridici, ma non già perché la forza non sia stata applicata, quanto perché la sua applicazione può essere differita (come ad esempio nel caso in cui sia apposto un termine iniziale), o perché essa è condizionata al verificarsi di un

giuridica la quale, per la sua stessa definizione, non può non dirsi innovativa.

Sostenere, pertanto, che taluni provvedimenti avrebbero carattere puramente ricognitivo di effetti giuridici già venuti in essere equivale ad affermare l'inutilità dei provvedimenti medesimi e, in definitiva, equivale a riconoscere l'inesistenza stessa dei medesimi, almeno se considerati alla stregua di atti giuridici e non di mere fattualità storiche¹³.

Secondo l'opinione che qui si sostiene (e pur ribadendo che il criterio identificativo dell'atto deve essere ravvisato negli effetti), occorre poi discostarsi da alcuni tradizionali risultati a cui la sistematica è approdata.

evento (che andrà ad integrare la fattispecie presupposta) o, ancora, perché è applicata una controforza, in grado di contrastare, o di bloccare, la produzione di effetti giuridici ad opera del primo atto. Questo è quel che, secondo quanto si opina, vale, ad esempio, nei casi di nullità-sanzione e per il caso in cui la stessa comporti come conseguenza l'inefficacia dell'atto così sanzionato (è questo il caso dell'atto assunto in violazione od elusione del giudicato, sulla base dell'art. 21-*septies* della legge generale sul procedimento e dell'art. 114 c.p.a.). Ivi l'atto, pur sempre esiste, l'autorità amministrativa ha il potere di emanarlo e il provvedimento potrebbe essere potenzialmente efficace. Tuttavia, la sua inefficacia deriva dalla circostanza che la legge, in determinate circostanze, impedisce all'atto stesso di produrre effetti, sanzionandolo, appunto, con la più grave nullità.

Altrettanto non sembra potersi sostenere per le altre cause di nullità sanzione o nullità testuale, previste dal medesimo art. 21-*septies*. Come si cercherà di dimostrare in un separato studio, in fase di elaborazione, poiché dette, diverse, nullità testuali sono attratte nel regime dell'art. 31, comma 4, c.p.a., e quindi nel relativo termine di decadenza (ai fini della contestazione giudiziale) non esprimono verosimilmente atti inefficaci. Ma atti efficaci e suscettibili di consolidarsi, per sopraggiunta inoppugnabilità, nel caso in cui l'azione (asseritamente dichiarativa, ma in realtà costitutiva e di annullamento) non venga ad essere esercitata.

¹³ Conseguentemente, ad esempio, V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, 383, per ribadire la categoria degli atti amministrativi dichiarativi, è costretto a negare che essi costituiscano esercizio di potere.

G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 262 s. individua gli atti dichiarativi in quelle espressioni del potere cui è condizionato il prodursi di un effetto già previsto dalla legge, in ragione della conformità ad una preesistente relazione socio-giuridica. Di talché, gli atti dichiarativi interverrebbero come elementi di efficacia di effetti altrimenti prodotti. Che ciò possa avvenire, talvolta, pare anche qui indubbio. Vi è, tuttavia, da interrogarsi se l'atto non partecipi, in tal caso, a comporre, quale suo elemento essenziale, la fattispecie presupposta, come giuridicamente rilevante, di altro precetto giuridico. Sul tema, v. anche la meno recente monografia di G. VIGNOCCHI, *Gli accertamenti costitutivi nel diritto amministrativo*, Padova, 1950, *passim* e 185 s.

Detti risultati poggiano, infatti, su una teoria delle situazioni giuridiche soggettive che non si reputa più persuasiva, essendo stata incrinata, in letteratura, da alcune impostazioni, le quali, a loro volta, non risultano essere state convincentemente contraddette.

In particolare, una volta assunto che l'utilità concettuale delle stesse situazioni giuridiche soggettive riposa sul fatto di valere come strumenti per la qualificazione (in termini di liceità, di illiceità, di riprovazione, di apprezzamento, di sanzionabilità o di tutela) di comportamenti umani¹⁴, non sembra possibile ripetere la, pur classica, distinzione tra titolarità ed esercitabilità delle stesse (e del diritto soggettivo in ispecie).

L'uso congiunto dei due criteri contraddice, infatti, il principio *entia non sint multiplicanda sine necessitate*, poiché sia la titolarità, sia l'esercitabilità, si propongono lo stesso risultato: valutare la liceità di un dato comportamento e stabilire se esso possa essere tenuto, senza che a ciò sia ricondotta alcuna misura sanzionatoria¹⁵.

¹⁴ Si preferisce assumere questa nozione di situazione giuridica soggettiva, perché essa sembra meglio adatta a svolgere una funzione empirica. Non di meno, sul punto il dibattito non è mancato e ne dà ampio ragguaglio V. FROSINI, *Il soggetto del diritto come situazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, 231 s. Il tema verrà ulteriormente approfondito nella successiva nota 21.

¹⁵ Questo vale, purché si osservi il fenomeno del provvedimento dal punto di vista dei suoi effetti.

Ad altre conclusioni si potrebbe pervenire ove esso venga valutato secondo la prospettiva del *rapporto* tra il singolo e l'autorità e quando, inoltre, si effettui la valutazione in un determinato periodo storico.

Da questo punto di vista, perciò, ben si comprende come le classiche tesi del Ranalletti giungano a ipotizzare una distinzione tra la titolarità l'esercitabilità del diritto. Esse furono espresse agli albori dello *Stato sociale*, quando ancora, cioè, il rapporto del cittadino con l'autorità era impostato in termini essenzialmente libertà, di talché era costume ritenere che l'Amministrazione potesse intervenire sul singolo estinguendo libertà preesistenti (ad es. con l'espropriazione) e non *ricsegnando* libertà che, come si constaterà, erano state precedentemente estinte, in via generale, dalla legge, per il tramite di un provvedimento abilitativo e del controllo che, con l'emanazione di quest'ultimo, veniva attuato. Lo *Stato sociale*, assumendosi una pluralità di fini (che comprende la necessità di disporre di una maggior quantità di mezzi e assumendo, in particolare, fini di precauzione), ha incentivato la diffusione di tali generali provvedimenti e, correlatamente, dei provvedimenti che vi derogano.

Nella fase di passaggio da un sistema all'altro, era tuttavia ben concepibile che ci si *rifiutasse* di ammettere che lo Stato interveniva apponendo divieti generali su posizioni,

In vista di questo obiettivo si muove, in effetti, chi agisce per ottenere la titolarità di un nuovo diritto soggettivo.

Se, tuttavia, chi fosse titolare del diritto non potesse anche lecitamente goderne, perché privo della relativa esercitabilità (o viceversa), si dovrebbe concludere che la titolarità non vale a nulla, in termini di qualificazione di liceità del comportamento da tenersi, cosicché l'utilità del suo stesso concetto dovrebbe dirsi vanificata.

Poiché, però, così non può essere, sembra necessario affermare che chi è titolare di un diritto deve essere anche in grado di esercitarlo lecitamente e che, dunque, le nozioni di titolarità ed esercitabilità si debbano identificare.

Per queste ragioni, si reputa che non si possano più distinguere gli atti di natura autorizzativa dalle concessioni in virtù del fatto che i primi rimuoverebbero un limite all'esercitabilità di un diritto di cui il destinatario sarebbe già titolare¹⁶, mentre le seconde conferirebbero un diritto soggettivo *ex novo*.

altrimenti, di libertà del cittadino. In ciò, dunque, può forse trovare una spiegazione, se non strutturale, quanto meno ideologica la distinzione tra i concetti di titolarità e di esercitabilità.

Cenni di tutto ciò si colgono anche nelle più tarde concezioni sui titoli edilizi e sulla, relativa, idea, secondo la quale lo *ius aedificandi* pertenga al diritto di proprietà, ancorché senza licenza edilizia (poi concessione, indi permesso) esso non sia esercitabile. Tesi, come è noto, che venne avallata dalla stessa Corte costituzionale, fin dai primi anni della sua attività. Per una critica dell'impostazione, ci si permette, tuttavia, di rinviare a F. VOLPE, *Considerazioni sulla tutela dello jus aedificandi*, in *Le Regioni*, 1994, 222 s.

¹⁶ La tesi viene, tuttavia, diffusamente ripetuta, se addirittura non si vuole riconoscere che essa è prevalente. Di recente, ad esempio, anche S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 264. Ma essa è, come fin troppo noto, una tesi classica, risalente alla dogmatica di O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 7 s.) e, poi, ripresa dalla letteratura successiva, passando, tra i molti, negli studi di U. FORTI, *Autorizzazioni amministrative*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1964, 177; in quelli, in un certo senso, di D. DONATI, *Atto complesso, autorizzazione e approvazione*, Modena, 1903, 70 s.; di G. VIGNOCCHI, *La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa*, Padova, 1944, 18 s. (ancorché secondo una impostazione in cui era non sempre facile distinguere tra l'autorizzazione-provvedimento e l'autorizzazione intesa come vero e proprio atto amministrativo di controllo preventivo rispetto all'emanazione di un distinto provvedimento amministrativo), di A.M. SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzatori*, in

Se la titolarità non può essere disgiunta dall'esercitabilità, tocca concludere, invece, che anche le autorizzazioni conferiscono un diritto dapprima inesistente e che esse non si limitano a rimuovere un limite all'esercizio di un diritto di cui si sarebbe già titolari.

La controprova risiede nel constatare che, in loro difetto, l'eventuale compimento dell'attività fatta oggetto del titolo abilitativo sarebbe trattato alla scorta di un contegno illecito, tale da esporre a sanzione. Vale a dire, di un comportamento che il singolo *non ha il diritto* di tenere, secondo quello che il concetto di diritto soggettivo stesso, in senso tecnico, esprime. Vale a dire, una libertà.

Il che non conduce, indefettibilmente, ad una sorta di generico indeterminismo e ad affermare che non vi sia modo di distinguere le autorizzazioni dalle concessioni.

Come è stato sostenuto, infatti, le concessioni producono pur sempre effetti in parte diversi da quelli propri delle autorizzazioni.

La distinta efficacia dei due tipi di provvedimenti non si coglie, tuttavia, avendo a riguardo la posizione del cittadino che ne sia destinatario, ma guardando alla sfera giuridica della stessa autorità amministrativa che, in virtù del provvedimento di concessione, *aliena* il diritto che il cittadino va ad acquistare, e perciò *se ne priva*¹⁷ o comunque ne riduce la consistenza.

È, quindi, sulla base di questo effetto dispositivo (da ravvisarsi nel tra-

Riv. trim. dir. pubbl., 1957, 786 s.; ID., *Abilitazioni, autorizzazioni, licenze*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1958, 1 s.; e di F. FRACCHIA, *Autorizzazioni amministrative e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996, 233 s.; ID., *Concessioni amministrative*, in *Ann. Enc. dir.*, I, Milano, 2007, 264 s.

Non sono poche, tuttavia, e quasi altrettanto risalenti le tesi a fondamento del carattere costitutivo delle autorizzazioni. In tal senso, assai esemplificativamente, G. ORTOLANI, *Autorizzazione e approvazione*, in *Studi in onore di S. Romano*, Padova, 1940, 249 s.; P. GASPARRI, *Autorizzazione (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 509; F. GULLO, *Provvedimento e contratto*, cit., 132 s.; R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, Milano, 1974, *passim*, oltre agli approdi della più recente scuola fiorentina e quindi di Orsi Battaglini, nello studio già citato, oltre che di L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996.

¹⁷ È questa la tesi ricostruttiva avanzata da F. GULLO, *Provvedimento e contratto*, cit., 181 s., 185 s., che configura le concessioni come atto di alienazione, condotto per mezzo di strumenti di diritto pubblico, la critica della quale, sostenuta da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 1144, secondo la quale detta figura potrebbe applicarsi alle sole concessioni di beni, pare non sufficientemente argomentata.

sferimento di un diritto dapprima attribuito all'Amministrazione) che è possibile tenere distinte le concessioni dalle autorizzazioni.

Se mai, perciò, sono le sole concessioni c.d. *costitutive* a confondersi con le autorizzazioni, non producendosi, riguardo ad esse, alcun effetto dispositivo in capo all'autorità amministrativa che le emana.

Detto ulteriore effetto, invece, si riscontra nelle concessioni c.d. *traslative*, il cui fondamento concettuale deve essere, quindi, mantenuto, secondo la duplice sotto-classificazione tra concessioni *traslativo-costitutive* e concessioni *traslativo-derivative*¹⁸.

In dette concessioni, invero, il diritto riconosciuto al privato proviene dalla sfera giuridica pubblica, al quale è ascritto in un regime di indisponibilità civilistica (onde evitare le conseguenze di regime indicate dall'art. 1372 c.c.) e, per converso, di disponibilità con gli strumenti, revocabili, del diritto pubblico.

3. La classificazione dei provvedimenti amministrativi favorevoli assunta

Stabilite queste, assai sintetiche, premesse, ci si servirà della seguente classificazione dei provvedimenti amministrativi favorevoli, della quale pure, per gli specifici obiettivi di ricerca qui intrapresi, si potrà dare un'enunciazione solo sommaria.

Accanto alle *autorizzazioni*, intese come atti costitutivi di diritti non provenienti dalla sfera dell'Amministrazione, potranno, così, ravvisarsi le *concessioni*, nei limiti appena riassunti.

Ancora, potrà essere intesa, quale autonoma categoria provvedimentale, quella delle dispense o, per meglio dire, degli *esoneri*.

La loro peculiarità si coglie non già con riguardo al fatto che gli esoneri renderebbero lecita un'attività ordinariamente preclusa; ché questo vale anche per le autorizzazioni¹⁹.

¹⁸ La distinzione attiene alla circostanza che il diritto alienato al concessionario corrisponda, nel suo contenuto, a quello di cui l'autorità amministrativa si priva (e, in tal caso la concessione sarà traslativo-derivativa), ovvero ad un diritto diversamente conformato e, in tesi, ridotto. Sul punto, v. ancora F. GULLO, *Provvedimento e contratto*, cit., 200 s.

¹⁹ P. BODDA, *La dispensa amministrativa*, Torino, 1943, 17 s., 46 s., 51 s.; ID., *Di-*

Inoltre, anche il tradizionale rilievo, secondo il quale gli esoneri consentirebbero di tenere comportamenti ammessi solo in via derogatoria ed eccezionale, oltre ad essere smentita dall'applicazione, condurrebbe ai margini del ragionamento logico-formale, sì da ricadere in una sorta di rappresentazione statistica o, ancora una volta, sì da fare affidamento su criteri di giudizio che non appartengono all'atto in sé, ma alla preliminare natura, discrezionale o vincolata, dello stesso.

È, così, maggiormente plausibile ipotizzare che la distinzione tra autorizzazioni ed esoneri risieda nel fatto che – a differenza delle prime – i secondi non operano una simmetrica, e contrapposta, estinzione di un *divieto* (cioè di un *dovere di non fare*)²⁰.

Gli esoneri, invece, estinguono un preesistente dovere positivo *di fare*, distinguendosi, poi, nel loro insieme, secondo il caso che all'estinzione del dovere di fare si accompagni: a) la congiunta costituzione di un diritto soggettivo (tale da rendere lecita sia la facoltà di tenere il comportamento dapprima imposto, sia la facoltà di non tenerlo, in virtù del consueto schema dell'*agere licere*; b) la sostituzione del precedente dovere di fare con il divieto di tenere il comportamento precedentemente imposto; oppure, c), la sostituzione del precedente dovere di fare con un dovere di diverso contenuto.

Ancora, rammentando come la stessa attribuzione di un potere giuridico – inteso alla stregua di una forza o di una attitudine di produrre effetti giuridici – è, a sua volta, un effetto di un precedente atto (così da esprimerne la *conseguenza*), si potrà ravvisare anche l'esistenza di provvedimenti amministrativi che operano conferendo la medesima forza.

In ragione della loro emanazione, pertanto, il cittadino potrà assumere determinate tipologie di contratti, riguardo ai quali, dapprima, risultava privo di *capacità*.

spensa (diritto amministrativo), in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1128, cui ha aderito, in seguito, A.M. SANDULLI, *Abilitazioni*, cit., 6 s.

²⁰ P. GASPARRI, *Autorizzazione*, cit., 511; F. GULLO, *Provvedimento e contratto*, cit., 157: “La nozione di dispensa può tuttavia mantenere la propria formulazione di fattispecie ablativa della qualificazione sfavorevole di una norma rispetto ad uno o più casi determinati, ma limitatamente alle statuizioni produttive di situazioni giuridiche di doverosità (in senso lato) con contenuto positivo, di norme – cioè – costitutive di doveri od obblighi di dare o di fare”. Sulla base di questo rilievo, l'A. conclude negando che le dispense valgano quali mezzi di *controllo* sull'attività privatistica.

Il potere, in sé colto, non può essere valutato, infatti, alla stregua di una situazione giuridica soggettiva, perché l'attribuzione della forza, se considerata per sé sola, è utile all'unico scopo di valutare l'esistenza di un atto giuridico e non anche la sua conformità al sistema delle norme²¹. Tocca pertanto ad un separato effetto giuridico, che recepisca il potere (preliminariamente riconosciuto) quale contenuto di una situazione di libertà o di doverosità, qualificare l'atto in termini di liceità, di legittimità o, più genericamente, di conformità all'ordinamento²².

²¹ Nel che (si ritiene) si sostanzia il concetto di situazione giuridica soggettiva, aderendo alla teoria formalistica ed oggettiva.

In questo senso, pertanto, v. A.E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica*, in *Ann. Macerata*, Macerata, 1929, 398: "Il concetto di conseguenza giuridica dev'essere inteso come il sorgere o l'estinguersi di una figura di qualificazione giuridica. Qualificazione (...) dell'attività di un soggetto giuridica. Qualificazione, aggiungiamo (...) che non coglie l'attività intesa filosoficamente, ossia nel suo concreto farsi, che è tutt'uno col farsi del reale, bensì l'attività pratica in quell'unico senso in cui può intenderla l'oggettivismo del giurista: ora, cioè, considerata come contegno già verificatosi, ora come possibilità di contegno".

Parzialmente diversa è la posizione di F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1957, 67: "Occorre quindi prendere le mosse da un concetto di relazione, i cui termini si identificano con un soggetto e colla descrizione di una condotta, ipotizzata come coincidente con quella che forma oggetto della previsione contenuta nella norma. Precisazione non superflua, in quanto consente di tracciare una esatta linea di confine tra la figura della situazione soggettiva, in senso tecnico, e quella strutturalmente dissimile della valutazione normativa del comportamento".

²² Nel precedente studio, F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., *passim*, si è così sostenuto che le situazioni giuridiche soggettive inerenti a poteri siano necessariamente complesse, essendo il risultato congiunto di due norme: la norma di relazione attributiva del potere e la norma di azione, che, regolandone l'esercizio in termini di conformità al sistema, recepisca il potere previamente attribuito in una posizione di libertà o di doverosità.

Il che trova spiegazione nel fatto che il potere e il suo esercizio non esistono nella realtà storica e naturalistica, distinguendosi, sotto questo profilo, dalle facoltà (e dal loro godimento). Queste ultime, esprimendo comportamenti materiali, possono essere tenuti anche in un ipotetico *ambiente* non regolato dal diritto o in cui il giure neppure esista. Calate nel fenomeno giuridico, pertanto, non vi è alcuna necessità che l'ordinamento dia la *capacità* di godere delle facoltà, perché questo è conseguenza della fisica e dello stato delle cose. Non esistono, dunque, norme attributive di facoltà (come, invece, sono le norme di relazione, per il potere). L'ordinamento ha, invece, la necessità di regolare il comportamento materiale, cosicché il suo intervento sui com-

Tutto ciò concorre a significare che, in quei casi in cui il provvedimento consenta al privato la stipula di contratti che, diversamente, dovrebbero ritenersi nulli (o meglio: inesistenti), l'intervento dell'autorità amministrativa, pur conferendo una posizione di libertà dapprima inesistente, non estingue un preesistente divieto²³. Perché, in assenza del potere, neppure è concepibile che si possa violare il divieto di esercitarlo e, perché, in definitiva, è inconcepibile il divieto stesso.

È ovvio, infatti, che un comportamento può essere vietato solo in quanto sia possibile darvi concretamente luogo, sicché non è dato postulare l'esistenza di divieti che siano relativi a comportamenti materialmente o giuridicamente impossibili, quale ad esempio deve ritenersi la stipulazione di contratto, in difetto assoluto della capacità giuridica di porlo in essere²⁴o, per quanto attiene al diritto amministrativo, emanare un provvedimento che si sottragga al principio di tipicità.

portamenti materiali si limita a quello che, per l'esercizio dei poteri, avviene con le cosiddette norme d'azione.

²³ Va, perciò, ammirata la consueta lucidità di P. GASPARRI, *Autorizzazione*, cit., 510 che, intendendo rendere una definizione *generale* di autorizzazione, ha preferito non ricorrere al termine di preliminar divieto, ma a quello, più ampio, di *ostacolo*, quale conseguenza rimossa da tutti i provvedimenti di siffatto tipo: "La voce autorizzazione comprende tutti quei provvedimenti con i quali si elimina un ostacolo giuridico alla produzione di un dato risultato da parte di chi ha competenza a produrlo. Nella quale la denominazione di ostacolo giuridico è comprensiva sia del divieto di porre in essere effetti di ordine materiale, sia del divieto di porre in essere effetti giuridici che tuttavia si ha il potere di produrre, sia della impotenza a produrre un effetto giuridico che tuttavia si sarebbe legittimati a produrre".

²⁴ Si deve tuttavia tenere distinto, dal caso delle *pseudoautorizzazioni*, quello in cui l'autorizzazione interviene non già allo scopo di conferire un potere di cui il destinatario non sia titolare, ma, semplicemente al fine di rendere lecito l'esercizio di poteri negoziali già propri del cittadino. Esemplicativamente, non possono essere trattate, alla stregua di *pseudoautorizzazioni*, le autorizzazioni all'esercizio dell'attività bancaria o di quella assicurativa. Prova ne sia che i contratti assunti in loro difetto, benché la loro assunzione esponga a sanzione chi eserciti l'impresa bancaria o assicurativa senza titolo, sono esistenti e validi. Lo stesso deve dirsi per le vecchie licenze commerciali, oggi ridotte ai casi in cui si debba procedere all'apertura di medie o grandi strutture di vendita. In questi casi, la capacità – cioè il potere – di assumere i relativi contratti esiste in capo al cittadino e può essere anche esercitata senza che vi siano conseguenze sulla validità del contratto. Il che si giustifica vuoi allo scopo di tutelare l'affidamento dei soggetti terzi (come

In considerazione del fatto che i provvedimenti ora in rassegna non estinguono preliminari figure di divieto, essi potranno, dunque, essere definiti come *pseudo-autorizzazioni*²⁵.

nel caso delle autorizzazioni assicurative e bancarie), sia perché, talora, sarebbe inutile sanzionare con l'inesistenza o con l'inefficacia il contratto stipulato in mancanza dell'autorizzazione (come avverrebbe in molti casi in cui trovano applicazione le licenze commerciali che, riguardando, per lo più, l'alienazione di beni mobili, non impedirebbero, nel caso di loro difetto, il passaggio della proprietà in ossequio ai principi stabiliti dall'art. 1153 c.c.).

Sembra, invece, figura più consona al caso delle *pseudoautorizzazioni* il provvedimento che, un tempo, era previsto dall'art. 17 c.c., in tema di autorizzazione governativa all'acquisto di beni immobili, o all'accettazione di donazioni o eredità da parte delle persone giuridiche non commerciali, sanzionate con l'inefficacia dell'atto. Un'altra esemplificazione può, forse, essere ravvisata nell'autorizzazione contemplata dall'art. 4, legge 10 ottobre 1990, n. 287, in tema di intese restrittive della libertà di concorrenza, altrimenti nulle ad ogni effetto (art. 2). Le medesime considerazioni valgono per le autorizzazioni previste dall'art. 6 della medesima legge, in materia di concentrazioni di imprese. Analogamente può ragionarsi circa le autorizzazioni al subappalto, di cui tratta l'art. 150 del codice dei contratti pubblici.

²⁵ P. GASPARRI, *op. cit.*, *ibidem*, ha definito quelle che qui vengono nominate come *pseudoautorizzazioni* con il termine di *autorizzazioni potestizzanti*: "D'altronde non sempre gli atti denominati autorizzazione si traducono in un risultato meramente legittimativo. In alcuni casi, in cui l'autorizzazione ha per oggetto atti intesi a produrre effetti giuridici (provvedimenti o negozi), dall'esserci o no l'autorizzazione dipende non tanto la legittimità, quanto la efficacia degli atti in questione. Il che vuol dire che senza l'autorizzazione manca, nel soggetto considerato, addirittura il potere, o potestà che dir si voglia, di porre in essere la modificazione giuridica. In questi casi, dunque, l'autorizzazione si configura come un elemento integrativo non della fattispecie legittimante, o almeno non soltanto di questa; ma come elemento integrativo della fattispecie che può dirsi potestizzante. La quale non coincide necessariamente con quella legittimante; poiché, come si sa, una cosa è il potere (nel senso di avere la potenza giuridica di) far nascere o cessare o mutare dei rapporti giuridici; e altra cosa è il poterlo fare legittimamente, cioè senza giustificare reazioni compensatorie o riparatorie, e in particolare l'annullamento dell'effetto giuridico indebitamente prodotto". La vigilanza sull'esercizio dei poteri negoziali è stata fatta oggetto di indagine anche da parte di un recente studio di A. FERRARI ZUMBINI, *La regolazione amministrativa del contratto: atti amministrativi conformativi dell'autonomia negoziale*, Torino, 2017, 161 s.; 212 s. (soprattutto in merito ai divieti a contrarre dei concessionari e dei gestori di VLT).

4. *Le ammissioni come provvedimenti costitutivi di status. Indagine sul concetto di status, secondo la teoria ipotetica della dinamica giuridica*

Una volta individuati i provvedimenti costitutivi di diritti soggettivi e quelli costitutivi di forze giuridiche, restano da considerare, nella classificazione dei provvedimenti favorevoli, quelli produttivi di *qualità* giuridiche, vale a dire di *status*²⁶, su cui si dovrà concentrare l'attenzione, perché maggiormente si distinguono dalle autorizzazioni, quanto al modo con cui viene esercitata la funzione amministrativa di *controllo* sull'attività privata.

Per tradizione, tali provvedimenti vengono definiti come *ammissioni* e ne compaiono non pochi esempi anche nella recente produzione legislativa, che sembra anzi farvi una sempre più diffusa applicazione.

A detta tipologia sembrano doversi ascrivere, invero, non poche figure eterogenee che, nel linguaggio moderno, vengono indicate anche con il nome di *accreditamenti* e, talora, di *certificazioni*, ovvero con similari denominazioni.

Vi appartengono, ad esempio, gli accreditamenti sanitari, con cui si consente alle strutture ospedaliere e ambulatoriali di erogare servizi assistenziali in seno al Servizio sanitario nazionale; gli accreditamenti delle Istituzioni universitarie; le qualificazioni rilasciati dalle s.o.a. ai fini della partecipazione alle gare ad evidenza pubblica.

A modo loro debbono ritenersi atti di ammissione anche le *abilitazioni* previste dall'attuale regime di reclutamento dei professori universitari.

Ma la legislazione non ha abbandonato neppure le figure classifiche di ammissione, quali le iscrizioni agli albi professionali²⁷, l'assunzione all'im-

²⁶ A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 599-600; A. STOPPANI, *Ammissione (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, II, Milano 1958, 256. Più di recente, nega che la categoria abbia carattere tipico A. CORPACI, *Ammissioni*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, 256.

²⁷ Appare utile richiamare, perché corrispondente al concetto di ammissione qui assunto, la spiegazione resa da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 1131, della dinamica effettuale resa dall'iscrizione ad un albo professionale: "Dall'accertamento sorge, come situazione procedimentale, un diritto all'iscrizione (..); dall'iscrizione sorge l'attribuzione della qualità di professionista, che comporta la possibilità di svolgere l'attività lavorativa professionale, e l'appartenenza necessaria all'ordine (o al collegio), con tutti i doveri e i diritti inerenti al esso".

piego pubblico, il conferimento della cittadinanza (quando quest'ultimo sia il risultato di un provvedimento amministrativo e non sia conseguenza dell'applicazione diretta della legge).

Al pari di quanto avviene con le autorizzazioni²⁸, anche tramite le ammissioni si usa, perciò, compiere una sorta di *controllo* preliminare sull'attività dei privati²⁹, giacché non è consentito, ad esempio, esercitare una

²⁸ Nelle autorizzazioni, si reputa che sia recessiva, rispetto alla funzione di *controllo*, quella di programmazione, pur evidenziata da certa dottrina (R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative ed iniziativa economiche private*, cit., 10 s., 158 s.; F. FRACCHIA, *Autorizzazioni amministrative e situazioni giuridiche soggettive*, cit., 50 s.), non fosse altro perché, quando pure l'autorizzazione sia collegata ad atti generali, di cui costituiscano attuazione, è all'atto generale e non al provvedimento che va imputata detta funzione. Sul tema delle diverse funzioni del provvedimento di autorizzazione, v. anche F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti tra privati*, Milano, 1953, 5 s.; 14 s. e, di recente, A. SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Bologna, 2013, 135 s.

²⁹ In passato, la dottrina ha insistito non poco sul fatto che l'ammissione sarebbe preceduta da una sorta di accertamento.

Questa, pur secondo una varietà di accezioni, è la posizione di G.M. DE FRANCESCO, *L'ammissione nella classificazione degli atti amministrativi*, Milano, 1926, 77 s.; R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1946, 117 (limitatamente all'accesso ai servizi pubblici); in un certo senso, lo stesso F. GULLO, *Provvedimento e contratto*, cit., 122 (ancorché in chiave critica) vi aderisce. La qual cosa, a parere di chi scrive, non è inesatta, ma va specificata, non ritenendosi di poter confinare le ammissioni nel novero degli atti dichiarativi propriamente detti (in ragione dell'inammissibilità della categoria: ma, in senso contrario, sostanzialmente, è l'opinione di P. GOTTI, *Gli atti amministrativi*, cit., 82 s. 114, 189 s., 217 s., con conseguenze coerenti circa l'individuazione del giudice).

Da un lato, infatti, tale accertamento è nozione che va scomposta, giacché esso può essere inteso sia come attribuzione di una qualità giuridica (e, quindi, di uno *status*, come si vedrà), sia come rilevazione dei presupposti di fatto preliminari al conferimento di tale qualità. In altri termini, può intendersi come accertamento sia la verifica del possesso dei requisiti per l'iscrizione all'albo professionale, sia il riconoscimento della qualità di iscritto. Ma i due piani non possono distinguersi concettualmente, perché il primo è posposto all'altro.

In secondo luogo, limitando la verifica all'esistenza dei presupposti per ottenere lo *status*, l'ammissione non si distingue dall'autorizzazione, essendo pure quest'ultima subordinata all'esistenza di rilevati presupposti. Quanto a quest'ultimo profilo, pertanto, non avrebbe molto senso precisare che il *controllo* esercitato con l'ammissione, si svolgerebbe per il mezzo di un accertamento.

professione regolamentata, se non si ottiene, in via preventiva, l'iscrizione al relativo albo³⁰.

Com'è noto, tuttavia, gli *status* indicano una categoria piuttosto ardua a descriversi, nella classificazione delle situazioni giuridiche soggettive. E a poco serve rappresentarli come una sorta di raggruppamento di altre situazioni giuridiche, unitariamente considerate perché tutte riferibili ad un dato soggetto, colto in un insieme di predefiniti rapporti sociali³¹.

Se davvero fosse tale la definizione di *status*, si dovrebbe ammettere,

Il rilievo dell'accertamento nel provvedimento di ammissione, peraltro, è stato fonte di non pochi fraintendimenti. *In primis*, quelli concernenti il preteso carattere vincolato delle ammissioni, che pure esiste, ma è limitato al *quid* dell'atto e non necessariamente agli altri suoi elementi (e all'*an*, in particolare).

Ma non poco ha inciso anche la pretesa natura di diritto soggettivo al conseguimento dell'ammissione stessa (in ragione del carattere vincolato dell'atto, che si è rivelato fonte di pericolosi fraintendimenti tra la situazione di chi attende il provvedimento e gli effetti dello stesso (F. GULLO, *Provvedimento e contratto*, cit., 110 s.).

³⁰ Le ammissioni, peraltro, possono essere utilizzate non solo allo scopo di svolgere un *controllo* preventivo su attività potenzialmente pregiudizievole del privato, ma anche allo scopo di introdurre esclusivamente nuove posizioni di doverosità, inizialmente non esistenti nella sfera giuridica dell'interessato. In questi casi, dunque, l'ammissione interviene in modo esattamente opposto rispetto a quello preso in esame con questo studio e risponde ad una funzione repressiva di attività, ugualmente pregiudizievole. L'esempio più evidente di questa diversa utilizzazione della figura attiene al caso dei vincoli che, una volta apposti su un certo bene, modificano il regime della proprietà, assoggettandola a nuovi limiti. In un certo senso, è tale anche l'iscrizione alle liste di leva, che è fonte essenzialmente, di doveri.

³¹ A. CICU, *Il concetto di status*, in *Studi in onore di V. Simoncelli*, Napoli, 1917, 61, ripreso, tra gli altri, da S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 711; P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 209 s.; 216 A. CORASANITI, *Stato delle persone*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 948 (il quale utilizza, al riguardo, la denominazione di *status* comunitario); L. LENTI, *Status*, in *Dig. disc. priv.*, XIX, Torino, 1999, 35 e *passim*; M. DOGLIOTTI, *Persone fisiche: Capacità, status, diritti*, Torino, 2014, 20.

Non aderisce alla definizione qui indicata, invece, A. BARLETTA, *Contributo allo studio dell'accertamento degli status*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 231, *passim* e 258, il quale ne rende una nozione processualistica, data dalle "situazioni giuridiche aventi carattere originario e durevole, normalmente attinenti alla protezione della persona, le quali danno luogo ad una peculiare tutela, caratterizzata sul piano processuale, da un'assolutezza perfetta", capace di superare i confini soggettivi dell'art. 2909 c.c.

infatti, che la portata concettuale di tale figura sarebbe assai limitata.

La categoria, in specie, non evidenzerebbe alcuna peculiarità utile a distinguerla, potendo essere scomposta nei singoli elementi, cioè nelle singole situazioni giuridiche soggettive, che lo *status* riunirebbe³².

È, tuttavia, possibile continuare a sostenere un'utilità concettuale delle qualità giuridiche, purché si aderisca ad un ben preciso modello di produzione degli effetti (c.d. *dinamica giuridica*), il quale discende da una costruzione ipotetica delle norme, o precetti giuridici genericamente intesi³³.

Secondo tale modello, infatti, una qualsiasi norma è in grado di produrre due forme di *efficacia*.

Esse sono tra loro distinte per il fatto che il prodursi di taluni effetti (*efficacia conseguente*) si verifica solo se altri effetti (*efficacia presupposta*) siano venuti in essere in virtù della norma stessa e secondo uno schema di *precedenza logica*³⁴.

Più precisamente, secondo questa tesi, dalla norma discende un *primo* effetto, il quale consiste nella qualificazione della fattispecie che ne è presupposto di applicazione.

Tale fenomeno di qualificazione ha lo scopo di operare una sorta di *ricognoscimento*, o di *riscontro*, dell'esistenza storica, e in concreto, di quelle circostanze, logiche o fattuali, alle quali la norma intende reagire con la produzione di ulteriori effetti.

Di talché, operato siffatto riscontro, la norma *qualifica* le circostanze storiche riscontrate come rilevanti rispetto a se stessa.

Dette qualificate circostanze storiche, in tanto sono in grado di produrre questi riflessi, in quanto esse corrispondano puntualmente, ed esat-

³² F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954, 7 s.: "Lo stato giuridico della persona fisica non è la somma dei suoi poteri e doveri o, più generalmente, dei rapporti che alla stessa fanno capo, è invece il presupposto di una sfera di capacità e quindi di una serie aperta di poteri e doveri, o di rapporti, che possono variare e variano senza che perciò cambi lo stato". Per una critica affine a quella esposta nel testo, E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, 295 s.

³³ Ci si richiama alla tesi già sostenuta nel precedente studio F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano*, cit., *passim*. Ma, precedentemente, si consideri soprattutto, P. GASPARRI, *Gli interessi umani e il diritto*, Bologna, 1951, 94, ID., *Corso di diritto amministrativo*, II, Padova, 1964, 9 s.

³⁴ F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 103 s.

tamente, alla descrizione che la norma stessa ne abbia fatto in via preventiva ed astratta.

Tale procedimento di *qualificazione* (o di attribuzione di *rilevanza giuridica*)³⁵ della fattispecie concreta, poiché promana dalla norma che descrive la fattispecie astratta³⁶, deve intendersi anch'esso alla stregua di un

³⁵ Il concetto di rilevanza giuridica – inteso come attribuzione di una determinata “significatività” giuridica ad una data entità – solitamente il fatto giuridico – affonda ormai le sue radici in una ben precisa corrente dottrinale, che, tuttavia, vi si riferisce con accezioni diverse, in ragione della diversa teoria della *dinamica giuridica*, cui si aderisce.

Si considerino, perciò, T. PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Roma, 1938, 60; A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano 1939, 25; ID., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 26; R. SCOGNAMILGIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 349; S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956; B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, 25 s.; 207; A. CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 462 s.; B. CAVALLO, *Lo status professionale*, I, Milano, 1967, 43 s.; N. IRTI, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, 3 s.; F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 25 s.; G. CHIARINI, *Fattispecie e disciplina dei servizi. Contributo alla riflessione giuridica*, Milano, 2011, 101 s.; A. LA SPINA, *Destutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012, 92 s.

³⁶ Qui si sostiene – e la tesi avrà ragione di essere ulteriormente applicata nel prosieguo della ricerca – che la nozione di *effetto giuridico* sia più ampia di quella di *situazione giuridica soggettiva* e si nega che i due concetti – quello di effetto e quello di s.g.s. – esprimano necessariamente due modi diversi di descrivere il medesimo fenomeno: l'effetto giuridico nell'atto del suo prodursi e secondo una prospettiva, per così dire, *dinamica*; la situazione giuridica soggettiva nell'atto del consolidamento, statico, dell'effetto.

Pare, quindi, che la nozione di effetto giuridico sia più ampia di quella di situazione giuridica soggettiva. In quanto tale, ogni situazione giuridica soggettiva è il risultato di un effetto, ma non ogni effetto è destinato a tradursi in situazione. Si ipotizza, dunque, che sia effetto tutto ciò che un precetto giuridico è in grado di produrre (ma si considerino le precisazioni rese da S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, Milano, 1957, 404) e che, diversamente, sia situazione giuridica soggettiva uno strumento di valutazione di comportamenti umani, in termini di conformità al diritto oggettivo. Perciò, sono effetti, ma non sono situazioni giuridiche soggettive, l'attribuzione di un potere, dal momento che essa è in grado, semplicemente, di attribuire al suo destinatario l'attitudine a tenere un comportamento qualificato come atto giuridico e, perciò, a dare conto dell'esistenza storica di quest'ultimo, quando il potere sia esercitato, senza, però, giungere a stabilire se quell'atto sia valido o no, lecito o illecito (F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 139 s. 158 s.).