



**SAPIENZA**  
UNIVERSITÀ DI ROMA

# Giudicato amministrativo e riedizione del potere pubblico

**Facoltà di Giurisprudenza**  
**Dottorato di ricerca in Diritto Pubblico - XXXV Ciclo**  
***Curriculum Diritto Amministrativo***

**Ludovico Di Benedetto**  
**Matricola 1541199**

Tutor  
Prof. Paolo Lazzara

Cotutor  
Prof.ssa Maria Chiara Romano

Coordinatore del corso  
Prof. Cesare Pinelli

2023

Tesi discussa innanzi alla Commissione esaminatrice, composta da:

Prof. Andrea Buratti

Prof. Enrico Mezzetti

Prof. Michele Trimarchi

---

**Giudicato amministrativo e riedizione del potere pubblico**

Tesi di dottorato, Sapienza – Università di Roma.

© 2023 Ludovico Di Benedetto. Licenza CC BY-NC-SA.

Email dell'autore: [ludovico.dibenedetto@uniroma1.it](mailto:ludovico.dibenedetto@uniroma1.it)

*Un sentito ringraziamento ai Proff. Angelo Antonio Cervati,  
Paolo Lazzara,  
Luigi Principato,  
per la vicinanza mostratami.*

*Non è possibile comprendere la natura, l'animo e il pensiero di un uomo,  
fino a che non lo si veda gestire il potere.  
(Sofocle, Antigone, 175)*

## INDICE

PREMESSA	1
CAPITOLO 1 INTRODUZIONE: I TERMINI DELL'INDAGINE	
1.1 Il giudicato	
1.1.1 Il giudicato nella teoria generale	2
1.1.2 Il giudicato civile	
1.1.2.1 Brevi note sui limiti oggettivi e cronologici	6
1.1.2.2 Brevi note sui limiti soggettivi	9
1.1.3 Il giudicato amministrativo	
1.1.3.1 Il dibattito sull'oggetto del processo amministrativo	12
1.1.3.2 La dimensione oggettiva	16
1.1.3.3 Casistica	20
1.1.3.4 La dimensione soggettiva	24
1.2 Il cosiddetto rapporto giuridico di diritto pubblico	
1.2.1 Il potere	28
1.2.2 La discrezionalità	
1.2.2.1 <i>Ratio</i> e storia	33
1.2.2.2 La discrezionalità nella dinamica procedimentale	42
1.2.3 L'interesse legittimo	44
1.3 I valori confliggenti: autorità amministrativa e tutela giurisdizionale; vincolo nel fine ed interesse individuale	63
CAPITOLO 2 GIUDICATO E POTERE: LE TEORIE	
2.1 L'inesauribilità del potere: riedizione illimitata	
2.1.1 La versione ottocentesca	65
2.1.2 La versione novecentesca	68
2.2 L'esauribilità del potere: <i>one shot</i>	75
2.3 Una rilettura moderna	
2.3.1 L'evoluzione del processo amministrativo e le funzioni del giudicato	79
2.3.2 I meccanismi dell'esaurimento della discrezionalità	
2.3.2.1 I meccanismi procedimentali	83
2.3.2.2 I meccanismi processuali	89
2.4 <i>One shot</i> temperato: una soluzione caso per caso	95
CAPITOLO 3 CONSEGUENZE	
3.1 Giudicato, riedizione e rimedi	
3.1.1 Rimedi sostanziali	101
3.1.2 Rimedi processuali	107
3.1.3 Forme di tutela per il controinteressato pretermesso	108
3.2 Giudicato, riedizione e sopravvenienze	110
3.3 Segue: il diritto UE	113
3.4 Segue: i rimedi	119
3.5 Segue: il diritto convenzionale	123
3.6 Giudicato, riedizione ed integrazione postuma della motivazione	
3.6.1 Inquadramento e fondamento giuridico	131
3.6.2 Ammissibilità dell'integrazione conservativa: il ruolo del <i>one shot</i>	134
CONCLUSIONI	138
BIBLIOGRAFIA	

## PREMESSA

Il presente studio propone un'indagine circa i rapporti tra il giudicato amministrativo ed il successivo riesercizio del potere pubblico. Tratta, cioè, dell'individuazione dei confini entro i quali una amministrazione pubblica, successivamente al contenzioso, possa esercitare nuovamente il potere che l'ordinamento le conferisce.

L'analisi si dipana su tre capitoli. Il primo è dedicato ad uno studio dogmatico e sistematico degli elementi centrali della trattazione, anche in una prospettiva di teoria generale: dapprima il giudicato, con un immancabile raffronto col processo civile soprattutto sul versante della distinzione tra *res iudicata* formale e *res iudicata* sostanziale, tra diritti eterodeterminati e diritti autodeterminati; poi, l'imprescindibile componente pubblicistica, con approfondimenti sul potere, sulla discrezionalità - il cui funzionamento viene scandagliato sia da un punto di vista teorico che pratico - e sull'interesse legittimo. In particolare, lo studio di quest'ultimo si concentra sulle evoluzioni più recenti offerte dalla letteratura.

Il secondo capitolo vaglia, con taglio critico, le teorie che sono state prospettate, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, circa i problematici rapporti tra il giudicato e la riefusione del potere pubblico. È parso utile, a tal riguardo, dislocare le proposte in due filoni: le interpretazioni che giustificano l'inesauribilità del potere (riedizione illimitata) e quelle che, al contrario, opinano a favore della sua riducibilità (*one shot*, puro e temperato). È soprattutto in riferimento alle ultime citate che lo scritto si sofferma maggiormente, al fine di raggiungere l'auspicato equilibrio di un *one shot* relativizzato al caso concreto, che dipenda cioè dal tipo di potere (discrezionale o vincolato) impiegato dall'amministrazione, dall'interesse del privato (oppositivo o pretensivo) e dalla tipologia di azione processuale (costitutiva, condannatoria, ricognitiva).

Infine, col terzo capitolo viene saggiata la sostenibilità pratica e le ricadute delle prospettate ricostruzioni teoriche, rispetto agli specifici profili dei rimedi esperibili a tutela dei soggetti interessati, delle sopravvenienze e della manutenzione della motivazione provvedimentoale. Per quanto concerne i primi, vengono indicati non solo i mezzi processuali che il destinatario diretto dell'azione pubblica può mettere in campo allorché l'autorità non asseconi l'esaurimento della sua discrezionalità (rimedi sostanziali: accertamento della nullità del provvedimento per violazione o elusione del giudicato, condanna all'adempimento, accertamento dell'azzeramento della discrezionalità, condanna al risarcimento danni per inattuazione del giudicato, ottemperanza) ma anche quelli che il terzo controinteressato può opporre laddove la p.a. dia seguito all'istanza del ricorrente primario (rimedi processuali: appello, ricorso per cassazione, revocazione). Una sezione a parte viene dedicata alla posizione del controinteressato pretermesso, i cui strumenti di reazione si arricchiscono dell'opposizione di terzo e dell'impugnazione dell'atto satisfattivo.

Riguardo le sopravvenienze, dopo una panoramica generale della loro rilevanza in rapporto al giudicato amministrativo, la ricerca si diffonde sul peso dello *ius supervenies* di matrice eurounitaria e convenzionale, andando ad incrociare, dopo un *excursus* sui rapporti tra ordinamento nazionale e quello esterno ed internazionale, la *vexata quaestio* dell'individuazione degli strumenti interni (preventivi e successivi) volti a porre rimedio alla violazione del diritto sovranazionale cristallizzata nella *res iudicata* amministrativa.

Viene poi proposta una lettura che cerchi puntualmente di armonizzare la tesi del *one shot* propugnata nello scritto con un tema classico di diritto amministrativo, quello dell'integrazione postuma della motivazione dell'atto amministrativo.

Nelle conclusioni, infine, vengono sintetizzati i risultati raggiunti, che mettono in evidenza alcune delle inefficienze che sempre più spesso affliggono - purtroppo - non solo l'operato della macchina amministrativa, ma anche quello di altri poteri costituzionali.

# CAPITOLO 1 INTRODUZIONE: I TERMINI DELL'INDAGINE

## 1.1 Il giudicato

### 1.1.1 Il giudicato nella teoria generale

Il processo è quella sequenza di atti e fatti, ordinata secondo diritto, che si conclude - inevitabilmente, a fronte del divieto di *non liquet* - con una decisione, manifestazione di *potestas iudicandi*, composta di due momenti, l'uno di giudizio (come accertamento) e l'altro di comando (come regola di condotta particolare)<sup>1</sup>.

In ossequio ai fondanti principi di certezza del diritto, contraddittorio ed uguaglianza, la decisione giudiziaria, inserita nella maggior parte dei casi in un provvedimento formale denominato sentenza, è capace di tradursi nel giudicato, ovvero sia di assumere una connotazione di irretrattabilità ed immutabilità<sup>2</sup>. Va da sé che giudicato e sentenza non sono propriamente sinonimi, non foss'altro perché, in alcuni casi, la legge prevede una forma decisoria diversa (ordinanza, decreto) e perché la sentenza è idonea a produrre effetti a prescindere dal suo passaggio in giudicato.

L'istituto della sentenza è una di quelle più autentiche manifestazioni della monopolizzazione della forza sovrana che ha portato alla nascita di una comunità sociale, stabilizzata attorno ad una struttura politica: i cittadini in lite tra di loro non possono farsi giustizia da sé (principio del divieto di autotutela privata), ma devono rivolgersi a soggetti pubblici, i giudici (ovvero privati, gli arbitri) che, in qualità di giudicanti terzi ed imparziali, possano statuire chi abbia ragione e chi torto, senza dare adito ad ulteriori contestazioni. Questo avviene in forza di una delega pubblicistica (o negoziale) di potere, che i litiganti si impegnano a rispettare, a patto che gli stessi giudicanti osservino quelle regole che, nel complesso, fondano il processo.

Il concetto di giudicato non era sconosciuto ai romani<sup>3</sup> e nemmeno ai giuristi medievali<sup>4</sup>; tuttavia, fece la sua prima comparsa in un testo normativo solo con i codici napoleonici e preunitari, ove assunse il semplice significato di una qualunque decisione (preparatoria, interlocutoria o definitiva) emessa da un organo giurisdicente<sup>5</sup>. Queste disposizioni, pur senza chiarire alcuni aspetti cruciali, quali quelli inerenti l'efficacia della sentenza, ebbero nondimeno il pregio di superare le vetuste impostazioni, ereditate dal diritto intermedio, secondo cui il diritto processuale veniva visto come

---

<sup>1</sup> Carnelutti F., *Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*, in *Rivista di diritto processuale*, I, 1935, 206. Cfr. anche Vipiana P. M., *Contributo allo studio del giudicato amministrativo. Profili ricognitivi ed individuazione della natura giuridica*, Milano, Giuffrè, 1990, 26 e ss., che, nel ricostruire la definizione di giudicato, richiama alcune proposte della dottrina amministrativistica dello scorso secolo: Capaccioli E., *Per l'effettività della giustizia amministrativa (saggio sul giudicato amministrativo)*, ora in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1979, 227; Bartolomei F., *Giudizio di ottemperanza e giudicato amministrativo. Contributo per un nuovo processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1987, 78 e ss.; Caianiello V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, UTET, 1988, 757 e ss..

<sup>2</sup> Benvenuti F., voce *Giudicato (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, 893, definisce il giudicato come "la immutabilità della sentenza in quanto proveniente dal giudice e in quanto diretta a risolvere definitivamente una controversia tra le parti". E ancora: "il significato profondo del giudicato è proprio quello di cogliere stabilità e movimento, conservazione e progresso, così da conciliare le due forze e garantire effettività dell'ordinamento".

<sup>3</sup> Cristalline le parole di Modestino in *Digesto*, XLII, I, 1: "*Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit, quod vel condemnatione, vel absolute contingit*". In quell'esperienza giuridica era invece sconosciuta la distinzione tra giudicato formale e sostanziale.

<sup>4</sup> Su tutti, Bartolo da Sassoferrato, *De re iudicata*, in *Commentaria in primam Digesti Novi partem*, 1, Venezia, 1575, 105, che guardava alla sentenza come "*res iudicans*" e alla "*res iudicata*" come "*causa, quae finem controversiae a sententia accipit*".

<sup>5</sup> Picardi V., Giuliani A., *I Codici napoleonici. Codice di procedura civile del 1806*, Milano, Giuffrè, 2000, XX.

insieme di formalismi, incapace di creare un sistema normativo compiuto: in questo modo, muoveva i suoi primi passi il diritto processuale moderno<sup>6</sup>.

Per aversi una trattazione più raffinata, occorre attendere la prima codificazione unitaria, risalente al 1865, anno in cui videro la luce il codice di procedura civile e il codice civile. Il primo, tra le altre cose, rivisitò il sistema delle impugnazioni, ripudiando la differenziazione delle regole tra sentenze definitive e non definitive; il secondo, soprattutto, prevede all'art. 1350 una qualificazione, in chiave più moderna, del giudicato, in termini di presunzione<sup>7</sup> - peraltro, assoluta - specificata al successivo art. 1351<sup>8</sup>. In particolare, l'espressione "soggetto della sentenza", presente nell'ultima disposizione citata, portava ad evidenziare che è la sentenza, in quanto espressione della legge nel caso concreto, a perimetrare il giudicato e la sua efficacia, non il giudizio in sé<sup>9</sup>, e a far scaturire, in capo alle parti, un diritto soggettivo<sup>10</sup> circa l'immodificabilità della decisione non più impugnabile. Le norme in tema di giudicato muteranno ancora con i codici del 1942 (rispettivamente, art. 324 c.p.c. e art. 2909 c.c.), recedendo ogni legame con il mondo delle presunzioni, ma alcuni degli accennati capisaldi rimarranno fermi.

Sulla valenza del giudicato si sono storicamente fronteggiate due ricostruzioni<sup>11</sup>. La prima<sup>12</sup>, fautrice di una visione spiccatamente sostanziale, ritiene che il giudicato sia idoneo, in negativo, a precludere un futuro giudizio *de eadem re* (cosiddetto *ne bis in idem*), e, in positivo, a conformare un successivo giudizio in cui emerga la medesima questione. In definitiva, a parere di questa teorica, la *res iudicata*, integrando una finzione di verità<sup>13</sup>, assurgerebbe essa stessa a fonte costitutiva o estintiva di diritti.

L'opposta tesi<sup>14</sup>, enfatizzando l'aspetto processuale, asserisce, al contrario, che la sentenza non possa ergersi a fattore genetico od estintivo di diritti; essa si limita a fondare obblighi sugli organi giudicanti, circa il non riesercizio della *potestas iudicandi* sullo stesso caso.

---

<sup>6</sup> Differenti percorsi si ebbero invece nell'area tedesca, ove riscossero successo la teoria della consunzione, per cui ad ogni diritto sostanziale corrisponde un diritto di azione spendibile *una tantum*, e quella del contratto giudiziale, secondo la quale il processo è frutto di un negozio tra privati. Per approfondimenti, si vedano, rispettivamente, Keller F. L., *Über Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischem Recht*, Zurigo, 1827, 221 e ss., e Endemann W., *Das Prinzip der Rechtskraft*, Heidelberg, 1860, 128.

<sup>7</sup> Art. 1350: "La presunzione legale è quella che una legge speciale attribuisce a certi atti o a certi fatti. Tali sono: [...] 3) l'autorità che la legge attribuisce alla cosa giudicata". Identica la dizione dell'art. 1350 del codice napoleonico.

<sup>8</sup> Art. 1351: "L'autorità della cosa giudicata non ha luogo, se non relativamente a ciò che ha formato il soggetto della sentenza. È necessario che la cosa domandata sia la stessa; che la domanda sia fondata sulla medesima causa; che la domanda sia tra le medesime parti, e proposta da esse contro di esse nella medesima qualità". A mero titolo di raffronto, sembra degno di interesse fare un breve cenno all'ordinanza di procedura civile, adottata per i domini asburgici nel 1895; al paragrafo 411, si legge: "Le sentenze non più impugnabili con un rimedio di diritto hanno forza di cosa giudicata in quanto nella sentenza sia deciso sopra una ragione [...] o su un rapporto giuridico o un diritto diventato controverso nel corso della causa [...]".

<sup>9</sup> Valaguzza S., *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, Giuffrè, 2016, 13.

<sup>10</sup> In Invrea F., *La servitù del giudicato*, in *Rivista di diritto processuale civile*, I, 1930, 230, si parla addirittura (almeno per le sentenze di accertamento) di un diritto assoluto, equiparabile a quello della servitù prediale.

<sup>11</sup> Contrapposizione ripresa, tra gli altri, in Pugliese G., voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVIII, Milano, 1969, 818 e ss. e in Consolo C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, Giappichelli, 2019, 87 e ss..

<sup>12</sup> Savigny F. C., *System des heutigen römischen Rechts*, Berlino, Veit, 1849, 274 e ss..

<sup>13</sup> Una critica verso l'assunto del giudicato come espressione di verità è presente in Chiovenda G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1965, 909, il quale preferisce discorrere in termini di "volontà di legge nel caso concreto"; pacifico, invece, in Busnelli F. D., *Considerazioni sul significato e sulla natura della cosa giudicata*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1961, 1325.

<sup>14</sup> Brinz A., *Lehrbuch der Pandekten*, I, Deichert, Erlangen, 1873, 348 e ss..

La dicotomia teorica, che sembra pure rispecchiarsi rispettivamente negli artt. 2909 c.c. e 324 c.p.c., è stata riletta, al fine del suo superamento, da acuta dottrina<sup>15</sup>, la quale ha proposto di discernere tra l'efficacia della sentenza, che si acquisisce col mero pronunciamento e consiste nell'attitudine a produrre effetti, e l'autorità della sentenza, vista non come un ulteriore effetto della decisione, ma come qualità degli effetti prodotti, ossia la loro immutabilità. La cosa giudicata, allora, investe il contenuto decisorio della sentenza, non la sua struttura formale. Gli effetti giuridici che la sentenza può produrre dipendono dunque dalle forme di tutela richieste dal singolo: seguendosi la classica ripartizione<sup>16</sup> tra tutele sommarie (cautelari e non), esecutive e cognitive, si distinguono, all'interno di quest'ultimo filone, le sentenze di mero accertamento, volte a riconoscere l'esistenza dei confini di un dato rapporto; quelle di condanna, finalizzate ad imporre un *facere, non facere* o *dare*; e quelle costitutive (tipiche per legge: art. 2908 c.c.), tramite cui creare, estinguere, modificare una posizione giuridica.

Difficile contestare la tesi da ultimo richiamata, soprattutto se si pone mente alle regole che, nel nostro sistema, prescrivono l'immediata esecutività delle sentenze di primo grado (quindi indipendentemente dal loro passaggio in giudicato: artt. 282 c.p.c e 33 c.p.a.). Eppure, questa ricostruzione è stata oggetto di critiche<sup>17</sup>, particolarmente in riferimento alla nozione di autorità che, anche a livello semantico, non sembra potersi tradurre con immutabilità, esprimendo anch'essa un concetto riconducibile alla categoria dell'efficacia.

Orbene, quale che sia la tesi che si vuole assecondare, è chiaro che la sentenza, come atto giuridico di esercizio di potere, produce degli effetti giuridici. Essendo l'efficacia un attributo relazionale, essa viene delimitata da confini che delineano il suo ambito oggettivo e soggettivo. Ciò ci proietta nella centrale tematica dei limiti (alcuni preferiscono discorrere in termini di dimensione<sup>18</sup>) oggettivi e soggettivi del giudicato; di tali aspetti proporremo un'analisi più puntuale nei paragrafi immediatamente successivi.

Questi cenni dogmatici e storici<sup>19</sup>, succintamente rappresentati, sono utili per mettere in risalto un aspetto: essendo il giudicato una nozione neutra avente alcuni caratteri di fondo costanti, non si può prescindere, nella sua analisi, dal sistema (storico, valoriale, normativo) di riferimento. Assecondando recente letteratura, di esso meritano di essere enfatizzate quattro caratteristiche basilari, che qui di seguito verranno studiate: l'immodificabilità, l'inoppugnabilità, la pretesa di certezza, l'antifragilità<sup>20</sup>.

Immodificabilità significa anzitutto che il giudicato è il naturale momento di chiusura del processo: come il provvedimento per il processo amministrativo, o la legge per l'iter legislativo, la sentenza è l'ordinario esito del procedimento giudiziario. Tale carattere era già insito - come visto - nel sistema del codice del 1865, ove la qualifica in termini di presunzione assoluta, comportava l'impossibilità di rimettere in discussione il *dictum*. Nell'attuale codificazione, abbandonato ogni riferimento all'istituto della presunzione - invero, incompatibile con l'introduzione delle impugnazioni straordinarie - nell'art. 2909 c.c. si può nondimeno ancora scorgere l'essenza di quella ricostruzione, dell'individuazione, cioè, di un punto (il passaggio in giudicato) oltrepassato il quale, la statuizione giudiziaria è incontrovertibile, perché, in quel momento, l'esigenza di stabilità dei rapporti prevale sulla giustizia del caso concreto. Sono fatti sempre salvi i rimedi straordinari che si manifestano proprio a fronte di plateali ingiustizie, tali da legittimare il misconoscimento del giudicato.

Si faccia però attenzione: quanto detto non deve essere interpretato nel senso che decisione e giudicato siano due entità separate (tesi che poteva avere un forte appiglio nell'art. 1351 c.p.c. abrogato), bensì il secondo, che affiora a certe condizioni, va letto come una qualità del primo. L'immodificabilità processuale si trasforma, sul piano sostanziale, nel diritto, diverso ma intimamente connesso (si potrebbe persino dire, costitutivo ovvero estintivo rispetto) a quello dedotto in lite, alla non contestabilità della decisione. Conseguentemente, è giocoforza asserire che l'immodificabilità è attributo costante tanto delle sentenze di merito quanto di quelle di rito,

---

<sup>15</sup> Liebman E. T., *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, Giuffrè, 1962, 93 e ss..

<sup>16</sup> Chiovenda G., *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, Giuffrè, 1993, 24 e ss..

<sup>17</sup> Carnelutti F., op. cit., 205 e ss..

<sup>18</sup> Valaguzza S., op. cit., 155.

<sup>19</sup> Per averne una trattazione più compiuta, si veda Pugliese G., op. cit., 794, anche in nota.

<sup>20</sup> Valaguzza S., op. cit., 15 e ss..



essendo pure queste ultime dirette a conferire certezza alle relazioni giuridiche. Il che implica, fatalmente, l'accettazione di una verità (processuale) sempre relativa, auspicabilmente (ma non automaticamente) coincidente con la verità materiale.

Ed ecco che l'immodificabilità ci porta al secondo carattere, quello dell'inoppugnabilità (o irrimediabilità). In via generale, ogni decisione di un giudice ordinario, non ancora passata in giudicato, deve essere passibile di impugnazione (almeno per ricorso in Cassazione per violazione di legge: art. 111 c. 7 Cost.), affinché ne siano vagliate la legalità sul piano delle regole sostanziali e di quelle processuali; tuttavia, una volta esauriti o esercitati senza buon esito i rimedi o spirati i relativi termini, la pronuncia diviene inattaccabile. Si badi, anche la sentenza illegittima in astratto, perché afflitta da *errores in iudicando* o *in procedendo*, passerà comunque in giudicato, perché l'ordinamento si premura di porre un termine al rapporto controverso, soddisfacendosi di una giustizia in concreto derivata non dal contenuto della sentenza (che potrebbe, appunto, essere non corretta), ma dal raggiungimento della stabilità della *res iudicata*.

Le forme rituali hanno una funzione ancillare rispetto al perseguimento di una giustizia sostanziale, atteggiandosi a condizioni di garanzia che il potere giudiziario non trasmodi in arbitrio; la decisione può allora dirsi giusta se e in quanto è formulata *secundum ius*<sup>21</sup>.

Il terzo carattere deriva dal quesito circa l'esistenza o meno di un diritto, in capo al singolo, all'ottenimento di una pronuncia sul merito. L'art. 24 Cost. tutela, come principio di civiltà, il diritto di azione, ma esso non coincide con un diritto alla sentenza di merito.

L'impossibilità per le parti di coartare l'intervento del giudice (che è sottoposto solo alla legge e non anche ad un obbligo di decidere nel merito, se non ne sussistono i presupposti) e il riconoscimento, da parte dell'ordinamento processualistico, di quelli che la moderna dottrina definisce come condizioni di decidibilità della causa nel merito<sup>22</sup> (etichetta che assomma i presupposti *lato sensu* processuali, quali la capacità processuale, la giurisdizione, la competenza, la mancanza di *bis in idem*, l'assenza di accordo arbitrale, e le condizioni dell'azione, ossia l'interesse e la legittimazione a ricorrere), inducono a dare risposta negativa alla domanda prospettata. D'altronde, l'esame nel merito non corrisponde sempre all'interesse della parte. Si pensi ai casi di appello incidentale o di ricorso incidentale (specialmente se escludente): ciò che ha di mira l'appellante (o il ricorrente) non è tanto una delibazione sulla sua domanda, ma eminentemente il rigetto di quella principale. Semmai, è ragionevole ritenere che l'ordinamento ammetta una pretesa (un diritto) al giudicato, indifferentemente dal fatto che sia di merito o di rito. A livello costituzionale, si rinvergono le basi di quello che si è sopra definito pretesa di certezza (cioè, diritto al giudicato): all'art. 24 Cost., il cui riferimento all'inviolabilità del diritto all'azione processuale comporta l'essenzialità di una decisione definitiva che dia un senso all'alto valore riconosciuto a questa posizione giuridica, e all'art. 111 Cost., ove si enfatizzano il concetto di giusto processo (comma 1) - e un processo non può dirsi giusto se non è capace di porre termine alla *litis contestatio* - ed il principio della ragionevole durata del processo (comma 2) - il che implica che la celebrazione di un processo debba trovare, secondo i canoni di efficienza ed efficacia, una chiusura.

Il giudicato, tra ricerca della verità e stabilità dei rapporti, gode di una straordinaria capacità adattativa, che gli ha permesso di mantenere intatti i suoi caratteri di fondo nel corso dei secoli: pur incastonandosi in regole processuali di volta in volta cangianti, esso consiste nella consolidazione di una decisione, emanata da un organo giurisdicente, siccome immutabile, inoppugnabile e foriera di certezza. E qui sta l'ultima delle sue caratteristiche, ossia l'antifragilità<sup>23</sup> o resilienza, da intendersi come la capacità di adeguarsi al contesto storico, senza perdere i suoi connotati di base, estrapolando, anzi, vantaggi dai mutamenti di sistema in termini di utilità pratica: ciò si fa ancor più manifesto nell'attuale sistema multilivello di tutela dei diritti dei singoli. Tanto è possibile perché la nozione di *res iudicata* non è cristallizzata in nessuna norma giuridica (essendo affidata alle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali).

Per concludere, si può concordare con le illuminanti parole di raffinata dottrina: "Le definizioni [...] riuscirono qui [riferito alla nozione di giudicato] inutili, poiché la difficoltà non consiste nel carattere generale che serve a determinare quando una sentenza sia definitiva, provvisoria, interlocutoria o preparatoria, ma nei particolari connessi al caso speciale che forma l'oggetto di una sentenza ai

---

<sup>21</sup> Ramajoli M., *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, I, 2013, 100.

<sup>22</sup> Consolo C., op. cit., 561.

<sup>23</sup> Valaguzza S., op. cit., 39 e ss., che riprende il lemma da Taleb N. N., *Antifragile. Prosperare nel disordine*, Milano, Il Saggiatore, 2013, 21.

quali non può mai rispondere compiutamente una definizione che s'informa sempre ad un criterio più o meno generale<sup>24</sup>.

## 1.1.2 Il giudicato civile

### 1.1.2.1 Brevi note sui limiti oggettivi e cronologici

L'accertamento contenuto in ogni pronunciamento giurisdizionale tipico delle tutele cognitive è idoneo a consolidarsi in una cosa giudicata. Questa possibilità, si badi, non è propria delle sole sentenze di mero accertamento, ma si estende anche alle decisioni di condanna e a quelle recanti effetti costitutivi, tutte quante aventi una comune base ricognitiva.

Tra le tre disposizioni fondamentali (artt. 2907, 2908, 2909 c.c.) che, pur inserite - opportunamente - nel codice civile, contengono delle basilari disposizioni processualistiche, interessa in questo contesto l'art. 2909 c.c.; esso fonda l'efficacia vincolante e pubblicistica (giudicato sostanziale) - rientrante nel *genus* normazione - che si manifesta allorché la sentenza di merito diviene sufficientemente stabile, essendosi esaurito il procedimento della sua formazione (giudicato formale)<sup>25</sup>.

Il concetto di cosa giudicata sostanziale, dunque, si intreccia saldamente con la nozione di cosa giudicata formale, che trova il suo fondamento normativo nell'art. 324 c.p.c.: quest'ultima si realizza ogniqualvolta il provvedimento del giudice, sul piano del diritto processuale, diventa irretrattabile, o perché sono stati esperiti tutti i rimedi impugnatori ordinari oppure a causa dello spirare dei termini di impugnazione o per acquiescenza. In breve, il giudicato formale è la qualità dell'atto giudiziario di divenire inoppugnabile, se non tramite i mezzi di impugnazione straordinaria (che fungono, *ut supra* indicato<sup>26</sup>, da *extrema ratio* di salvaguardia del sistema).

Ma siccome l'irretrattabilità della decisione avrebbe significato solo tra le parti in causa, ad essa si affianca la *res iudicata* sostanziale che, invece, sintetizza l'idoneità degli effetti del provvedimento a fissare in maniera tendenzialmente definitiva, a fronte del formarsi del giudicato formale, il rapporto giuridico così come in esso perimetrato: è la capacità degli effetti della sentenza di cristallizzare una volta per tutte la posizione giuridica dedotta nella lite, in un certo modo ed entro precisi termini<sup>27</sup>.

Tradizionalmente, si sostiene che, mentre il giudicato formale è tipico di qualsiasi pronunciamento giurisdizionale, in quanto ogni atto espressivo di *potestas iudicandi* deve poter risultare incontrovertibile, il giudicato sostanziale, invece, può caratterizzare solo le sentenze di merito, perché solo queste, e non anche quelle di rito, contengono un accertamento del rapporto materiale. In realtà, come si preciserà successivamente nei rapporti amministrativi<sup>28</sup>, è ben possibile che anche alcune sentenze di rito, contemplando una valutazione del rapporto giuridico controverso, siano idonee a passare in giudicato dal punto di vista sostanziale.

Il processo civile è un processo di parti, formalmente poste sullo stesso piano, di stampo soggettivo, e incentrato sul principio dispositivo, sia sul versante dell'attivazione della controversia

---

<sup>24</sup> Picardi V., Giuliani A., *Codice di procedura civile del Regno d'Italia del 1865*, Milano, Giuffrè, 2004, 145.

<sup>25</sup> La scissione che ne deriva tra efficacia della sentenza e autorità della cosa giudicata ha delle forti somiglianze con l'ordinamento tedesco; nel diritto romano, in quello francese e in quello di *common law*, invece, si realizza una sostanziale uniformazione tra sentenza e *res iudicata*, a prescindere dal giudicato formale. Per approfondimenti, si vedano Pugliese G., voce *Giudicato civile (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, 735 e ss.; Perrot R., voce *Chose jugée*, in *Encyclopédie Dalloz de procédure civile*, Parigi, 1978, 47; Volpino D., *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*, Padova, CEDAM, 2008, 81 e ss..

<sup>26</sup> Par. 1.1.1.

<sup>27</sup> Si avverte condivisibilmente in Liebman E. T., voce *Giudicato (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia giuridica*, XV, Roma, Treccani, 1988, 2, che "[...] non si tratta di due diverse specie di "cosa giudicata", bensì soltanto di due diversi aspetti di un'unica cosa giudicata".

<sup>28</sup> Par. 1.1.3.3.

(principio dispositivo sostanziale o principio della domanda: artt. 24 Cost., 2907 c.c., 99 c.p.c.) sia su quello della presentazione delle prove (principio dispositivo formale: art. 115 c.p.c.). In base a questi caratteri di fondo, è affermazione piuttosto condivisa che oggetto del processo e, quindi, della sentenza, sia il diritto contestato. D'altra parte, ciò sembra essere confermato dalla specifica modulazione che assume la condizione dell'azione dell'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.), la quale viene soddisfatta dalla semplice affermazione della titolarità della situazione giuridica, la cui effettiva appartenenza soggettiva verrà accertata solo all'esito del giudizio di merito.

Pertanto, il vincolo di definitività derivante dalla *res iudicata* ricade sul diritto dedotto in lite e sulla statuizione che lo concerne, la quale, normalmente, è contenuta nel dispositivo della sentenza; ne rimangono estromessi gli snodi che compongono la motivazione, i quali, al massimo, possono servire come criteri ausiliari di interpretazione del *dictum*. Persino il compiuto esame di veri e propri rapporti pregiudiziali di solito non si traduce in un accertamento avente efficacia di cosa giudicata. Queste affermazioni ci portano a distinguere<sup>29</sup> tra le questioni preliminari di merito, cioè i fatti costitutivi, impeditivi, estintivi o modificativi del diritto controverso, e le questioni pregiudiziali di merito, locuzione che sintetizza quei diritti, rapporti giuridici o *status*, che assurgono ad antecedenti giuridici della pretesa *sub iudice*. Sulle questioni preliminari non calerà mai il giudicato, dal momento che il loro scrutinio non configura un accertamento autonomo rispetto all'oggetto del processo, ma solo un passaggio logico necessario per addivenire alla decisione finale.

Diverso discorso vale per le questioni pregiudiziali le quali, integrando situazioni giuridiche sostanziali, ben possono formare oggetto di giudicato; tuttavia, in base alla regola fissata dall'art. 34 c.p.c., ciò può avvenire solo se è la legge stessa a prescriverlo (come accade, per esempio, per l'accertamento su stato e capacità di persone ovvero, a parere della giurisprudenza più recente<sup>30</sup>, per la declaratoria di nullità del contratto) oppure se sono le parti a richiederlo con domanda di accertamento incidentale - nuova ma connessa con quella originale. L'accertamento incidentale si atteggia diversamente dalla riconvenzionale (art. 36 c.p.c.), in quanto non si riduce all'esercizio di un controdiritto, ma nella richiesta di statuizione piena (*principaliter*) su un rapporto pregiudiziale che il giudice dovrebbe, in ogni caso, conoscere. Se non viene applicato lo schema dell'art. 34 c.p.c., il giudice si limiterà a scandagliare *incidenter tantum* la questione, ossia senza efficacia di giudicato.

Autorevole dottrina<sup>31</sup> ha inaugurato la distinzione tra pregiudizialità logica, in cui la dipendenza è data dal collegamento tra il rapporto fondamentale e i singoli effetti giuridici che nel primo trovano fondamento, e pregiudizialità tecnica, che si realizza quando un diritto è componente della fattispecie costitutiva di un altro. Tale scissione viene giustificata sul presupposto che soltanto i casi riconducibili alla cosiddetta pregiudizialità tecnica possono confluire nel regime di cui all'art. 34 c.p.c., rimanendone fuori gli altri.

Tuttavia, altra letteratura<sup>32</sup>, ancorandosi alla distinzione sopra prospettata tra questioni preliminari e pregiudiziali, ritiene inconferente estromettere dall'alveo dell'art. 34 c.p.c. i casi di pregiudizialità logica, che potrebbero rientrare nel novero di questioni pregiudiziali di merito.

Ora, ciò chiarito, per comprendere la tematica dei limiti oggettivi<sup>33</sup>, è necessario sottolineare che in un processo prevalentemente a stampo soggettivo, come quello civile e quello amministrativo, volto cioè non al ripristino della legalità violata, bensì a fornire risposta alla istanza di giustizia dell'attore, la dimensione oggettiva è scolpita dalle parti processuali, dovendo il giudice pronunciarsi nei limiti della domanda (art. 112 c.p.c.) e non oltre (divieto di ultrapetizione).

Il processo incentrato sul principio dispositivo - non va dimenticato - assolve infatti una funzione servente rispetto alle richieste delle parti: di qui la tendenziale sovrapposizione tra oggetto della

---

<sup>29</sup> La dicotomia è consolidata in dottrina: Garbagnati E., *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, in *Rivista di diritto processuale*, 1976, 257; Luiso F., *Diritto processuale civile*, II, Milano, Giuffrè, 2013, 62; Consolo C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, Giappichelli, 2019, 91.

<sup>30</sup> Cass. Sez. Un. 26242/2014.

<sup>31</sup> Satta S., voce *Accertamento incidentale*, in *Enciclopedia giuridica*, I, Milano, Giuffrè, 1958, 245 e ss..

<sup>32</sup> Consolo C., op. cit., I, 93.

<sup>33</sup> Fondamentale, tra gli altri, il contributo di Heintz E., *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, CEDAM, 1937, *passim*.

domanda, oggetto del processo, oggetto della pronuncia ed oggetto del giudicato<sup>34</sup>. Si è detto tendenziale, perché anche in quest'ambito, come si avrà modo di vedere, non è sempre così netta questa equazione; le problematicità maggiori derivano eminentemente dalla delimitazione dell'oggetto del processo amministrativo, che a loro volta risentono delle evoluzioni sulla natura e sulle forme di tutela dell'interesse legittimo<sup>35</sup>.

Il processo, come si è appena detto, scaturisce da un impulso di parte. Tale istanza giudiziaria, formalizzata, solo per citarne alcuni, in atto di citazione, ricorso, riconvenzionale, consta di una matrice soggettiva (la parte dotata di capacità d'agire) e una oggettiva, composta da un *petitum* (immediato: il tipo di decisione che si richiede al giudice; mediato: il bene della vita dedotto in lite) e da una *causa petendi*, cioè il titolo su cui si fonda la domanda della parte<sup>36</sup>. Non tutti i fatti costitutivi che giustificano la ragion del contendere, però, si atteggianno in modo equivalente.

La correlazione, secondo la quale ad una *causa petendi* corrisponde un solo diritto, può valere per quelli che sono definiti comunemente diritti eterodeterminati, comprensivi dei diritti relativi e dei diritti potestativi e caratterizzati da una univoca *causa petendi*. Un esempio può risultare chiarificatore: far valere un diritto di credito fondato su un'obbligazione contrattuale oppure su un illecito aquiliano comporta un regime giuridico diverso, nonostante alla base ci sia pur sempre un diritto relativo; lo stesso dicasi per l'annullamento negoziale per dolo o per violenza.

Discorso differente vale, invece, per i cosiddetti diritti autodeterminati, ossia i diritti assoluti, per i quali, ai fini del contendere, non è dirimente il fatto costitutivo (che però è sempre essenziale in punto di prova): la proprietà di un bene mantiene un regime costante, a prescindere se derivi da eredità, usucapione o contratto. Sintetizza icasticamente questo assunto, il brocardo latino "*amplius quam semel res mea esse non potest*".

Le ripercussioni della prospettata distinzione in punto di giudicato si avvertono proprio in riferimento ai limiti oggettivi: per le domande autodeterminate, la decisione giudiziaria è in grado di coprire l'intera estensione di tutti i fatti genetici (sia quelli già fatti valere sia quelli attuali ma non dedotti), con la sola eccezione delle sopravvenienze. Quindi, per fare un esempio, l'attore che ha fatto valere la domanda di rivendicazione della proprietà in forza di un contratto di compravendita, non potrà, dopo la sentenza, attivare un altro giudizio concernente la stessa disputa, anche qualora deducesse, in caso, che il diritto dominicale aveva un'altra fonte (principio della copertura del dedotto e del deducibile). Invece, per i diritti eterodeterminati, vale esattamente l'opposto, in quanto la *res iudicata* si limiterà ad assorbire la singola *causa petendi* portata avanti dalla parte: ben potrà allora l'attore, a seguito del giudicato, impugnare lo stesso contratto - sempre se i termini processuali lo permettano - adducendo un vizio di annullamento diverso da quello già presentato (principio della copertura del solo dedotto)<sup>37</sup>.

L'applicazione concreta del dualismo domanda eterodeterminata-domanda autodeterminata che preme qui enfatizzare si rinviene in tema di azioni costitutive, dal momento che, se di esse si esalta la posizione giuridica soggettiva, questa, essendo un diritto potestativo - che è un diritto relativo - dovrebbe portarci a parlarne in termini di domanda eterodeterminata; qualora invece si desse maggior peso agli effetti creativi, estintivi, modificativi che da esse nascono, si dovrebbe concludere per un diritto autodeterminato (ad un unico effetto costitutivo, si lega un unico diritto

---

<sup>34</sup> Liebman E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 2002, 137 e ss. e Proto Pisani A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 2014, 60. Per una rassegna delle tesi si rinvia a Menchini S., *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, Giuffrè, 1987, 67 e ss..

<sup>35</sup> Per ora basti qui ricordare che in Luiso F., *Diritto processuale civile*, I, Milano, Giuffrè, 2019, 150, viene proposta la distinzione tra una non coincidenza "secundum ius processuale", derivante dalla presenza di domande alternative e/o condizionate, e una non coincidenza "contra ius processuale", che si ha nel caso di ultrapetizione.

<sup>36</sup> È chiarito in Heinitz E., op. cit., 200, che: "[I]a causa petendi è tale soltanto per un determinato petitum, ed il petitum, di per sé senza colore, è messo in grado di indicare quel che l'attore vuole soltanto attraverso la causa petendi".

<sup>37</sup> Per approfondimenti sul dualismo ex multis Chiovenda G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, Jovene, 1960, 318; Bove M., *Lineamenti di diritto processuale civile*, Torino, Giappichelli, 2016, 226; Betti E., *Diritto processuale civile italiano*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, 178; Luiso F., op. cit., I, 60; Consolo C., op. cit., I, 133. In giurisprudenza, cfr. Cass. sez. II 7502/2014 e 24400/2014.

alla modificazione giuridica)<sup>38</sup>. Inutile ribadire l'importanza delle conseguenze pratiche, in specifico riferimento alla dimensione oggettiva del giudicato<sup>39</sup>.

La prima impostazione sembra prevalere tanto in dottrina<sup>40</sup> quanto in giurisprudenza<sup>41</sup>.

Questa, in sintesi, l'analisi dei temi più dibattuti circa i limiti oggettivi del giudicato civile.

Per quanto riguarda i confini temporali, nel processo civile lo spartiacque è dato dall'udienza di precisazione delle conclusioni: dopo di essa è definitivamente precluso emendare le domande, mutare le conclusioni, allegare nuovi fatti, presentare innovative istanze probatorie. Questo si ripercuote sulla sentenza, in quanto il giudice, emanando il provvedimento decisivo, esercita il suo potere guardando al rapporto controverso così come esistente al momento della precisazione delle conclusioni: il cono d'ombra tra l'udienza e la pubblicazione della sentenza sarà inevitabilmente tagliato fuori dalla decisione.

La pronuncia, dunque, che accoglie la domanda attorea accerta che il diritto è esistito e non si è estinto fino ad un certo momento; specularmente vale per il caso del rigetto della domanda (e per l'accoglimento dell'accertamento negativo). Non si può avere la sicurezza (e, anche per questo, esistono le impugnazioni, specialmente quelle straordinarie) che davvero quel diritto esista e si atteggi in quel modo nel momento in cui viene emessa la sentenza. Nondimeno, il giudicato si forma ugualmente e, in nome di esigenze di certezza e celerità, preclude ogni successiva contestazione basata sull'erronea valutazione di quanto è già stato dedotto in giudizio, come pure tutto quanto avrebbe potuto essere dedotto, ma non lo è stato: questo è il principio della preclusione del dedotto e del deducibile, che secondo i più sarebbe implicitamente ricavabile dall'art. 2909 c.c.. Ciò che rimane possibile per la parte, al fine di svincolarsi da un giudicato che è divenuto *medio tempore* ingiusto, è la contestazione di fatti nuovi non deducibili a suo tempo, ma emersi in seguito (in sostanza, le sopravvenienze di fatto e di diritto rilevanti ai fini della revocazione straordinaria: art. 395 c.p.c.; oppure, nella fase esecutiva, tramite l'opposizione ad esecuzione: artt. 615 e 616 c.p.c.).

È allora evidente come i limiti cronologici del giudicato si riverberano pure sul piano oggettivo: il giudicato, di conseguenza, non andrà a coprire solo il singolo diritto controverso (dedotto), ma anche tutte le questioni ad esso connesse che si sarebbe potuto eccepire a suo tempo (deducibile).

## 1.2.2 Brevi note sui limiti soggettivi

Non desta particolari difficoltà l'analisi della dimensione soggettiva della *res iudicata* civile: in forza dell'art. 2909 c.c., vale il principio dell'operatività *inter partes* del giudicato, che si estende solo in capo a coloro che, in quanto eredi o aventi causa, sono "prolungamento delle parti"<sup>42</sup>. Dunque, in teoria, i terzi, non rientranti nelle categorie indicate, non dovrebbero subire alcun vincolo dalla decisione, in nome, tra gli altri, del principio del contraddittorio (artt. 24 e 111 Cost.)<sup>43</sup>.

---

<sup>38</sup> Tesi seguita in Cerino Canova A., *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in Allorio E. (a cura di), *Commentario del Codice di procedura civile*, II, Torino, UTET, 1980, 191, e Proto Pisani A., op. cit., 74.

<sup>39</sup> Per citare un altro settore praticamente influenzato dalla risoluzione del problema, si pensi, nel diritto civile, alla contrapposizione fra *emendatio libelli* (ammissibile) e *mutatio libelli* (normalmente, non ammissibile).

<sup>40</sup> Chiovenda G., *Principii di diritto processuale civile*, cit., 320; Liebman E. T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, Milano, Giuffrè, 2012, 182; per completezza, va ricordata l'esistenza di ricostruzioni mediane: Mandrioli C., Carratta A., *Diritto processuale civile*, Torino, Giappichelli, 2019, 169.

<sup>41</sup> A partire da Cass. sez. II 1230/1962; più di recente ribadita da Cass. sez. II 141/1993 in *Giustizia civile Massimario*, 1993 e Cass. sez. II 6166/2006 in *Giustizia civile Massimario*, 2006.

<sup>42</sup> Liebman E. T., voce *Giudicato (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia giuridica*, XV, Roma, Treccani, 1988, 14.

<sup>43</sup> Tuttavia, come si osserverà più avanti, giova sin d'ora ricordare che non sempre sono così netti i confini soggettivi della *res iudicata*.

In rapporto ad altri processi e, quindi, sul piano dell'efficacia soggettiva, il giudicato sostanziale comporta due effetti, uno negativo-preclusivo (*ne bis in idem*) e uno positivo-conformativo. Il secondo di questi effetti si manifesta quando tra due o più rapporti giuridici, dedotti in separate liti giudiziarie, si crei un rapporto di dipendenza, tale per cui, accertata la situazione pregiudicante, essa si riverbera automaticamente su quella pregiudicata. A sua volta, l'efficacia conformativa può tradursi in una dipendenza negativa (come avviene, per esempio, tra l'accertamento della non sussistenza del diritto di credito e l'insorgenza del diritto alla ripetizione dell'indebitato) e in una positiva (ad esempio, il riconoscimento dello *status* di figlio come presupposto per il diritto agli alimenti). Se i due processi connessi fossero contemporanei e non potessero essere riuniti, la situazione legittimerebbe la sospensione per pregiudizialità del processo condizionato, secondo il paradigma dell'art. 295 c.p.c., onde evitare un possibile conflitto tra giudicati.

L'effetto conformativo del giudicato è lampante laddove i due processi siano celebrati tra le medesime parti, avendo quindi la stessa estensione soggettiva. I problemi sorgono qualora tale carattere sia fatto valere in giudizi aventi solo parzialmente una coincidenza soggettiva, contemplando anche terzi che non hanno preso parte, neanche tramite intervento, all'altro procedimento.

Ora, al di fuori delle categorie soggettive di cui all'art. 2909 c.c. non dovrebbe potersi ammettere un'efficacia *ultra partes* della cosa giudicata. Tuttavia, l'ordinamento processualciviltistico sembra tollerare alcuni casi in cui, alla luce della particolare modulazione dei rapporti sostanziali, il giudicato possa estendere i suoi confini soggettivi. Un primo esempio è quello dei subcontratti<sup>44</sup>. Altri casi di estensione della dimensione soggettiva del giudicato, si rinvengono tradizionalmente in tema di *status* personali<sup>45</sup> e per i casi di nullità dei brevetti industriali (il cui accertamento, argomentando dall'art. 77 del codice della proprietà intellettuale, dispiega valenza *erga omnes*)<sup>46</sup>. Sul piano strettamente processuale, il giudice, innanzi ad una eccezione di efficacia conformativa del giudicato, sarà tenuto a decidere sulla causa condizionata, tenendo fermo il vincolo sprigionato dal giudicato condizionante: si avrà così una sentenza di merito, benché a rime parzialmente obbligate.

Più sopra si è anche affermato che il giudicato comporta, in negativo, il divieto di *bis in idem*; esso, plasticamente ricostruito, almeno sul versante processuale, dal codice di procedura penale (art. 649 c.p.p.), impone una declaratoria di rigetto della domanda di parte, laddove l'istanza attorea convogli una lite che, sul piano soggettivo (stesse parti processuali) e su quello oggettivo (identici

---

<sup>44</sup> Nel codice civile non esiste una figura generale di subcontratto, ma ciò non ha impedito alla dottrina e alla giurisprudenza di estrapolare, dai numerosi esempi tratti dalla legislazione (sublocazione, subaffitto, subcomodato...), dei principi uniformi. È definito subcontratto, un qualsiasi negozio bilaterale che deduce, come oggetto contrattuale, tutto o parte di un diritto, a sua volta sorto in forza di un precedente contratto. Orbene, in forza dell'art. 1595 c. 3 c.c., che si eleverebbe a espressione di un principio generale in materia di subcontrattazione, se in un processo venga posto nel nulla il primigenio rapporto negoziale (ad esempio, dichiarandosi nullo il contratto di locazione), ciò si ripercuoterà sul subcontratto, il quale però non seguirà la sorte del contratto base (salvo a voler seguire la tesi del collegamento negoziale), ma semmai diverrà non più eseguibile in concreto: il diritto del subcontraente rimane intatto e, tuttavia, questi non potrà più ottenerne soddisfazione, in quanto l'originario contraente si è visto invalidare il contratto base (rimanendo all'esempio, il subconduttore potrà agire per inadempimento contrattuale contro il sublocatore, il quale non ha più la disponibilità del bene a causa dell'invalidazione del primigenio negozio di locazione).

<sup>45</sup> Assistendosi ad una efficacia *erga omnes* e di riflesso, verso tutti coloro che vedrebbero sorgere nei confronti dell'attore una nuova relazione: per esempio, accertato lo stato di figlio dell'attore, tutti i familiari conformerebbero le loro relazioni conseguenti, divenendo, a seconda dei casi, nipote, cugino e così via

<sup>46</sup> Non si può non richiamare anche quella teorica minoritaria ma autorevolmente sostenuta in dottrina, nota come efficacia naturale della sentenza di primo grado, a mente della quale ogni pronunciamento giurisdizionale, anche se non passato in giudicato, sarebbe idoneo a creare effetti vincolanti tra le parti e persino per i terzi, sempre reversibili per mezzo delle impugnazioni, ma tali da generare un ribaltamento dell'onere probatorio nella dimostrazione della esistenza (o non esistenza) del rapporto oggetto della lite. Gli addentellati normativi di questa ricostruzione si rinverrebbero in quelle disposizioni (quali, la chiamata in causa del venditore in caso di evizione: art. 1485 c.c.; il divieto del creditore principale di agire contro il debitore, a fronte della presenza di una fideiussione: art. 1952 c.c.; le eccezioni opponibili dal terzo al creditore ipotecario: art. 2859 c.c.) che impongono al terzo oneri probatori significativi, pur non assoggettandolo al giudicato. Per approfondimenti, Liebman E. T., *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, Giuffrè, 1962, 44 e 95 e ss..

*petitum e causa petendi*), sia stata già trattata, precedentemente, da un organo giudiziario. A differenza del sistema processualpenalistico, non sembra avere pregio nel diritto processuale civile (almeno quello non punitivo), la distinzione tra *ne bis in idem* sostanziale e processuale. Per vincere questa preclusione e stralciare il primo giudicato, l'ordinamento appronta un rimedio specifico ed eccezionale, quale è la revocazione straordinaria per precedente giudicato tra le parti (art. 395 n. 5 c.p.c.).

Sul piano processuale, il giudice, a fronte dell'eccezione di *ne bis in idem*, deve respingere l'istanza di parte. Secondo taluni<sup>47</sup>, si tratterebbe di un rigetto di merito - idoneo dunque a passare in giudicato sostanzialmente - in quanto il primo giudicato conformerebbe la seconda lite: se la prima sentenza ha negato l'esistenza del diritto, potrà darsi che lo stesso non esistesse o esistesse veramente. Nel primo caso, l'organo giudicante intervenuto per secondo, rigettando la domanda, attualizzerebbe una volta di più la realtà sostanziale. Invece, nella seconda ipotesi, il diritto verrà comunque meno, dal momento che il giudicato opererà come causa estintiva retroattiva del medesimo.

Secondo i più<sup>48</sup>, tuttavia, il divieto di *bis in idem* dovrebbe tradursi in una sentenza di rito, poiché l'esistenza della prima sentenza spoglia di *potestas iudicandi* il secondo giudice e perché, assecondando l'altra tesi, svanirebbe la distinzione con l'effetto conformativo: il *ne bis in idem* si atteggia, pertanto, a presupposto processuale.

In conclusione, sintetizzando quanto fin qui detto, il principio di cui all'art. 2909 c.c. si estrinseca in pratica, da un lato, nell'impossibilità di riaffermare giudizialmente con una nuova domanda il diritto già coperto da un giudicato (qui si insinua il "fare stato": *ne bis in idem*) e, dall'altro, nel creare certezza su un dato rapporto giuridico, certezza che può essere invocata in un nuovo processo relativo ad un diritto diverso ma connesso (e qui sta il "fare stato ad ogni effetto").

Occorre, infine, discorrere brevemente su due ultime questioni.

Innanzitutto, la rilevanza dell'*exceptio rei iudicatae*. Storicamente, la giurisprudenza si è basata sulla distinzione tra giudicato interno, cioè quello che si forma nel processo in corso (in cui può allora operare solo l'efficacia positivo-conformativa), la cui eccezione poteva essere fatta valere anche dal giudice, e giudicato esterno, riconnesso ad un altro processo, rilevabile solo su istanza di parte. La dottrina<sup>49</sup> e la giurisprudenza più moderna, superando la detta classificazione, opinano nel senso di ritenere la cosa giudicata come eccezione in senso lato, ossia contestabile anche d'ufficio: d'altronde, è acquisizione costante<sup>50</sup>, quella secondo cui, nel silenzio della legge e fuori dai casi di diritti potestativi, le eccezioni sono sempre in senso lato.

Da ultimo, la problematica del conflitto tra giudicati, evenienza che si palesa laddove, pur a fronte di un precedente giudicato, nessuno lo faccia valere, ingenerando la coesistenza di due cose giudicate, se del caso contraddittorie. È comune distinguere tra conflitto logico, semipratICO e pratico<sup>51</sup>.

Il primo si ha quando i due giudicati deducono diritti diversi, ma aventi in comune alcuni fatti costitutivi, accertati in modo contrastante. Questo caso non reca problemi, dal momento che le due posizioni giuridiche sono comunque diverse ed indipendenti, ricadendo in giudicati che rimarranno entrambi vigenti.

Il conflitto è semipratICO laddove una questione pregiudiziale di merito sia stata conosciuta, nel primo giudizio, solo incidentalmente (senza quindi copertura di giudicato), mentre nel secondo, sia stata accertata in senso opposto e *principaliter* (dunque, con efficacia di giudicato). L'ordinamento si premura di evitare questa situazione approntando rimedi preventivi, quali la continenza (art. 39 c. 2 c.p.c.) o la sospensione per pregiudizialità (art. 295 c.p.c.), e impugnatori, come la revocazione ex n. 5 dell'art. 395 c.p.c.; ciononostante, rimasti inattuati tali strumenti, si potrebbe tollerare la convivenza tra i due giudicati.

---

<sup>47</sup> Carnelutti F., *Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*, in *Rivista di diritto processuale civile*, I, 1935, 205 e ss..

<sup>48</sup> Chiovenda G., *Cosa giudicata e preclusione*, in *Rivista italiana di scienze giuridiche*, I, 1933, 3. Anche in giurisprudenza: Cass. Sez. Un. 8527/2007 e TAR Calabria, Catanzaro, sez. II 2832/2010.

<sup>49</sup> Liebman E. T., *Sulla rilevanza d'ufficio dell'eccezione di cosa giudicata*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1947, 360.

<sup>50</sup> A partire da Cass. Sez. Un. 226/2001; ribadita da Cass. Sez. Un. 15661/2005 sulla interruzione della prescrizione e da Cass. Sez. Un. 10531/2013 sull'accettazione beneficiata di eredità.

<sup>51</sup> Consolo C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, Giappichelli, 2019, 124.

Se i giudicati hanno per oggetto lo stesso diritto, ma lo accertano in modo contraddittorio, si realizza un conflitto pratico: non è stato correttamente attuato il meccanismo del *ne bis in idem*. Il rimedio è allora sempre la revocazione di cui al n. 5; qualora però, l'eccezione di cosa giudicata sia stata sollevata ed ingiustamente rigettata dal giudice, il gravame è fuori gioco e, non potendosi stavolta ammettere la coesistenza tra giudicati direttamente confliggenti, sarà necessario adoperare altri criteri. Il canone che riscuote maggiori consensi - tipico della successione delle leggi nel tempo - è quello cronologico. Non è però chiaro come operi in concreto: se cioè debba prevalere il giudicato più recente in quanto maggiormente in linea con il rapporto così come attualmente in essere oppure quello emesso per primo, perché il secondo processo è stato illegittimamente celebrato.

### 1.1.3 Il giudicato amministrativo

#### 1.1.3.1 Il dibattito sull'oggetto del processo amministrativo

Per comprendere le specificità<sup>52</sup> del sistema processuale amministrativo, è necessario preliminarmente approfondire la tematica inerente l'oggetto del processo, in special modo quello di annullamento.

Gli orientamenti prevalenti in materia individuano l'oggetto del processo, alternativamente, nell'interesse legittimo, nel rapporto amministrativo, nel diritto potestativo all'annullamento dell'atto. Come visto<sup>53</sup>, nel diritto processuale civile, si ritiene normalmente sussistente una triplice corrispondenza tra oggetto della domanda, oggetto del processo e oggetto della decisione: la *res in iudicium deducta* è la situazione giuridica soggettiva controversa. Particolarità si registrano, d'altra parte, nei giudizi costitutivi, ove l'oggetto del giudizio, cioè l'accertamento del diritto potestativo, è diverso dall'oggetto della tutela, che coincide invece con la posizione soggettiva legittimante l'azione.

Questa ricostruzione poggia sugli artt. 81 c.p.c. e 2907 c.c., dai quali si deduce che, in un processo caratterizzato dal principio dispositivo sostanziale, come quello civile, è su domanda di parte che sono attivati diritti, con le sole eccezioni di azioni, a sfondo oggettivo, intraprese d'ufficio per volontà legislativa dal giudice o dal pubblico ministero e di processi volti esclusivamente ad accertare fatti<sup>54</sup>.

A livello costituzionale, della tutela giurisdizionale si occupa l'art. 24, il quale riconosce il fondamentale diritto di difesa ed azione processuale. Tuttavia, tale disposizione, per il suo carattere onnicomprensivo e di principio, non sembra essere utilizzabile in questo contesto: esso non fornisce alcun elemento ai fini della comprensione dell'oggetto del processo. Un breve vaglio della giurisprudenza costituzionale conforta quanto appena detto. Le sentenze<sup>55</sup> in cui la Consulta ha adoperato l'art. 24 Cost. (come pure l'art. 113 Cost.), enfatizzano il suo ruolo di nune tutelare dell'effettività della giurisdizione, come misura dell'adeguatezza degli strumenti processualistici riconosciuti dall'ordinamento per la tutela dei cittadini, sicché potrà predicarsi l'incostituzionalità di una disposizione perché in contrasto con l'art. 24 Cost. solo laddove essa impedisca *tout court* l'accesso alla giustizia<sup>56</sup> oppure imponga irragionevoli oneri che rendano sostanzialmente

---

<sup>52</sup> Ammonisce Vipiana P. M., *Contributo allo studio del giudicato amministrativo. Profili ricognitivi ed individuazione della natura giuridica*, Milano, Giuffrè, 1990, 184: "la disciplina legislativa del giudicato presenta i seguenti caratteri: intanto si palesa assai scarna [...]; inoltre risulta collocata in sedi differenti, ossia addirittura in due codici diversi [...]; infine emerge da disposizioni che, essendo formulate in modo molto sintetico, finiscono con il dare per scontati forse troppi concetti [...]".

<sup>53</sup> *Supra* par. 1.1.2.1.

<sup>54</sup> Per esempio, rispettivamente, la dichiarazione di morte presunta o di interdizione e la querela di falso.

<sup>55</sup> C. Cost. 71/2015 in tema di acquisizione sanante di cui all'art. 42 bis d.p.r. 327/2001, norma censurata anche in riferimento all'art. 24 Cost., contestandosi l'azzeramento della tutela giurisdizionale per il privato.

<sup>56</sup> C. Cost. 237/2007 in riferimento alle misure straordinarie adottate per far fronte all'emergenza rifiuti.



impossibile la tutela giurisdizionale<sup>57</sup>. In sintesi, si può allora dire che, in base all'art. 24 Cost., la posizione sostanziale sia il fine, ma non l'oggetto del processo. Accantonare in questo contesto l'art. 24 Cost. è molto importante perché esso pone l'equivalenza, *sub specie* di valenza sostanziale e protezione processuale, tra diritto e interesse legittimo, il che avrebbe potuto tradursi, altrimenti, in un forte appiglio per la teorica che vede nell'interesse legittimo l'oggetto del processo amministrativo. Questa dottrina<sup>58</sup>, nondimeno, potrebbe trovare oggi giorno giustificazione nell'art. 7 c.p.a. (erede dell'art. 26 del r.d. 1054/1924), specialmente nei commi 1 e 7, che rappresenterebbero la traduzione amministrativistica degli artt. 81 c.p.c. e 2907 c.c.. La sua base dovrebbe rinvenirsi nel rilievo per cui la tutela del ricorrente non deve essere di pura forma, ma piena, effettiva e sostanziale: essendo la giurisdizione amministrativa connotata soggettivamente al pari di quella civile, come quest'ultima il suo oggetto non potrebbe che essere la posizione sostanziale di interesse legittimo. L'esempio più lampante che confermerebbe queste conclusioni si rinverrebbe nel rito speciale in tema di accesso documentale (art. 116 c.p.a.), il cui esito è condizionato non tanto dalle specifiche doglianze, ma soprattutto dalla valutazione della complessiva fondatezza sostanziale dell'istanza presentata dal privato.

In una variante più estrema<sup>59</sup>, il processo amministrativo dedurrebbe come oggetto sì una pretesa sostanziale, ma non quella del ricorrente, bensì quella della pubblica amministrazione, che, a seconda dell'esito del ricorso, andrebbe a consolidarsi o ad azzerarsi definitivamente. Da qui poi la nota e criticata teoria della presunzione di legittimità del provvedimento amministrativo.

Tuttavia, queste deduzioni non sembrano convincere<sup>60</sup>. In un processo di annullamento, il giudice amministrativo non dà torto o ragione al ricorrente in base all'esistenza o meno dell'interesse che egli deduce, ma verificando la reale presenza dei vizi che egli indica nell'atto introduttivo. A rigore, l'interesse legittimo interagisce col potere pubblico già prima della crisi del rapporto di diritto pubblico, che giustifica poi il ricorso al giudice: semmai, l'interesse assurge ad antecedente logico dell'azione, dal momento che, per aversi legittimazione ad agire, il ricorrente deve mostrarsi come effettivo titolare di una situazione meritevole di protezione.

Si badi, inoltre, che con ciò non si vuole affatto affermare - come avvenuto in passato<sup>61</sup> - che l'interesse legittimo valga solamente come posizione processuale, coincidente col concetto di interesse ad agire: un conto è l'interesse sostanziale, oppositivo o pretensivo, che dialoga col potere pubblico, altro conto è l'utilità concreta, personale ed attuale che il privato può ricavare dalla sentenza a lui favorevole (infatti, il rigetto in rito per carenza di interesse non significa inesistenza dell'interesse legittimo). Altrimenti opinando, si arriverebbe ad affermare che è lo stesso processo a creare posizioni sostanziali.

Un'altra prova dell'insostenibilità di questa tesi sta nella inammissibilità - comunque assai controversa - nel diritto processuale amministrativo, di una generale azione di mero accertamento: nessun cittadino potrebbe trarre alcun vantaggio dal riconoscimento giurisdizionale dell'esistenza di un interesse legittimo in sé, il che equivale a dire che l'interesse non può essere dedotto in via statica come oggetto di un processo, perché sarebbe un oggetto non determinato né determinabile dalla sola applicazione della legge. In altri termini, non essendo perfettamente sovrapponibili il potere discrezionale della p.a. e la discrezionalità del giudice, quest'ultimo, per il principio di separazione dei poteri costituzionali, non può sostituirsi all'apparato pubblico e decidere unilateralmente di soddisfare l'interesse legittimo.

Per completezza, si deve aggiungere che, invece, nei casi in cui l'accertamento riguardi l'interesse in senso dinamico, cioè legato ad altre situazioni (come avviene in caso di silenzio significativo o in tutte le sentenze costitutive e di condanna che presuppongono una ricognizione; si ricordi pure il

---

<sup>57</sup> C. Cost. 213/2005 sull'art. 69 del d. lgs. 165/2001, che disciplina il regime transitorio in tema di tutela giurisdizionale per il personale pubblico a seguito della privatizzazione.

<sup>58</sup> Fatta propria, tra gli altri, da Ranelletti O., *Sulla esecuzione in via amministrativa delle decisioni del Consiglio di Stato e delle Giunte Provinciali Amministrative*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1951, 78 e ss., e da Giannini M. S., *La giustizia amministrativa. Appunti delle lezioni*, Roma, Jandi Sapi, 1972, 174 e ss..

<sup>59</sup> Piras A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962, 82 e ss..

<sup>60</sup> Le critiche sono efficacemente indicate in Valaguzza S., *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, Giuffrè, 2016, 75 e ss..

<sup>61</sup> Guicciardi E., *La giustizia amministrativa*, Padova, CEDAM, 1957, 57 e ss.. Si rinvia comunque al par. 1.2.3 per approfondimenti.

dibattito sorto in tema di SCIA<sup>62</sup>), l'azione è giustificata dall'art. 100 c.p.c.: ma anche in queste evenienze non può dirsi che sia l'interesse in sé a divenire oggetto del processo, essendo esso coinvolto in un rapporto più ampio.

Le conclusioni raggiunte, peraltro, non mutano anche se si ponesse mente ad altre azioni processuali: nell'azione di esatto adempimento (art. 34 c. 1 lett. c) c.p.a.), per esempio, non può dirsi che l'oggetto del processo sia l'interesse legittimo, ma semmai l'accertamento dei presupposti per la sentenza di condanna (oppure, che è lo stesso a nostri fini, il riconoscimento di residui margini di discrezionalità in capo alla p.a.)<sup>63</sup>. Ancora, nell'azione di risarcimento (art. 30 c.p.a.) l'oggetto è identico a quello di un comune processo civile di danno, ossia il diritto di credito (*recte*: gli elementi costitutivi della responsabilità).

Nel caso specifico del rito per l'accesso, poi, il problema si supera agevolmente ritenendo che l'azione *de qua*, pur incentrandosi su un ricorso di impugnazione, sia in realtà un processo di condanna, concludendosi - se fondata - con l'imposizione dell'obbligo di ostensione.

Rimane solo un ultimo aspetto da trattare, quello concernente l'art. 7 c.p.a.. Poco sopra, infatti, si è detto che questa disposizione, nella parte in cui si riferisce *expressis verbis* agli interessi legittimi, parrebbe suffragare la tesi qui criticata; tuttavia, l'ostacolo può essere aggirato, interpretando l'articolo citato come riferito alla sola funzione del processo amministrativo, che è proprio quella di approntare tutela agli interessi legittimi.

In ogni caso, almeno un merito è da riconoscere alla teorica che individua nell'interesse l'oggetto del processo, cioè quello di aver contribuito al superamento della concezione del processo amministrativo come processo a carattere oggettivo. Storicamente, infatti, la giurisdizione amministrativa è stata intesa per molto tempo come giurisdizione volta al ripristino della legalità violata, cioè essenzialmente diretta a verificare la legittimità del provvedimento, a nulla rilevando la posizione del ricorrente, il quale diveniva strumento per la tutela dell'interesse pubblico a purificare il sistema da provvedimenti illegittimi. Siffatto schema è stato abbandonato sulla scorta delle evoluzioni in tema di interesse legittimo e di processo, sospinte anche dalle regole convenzionali ed eurounitarie, le quali hanno reso possibile il passaggio ad una giurisdizione di stampo soggettivo (come traspare, giusto per far un esempio - pure esso però controverso - dal principio di stretta tipicità delle azioni popolari).

In definitiva, l'interesse legittimo è la funzione, lo scopo del processo, ma non combacia col suo ambito oggettivo.

Negli ultimi tempi, si è consolidata la tesi<sup>64</sup>, secondo la quale l'oggetto del processo amministrativo coinciderebbe col rapporto amministrativo, da intendersi come "il sistema proiettato nel tempo delle relazioni giuridicamente rilevanti [...] che si instaurano tra pubbliche amministrazioni e privati in relazione all'esercizio della funzione amministrativa e alla tutela dei diritti fondamentali"<sup>65</sup>. Si intende dunque interpretare l'interesse legittimo come situazione soggettiva finale, con ciò conferendosi la possibilità al giudice di verificare se la pretesa sostanziale del privato sia fondata o meno.

In questi termini si esalta quella tendenza, sospinta dalla volontà di fornire al ricorrente una tutela stabile e definitiva, che avrebbe comportato la metamorfosi del processo amministrativo, da giudizio sull'atto - singolo punto dell'operato amministrativo - a giudizio sull'intero rapporto di diritto pubblico, tramite il pieno accesso al fatto e alla relazione giuridica instaurata. Militerebbero in tal senso anche alcune riforme legislative, quali l'introduzione di una tutela cautelare atipica (art. 55 c.p.a.) e la già ricordata azione di adempimento.

Nondimeno, anche questo orientamento non va esente da critiche. Come è stato acutamente osservato<sup>66</sup>, esso sembra celare null'altro che un'estensione della teorica analizzata per prima, a

---

<sup>62</sup> Cons. St. sez. VI 717/2009 aveva parlato di azione di accertamento mero a garanzia del controinteressato alla segnalazione certificata.

<sup>63</sup> Per approfondimenti sul tema, Carbone A., *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, Torino, Giappichelli, 2021, 324 e ss..

<sup>64</sup> Efficacemente sostenuta, per esempio, da Greco G., *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Diritto amministrativo*, III, 2014, 479, e Patroni Griffi G., *Forma e contenuto della sentenza*, in *Diritto processuale amministrativo*, I, 2015, 25. Nel diritto pretorio, Cons. St. Ad. Plen. nn. 3 e 4 del 2011, n. 4 del 2018 e sez. VI n. 1321/2019.

<sup>65</sup> Protto M., *Il rapporto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008, 6.

<sup>66</sup> Valaguzza S., op. cit., 108 e ss..

mente della quale l'oggetto del processo è l'interesse legittimo, in questo caso arricchito dal dialogo con il potere pubblico in particolare. Pertanto, valgono le critiche già mosse in precedenza. Ovviamente, ciò non significa che il privato non potrà mai ottenere piena soddisfazione della propria pretesa; solo, occorre enfatizzare una volta di più come il rapporto tra amministrazione e privato non sia equiparabile ad un normale contatto da soggetti privati, non foss'altro per la diversità di posizioni giuridiche.

D'altronde, non del tutto casualmente il legislatore ha deciso di non conferire cittadinanza espressa ad una generale azione di accertamento ed ha limitato strettamente l'azione di condanna pubblicistica: il giudice - al di fuori di situazioni particolari - non può diventare il dispensatore dei beni giuridici che è solo in potere della amministrazione elargire.

Resta, dunque, da vagliare l'ultima possibile ricostruzione, propria di quanti sostengono che l'ambito oggettivo del processo amministrativo sia il diritto potestativo all'annullamento del provvedimento<sup>67</sup>, ossia l'accertamento dell'illegittimità dell'atto. Anche nel diritto processuale civile, per la verità, la questione è assai controversa: la tesi maggioritaria<sup>68</sup> ritiene che la *res* dedotta nel giudizio costitutivo sia il diritto potestativo, ma non mancano opinioni differenti<sup>69</sup>.

Ora, il giudizio impugnatorio amministrativo, è un processo costitutivo tipico, solamente demolitorio, non potendo il giudice con sentenza creare o modificare situazioni giuridiche, ma solo estinguerle. A rigore, la fonte del regolamento di condotta è l'atto amministrativo, mentre al giudice spetta solo il potere di vagliarne la legittimità e, in questi termini, l'annullamento in sé non integra l'ordinamento giuridico, se non nel caso in cui determini un successivo riesercizio del potere pubblico.

Però, si faccia attenzione, quanto affermato non deve far pensare che l'oggetto del processo sia il solo atto amministrativo, perché, in un'ottica moderna, il giudizio non scade in una valutazione di legittimità *tout court*, ma riguarda quel puntuale fatto e quello specifico diritto che il ricorrente illumina con i motivi del suo ricorso. Pertanto, l'oggetto del processo amministrativo è l'accertamento del diritto potestativo, a necessario esercizio giudiziario, all'annullabilità del provvedimento amministrativo, conformemente alle doglianze proposte dal ricorrente.

Vagliare la legittimità nelle dinamiche del caso specifico è aspetto fondamentale alla luce dell'art. 21 octies c. 2 l. 241/1990: il giudice, accertata l'illegittimità dell'atto ex art. 21 octies c.1, è tenuto ad una seconda operazione ermeneutica, consistente nel verificare se in concreto la p.a. ha agito correttamente e, specularmente, se possa dirsi esistente in capo al privato il diritto al pieno annullamento del provvedimento. È chiaro che non si ha a che fare con una posizione sostanziale, dal momento che il "diritto" alla caducazione si rivolge esclusivamente al giudice, non avendo rilevanza alcuna al di fuori del processo<sup>70</sup>.

Se così stanno le cose, la giustizia amministrativa, incentrandosi sul diritto all'eliminazione di un provvedimento *contra legem*, fornisce tutela agli interessi del ricorrente, ingiustamente attinti da uno scorretto uso del potere pubblico; al giudice amministrativo, il cui compito è essenzialmente di verificare che l'operato amministrativo non trasmodi in una scelta arbitraria e non conforme all'ordinamento, dovrebbe, perciò, essere precluso sostituire il suo potere a quello dell'amministrazione, la quale rimane l'unico guardiano del pubblico interesse, secondo la riserva di amministrazione che si rinviene nell'art. 97 Cost.. Lo stesso art. 41 della Carta di Nizza, col riferirsi al diritto ad *una* buona amministrazione (e non ad un diritto *alla* buona amministrazione), pare giustificare l'idea che chi dà corpo al concetto di buona amministrazione, sia il soggetto medesimo che esercita la potestà discrezionale.

Ciò che invece è sempre vincolato alla legge e, quindi, sempre dedotto nel sindacato giurisdizionale, è il procedimento amministrativo. Sotto questo angolo visuale, la costante funzione

---

<sup>67</sup> Nigro M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2002, 228 e ss.; Clarich M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, CEDAM, 1989, 133 e ss.. Il primo autore ricordato avrà comunque un atteggiamento altalenante: cfr. Nigro M., *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27, n. 4 della legge sul Consiglio di Stato*, in *Rassegna di diritto pubblico*, I, 1954, 228.

<sup>68</sup> Chiovenda G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1965, 181 e ss..

<sup>69</sup> In Cerino Canova A., *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in Allorio E. (a cura di), *Commentario del Codice di procedura civile*, II, Torino, UTET, 1980, 146 e ss., si parla di un nuovo regolamento tra le parti; in Fornaciari M., *Situazioni potestative, tutela costitutiva e giudicato*, Torino, Giappichelli, 1999, 120, ci si riferisce ad un obbligo di non ingerenza nella sfera dell'attore.

<sup>70</sup> Molto dipende, comunque, dalla natura, sostanziale o processuale, che si vuole attribuire all'art. 21 octies c. 2.

del processo è quella di vagliare la tenuta legale di quella sequenza di fatti ed atti che costituisce, appunto, il procedimento<sup>71</sup>. La crisi del rapporto di diritto pubblico<sup>72</sup>, che giustifica il ricorso giurisdizionale, si alimenta proprio a partire dal fallimento del procedimento.

### 1.1.3.2 La dimensione oggettiva del giudicato

Al fine di analizzare nel dettaglio la dimensione oggettiva del giudicato amministrativo, occorre riprendere la dicotomia diritti eterodeterminati-diritti autodeterminati, rispettivamente caratterizzati dalla inscindibilità tra fatto e diritto e dalla irrilevanza del fatto costitutivo come elemento della domanda. Questa contrapposizione si traduce, sul piano del giudicato, nel fatto che la decisione attinente ai primi fa stato anche sul fatto costitutivo e nulla impedisce che il diritto sia rimesso in discussione sulla base di un fatto costitutivo diverso (salvi i confini dei sottoinsiemi giuridicamente qualificati delle doglianze), mentre il *dictum* sui secondi ricomprende tutti i fatti costitutivi e non è ammissibile un secondo giudicato sul medesimo diritto.

Ora, rapportandoci al processo amministrativo, il diritto all'annullamento dell'atto si atteggia, per i più, come diritto eterodeterminato<sup>73</sup>: il provvedimento può essere avverso con più doglianze, così come un contratto può essere impugnato per più vizi del consenso, ad esempio. In questi termini, il giudicato di annullamento o non annullamento fa stato (sul piano dei confini oggettivi) solo sulle censure prospettate dal ricorrente, con l'aggiunta, all'inverso, per la sola decisione di rigetto, dell'estensione ai fatti impeditivi, estintivi e modificativi che hanno inibito la demolizione del provvedimento.

Diventa allora centrale comprendere la modulazione dei motivi del ricorso giurisdizionale (principale, incidentale e riconvenzionale). Infatti, è proprio tramite le censure mosse dal ricorrente che vengono illuminati i vari profili di potenziale illegittimità del provvedimento; in altri termini, le doglianze di parte ritagliano i confini della *potestas iudicandi* del giudice. Pertanto, si può dire che i gravami proposti, pur inglobati formalmente in un atto unitario, rappresenteranno, sostanzialmente, altrettante domande processuali, come pure altrettanti diritti eterodeterminati.

La giurisprudenza amministrativa, in proposito, assume un atteggiamento funzionale, ritenendo irrilevante di per sé l'etichetta formale introduttiva della doglianza, essendo invece dirimente il contenuto della prospettazione di parte<sup>74</sup>; l'importante è che le censure siano specifiche ed intelleggibili, a pena di inammissibilità (art. 40 c.p.a.). Queste affermazioni sembrano cozzare con quell'orientamento pretorio, storicamente accreditato, che ritiene ammissibile il cosiddetto assorbimento anche improprio delle censure: in nome dell'economicità processuale, se una censura - tra le tante - si dimostra fondata, le altre vengono assorbite, cioè non scrutinate dal collegio, perché il provvedimento va comunque annullato. Il Consiglio di Stato, nella sua massima formazione<sup>75</sup>, ha posto termine a tale ricostruzione, ritenendo necessario, in nome dell'effettività della tutela e del principio della domanda, scandagliare tutte le domande di parte; anzi, la mancata

---

<sup>71</sup> Benvenuti F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, I, 1952, 118.

<sup>72</sup> Cerulli Irelli V., *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014, 265 e ss..

<sup>73</sup> *Contra* Clarich M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, CEDAM, 1989, 146, il quale peraltro esclude dall'orizzonte dei limiti oggettivi (ma non da quello dei limiti cronologici) del giudicato i motivi di gravame, assecondando la *Begründungstheorie* - teoria del vincolo al motivo portante (il cui fondatore è Zeuner A., *Die objektiven Grenzen Der Rechtskraft Im Rahmen Rechtlicher Sinnzusammenhänge: Zur Lehre Über Das Verhältnis Von Rechtskraft Und Entscheidungsgründen Im Zivilprozess*, Tubinga, 1959). Da qui, ad esempio, il secco ripudio della prassi dell'assorbimento improprio dei motivi.

<sup>74</sup> *Ex multis* Cons. St. sez. VI 4006/2012.

<sup>75</sup> Cons. St. Ad. Plen. 5/2015.

decisione su certi punti potrebbe comportare un'ulteriore conflittualità, con buona pace della economicità processuale. In ogni caso sono fatte salve alcune ipotesi di assorbimento proprio<sup>76</sup>. Pare insito in tale ricostruzione il ripudio del principio della copertura del dedotto e del deducibile, cioè la regola per cui il giudicato copra sia le questioni emerse negli atti processuali sia quelle che avrebbero potuto essere fatte valere, ma non lo sono state. In generale, questo principio è figlio della valorizzazione al massimo livello del momento processuale - anche in un'ottica di scarsità della risorsa giustizia - come luogo in cui trattare ad ampio spettro della lite. Però, specularmente, enfatizzare eccessivamente questo aspetto comporta un sacrificio più o meno incisivo dei canoni del contraddittorio e della motivazione.

È di tutta evidenza che l'applicazione o meno del principio della preclusione del dedotto e del deducibile è fondamentale per delimitare i confini oggettivi del giudicato.

La giurisprudenza meno recente<sup>77</sup> sosteneva che la sentenza di rigetto, coprendo il dedotto ed il deducibile, conferisse crisma di piena legittimità al provvedimento: passata in giudicato la decisione, l'atto non poteva essere più contestato in alcun modo. Questi assunti sono stati definitivamente superati<sup>78</sup>, ritenendosi che il giudicato copra solo il dedotto, nei limiti cioè della non annullabilità di quel provvedimento per quelle doglianze, nulla ostando a che esso sia di nuovo fatto oggetto di impugnativa (o di autotutela) per nuovi vizi - altrimenti sotto pena di attività nulla per elusione/violazione di giudicato, appunto. Ciò ribadisce ancora una volta la natura eterodeterminata di questa azione. Peraltro, il problema sarebbe anche superabile sul piano pratico, visto che è assai improbabile che il ricorrente abbia in concreto la possibilità di avversare una seconda volta il provvedimento entro i brevi termini decadenziali previsti dal codice.

Per le sentenze di accoglimento, d'altra parte, è affermazione costante che il giudicato copra solo il dedotto<sup>79</sup>. Il problema qui si declina diversamente e riguarda l'attività amministrativa successiva al giudicato: quando la giurisprudenza dichiara che il giudicato caducatorio concerne solo il dedotto, sottintende che la p.a., esercitando dopo il pronunciamento i residui margini di discrezionalità, può farlo con pienezza, emanando se del caso un nuovo provvedimento negativo per il privato, ma sostenuto da ragioni diverse, con l'unico limite della violazione o elusione della sentenza. La dottrina ha proposto in tema raffinate costruzioni - che saranno approfondite in seguito<sup>80</sup> - volte a comprimere i margini di intervento della p.a. in seconda battuta.

Per le sentenze condannatorie (risarcimento danni, silenzio inadempimento, adempimento pubblicistico, ostensione documentale), infine, vale la regola della copertura del dedotto e del deducibile, dal momento che il primigenio contenuto ricognitivo in uno col carattere obbligatorio - che rendono questi pronunciamenti, in sostanza, non lontani da quelli del giudice comune - inibiscono una successiva pretesa del ricorrente a far valere le doglianze proponibili a suo tempo, ma rimaste inattivate.

A questo punto dell'analisi, sorge un dubbio: ma, propriamente, quale parte del pronunciamento giudiziario cade nel giudicato sostanziale? Cosa "fa stato ad ogni effetto"? La sentenza è composta di una parte in fatto, che racchiude la descrizione della fattispecie; di una parte motiva, ove figurano gli elementi di fatto e di diritto che hanno portato ad una precisa presa di posizione; ed il dispositivo, il quale riassume la regola da applicare al caso concreto. Nessun dubbio che il giudicato cali sul dispositivo; per la motivazione, invece, il dibattito è più acceso.

La parte motiva della decisione di annullamento (comunque elemento essenziale della sentenza: art. 88 c.p.a.) ha un indelebile cuore normativo, l'unico capace di legittimare l'efficacia anche conformativa della sentenza caducatoria. È alquanto diffusa la distinzione, all'interno della motivazione, tra la giustificazione, che raccoglie le acquisizioni probatorie, e la motivazione in senso stretto, che integra l'accertamento condensato nel dispositivo.

---

<sup>76</sup> Nello specifico, sono i casi di assorbimento previsto direttamente dal legislatore (per esempio, nel rapporto tra ricorso principale e quello incidentale, tra gravame principale e gravame incidentale tardivo), di assorbimento logico (come avviene in caso di rigetto per motivi di rito o per l'accoglimento del vizio di incompetenza), di assorbimento per economia processuale (quando ad esempio vengono scartate doglianze ridondanti o ripetitive).

<sup>77</sup> Cons. St. sez. IV 1453/2003; TAR Lazio, Latina, sez. I 1481/2007.

<sup>78</sup> Cons. St. sez. V 1669/2014 e sez. VI 6836/2011.

<sup>79</sup> Cons. St. sez. IV 5176/2014.

<sup>80</sup> *Infra* cap. 2.

Invero, non tutte le componenti della motivazione possono finire nel giudicato; ne sono esclusi gli accertamenti incidentali su diritti ex art. 8 c.p.a., gli *obiter dicta* e le argomentazioni *ad abundantiam*. Di fatto, però, il discernimento tra gli elementi della motivazione superflui e quelli che vanno a comporre la *res iudicata* è rimesso all'interprete<sup>81</sup>.

Ben vero, delimitare oggettivamente i confini del giudicato amministrativo è molto utile per capire anche quale peso possa assumere il *dictum* del giudice amministrativo in altri processi. Riecheggia qui la tematica sopra accennata<sup>82</sup> della pregiudizialità, già distinta - per quanti lo ammettono<sup>83</sup> - in pregiudizialità tecnica, che si ha quando alcuni dei fatti costitutivi, impeditivi, modificativi o estintivi di un diritto sono a loro volta diritti aventi quindi un carattere condizionante; e in pregiudizialità logica, riscontrabile quelle volte in cui al giudice viene sottoposta una parte di una fattispecie più complessa, la quale dovrà comunque essere vagliata nella sua interezza. La norma di riferimento è l'art. 34 c.p.c., che è da riferire alla prima forma di pregiudizialità: in tal caso il giudice conosce solo incidentalmente il rapporto pregiudicante, senza efficacia alcuna di giudicato, salvo che la legge disponga altrimenti o che ci sia una apposita domanda di parte. Nell'altra ipotesi, invece, il giudicato - a questo punto fornito di validità esterna - coinvolge inevitabilmente anche la situazione condizionante.

Su alcune questioni, comunque, il giudice amministrativo può esclusivamente pronunciarsi *incidenter tantum*: sono quelle attinenti a *status*, cittadinanza e querela di falso su cui solo il giudice civile può calare un giudicato pieno (art. 8 c. 2 c.p.a.).

Nei rapporti tra giudizi, l'esistenza di una pregiudizialità logica - o, meglio, di un giudicato sostanziale con efficacia esterna - si risolve pertanto in uno sbarramento processuale (*ne bis in idem*). La regola può assumere un peso specifico tra giudizi amministrativi di annullamento, in caso di nesso di presupposizione tra gli atti impugnati, la quale a sua volta sfocia nella tematica della invalidità derivata. Così come per la pregiudizialità, anche la presupposizione (e dunque l'invalidità derivata) può declinarsi in due modalità: la presupposizione "forte" emerge quando i due provvedimenti, inseriti nella medesima sequenza procedimentale, sono talmente legati che quello finale può dirsi specificazione necessaria ed automatica di quello emanato per primo (come avviene in caso di annullamento della graduatoria di un concorso rispetto alla successiva nomina oppure di annullamento dell'adozione del piano urbanistico rispetto alla sua approvazione), tant'è che avremo una illegittimità derivata immediatamente caducante qualora sia invalidato il provvedimento condizionante (e non sarà allora necessario avversare anche quello condizionato)<sup>84</sup>. La presupposizione "debole", invece, affiora laddove i due atti, pur connessi tra di loro e prodotti in uno stesso procedimento, non manifestino quella stringente pregiudizialità di cui sopra (come è il rapporto tra bando di gara<sup>85</sup> e aggiudicazione), per cui dall'invalidazione di quello pregiudicante deriverà una sola illegittimità viziante per quello pregiudicato (che dovrà quindi essere impugnato necessariamente, entro i termini).

In particolare, l'efficacia direttamente caducante dell'invalidazione dell'atto condizionante si riconnette proprio ai confini oggettivi del giudicato: il giudice amministrativo, in questi contesti, vaglia l'esistenza del diritto all'annullamento anche della determinazione pregiudicata, secondo lo schema della pregiudizialità logica. In altre parole, si tratta, da un canto, di dare piena

---

<sup>81</sup> Una nozione particolarmente ampia sembra trasparire dalla giurisprudenza più recente; per esempio in Cons. St. Ad. Plen. 6/2021, leggiamo: "[...] il giudicato sostanziale [...] si forma su tutto ciò che ha costituito oggetto della decisione, compresi gli accertamenti in fatto e in diritto, i quali rappresentino le premesse necessarie e il fondamento logico-giuridico della pronuncia finale, spiegando, quindi, la sua autorità non solo sulla situazione giuridica soggettiva fatta valere con la domanda giudiziale (cd. giudicato esplicito), ma estendendosi agli accertamenti che si ricollegano in modo inscindibile con la decisione e ne formano il presupposto, così da coprire tutto quanto rappresenta il fondamento logico-giuridico della statuizione finale (cd. giudicato implicito). [...] Quindi l'autorità di cosa giudicata copre l'accertamento, oltre che del singolo effetto dedotto come *petitum* (mediato), anche del rapporto complesso dedotto come causa *petendi*".

<sup>82</sup> Par. 1.1.2.1.

<sup>83</sup> Satta S., voce *Accertamento incidentale*, in *Enciclopedia giuridica*, I, Milano, Giuffrè, 1958, 245 e ss..

<sup>84</sup> Questo vale, si badi, sempre che l'atto finale non incida su posizioni di terzi, perché in caso contrario sarà necessario impugnarlo al fine di integrare il contraddittorio con i controinteressati, i quali altrimenti vedrebbero caducato un atto che li riguarda direttamente senza potersi opporre.

<sup>85</sup> Per approfondimenti sulla tematica dell'immediata impugnabilità delle clausole del bando già lesive, si veda Cons. St. Ad. Plen. 4/2018.

soddisfazione all'interesse del ricorrente a porre nel nulla l'intero operato amministrativo e, dall'altro, di rispondere all'esigenza di celerità processuale.

Il problema, manifestatosi soprattutto in giurisprudenza, sta allora nel capire quando esiste questo stringente rapporto di presupposizione "forte". L'approccio casistico pare imprescindibile<sup>86</sup>.

Ora, a parte i profili inerenti il nesso di presupposizione, sembra ragionevole poter affermare che la pregiudizialità nel diritto processuale amministrativo a carattere impugnatorio - vigente il principio della copertura del solo dedotto - sia un concetto superfluo: nella variante tecnica, infatti, non trova spazio, in quanto l'oggetto del processo è il diritto potestativo all'annullamento, nei confronti del quale non possono esistere fatti costitutivi diversi da quelli dedotti nel ricorso; rispetto alla pregiudizialità logica, così come non è possibile che un giudice civile dichiari nullo un contratto per cui è già stata disposta la condanna all'adempimento (con giudicato implicito sulla sua non nullità), allo stesso modo non è possibile rimettere in discussione i fatti costitutivi di un precedente annullamento giurisdizionale innanzi ad un altro giudice amministrativo.

Ciò non toglie, ovviamente, che il diritto processuale amministrativo, al pari di quello civile, debba contemplare strumenti nel caso in cui non siano rispettati i vincoli legati all'ambito oggettivo del giudicato. Ci si riferisce all'eccezione di cosa giudicata, che può essere fatta valere dalla parte processuale (oltre che d'ufficio<sup>87</sup>) per inibire la pretesa della controparte, con l'ottenimento di una sentenza di improcedibilità per carenza di un presupposto processuale (la presenza di *bis in idem*). Se il giudice disattende l'eccezione, la parte potrà far valere l'*error in iudicando* con le impugnazioni ordinarie (appello); qualora il problema invece non emerga nelle more del giudizio, residua la revocazione ex art. 395 n. 5 c.p.c..

Il *bis in idem* viene comunemente sintetizzato nella formula per cui il secondo processo, rispetto al primo, è connotato da *eadem res* (stesso *petitum*), *eadem ratio* (stessa *causa petendi*) e *eadem personae* (stesse parti processuali). Per il processo amministrativo gli unici dubbi riguardano la qualificazione dell'*eadem personae*, visto che interpretarlo letteralmente e quindi restrittivamente renderebbe praticamente inutilizzabile l'*exceptio rei iudicatae*. Questa tematica incrocia quella dei confini soggettivi del giudicato, che sarà analizzata successivamente<sup>88</sup>. Qui basti rilevare che per la sentenza di accoglimento, il provvedimento caducato non può più essere fatto oggetto di contestazioni non solo tra le parti, ma anche per i terzi; per le decisioni di rito, identicamente, il *ne bis in idem* deve operare a prescindere dalla coincidenza soggettiva. Questo perché il diritto all'annullamento, in quanto eterodeterminato, è frammentato in tanti diritti quante sono le censure astrattamente configurabili, sicché quando una di queste doglianze viene inserita nel ricorso, su di essa cala il giudicato. Nulla vieta, viceversa, che il ricorrente o i terzi (o anche la p.a. in autotutela) oppugnano il medesimo provvedimento con vizi diversi.

Si danno infine casi in cui, per espressa volontà legislativa, in nome dei canoni di certezza, uguaglianza e celerità, la sentenza amministrativa può assumere una valenza *extra iudicium*; ci si riferisce alle ipotesi di cui agli artt. 99 e 74 c.p.a., oltreché alle decisioni panprocessuali rese in sede di regolamento di competenza e di giurisdizione. Nella prima disposizione<sup>89</sup> viene introdotto uno *stare decisis* improprio, dal momento che opera solo nei rapporti interni al Consiglio di Stato: la *regula iuris* manifestata da una sentenza resa in Adunanza Plenaria è vincolante per le sezioni semplici le quali possono disattenderla solo rimettendo la questione alla stessa Adunanza. Il secondo articolo (che ha il suo omologo procedurale all'art. 2 c. 1 l. 241/90) concerne le sentenze in forma semplificata, che possono radicarsi sul mero rinvio ad un precedente conforme. Si è detto *stare decisis* improprio, perché queste norme, non dissimili da quelle inserite nei codici di

---

<sup>86</sup> La più diffusa formula risale a Cons. St. sez. VI 5986/2012: si avrà invalidità caducante qualora il nesso di presupposizione sia "*immediato, diretto e necessario, nel senso che l'atto successivo si ponga, nell'ambito della stessa sequenza procedimentale, come inevitabile conseguenza di quello anteriore, senza necessità di nuove ed ulteriori valutazioni di interessi*".

<sup>87</sup> Cass. Sez. Un. 226/2001.

<sup>88</sup> Par. 1.1.3.4.

<sup>89</sup> Depotenziata dalla stessa Adunanza Plenaria, nella sentenza n. 19 del 2016, resa a seguito della pronuncia della Corte di Giustizia sul caso Pulgigenica.

procedura civile e penale<sup>90</sup>, non fondano affatto un nuovo sistema di *common law*<sup>91</sup>. Infatti non è prescritta nessuna sanzione in caso di inosservanza e l'art. 101 Cost. continua ad affermare che il giudice è sottoposto solo alla legge (e non anche al precedente): ad essere vincolante non è la decisione anteriore in sé, ma la sua motivazione.

In definitiva, in questi casi, non vengono estesi i confini oggettivi del giudicato, ma solo condivisi principi e regole ermeneutiche cui si riconosce una valenza particolarmente persuasiva.

### 1.1.3.3 Casistica

Tradizionalmente, anche in giurisprudenza<sup>92</sup>, è ricorrente l'affermazione secondo la quale il giudicato materiale sia esclusivamente verificabile nelle decisioni di merito, non anche in quelle di rito (per le quali vale solo il giudicato formale), dal momento che le prime accertano la sostanza del rapporto. Tuttavia esistono anche sentenze che, pur avendo un contenuto processuale, sono comunque idonee a formare un giudicato esterno, in quanto accertano un necessario e pregiudiziale elemento sostanziale della fattispecie<sup>93</sup>. Così sono definite le sentenze apparentemente (solo) processuali<sup>94</sup>.

La criticità della lettura restrittiva che occorre subito evidenziare si rinviene nell'assunto di partenza: la valenza conformativa di un *dictum* non è una caratteristica essenziale del giudicato (tant'è che ad essa non ci siamo riferiti nel paragrafo sul giudicato in generale<sup>95</sup>), ma semmai un *posterius*, un effetto successivo. Tra l'altro sostenere che si ha giudicato solo se la decisione dispiega effetti definitivi, è reso ancor più difficile dal fatto che le sentenze del giudice amministrativo, in forza dell'art. 33 c. 2 c.p.a., producono effetti immediatamente, a prescindere dal passaggio in giudicato (come anche nel giudizio civile ex art. 282 c.p.c.).

Se si vuole mantenere una differenziazione, allora, sembra più corretto discorrere in termini di giudicato sostanziale in senso stretto, proprio delle sentenze che decidono sull'oggetto della lite, e di giudicato sostanziale in senso lato (presente in alcune sentenze di rito), che non riguarda l'oggetto della controversia, ma determina pur sempre un'applicazione della legge sostanziale. Da questo dualismo, ne discende un altro, che riguarda eminentemente il potere del giudice: si avrà accertamento in senso stretto, quando l'organo giudicante, individuando la regola da applicare al caso particolare, risolve la controversia nel merito, mentre opererà un accertamento in senso lato laddove sia chiamato ad adoperare il diritto positivo senza però alcun riferimento all'oggetto della lite<sup>96</sup>.

Occorre ora chiarire quali siano queste pronunce che, nonostante attengano a profili processuali, abbiano anche un contenuto sostanziale, passibile di giudicato materiale.

- Cessazione della materia del contendere.

La sentenza di cessata materia del contendere è, in effetti, una decisione che si pone a metà strada tra una sentenza di merito ed una di rito; tuttavia, è prevalente l'inquadramento in termini di

---

<sup>90</sup> Art. 374 c.p.c. e art. 618 c.p.p..

<sup>91</sup> Ove il giudicato assume valenza *erga omnes* ed anche l'amministrazione è tenuta a conformarvisi, in quanto fonte di diritto.

<sup>92</sup> Cons. St. sez. III 2844/2013, sez. III 602/2012, sez. V 1095/2011; TAR Lazio, Roma, sez. III ter 7433/2013. In dottrina, valga per tutti Chiovenda G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1965, 907.

<sup>93</sup> In Cacciavillani C., *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, CEDAM, 2005, 5, si arriva a sostenere che le sentenze di rito e quelle di merito che non definiscono la lite sono in grado di formare una cosa giudicata sostanziale.

<sup>94</sup> La formula è presente in Cons. St. sez. V 1095/2011.

<sup>95</sup> Cfr. par. 1.1.1.

<sup>96</sup> Per entrambe le definizioni, si veda Valaguzza S., *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, Giuffrè, 2016, 162 e ss..



decisione di merito sia per l'incontestabile dato normativo (l'art. 34 c.p.a., rubricato "Sentenze di merito", vi fa espresso riferimento al comma 5) sia per la natura di tale pronuncia, volta ad accertare che la lite, nel merito appunto, non ha più ragione di essere, in quanto la pretesa del privato è stata pienamente soddisfatta (ad esempio, perché l'amministrazione ha rifiuto i pagamenti domandati oppure ha corrisposto il bene che il cittadino richiedeva)<sup>97</sup>. Analogamente vale nel processo civile<sup>98</sup>, ove peraltro il codice non contiene alcuna disposizione sul tema.

- Sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere.

La sentenza di cessata materia del contendere non va confusa con quella contenente la declaratoria di sopravvenuta carenza d'interesse a ricorrere, che si ha quando, a causa di sopravvenienze di fatto o di diritto, la pronuncia giurisdizionale nel merito diverrebbe inutile ed inattuale, perché il contesto è completamente mutato: il ricorrente pertanto non ha più alcun vantaggio da ritrarre dalla decisione e viene meno un presupposto dell'azione (come accade, per esempio, nel caso in cui la p.a. abroghi il provvedimento impugnato sostituendolo con un altro altrettanto lesivo). Condivisibilmente, il legislatore ha infatti inserito la pronuncia *de qua* nell'elenco delle sentenze di rito - *sub specie* di improcedibilità - di cui all'art. 35 c. 1 lett. c) c.p.a..

- Originaria o sopravvenuta carenza di legittimazione a ricorrere.

Per quanto riguarda l'accertamento della carenza di legittimazione ad agire, esso sembra essere il più fulgido esempio di sentenza di rito idonea a formare un giudicato sostanziale. Questo pronunciamento, infatti, si incentra sulla mancanza di una posizione giuridica che giustifichi l'azione processuale. In termini molto semplici, il ricorrente non è titolare di alcun interesse legittimo (o diritto) da opporre alla pubblica amministrazione in grado di radicare la *potestas iudicandi* (art. 24 Cost.). In questi casi allora è ragionevole ritenere che quella sentenza - comunque annoverata tra quelle di inammissibilità dall'art. 35 c. 1 lett. b) c.p.a. - possa tradursi in un giudicato sostanziale proprio circa l'assenza di una posizione legittimante, senza intaccare in nessun modo il merito della lite. Identicamente è a dirsi per l'accertamento della sopravvenuta carenza della legittimazione, che l'art. 35 c. 1 lett. c) c.p.a. include tra le pronunce di improcedibilità.

Forse, a differente conclusione dovrebbe pervenirsi per le sentenze di inammissibilità per carenza originaria di interesse ad agire (pure esse citate dalla lettera b) dell'art. 35 c.p.a.), visto che esse si basano sul riscontro empirico della superfluità di quel processo.

- Irricevibilità.

Vengono ricomprese nelle pronunce di rito anche le sentenze di irricevibilità, dal momento che esse non contemplano affatto il rapporto sostanziale (ma casomai quello processuale, impropriamente costruito). L'art. 35 c. 1 lett. a) c.p.a. conferma questo assunto.

- Giurisdizione.

Di alcune decisioni processuali si mette persino in discussione la possibilità che possano generare un giudicato formale: è quanto sembra avvenire per le decisioni sulla giurisdizione del singolo giudice, solamente capaci di formare un giudicato interno, rilevante cioè per il singolo giudizio<sup>99</sup> (difatti, il secondo giudice adito per *translatio* ex art. 11 c.p.a. non è affatto vincolato alla scelta del primo, nei termini di seguito indicati). Tuttavia, è utile verificare se queste affermazioni astratte possano essere confermate da come la sentenza declinatoria della giurisdizione si atteggia in concreto. Ad una attenta analisi, si può dire che la sentenza sulla *iurisdictio* presuppone inevitabilmente un minuzioso studio del rapporto sostanziale dedotto in lite: ora, senza poter qui ricostruire il lungo e travagliato percorso sulle regole del riparto tra la giurisdizione ordinaria e

---

<sup>97</sup> *Contra* Valaguzza S., op. cit., 163, che annovera la sentenza di cessata materia del contendere tra le pronunce di rito, perché basata sulla presa d'atto della risoluzione stragiudiziale della lite; invece concordi con l'inquadramento proposto Vipiana P. M., *Contributo allo studio del giudicato amministrativo. Profili ricognitivi ed individuazione della natura giuridica*, Milano, Giuffrè, 1990, 161, e Travi A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014, 380.

<sup>98</sup> Cass. sez. III 17312/2015.

<sup>99</sup> Diversamente vale per la decisione della Cassazione sulla giurisdizione, il cui ruolo di massimo garante della giurisdizione rende le sue pronunce in materia vincolanti per tutti i giudici dell'ordinamento; non a caso esse sono prese a Sezioni Unite.

quella amministrativa<sup>100</sup>, secondo lo storico “concordato” degli anni 30<sup>101</sup> riversato poi negli artt. 103 e 113 Cost.<sup>102</sup>, basti pensare che il giudice per individuare a quale plesso della magistratura spetti la lite tra privato e p.a. (ma lo stesso varrebbe anche in altri frangenti), deve verificare, scandagliando la *causa petendi* in modo oggettivo (a prescindere cioè dalla progettazione delle parti), se esista o meno un interesse legittimo e cioè se sia presente o meno un esercizio di potere pubblico.

Ebbene, da quanto detto, è giocoforza ritenere che anche le sentenze sulla giurisdizione siano annoverabili tra quelle decisioni di rito che sono però idonee a plasmare un giudicato sostanziale in senso lato sul rapporto, pur essendo - giova ribadirlo - tale *res iudicata* valevole ai soli fini del singolo processo (essendo il giudicato esterno proprio delle sole sentenze di merito). Infatti, qualora il giudice adito per secondo decida di ritenere la causa, darebbe avallo a quel *dictum* sostanziale; se invece decidesse di discostarsi - come sarebbe libero di fare - avrebbe comunque l'obbligo di devolvere la questione alle Sezioni Unite per una risoluzione definitiva e pienamente vincolante, tramite un regolamento di giurisdizione ufficioso e obbligatorio.

- Infondatezza.

Della difficoltà di questa trattazione è prova il fatto che persino rispetto alle sentenze di merito sono emersi dei dubbi in riferimento alla loro capacità di formare un giudicato sostanziale; in particolare, si è molto discusso sulle sentenze di rigetto della domanda di annullamento<sup>103</sup>.

La giurisprudenza ha affrontato la questione in punto di azione di ottemperanza, negando decisamente che un sentenza di rigetto possa tradursi in una *res iudicata* suscettibile di esecuzione<sup>104</sup>. Molto banalmente, se l'azione costituiva risulta fallimentare nulla cambia nella realtà, e dunque non c'è niente da portare ad esecuzione. Non si registrano effetti costitutivi, né ricognitivi (semmai, solo preclusivi). Emergerebbe dunque una situazione affine a quella che viene a crearsi a seguito di una sentenza di non accoglimento emanata dalla Corte costituzionale, la quale non preclude la riproposizione, anche nello stesso rapporto processuale, dell'identica questione di legittimità costituzionale, ma si limita solamente a vietare al giudice *a quo* di riproporre la medesima censura<sup>105</sup>.

Nondimeno, bisogna fare attenzione a non sovrapporre l'eseguibilità della sentenza col giudicato stesso: ancora una volta, l'ottemperabilità del *decisum* è un *posterius* di questo e non un *prius* (non a caso, anche qui vale ricordare che tra i caratteri trasversali del giudicato non si è annoverato anche quello della sua eseguibilità<sup>106</sup>). Basti semplicemente porre mente al fatto che l'ottemperanza è un rimedio non necessario ma solamente eventuale, come avviene per i titolari di interessi oppositivi, i quali normalmente possono dirsi pienamente soddisfatti dal mero annullamento giurisdizionale. Pertanto, da questo argomentare ne consegue che anche la sentenza di infondatezza della pretesa - adagiandosi su una valutazione nel merito - è in grado di forgiare un giudicato sostanziale in senso stretto.

- Fondatezza.

---

<sup>100</sup> Per una visione più completa, ci si limita a citare Travi A., op. cit., 121 e ss. e Cerulli Irelli V., *Corso di giustizia amministrativa. La giurisdizione e le azioni*, Roma, La Sapienza Editrice, 2016, 41 e ss..

<sup>101</sup> Cass. Sez. Un. 2680/1930 e Cons. St. Ad. Plen. 1/1930.

<sup>102</sup> La cui intima essenza è stata individuata dalla nota sentenza C. Cost. 204/2004.

<sup>103</sup> Contrario al formarsi del giudicato sostanziale è Morea P., *Giudicato amministrativo e vincoli della P.A. Spunti ricostruttivi*, in *Tribunale amministrativo regionale*, V-VI, 1981, 163; problematizza la questione Vipiana P. M., *Contributo allo studio del giudicato amministrativo. Profili ricognitivi ed individuazione della natura giuridica*, Milano, Giuffrè, 1990, 149.

<sup>104</sup> *Ex multis* Cons. St. sez. III 55/2015; TAR Sicilia, Palermo, sez. II 720/2015.

<sup>105</sup> Modugno F., *Diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2017, 753. Il parallelismo tra giudicato amministrativo e giudicato costituzionale è valorizzato in D'Amico M., *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1993, 46-47. I punti di contatto sono rinvenuti, in particolare, nella limitatezza dell'estensione oggettiva e nell'efficacia ordinariamente retroattiva.

<sup>106</sup> Cfr. par. 1.1.1.

Infine, le sentenze di merito di accoglimento: per esse nessuno può seriamente mettere in dubbio l'esistenza del giudicato sostanziale; tuttavia, la particolarità del rapporto di diritto pubblico, la sua fluidità e modificabilità hanno portato molti a ritenere che tale *res iudicata* manifesti una stabilità inferiore rispetto a quella del giudicato civile<sup>107</sup>, potendosi raggiungere un adeguato livello di consolidazione solo col giudizio di ottemperanza<sup>108</sup>. È questa la cosiddetta teoria della formazione progressiva del giudicato, che ha attecchito anche in giurisprudenza<sup>109</sup> e che guarda al giudicato amministrativo come sommatoria di un nucleo fisso ed invariabile, forgiato dalla sentenza di cognizione, e di un apparato ancillare e manipolabile, che va a consolidarsi nel tempo tramite la stratificazione della attività amministrativa e giurisdizionale (per mezzo dell'ottemperanza, appunto) e che specifica la regola di condotta a cui è astretta l'amministrazione.

La menzionata ricostruzione è stata sottoposta ad una efficace critica dalla dottrina<sup>110</sup>. In primo luogo, viene giustamente sottolineato che non è proprio di tutte le sentenze di accoglimento l'enucleare un obbligo specifico di fare, in quanto ben possono esistere pronunce cassatorie di per sé soddisfattive, di cui non è dunque predicabile l'ottemperanza: sono le cosiddette sentenze autoesecutive (si è poco sopra fatto l'esempio del titolare di interessi oppositivi). Già da queste affermazioni si può allora estrapolare un importante convincimento, e cioè che la teoria della formazione progressiva del giudicato può al massimo valere per specifiche situazioni, ma non è generalizzabile.

In secondo luogo, pare mistificata la stessa *ratio* del giudizio di ottemperanza, la cui funzione non è quella di scolpire nel lungo termine il giudicato sostanziale, ma quello di interpretare (cioè, ascrivere il corretto significato a) non tanto il dispositivo della sentenza, che è o di accoglimento o di rigetto, ma la parte motiva, al fine di carpire gli effetti che la successiva ed eventuale attività conformativa dell'apparato pubblico comporterà. Ciò è naturale corollario del diverso ambito di riferimento delle due fasi processuali: da un canto, il giudizio di cognizione che guarda al passato (il potere già esercitato), dall'altro quello di ottemperanza, proiettato all'azione amministrativa posta in essere o ancora da porre in essere dopo la sentenza di annullamento. È per questo che sarebbe forse più corretto parlare di una interpretazione (e non di una integrazione) progressiva del giudicato, dovendosi limitare il giudizio di esecuzione a dare significato al *dictum* costitutivo - essenzialmente sotto il profilo dell'efficacia conformativa - e non a fondare nuovi ed ulteriori obblighi. In questo senso, si è soliti parlare dell'ottemperanza delle decisioni amministrative come processo necessariamente di esecuzione ed eventualmente di cognizione, laddove, viceversa, tutto il contrario vale per l'ottemperanza delle pronunce del giudice ordinario, eventualmente esecutive ma necessariamente ricognitive, in quanto qui il giudice amministrativo è chiamato a colmare quel deficit di cognizione che affligge il giudice comune quando sia chiamato a decidere una controversia che coinvolge la p.a. (art. 4 l. 2248/1865, All. E)<sup>111</sup>.

A riprova di quanto detto sta anche l'abrogazione dell'art. 112 c. 4 c.p.a. (avvenuta col d. lgs. 195/2011), il quale concedeva la possibilità di richiedere il risarcimento danni per la prima volta direttamente in sede di ottemperanza, cioè di attivare una domanda avente anche connotati di accertamento direttamente in seno alla fase esecutiva. Oggi è dunque possibile far valere il risarcimento solamente se legato agli interessi e rivalutazioni monetarie, alla mancata esecuzione, alla violazione o elusione del giudicato, insomma per tutto ciò che segue al giudicato di cognizione e su cui ovviamente il giudice del merito non poteva statuire.

Inoltre, anche per un altro aspetto l'orientamento della integrazione progressiva del giudicato non convince: nel caso di sopravvenienze normative, diverrebbe assai complesso individuare il momento oltre al quale la pubblica amministrazione non sia più vincolata ad assecondare le nuove regole di diritto. Ma su questo punto si tornerà più avanti<sup>112</sup>.

---

<sup>107</sup> Ma anch'esso conosce forme di esecuzione "flessibili", come nei casi di obbligazioni di fare o non fare ex art. 612 c.p.c..

<sup>108</sup> Vipiana P. M., op. cit., 414 e ss..

<sup>109</sup> Cons St. Ad. Plen. 2/2013 e 1/2017.

<sup>110</sup> Valaguzza S., op. cit., 179 e ss., e *L'illusione ottica del giudicato a formazione progressiva*, in *Diritto processuale amministrativo*, I, 2018, 296.

<sup>111</sup> Nigro M., *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1981, 1157.

<sup>112</sup> *Infra* par. 3.2.

L'abbandono della teorica qui criticata dovrebbe portare alla ricollocazione del giudizio di ottemperanza a quello che dovrebbe essere il suo vero ruolo, quello di mera esecuzione, a dire di adattamento coattivo del fatto al diritto<sup>113</sup>.

#### 1.1.3.4 La dimensione soggettiva

Nel processo amministrativo, si è soliti distinguere, sul piano soggettivo, tra parti necessarie e parti eventuali. Parti necessarie sono il ricorrente, l'amministrazione resistente ed i controinteressati<sup>114</sup>. Il ricorrente è un soggetto privato (ma in tesi anche pubblico) che, titolare di un interesse legittimo o di un diritto soggettivo, è direttamente leso dall'azione amministrativa (che potrebbe estrinsecarsi in un provvedimento, in un silenzio, in un comportamento, in un accordo) e che, pertanto, può, tramite un ricorso, attivare il processo.

L'amministrazione resistente è il soggetto pubblico (ma anche privato esercente pubbliche funzioni) legittimato passivamente, in quanto ha posto in essere il provvedimento che si impugna, il comportamento che si contesta e così via.

La figura del controinteressato processualmente inteso è connotato da un duplice elemento: uno formale, a dire l'essere individuato o facilmente individuabile tramite il provvedimento, e uno sostanziale, cioè il vantare una posizione speculare a quella del ricorrente (banalmente, ad esempio, avere interesse alla conservazione dell'atto avverso). Molto spesso al controinteressato processuale si affianca il controinteressato sostanziale (o occulto) - sovente sopravvenuto rispetto all'instaurazione del giudizio - inteso come colui che è titolare di una posizione contraria a quella del ricorrente, ma che non è agevolmente identificabile<sup>115</sup>.

La distinzione tra le due categorie di controinteressati è importante sul piano del contraddittorio, dal momento che se il ricorso non viene notificato, oltre che alla p.a., ad almeno un controinteressato formale esso è inammissibile (art. 41 c.p.a.); sarà poi il giudice ad ordinare l'integrazione del contraddittorio con gli altri controinteressati (salvo l'intervento volontario), ma a quel punto a pena di improcedibilità in caso di inottemperanza (art. 49 c.p.a.). Il controinteressato solamente sostanziale, invece, non viene notiziato del ricorso poiché non si può onerare il singolo ricorrente di una complessa attività di ricerca. Anche qui, salva l'adesione volontaria, spetterà al giudice disporre il completamento del litisconsorzio.

Le parti non necessarie, infine, sono quelle che possono partecipare alla celebrazione del processo. Nel processo civile l'intervento di terzi è disciplinato agli artt. 105, 106 e 107 c.p.c.<sup>116</sup>. Con la prima disposizione viene normato l'intervento volontario, che può concretizzarsi in un intervento principale, di colui, cioè, che fa valere nel processo una posizione incompatibile con tutte le altre parti; in un intervento litisconsortile, per colui che vanta una posizione in contraddizione con quella di una sola delle altre parti; in un intervento adesivo, posto in essere dal terzo che, avendovi interesse, interviene per sostenere la posizione di uno dei contraddittori, senza opporre un autonomo vanto.

All'art. 107 c.p.c. troviamo la regolazione dell'intervento su istanza di parte per comunanza di causa o per garanzia. All'articolo successivo, troviamo la chiamata *iussu iudicis* per connessione di causa.

Nel processo amministrativo, dell'intervento si occupa l'art. 28 c.p.a.. Occorre verificare se questa disposizione combacia con quelle del codice di rito civile<sup>117</sup>. Ora, l'intervento cosiddetto principale

---

<sup>113</sup> Vaccari S., *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 347. Il tema sarà ripreso, in particolare al par. 3.1.1.

<sup>114</sup> Carbone A., *Corso di giustizia amministrativa. Il processo amministrativo*, Roma, La Sapienza Editrice, 2016, 29.

<sup>115</sup> Carbone A., op. cit., 29-30.

<sup>116</sup> Per ulteriori approfondimenti sul versante civilistico, Consolo C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, Giappichelli, 2019, 35 e ss..

<sup>117</sup> Carbone A., op. cit., 32 e ss..

non è configurabile nel processo amministrativo, dal momento che non può esistere un terzo che vanta una posizione al contempo in contrasto con quella del ricorrente e con quella della p.a.<sup>118</sup>. L'intervento litisconsortile, invece, ben può trovare spazio. Dal lato passivo, esso coinvolge i controinteressati, cioè coloro che sono già contraddittori necessari. Infatti l'art. 28 c. 1 c.p.a. riconosce l'intervento di costoro con salvezza dei loro diritti di difesa: poiché il processo non può essere regolarmente celebrato senza la loro partecipazione, per questi il giudizio inizia col loro intervento. Dal lato del ricorrente, rinveniamo i cointeressati, ossia coloro che vantano una posizione analoga a quella del ricorrente principale e che quindi ben avrebbero potuto autonomamente attivare lo stesso giudizio. A loro l'art. 28 c. 2 c.p.a., soprendo un contrasto risalente<sup>119</sup>, conferisce il potere d'intervento - accettando lo stato del giudizio in corso - purché non siano scaduti i termini decadenziali per le loro azioni. Inoltre è certamente ammissibile l'intervento adesivo per quanti vantino una posizione dipendente da quella dedotta nella lite. Infine, è espressamente fatto salvo l'intervento su ordine giudiziario (art. 28 c. 3 c.p.a.).

Fatte queste necessarie premesse, si comprende come terzi in generale siano coloro che non sono parti nel processo. Per essi il giudicato è un elemento alieno, fonte né di danno né di vantaggi ("*res inter alios acta, tertio neque nocet neque prodest*"). Tuttavia, l'esistenza di rapporti sostanziali che coinvolgono i terzi e il riconoscimento di appositi istituti processuali esigono l'approfondimento della tematica dei limiti soggettivi del giudicato, la quale testimonia che l'anzidetta affermazione di principio non è sempre vera e che i terzi, pertanto, sono spesso interessati alla sentenza resa tra altri soggetti<sup>120</sup>. Il tutto per garantire, ex artt. 3, 24 e 111 Cost., il diritto al contraddittorio anche in capo a quanti, *prima facie*, non sarebbero parti formali del giudizio<sup>121</sup>.

Sul piano del diritto sostanziale, si danno casi in cui i legami giuridici sono tali che, o per espressa previsione normativa<sup>122</sup> o per la presenza di particolari fenomeni, quali il condizionamento e la dipendenza tra diritti (come nei subcontratti o nelle coobbligazioni solidali o per l'invalidità derivata), giustificano una valenza (variabile) *ultra partes* del singolo giudicato. È tendenzialmente da escludere una estensione della sentenza nei casi di semplice connessione tra posizioni, per identità del titolo o delle questioni<sup>123</sup>.

In riferimento al diritto processuale, questo si traduce in un litisconsorzio che, a seconda dei casi, può assumere una valenza necessaria (controinteressati formali e sostanziali: art. 41 c.p.a. e art. 102 c.p.c., a pena di una sentenza *inutiliter data*) o facoltativa (art. 103 c.p.c.) o eventuale *ex post* (terzi intervenienti e cointeressati: artt. 28 e 50 c.p.a.; per il diritto processuale civile, nelle varie sfumature dell'intervento principale, litisconsortile, adesivo dipendente: art. 105 c.p.c.); ancora, si pensi alla chiamata in causa (su istanza di parte: art. 106 c.p.c., o su ordine giudiziario: art. 107

---

<sup>118</sup> *Contra* Ramajoli M., *La connessione nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, 143.

<sup>119</sup> Per l'inammissibilità: Cons. St. sez. IV 2928/2002 e TAR Piemonte sez. I 2292/2009. Per l'ammissibilità: Travi A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2019, 245.

<sup>120</sup> Trimarchi Banfi F., *Il terzo nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Diritto processuale amministrativo*, I, 2014, 30.

<sup>121</sup> Luiso F., *Principio del contraddittorio e efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, Giuffrè, 1981, *passim*.

<sup>122</sup> Per il diritto civile, si pensi all'art. 1595 c.c., che estende l'efficacia della sentenza occorsa tra locatore e conduttore, anche al subconduttore, e all'art. 2377 c. 6 c.c., che amplia i confini del giudicato di annullamento delle delibere assembleari verso tutti i soci, gli amministratori, i sindaci ed i membri del consiglio di sorveglianza e di gestione. Per il diritto amministrativo, valga il riferimento di cui all'art. 22 del d.p.r. 13/1986, che prevede la possibilità per la p.a. di allargare i confini soggettivi di un giudicato in tema di personale pubblico; più in generale, può accadere che l'amministrazione, in sede di autotutela, decida autonomamente di esportare il *dictum* giurisdizionale a casi consimili.

<sup>123</sup> Allorio E., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, Giuffrè, 1935, 3 e ss.; Guicciardi E., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, in *Giurisprudenza italiana*, III, 1941, 17 e ss.; Monteleone G., *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padova, CEDAM, 1978, 115 e ss..

c.p.c. e art. 51 c.p.a.) o alla successione nel rapporto controverso (artt. 110 e 111 c.p.c.)<sup>124</sup>. Nei casi patologici in cui gli strumenti partecipativi vengano ingiustamente obliterati, l'ordinamento conosce un rimedio impugnatorio straordinario: l'opposizione di terzo (artt. 404 e ss. c.p.c.; artt. 108 e 109 c.p.a.).

Nel diritto amministrativo<sup>125</sup> la tematica si fa, se possibile, ancor più densa di difficoltà, legate, da un lato, alla corretta perimetrazione della figura del controinteressato e, dall'altro, alla trasversalità del potere pubblico. Il rapporto di diritto pubblico, formalmente, si instaura in via bilaterale tra un'autorità ed un soggetto privato; tuttavia, il potere, per il suo carattere e per il suo scopo, è in grado di ripercuotersi anche sulla posizione di terzi: da qui, la notevole rilevanza degli strumenti partecipativi nel procedimento amministrativo (artt. 9 e 10 l. 241/90) e dei summenzionati rimedi processualistici.

Il terzo è colui che entra a contatto con l'attività amministrativa e che ne risente degli effetti. In senso stretto, rientrano nella categoria i destinatari diretti ed indiretti dell'azione amministrativa (interessati giuridicamente all'eventuale giudicato di annullamento), quanti si trovano nella medesima situazione del ricorrente (i cointeressati) e finanche coloro che sono privi di interesse o legittimazione a ricorrere ma semplicemente attinti in via di fatto dal giudicato.

La dottrina<sup>126</sup> ha proposto, pertanto, di distinguere tre tipi di effetti che la sentenza di annullamento può produrre in capo a terzi: di accertamento, di ablazione e di esecuzione; ad essi fanno da contraltare gli effetti ricognitivi, ripristinatori e conformativi che coinvolgono le sole parti.

La forza vincolante di accertamento<sup>127</sup> si concretizza in ciò, che il giudicato costitutivo (a differenza di quello di mera disapplicazione), con cui l'organo giudicante espunge dal mondo del diritto l'atto amministrativo, acclara *erga omnes* la perdita di validità di quest'ultimo. Ora, la formulazione degli artt. 2908 e 2909 c.c. - per i più ritenuti pacificamente applicabili anche alla materia amministrativa<sup>128</sup> - nel riferirsi solamente a terzi qualificati (gli eredi e gli aventi causa delle parti), sembrerebbero ostare a questo rilievo. Il fatto è che la nozione di avente causa, al pari di quella di erede, è inappagante per il diritto amministrativo, ove non rileva che la posizione giuridica sia stata trasferita ad altri, ma che essa sia attinta attualmente da un potere pubblico. Sotto questo angolo visuale, le due disposizioni riportate sembrano non utilizzabili; allora, per superare l'*impasse* occorre riflettere sui rapporti tra dimensione oggettiva e soggettiva del giudicato<sup>129</sup>. Si è già visto infatti che, in caso di giudicato di rigetto, nulla esclude che un terzo possa avversare il medesimo provvedimento con doglianze diverse e che, nell'opposta ipotesi di accoglimento, un terzo non possa impugnare lo stesso atto per inesistenza giuridica dell'oggetto del ricorso. Ciò equivale a dire che la delimitazione oggettiva del giudicato, ritaglia altresì i suoi confini soggettivi, almeno in punto di accertamento della non annullabilità o della invalidità dell'atto.

---

<sup>124</sup> L'estromissione (artt. 108 e 109 c.p.c., valevoli anche per il processo amministrativo per il tramite del rinvio di cui all'art. 39 c.p.a.) è invece lo strumento speculare che serve a tagliare fuori una parte processuale impropriamente citata o intervenuta.

<sup>125</sup> La tesi della naturale efficacia *erga omnes* del giudicato amministrativo è stata a suo tempo sostenuta in dottrina - Orlando V. E., *La giustizia amministrativa*, in Orlando V. E. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, Società editrice libraria, 1907, 1047 - e in giurisprudenza - Cass. Roma, 5 maggio 1898, in *Giurisprudenza italiana*, I, 1898 - ma la tesi contraria è prevalsa - cfr. Cammeo F., *Sulla efficacia di cosa giudicata delle pronunce della IV Sezione emesse in sede di legittimità ed in sede di ricorso straordinario*, in *Giurisprudenza italiana*, III, 1905, 104.

<sup>126</sup> Valaguzza S., *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, Giuffrè, 2016, 270 e ss..

<sup>127</sup> Carnelutti F., *Diritto e processo*, Napoli, Morano, 1958, 272 e ss.; di efficacia dichiarativa naturalmente *erga omnes* della sentenza (anche non passata in giudicato) parlava Liebman, per cui si veda la nota n. 46.

<sup>128</sup> Anche in giurisprudenza; particolarmente significativa Cons. St. sez. V 1669/2014. Qualche dubbio potrebbe emergere visto il riferimento dell'art. 39 c.p.a. al solo codice di rito e non anche a quello sostanziale. La legge processuale tedesca, invece, detta una normativa *ad hoc* (il par. 121 VwGO; per approfondimenti, Sodan H., Ziekow J., *Verwaltungsgerichtsordnung. Grosskommentar*, Baden-Baden, Nomos, 2018, 2553 e ss.).

<sup>129</sup> In Allorio E., op. cit., 52, si sostiene addirittura che i confini soggettivi del giudicato sarebbero ricompresi in quelli oggettivi, senza necessità di distinzione; lo stesso per Monteleone G., op. cit., 142, per il quale la sentenza è resa a favore dell'intera collettività e sarebbe "*frutto di un'illusione ottica*" l'estensione dell'efficacia soggettiva.

Più nello specifico, per quanto riguarda il terzo interessato a far caducare il provvedimento già impugnato (il cointeressato) è vero che, decidendo di non adire il giudice o di intervenire lite pendente, non potrebbe ottenere alcun titolo esecutivo, ma questa è naturale conseguenza della sua inerzia.

Per il terzo interessato invece a mantenere in vigore l'atto (il controinteressato), tutto si complica ed occorre distinguere in base al tipo di provvedimento avverso. In rapporto all'efficacia soggettiva, l'atto amministrativo può essere individuale, quando si riferisce ad un singolo destinatario; plurimo, se concerne molteplici destinatari le cui posizioni sono tutte indipendenti e separabili tra di loro; collettivo, qualora contenga posizioni appartenenti a diversi soggetti, tutte inscindibilmente connesse. L'atto collettivo si differenzia dall'atto normativo (regolamento), secondo la giurisprudenza<sup>130</sup>, sulla base della determinabilità dei destinatari: l'atto è non normativo se costoro sono non individuabili a priori, ma tutti determinabili a posteriori (quando, cioè, l'atto generale viene portato a concreta attuazione), l'atto è invece regolamentare qualora i destinatari rimangano indeterminabili anche *ex post*, vista la sua natura di fonte del diritto e dei conseguenti caratteri di generalità, astrattezza ed innovatività.

Sul versante sostanziale, l'atto plurimo si atteggia come determinazione formalmente unitaria (perché l'atto emanato è uno solo), ma concretamente si invetera in un fascio di posizioni omologhe eppure separate (figurativamente, come se avessimo tante decisioni dall'identico contenuto quanti sono i destinatari). Viceversa, l'atto collettivo deduce in una unica statuizione una complessa ed inscindibile intelaiatura di rapporti giuridici. Ciò si traduce, ai nostri fini, nel rilievo per cui l'annullamento della prima tipologia di provvedimenti non ha ripercussione sugli altri interessati (a meno che non si tratti di un vizio comune), laddove, all'opposto, la caducazione degli altri comporta una efficacia *erga omnes*, perché non avrebbe senso mantenere valido un atto generalissimo per alcuni consociati e per altri no<sup>131</sup>. Queste conclusioni, ovviamente, valgono esclusivamente per i giudicati di annullamento.

Si badi però che ad avere valenza *ultra partes* è solo la componente dichiarativa-costitutiva, non anche quella conformativa<sup>132</sup>, dal momento che la regola di condotta delineata dal giudicato non può che discendere dal singolo rapporto controverso, sempre mutevole<sup>133</sup>. Sul piano processuale, allora, non sarà necessario per colui che ricorre avverso un atto collettivo integrare il contraddittorio a favore di tutti i potenziali destinatari (cioè cointeressati), ma solo coloro che vedrebbero realmente pregiudicata la propria posizione (i controinteressati). Inoltre, il giudicato di annullamento potrà essere invocato anche dai cointeressati, in giudizi paralleli, ovviamente nel rispetto dei termini decadenziali.

Nulla esclude poi che sia la stessa amministrazione, occorso il giudicato, ad estenderne l'efficacia, in via di autotutela<sup>134</sup>, anche *ultra partes*, ad esempio per ragioni di parità di trattamento.

Si definisce invece efficacia ablatoria della sentenza, la sua capacità di azzerare la titolarità di situazioni giuridiche. Il principio del contraddittorio (artt. 24 e 111 Cost., 101 c.p.c., 2 c.p.a.) insegna che un processo che comporti una incisione sulla posizione di terzi (cioè, efficacia ablatoria *ultra partes*) che non sono stati in nessun modo messi nelle condizioni di potervi prendere parte, è stato celebrato illegalmente. Pertanto, l'ordinamento, in via fisiologica, conosce lo strumento della integrazione del contraddittorio (secondo i meccanismi dell'art. 41 c.p.a., a pena di inammissibilità del ricorso) e, nei casi patologici, l'impugnazione per opposizione di terzo *ex art. 108 c.p.c.* (che sostituisce l'ambigua figura dell'appello di terzo)<sup>135</sup>. Il problema - comune anche al

---

<sup>130</sup> Cons. St. sez. VI 2152/2013.

<sup>131</sup> L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha raggiunto queste conclusioni con le pronunce nn. 4 e 5 del 2019.

<sup>132</sup> Cons. St. sez. IV 4977/2003; TAR Lazio, Roma, sez. II quater 2483/2009.

<sup>133</sup> La distinzione traspare in Travi A., *op. cit.*, 381.

<sup>134</sup> Secondo taluni - Zanobini G., *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1958, 332 - discrezionale, secondo altri - De Lise P., *L'efficacia soggettiva del giudicato amministrativo*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1966, 250 - obbligatoria.

<sup>135</sup> L'opposizione può essere ordinaria (comma 1), sui cui caratteri ci si soffermerà al par. 3.1.3, oppure revocatoria (comma 2); quest'ultima riguarda posizioni qualificate di terzi (creditori ed aventi causa che svelano il carattere doloso o collusivo del giudizio in loro danno) che pongono minori problematiche.

diritto processuale civile - consiste nel delimitare la nozione di terzo rilevante a questi fini. Su questo aspetto ci si soffermerà *infra*<sup>136</sup>.

Infine, vi è la forza esecutiva del giudicato, cioè la possibilità di portare a realizzazione, anche coattiva, la sentenza. La regola qui è semplice: solo le parti del processo possono invocare tale efficacia, visto che la valenza conformativa rimane valevole solo *inter partes*. L'unica eccezione riguarda gli atti inscindibili, il cui giudicato di annullamento, tradizionalmente esteso *erga omnes*, può essere soggetto ad ottemperanza anche su istanza di quanti non hanno preso parte al giudizio di cognizione<sup>137</sup>.

## 1.2 Il cosiddetto rapporto giuridico di diritto pubblico

### 1.2.1 Il potere

L'ordinamento giuridico nel suo insieme attribuisce rilevanza giuridica a interessi, di vario genere, in quanto meritevoli di tutela, secondo una valutazione discrezionale di volta in volta operata dal legislatore. Tali interessi - che possono avere sia un contenuto patrimoniale che extrapatrimoniale - esprimono, in senso lato, uno stato di aspirazione in cui versa un soggetto e diretto ad un bene della vita, inteso come una qualsiasi utilità, anche immateriale, necessaria a soddisfare i suoi bisogni<sup>138</sup>.

La valutazione in termini giuridici di interessi comporta, tecnicamente, la nascita delle situazioni (o posizioni)<sup>139</sup> giuridiche soggettive, che, in quanto tali, giustificano il riconoscimento di strumenti normativi di tutela in capo al loro titolare.

Le situazioni giuridiche possono essere classificate in vario modo<sup>140</sup>; per tradizione, si distinguono posizioni di vantaggio (come il diritto soggettivo), che riconoscono in capo al soggetto poteri e facoltà atte a realizzare l'interesse protetto, e di svantaggio (per esempio, l'obbligo), le quali impongono il rispetto o la soddisfazione di un interesse altrui. In aggiunta, si può ulteriormente discernere tra situazioni attive (o dinamiche), la cui realizzazione comporta una modificazione della realtà giuridica in quanto proiettata ad un bene che non rientra nella sfera giuridica dell'individuo, e situazioni passive (o statiche), che mirano invece a mantenere un bene della vita che il titolare già possiede.

Il dialogo tra situazioni attive e passive crea un rapporto giuridico, il quale può essere di diritto privato o di diritto pubblico, a seconda del plesso sistematico in cui si inserisce.

---

<sup>136</sup> Par. 3.1.3.

<sup>137</sup> Cons. St. sez. V 276/1994.

<sup>138</sup> Pugliatti S., *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, Milano, Giuffrè, 1964, 64 e Santoro Passarelli F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 2012, 69. Diversa invece è la ricostruzione offerta in Falzea A., voce *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965, 477.

<sup>139</sup> Si è consapevoli del dibattito circa la distinzione tra posizioni e situazioni soggettive (si vedano per esempio Giannini M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, 65 e Scoca F. G., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, 448), ma qui, per evitare di appesantire la trattazione, si preferisce superare il tema ed usare le due espressioni come sinonimi.

<sup>140</sup> Quella che qui si segue si deve a Bigliazzi Geri L., Breccia U., Busnelli F., Natoli U., *Diritto civile*, I, Torino, Giappichelli, 1986, 260.



Ora, tra le posizioni<sup>141</sup> vantaggiose e dinamiche preme analizzare, in questa sede, quella denominata potere giuridico. Il potere è un concetto "liminale"<sup>142</sup>, ponendosi a cavallo tra la scienza giuridica e altre branche del sapere (politica, filosofia, storia). Esso consiste nella capacità, riconosciuta necessariamente dalla legge<sup>143</sup> in capo ad un soggetto, di incidere unilateralmente sulla realtà normativa con un atto consapevole, creando, modificando o estinguendo situazioni giuridiche. Chi ne è titolare viene a trovarsi in una posizione di preminenza e può liberamente decidere di concretizzare il potere in certi comportamenti, i quali, una volta attuati, muteranno la situazione preesistente<sup>144</sup>. Il bene sotteso al potere è proprio la modificazione della realtà giuridica. Il potere trova il suo terreno d'elezione in un contrasto giuridico (e non meramente economico) tra interessi. L'ordinamento conferisce primazia ad uno di essi non risolvendo direttamente il conflitto (come avviene per i diritti soggettivi) ma consentendo, tramite norme strumentali, ad un soggetto, il titolare del potere, appunto, di emanare un comando volto a comporre il dissidio. Mentre il diritto appartiene alla statica delle relazioni giuridiche (cioè alla titolarità), il potere invece afferisce al dinamismo dei rapporti (ossia alla produzione di posizioni di vantaggio).

La corrispondente posizione passiva si chiama soggezione<sup>145</sup>: l'individuo che subisce l'esercizio di potere altrui non può, in via di prima approssimazione, opporvisi.

Per essere correttamente impiegato, un potere necessita di una legittimazione, ossia un collegamento, legalmente riconosciuto e circoscritto, tra il soggetto e l'oggetto del potere. In tema di rapporti tra organi, è altresì essenziale la competenza, intesa come la misura del potere spettante a ciascuna entità in riferimento ad uno specifico settore di intervento.

Acuta dottrina<sup>146</sup> propone delle importanti distinzioni in seno all'ampia categoria in parola. I poteri sono detti astratti (o poteri giuridici in senso stretto) allorché, pur essendo condizionati nel loro esercizio dalla legittimazione (e competenza), sono impiegati in relazione a singoli beni della vita. I loro caratteri tipici sono i seguenti: imprescrittibilità (ovvero inesauribilità), non venendo meno col tempo; inalienabilità, non essendo deducibili in atti dispositivi; non tutelabilità giuridica, non essendo passibili di per sé di azioni giudiziali (persino di accertamento mero: art. 24 Cost.), potendo prescrivere, alienarsi o tutelarsi solo il diritto relativo ai singoli beni, giammai il potere come tale. Così avviene, ad esempio, per la capacità giuridica (art. 1 c.c.), ossia l'attitudine dell'individuo ad essere centro di imputazione di posizioni attive e passive, che viene meno solo a seguito della morte (art. 22 Cost. e art. 1 c.c.). Identicamente è a dirsi per l'autonomia negoziale. La mancanza di un potere astratto si denomina incapacità.

Quanto detto in punto di difesa giurisdizionale vale - occorre precisarlo - in via tendenziale, registrandosi comunque regimi speciali: si pensi, nel diritto costituzionale, al conflitto di attribuzione

---

<sup>141</sup> L'idea del potere come situazione giuridica è prevalente: Romano A., *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1975, 118, e Cerri A., voce *Potere e potestà*, in *Enciclopedia giuridica*, XVI, Roma, Treccani, 1998, 1. Altri però lo ritengono concetto avulso da quella categoria, definendolo ora come forza giuridica ordinamentale - Miele G., *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 1944, 116 - ora come fattispecie normativa dinamica - Guarino G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, Jovene, 1990, 249.

<sup>142</sup> Cerri A., op. cit., 1.

<sup>143</sup> La stretta tipicità dei poteri è riconosciuta da tempo dalla dottrina. Per tutti Santi Romano, *Poteri e potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983, 198: "*i poteri non esistono se non per disposizione del diritto oggettivo*". Tale carattere trova fondamento sul piano sostanziale, nel principio generale di eccezionalità dell'autotutela privata, desumibile dai vari esempi disseminati nel codice civile e nelle fattispecie penali della "ragion fattasi" con violenza sulle persone o sulle cose (artt. 392 e 393 c.p., inseriti al Libro II nel Titolo III sui reati contro l'amministrazione della giustizia); sul piano processuale, nell'art. 2908 c.c., che fissa la tipicità delle azioni costitutive.

<sup>144</sup> Modugno F., *Diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2017, 614.

<sup>145</sup> Per Romano S., op. cit., 173, invece, il potere - ed è questa la caratteristica differenziale rispetto al diritto soggettivo - non si rivolge normalmente a soggetti determinati e non genera pretese verso terzi a cui corrispondano "obblighi". Si conoscono infatti poteri esercitati senza soggetti passivi (come i poteri normativi del Parlamento), poteri di cui terzi si avvantaggiano (e dunque non sono in situazione passiva), poteri non esercitati. Ove pure la controparte sia in soggezione, ciò non sarebbe elemento imprescindibile del potere.

<sup>146</sup> Cerri A., op. cit., 2.

tra poteri dello Stato, in cui è ragionevole ritenere che oggetto della tutela innanzi alla Corte costituzionale sia il potere in sé.

Un altro dato caratterizzante il potere astratto, è la mancanza di una speculare posizione soggettiva passiva. Dal momento che il potere in astratto è il presupposto di un qualsiasi rapporto giuridico, non si registrano corrispondenti situazioni passive, neanche quelle che abbiamo sopra definito come soggezioni. Paradossalmente, però, possono identificarsi altre posizioni, magari anche a contenuto attivo, dinamico o statico, derivate dall'esercizio del potere (quindi, identificate *ex post*), ossia da quello che, storicamente, viene definito come "affievolimento" delle posizioni pregresse.

È altresì necessario rammentare che l'ordinamento ammette l'esistenza di immunità, che corrispondono a situazioni di insensibilità al potere, soprattutto quello giudiziario, rispetto a determinati individui in nome dell'incarico e della funzione da questi espletati. Perciò, persino il potere, che esprime la posizione attiva più penetrante, viene a subire delle limitazioni, dettate da esigenze di più ampio respiro.

In altri frangenti, d'altronde, il potere si riferisce a singoli rapporti giuridici e può dunque riflettersi sulla sfera di specifici destinatari: se gli effetti rientrano nel patrimonio del soggetto attivo, il quale ottiene, di conseguenza, soddisfazione di un proprio ed esclusivo interesse, ed il potere è facoltativo, nel duplice senso che il suo esercizio non sia obbligatorio *ex lege* e che sia sottoposto a termini di prescrizione, si hanno diritti potestativi<sup>147</sup>. "Diritti" perché si è in presenza di prerogative del singolo, che viene posto in una posizione differenziata; "potestativi" per il contenuto simile a quello di un potere.

Una norma strumentale fissa dunque gli elementi di una fattispecie, al ricorrere dei quali nasce in capo al soggetto un potere di modificazione della sfera giuridica altrui, che si realizza esclusivamente sulla base della propria volontà unilaterale<sup>148</sup>.

Classici esempi si rinvengono nel diritto contrattuale<sup>149</sup>: le azioni di annullamento (artt. 1425 e ss. c.c.), rescissione (artt. 1447 e ss. c.c.), risoluzione (artt. 1453 e ss. c.c.), recesso (art. 1373 c.c.) si radicano tutte sulla volontà del singolo contraente il quale ben può, tramite una sentenza

---

<sup>147</sup> La categoria venne resa autonoma dalla dottrina tedesca (in particolare, Enneccerus L., *Rechtsgeschäft Bedingung und Anfangstermin*, II, Marburgo, Elwert, 1889, 600 e ss.; Zitelmann E., *Internationales Privatrecht*, II, Lipsia, Ducker & Humblot, 1898, 36 e ss.; Seckel, *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, Berlino, Liebmann, 1903, 160), estrapolandola dai "poteri" già insiti nel concetto di diritto soggettivo (non va dimenticato che la pandettistica aveva definito il diritto come potere del soggetto di indirizzare la propria volontà verso determinati fini: Savigny F. C., *System des heutigen römischen Rechts*, Berlino, Veit, 1849, 336). Sul piano processualistico, l'individuazione di una azione costitutiva, affianco di quella di accertamento e quella di condanna, si deve invece a Hellwig K., Dernburg H., *Anspruch und Klagerecht: Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozessrecht*, Jena, Scientia Verlag, 1900, 120 e ss.. In Italia, tra i primi a parlarne troviamo Chiovenda G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1965, 40 e ss..

<sup>148</sup> Clarich M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, CEDAM, 1989, 165; non basta quindi la presenza di tutti i fatti rilevanti, ma sarà indispensabile una dichiarazione del titolare.

<sup>149</sup> Non sempre le ipotesi codificate sono pacificamente intese come diritti potestativi: per esempio, la divisione giudiziale della comunione (art. 1111 c.c.) o la costituzione di servitù prediale coattiva (art. 1032 c.c.) sono da taluni - Carnelutti F., *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, CEDAM, 1936, 53 - inquadrate nelle facoltà, da altri - Santoro Passarelli F., op. cit., 72 - nei diritti potestativi.

costitutiva del giudice<sup>150</sup> (per restare agli esempi, di annullamento<sup>151</sup>, rescissione, risoluzione per inadempimento) ovvero grazie ad un esercizio diretto del potere in via stragiudiziale<sup>152</sup> (recesso, risoluzioni non giudiziali), porre nel nulla il negozio, sapendo che se non interviene entro le tempistiche indicate dalla legge, non potrà più far valere il diritto potestativo. È dunque evidente che quest'ultimo, a differenza dei poteri astratti, sia rimesso alla disponibilità del singolo (lampanti i casi dell'opzione o della prelazione convenzionale; ma al contrario, giova sottolinearlo, esistono diritti potestativi che possono circolare solo se legati al rapporto sotteso: si pensi alla messa in mora o ad un atto interruttivo della prescrizione) e sia, come detto, sottoposto a termini prescrizionali.

Non è raro che un potere, pur sorgendo in relazione ad un bene o ad un soggetto determinato, sia posto a tutela non del soggetto attivo, ma a protezione di un interesse estraneo. Tanto avviene, per esempio, nella rappresentanza (artt. 1387 e ss. c.c.) e, probabilmente, nelle ipotesi di giurisdizione oggettiva (in particolare, nell'azione popolare). Ci troviamo di fronte ai cosiddetti poteri semplici, il cui regime giuridico rimane a metà strada tra quello dei poteri astratti e quello dei diritti potestativi: come i primi, infatti, non sono passibili di atti traslativi né di per sé tutelabili giudizialmente; come i secondi, invece, sono sottoposti a puntuali termini di esercizio.

Si ha poi potestà, in tutti quei casi in cui il potere deve essere esercitato, non per la concretizzazione dell'interesse del titolare, ma in favore di un interesse esterno a quest'ultimo<sup>153</sup>: esso è proiettato alla costruzione di una serie aperta ed indefinita di relazioni giuridiche che guardano ad un fine non proprio del titolare. Mentre i beni ed i rapporti su cui esso ricade sono indeterminati a priori, i soggetti in favore dei quali viene adoperato sono invece già identificati. Ne sono esempi, la responsabilità (un tempo: potestà) genitoriale (art. 316 c.c.), la potestà tutoria (artt. 414 e ss. c.c.), i poteri di gestione, i poteri degli organi collegiali e la rappresentanza organica. Le potestà potrebbero essere, in via sintetica, definite come poteri astratti, in quanto pure esse normalmente imprescrittibili ed indisponibili, ma funzionalizzate in concreto, dal momento che sono vincolate nel fine.

Il regime delle potestà non è omogeneo. È tuttavia possibile enucleare dei tratti comuni di fondo, quali la tendenziale imprescrittibilità, l'incommerciabilità (qualora prive di contenuto patrimoniale), l'assenza di giustiziabilità (anche se sembra legittimo, in alcuni frangenti, ammettere una tutela ricognitiva; in ogni caso, sono riconosciuti rimedi *a posteriori*, quali l'impugnazione degli atti o la rimozione del *munus*).

---

<sup>150</sup> *Gestaltungsklagerechte*: diritti potestativi a necessario esercizio giudiziale. Qui prevale dunque un'esigenza di certezza dei rapporti, che solo una pronuncia giurisdizionale è in grado di garantire a pieno. Pertanto, secondo Clarich M., op. cit., 167, il legislatore ricorre a questo strumento ove siano coinvolti interessi particolarmente meritevoli di protezione (famiglia e *status* personali).

Le posizioni sostanziali e processuali delle parti sono simmetriche: chi esercita il diritto potestativo è attore, colui che si trova in soggezione è convenuto.

Non ha pregio la critica - portata avanti da Auletta G., *Poteri formativi e diritti potestativi*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 1939, 565 - secondo cui qui difetterebbe un vero diritto potestativo, registrandosi solamente uno stato di soggezione della controparte alla sovranità giurisdizionale. L'appunto dimentica che il giudice non ha alcuna discrezionalità sul concedere la modificazione sostanziale: se sono provati i presupposti, deve essere emanata una sentenza costitutiva.

<sup>151</sup> Nel diritto tedesco, l'annullamento negoziale è ad esercizio stragiudiziale (parr. 113 e 123 e ss. BGB).

<sup>152</sup> *Gestaltungsrechte*: diritti potestativi ad esercizio stragiudiziale, da leggere in connessione col principio dell'eccezionalità delle forme di autotutela private.

Le posizioni sostanziali e processuali delle parti sono speculari (con evidenti ripercussioni sul piano dell'onere probatorio): chi esercita il diritto potestativo è convenuto, colui che si trova in soggezione è attore.

La scelta tra l'una o l'altra ipotesi è rimessa alla ragionevole discrezionalità del legislatore: già Chiovenda G., op. cit., 181. Clarich M., op. cit., 167 - pur rammentando l'assenza di criteri univoci - comunque osserva che questa tipologia di poteri vede la luce essenzialmente ove è più pressante l'esigenza di speditezza dei traffici giuridici, come in tema di inadempimento negoziale.

<sup>153</sup> Questa è la dizione tradizionale e prevalente, derivata da Santoro Passarelli F., op. cit., 74; per altra dottrina, la potestà è invece connotata dalla presenza di una supremazia (autorità) in capo al suo esercente: Romano S., op. cit., 194.

Diritti potestativi, potestà, poteri semplici nel loro complesso e pur nelle loro differenze delineano i cosiddetti poteri sostanziali<sup>154</sup>, in quanto, a differenza dei poteri astratti (o giuridici), essi incidono tanto sulla sfera giuridica del titolare quanto su quella del soggetto passivo e quest'ultimo non può, ad esempio tramite rifiuti od opposizioni, impedirne l'esercizio.

In conclusione, è utile proporre un'ultima classificazione<sup>155</sup>, che guarda eminentemente al profilo genetico: da un lato, i poteri di diritto comune che identificano tutti quei poteri astratti, poteri semplici e diritti potestativi che l'ordinamento giuridico riconosce originariamente o in maniera sopravvenuta a tutti i consociati, indistintamente; dall'altro lato, i poteri pubblici, i quali inglobano quei poteri astratti e semplici e quelle potestà che la legge riconosce in via esclusiva allo Stato, agli enti locali e ai soggetti strumentali per il raggiungimento dei propri obiettivi<sup>156</sup>.

Questa, in sintesi, l'analisi sul piano sostanziale del concetto di potere in generale; in queste battute conclusive, è allora opportuno analizzare anche il potere di cui è titolare l'apparato amministrativo.

Nel corso della trattazione si è fatto (e si farà) costantemente ricorso al termine neutro "potere", ma occorre ora domandarsi in quale delle categorie, richiamate in precedenza, possa confluire.

Certamente, è insopprimibile l'esigenza di valorizzare l'aspetto per cui la pubblica amministrazione lo esercita non nel suo esclusivo interesse.

La potestà pubblica si invetera, normalmente, nell'imperatività, letta come attitudine dell'atto amministrativo ad incidere unilateralmente sulla sfera giuridica altrui, a prescindere dal consenso del destinatario; pertanto, siamo a pieno titolo nell'alveo delle situazioni giuridiche costitutive, in particolare tra i poteri ad esercizio stragiudiziale<sup>157</sup>. All'inverso, il potere di impugnativa provvedimento, riconosciuto in capo al singolo leso dall'azione pubblica, è un diritto potestativo a necessario esercizio processuale<sup>158</sup>.

Una parte della dottrina<sup>159</sup> inserisce il potere discrezionale nella tipologia dei poteri astratti, in quanto l'attività amministrativa, sia sul piano soggettivo sia su quello oggettivo, è conseguenza, e non presupposto, di questo. In effetti, andando ad analizzare i caratteri costanti del potere pubblico, l'affermazione pare più che ragionevole: il potere pubblico normalmente è imprescrittibile, inalienabile (ma può essere transitoriamente esercitato da altri soggetti, tramite delegazione, avocazione, sostituzione), tipico e non giustiziabile di per sé. Da un punto di vista strutturale,

---

<sup>154</sup> Santoro Passarelli F., op. cit., 72 e ss.. In ogni caso, rispetto ad un paventabile eccesso definitorio, valgano i lucidi ammonimenti di Romano S., op. cit., 172: c'è il rischio che si formi "una specie di torre di Babele, in cui restano confusi concetti che non si sa se si vogliono identificare, contrapporre o avvicinare".

<sup>155</sup> Cerri A., op. cit., 5.

<sup>156</sup> Va comunque detto, d'accordo con Giannini M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, 496, che "la materia appartiene alla teoria generale, e che nelle diverse branche del diritto si applicano le medesime nozioni, e non nozioni speciali per ciascuna branca o scienza o gruppo di scienze. Prendendo atto di ciò, possiamo dire che le posizioni e le situazioni soggettive del diritto amministrativo sono le medesime di ogni altra normazione". La convergenza è particolarmente avvertita dalla dottrina tedesca: lo ricorda Clarich M., op. cit., 155.

<sup>157</sup> Caratteristica conclamata dall'esecutorietà provvedimento, letta tradizionalmente come possibilità dell'amministrazione di portare a coattiva realizzazione i suoi provvedimenti, pur in assenza dell'intervento di un giudice.

<sup>158</sup> Clarich M., op. cit., 178: nei diritti continentali, fissato il principio del procedimento e prevista una giurisdizione speciale, "il principio di legalità non ha mai postulato, in definitiva, che l'azione dei pubblici poteri fosse sottoposta ad un accertamento preventivo di legittimità in sede giurisdizionale, secondo lo schema del *Gestaltungsklagerecht*". Lo stesso autore pone, come pietra di raffronto, l'ordinamento statunitense, ove si è creato un ibrido tra *Gestaltungsklagerecht* e *Gestaltungsrecht*, connotato da una (complessa) procedura amministrativa, incentrata su un esteso contraddittorio (*public hearings*), sulla scissione tra autorità istruttrice e autorità decidente, sull'indipendenza dei funzionari (*administrative law judges*) e sull'intervento eventuale e a posteriori della magistratura (*judicial review*). L'inevitabile costo per la farraginosità procedimentale di questa alternativa, verrebbe comunque controbilanciato da un'azione processuale a cognizione piena (tanto da essere sovrapponibile ad un processo di mero accertamento).

<sup>159</sup> Cerri A., op. cit., 3.

inoltre, esso trova fondamento in una norma strumentale<sup>160</sup>, si attua mediante una dichiarazione unilaterale di volontà<sup>161</sup> e comporta la modificazione della realtà giuridica. Si è anche detto che, a fronte di un potere astratto, manca una vera posizione passiva. Infatti, in caso di esercizio di potere pubblico, si registra semmai una posizione attiva, a dire l'interesse legittimo.

Non è di ostacolo a questa qualificazione il carattere di doverosità che colora l'attività amministrativa, risultando esso un elemento specificante aggiuntivo, il quale discende da una (precedente) qualificazione di diritto positivo che è logicamente avulsa dal (successivo) impiego del potere<sup>162</sup>. Come pure è un *prius* - ininfluente in quest'ambito - che la p.a. goda di una posizione di supremazia rispetto ai consociati<sup>163</sup>.

A voler essere dogmaticamente rigorosi, si potrebbe poi asserire che i poteri vincolati, d'altro canto, in quanto sorgono in relazione ad un bene o ad un soggetto determinato e sono posti a baluardo di un interesse esterno al titolare, siano riconducibili ai poteri semplici: a livello di disciplina, cambia molto poco essendo pure essi indisponibili e non giustiziabili.

Ovviamente, queste precisazioni non tolgono che, in specifici settori, l'ordinamento riconosca in capo alla p.a., a seconda delle esigenze, poteri speciali, potestà e diritti potestativi negoziali<sup>164</sup>.

## 1.2.2 La discrezionalità

### 1.2.2.1 *Ratio* e storia

La pubblica amministrazione è una complessa struttura, composta da soggetti di diritto pubblico ma anche da persone private, la cui finalità precipua sta nella cura concreta dell'interesse pubblico, interesse che non è scelto autonomamente dalla stessa amministrazione, ma è previamente individuato dalla legge.

Lo schema che riassume l'ordinario svolgimento di un'attività amministrativa vede coinvolte tutte le funzioni sovrane di rango costituzionale: il Parlamento, in qualità di depositario della volontà popolare, statuisce con legge l'obiettivo di rilievo generale da raggiungere e concede all'apparato i poteri per realizzarlo, fissandone altresì i limiti di esercizio; poi la p.a., entro questi confini, dispone circa il caso concreto, atualizzando la prescrizione necessariamente generale ed astratta dell'organo legislativo; infine - ed eventualmente - interviene la magistratura a controllare la legittimità dell'operato amministrativo.

È essenziale, per comprendere i congegni dell'azione amministrativa, un breve *excursus* sul concetto di legalità, architrave di tutto il diritto dei poteri pubblici, *in primis* il diritto amministrativo (ma non si dimentichi, ad esempio, anche il diritto penale). Legalità significa che ogni potere

---

<sup>160</sup> Cioè che non pone una regolazione completa del rapporto in termini diritto-obbligo, ma attribuisce la possibilità che il soggetto fissi una disciplina a tale rapporto, prevedendone i presupposti sostanziali e formali.

<sup>161</sup> Per l'amministrazione, sempre procedimentalizzata. Anche nel diritto privato, per la verità, vi sono esempi di poteri sottoposti a regole rituali (si pensi ai termini di preavviso o alle solennità per certe forme di recesso negoziale o per il licenziamento del lavoratore). La violazione delle regole formali non è comunque in grado di escludere l'efficacia costitutiva, comportando l'illegittimità del solo atto.

<sup>162</sup> In termini Clarich M., op. cit., 173. Anche per Romano S., op. cit., 116, "un potere può implicare dei doveri, che però l'investano, non tutto, ma solo in qualche momento e in qualche direzione, e quindi non coincida con esso".

<sup>163</sup> Vero è che nei rapporti privati, viceversa, avremmo un potere che impatta su una relazione formalmente paritetica; ma anche qui, per legge o volontà negoziale (conforme all'ordinamento), la potestà conferisce una posizione di giudica preminenza a favore del suo titolare. A tal punto si conferma così la possibilità di equiparare la spendita del potere amministrativo all'esercizio del diritto potestativo nei rapporti interprivati.

<sup>164</sup> Come il diritto di recesso contrattuale previsto all'art. 109 del codice degli appalti.

pubblico deve trovare il suo fondamento espresso in una apposita norma di legge; il potere è cioè sempre una capacità speciale e tipica, non esistendo una generale capacità di diritto pubblico<sup>165</sup>. Si può distinguere tra legalità indirizzo e legalità garanzia<sup>166</sup>. La prima riguarda l'aspetto funzionale del pubblico operato, il quale è diretto a scopi predeterminati (principio del vincolo nel fine). Il suo fondamento costituzionale risiede nel principio democratico di cui all'art. 1 Cost. (in punto di legge ordinaria si rinvia all'art. 1 c. 1 della l. 241 del 1990): il Parlamento, in quanto espressione della sovranità popolare, fissa con legge gli obiettivi alla cui cura viene preposta la macchina amministrativa. La legalità garanzia riassume, invece, sia le modalità procedurali tramite cui quest'ultima può raggiungere i detti scopi (legalità formale) sia i limiti e presupposti del suo intervento (legalità sostanziale). La base costituzionale della legalità garanzia varia a seconda del potere esercitato: se è un potere restrittivo, deve farsi riferimento agli artt. 23, 25 e 42 Cost. (se *lato sensu* sanzionatorio, alla luce dei criteri Engel<sup>167</sup>, anche agli artt. 6 e 7 CEDU); se è un potere ampliativo, all'art. 97 Cost. e a tutte quelle disposizioni costituzionali che, di volta in volta, possono rilevare per il caso specifico (per esempio, l'art. 41 Cost.).

I corollari più importanti del principio di legalità nelle sue varie declinazioni, sono la tipicità, la nominatività e la controllabilità giurisdizionale dei poteri (e dei provvedimenti) della pubblica amministrazione.

Nel perseguire la propria *mission*, a ciascun plesso amministrativo è dunque riconosciuta dall'ordinamento la capacità giuridica; ogni soggetto amministrativo, quindi, è considerato destinatario di posizioni giuridiche attive (diritti, oneri, ecc.) e passive (obblighi, doveri, ecc.). Specialmente - come sopra accennato - la legislazione conferisce poteri. Infatti, l'importanza dell'operato delle autorità pubbliche è tale da giustificare il riconoscimento della capacità unilaterale di produrre effetti giuridici in capo a terzi, a prescindere dal loro consenso o dalla loro collaborazione, instaurando una serie potenzialmente infinita di rapporti (cosiddetta imperatività provvedimentale). Il potere, non va dimenticato, contiene un nucleo di doverosità: esso deve essere esercitato ogni volta che l'interesse pubblico lo richieda, nel rispetto dei limiti posti dalla legge. Esso risulta pertanto finalisticamente (legalità indirizzo, principio del vincolo nel fine) e proceduralmente (legalità garanzia) conformato<sup>168</sup>.

Orbene, occorre premettere che la pubblica amministrazione, per raggiungere i suoi scopi, ha a disposizione numerosi moduli di azione, a cui corrispondono diversificati regimi giuridici; ai fini di una più agevole esposizione, possiamo raggrupparli in tre tipologie.

In primo luogo, l'amministrazione, in quanto persona dotata di una generale capacità giuridica privata (art. 11 c.c.), può servirsi degli strumenti del diritto civile e, in particolare modo, dell'autonomia negoziale. Si pensi banalmente all'evenienza per cui l'apparato amministrativo, anziché procedere all'acquisizione di un bene mediante espropriazione (procedimento pubblicistico), lo faccia proprio tramite un contratto di compravendita. Tuttavia, l'autonomia privata di cui gode la pubblica amministrazione non è totalmente equiparabile a quella di un comune individuo, in quanto, anche in quest'ambito, la legalità ed i suoi corollari impongono delle limitazioni peculiari: a titolo esemplificativo, si ricordi il vincolo della stipula per iscritto di tutti i contratti, a pena di nullità<sup>169</sup> (quindi la forma è sempre elemento essenziale dei contratti della p.a., in deroga alla regola generale della libertà delle forme) ovvero gli obblighi pubblicistici che occorrono pure nei settori attratti al diritto privato, come le procedure ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione di un contratto o i concorsi per l'accesso al pubblico impiego. Come si vede, dunque, persino nell'ambito del diritto comune, il rango degli interessi in gioco e la preminenza degli obiettivi pubblici esigono solide forme di garanzia.

Per semplicità, sono da inserire in questo primo gruppo anche i meri comportamenti materiali, non riconducibili, neppure mediamente, all'esercizio di un potere (le cosiddette vie di fatto, tra cui sveltava il fenomeno dell'"occupazione usurpativa").

---

<sup>165</sup> Cerulli Irelli V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014, 262.

<sup>166</sup> Allegretti U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, CEDAM, 1965, 155; Fois S., voce *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 659; Carlassare L., voce *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia giuridica*, XVIII, Roma, Treccani, 1990, 1.

<sup>167</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, caso Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976.

<sup>168</sup> Scoca F. G., *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 177-178.

<sup>169</sup> Artt. 17 r.d. 2440/1923 e 32 c. 14 codice degli appalti.

In secondo luogo, l'ordinamento ammette forme di amministrazione concertata che si concretizzano nella stipulazione di accordi con i privati o con altre pubbliche amministrazioni. I primi sono definiti accordi verticali (a loro volta, sostitutivi o integrativi del provvedimento amministrativo: art. 11 l. 241/90), i secondi orizzontali (art. 15 l. 241/90). In questi casi, si badi, la p.a. non rinuncia alla sua posizione di imperio, non ponendosi pariteticamente con la controparte (come avverrebbe nell'esercizio di congegni di diritto comune), ma opta semplicemente per una veicolazione del proprio potere tramite un previo patto, che riduce o azzerla la sua discrezionalità, e questo vale a prescindere dalla questione, comunque decisiva ad altri fini, della natura, pubblica o privata, di tali atti<sup>170</sup>.

Tralasciando mezzi ibridi (come l'attività di impresa e di servizi pubblici), pur assai importanti nella vita di tutti i giorni, in terzo e ultimo luogo, vengono in rilievo gli schemi statisticamente più frequenti, ossia quelli caratterizzati dall'impiego di un potere. Nel dettaglio, essi possono tradursi nell'adozione di un provvedimento amministrativo, nell'integrazione di un silenzio significativo e tipico (art. 20 l. 241 cit.) ovvero in un comportamento materiale riconducibile, anche indirettamente, ad un potere (come nell'ipotesi di "occupazione acquisitiva"). Affinché l'effusione di potere non si traduca in un inarrestabile ed incontrollabile arbitrio, il principio di legalità impone limiti negativi e positivi alla potestà pubblica<sup>171</sup>: i primi sono diretti ad evitare che l'azione amministrativa trasmodi in un illecito, i secondi ad incanalare l'impiego del potere verso i fini prescritti. Al contrario, nei rapporti disciplinati dal diritto privato e connotati da autonomia negoziale (quindi relazioni tra parti formalmente eguali, costruite attorno alla regolazione degli interessi particolari), notiamo l'esistenza di soli limiti negativi, quelli cioè fissati dalle norme imperative richiamate dall'art. 1418 c. 1 c.c., il cui mancato rispetto è sanzionato con la nullità virtuale. Ulteriormente la spendita di potere si distingue dall'autonomia, in quanto la prima, a differenza della seconda, può specificarsi in una serie di opzioni più o meno ampia, ma sempre finita.

A seconda della maggiore o minore ampiezza dei detti limiti, il potere può essere utilizzato secondo sfumature variabili di discrezionalità. Ciò è una conseguenza ineliminabile del rapporto legislatore-amministrazione: poiché il primo, salvi i discussi casi di leggi-provvedimento<sup>172</sup>, non può che produrre un atto legislativo che sia generale, cioè destinato a tutti i consociati, ed astratto, ossia diretto a normare in potenza una serie infinita di casi, esso non può prevedere ogni singola evenienza che possa realizzarsi nella realtà materiale e pertanto deve ricondurre la determinazione particolare all'organo amministrativo, il quale attua così la legge nel caso concreto, selezionando il risultato più conforme alle esigenze pubbliche<sup>173</sup>.

Insomma, per mezzo della discrezionalità l'autorità è abilitata a valutare gli interessi per cui dovrà esercitare il relativo potere, ma, al contempo, le è vietato prescindere da tale valutazione.

Il lemma discrezionalità, tutt'oggi privo di una definizione positiva, sconosciuto all'indagine dottrina ottocentesca<sup>174</sup>, intrinsecamente ambiguo (come dimostra l'originaria categoria dell'*acte*

---

<sup>170</sup> Per le contrapposte letture si può rimandare, per la maggioritaria tesi pubblicistica, a Cerulli Irelli V., op. cit., 399, e a Greco G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, Giappichelli, 2003, 117. Per la tesi privatistica, Manfredi G., *Accordi e azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2001, 91, e Trimarchi Banfi F., *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Politica del diritto*, II, 1993, 124.

<sup>171</sup> In termini, Mortati C., *Potere discrezionale*, in *Nuovo digesto italiano*, X, Torino, UTET, 1939, 76, ripreso successivamente dalla maggior parte della letteratura.

<sup>172</sup> Tra i molti contributi possiamo ricordare Mortati C., *Le leggi provvedimento*, Milano, Giuffrè, 1968, *passim*.

<sup>173</sup> Barone G., voce *Discrezionalità*, in *Enciclopedia giuridica*, XI, Roma, Treccani, 1989, 3: "L'affermata funzionalizzazione della discrezionalità alla realizzazione di un'attività efficiente e imparziale ha comportato, però, altresì, la garanzia che l'amministrazione non possa essere interamente spogliata del potere discrezionale. [...] Se amministrare vuol dire risolvere problemi concreti, vari e mutevoli, l'operatore pubblico deve essere dotato di poteri duttili [...]. Ma tale risultato può essere assicurato soltanto dall'attribuzione del potere discrezionale".

<sup>174</sup> Lo riferisce Barone G., op. cit., 1; anche Giannini M. S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, 20, ricorda che il termine compare per la prima volta nei lavori preparatori della legge Crispi del 1889 e nelle opere di Meucci.

*discrétionnaire ou de pure administration*)<sup>175</sup>, è frutto del lavoro della giurisprudenza e della dottrina amministrative dello scorso secolo. Diciamolo subito: la storia della discrezionalità è la storia dell'estensione del sindacato giurisdizionale sull'azione amministrativa<sup>176</sup> ed è per questo che ad essa va riconosciuta rilevanza anche costituzionale<sup>177</sup>. Tramite questo concetto, la scienza giuridica ha portato avanti l'esame della componente sostanziale del potere, cioè del profilo concernente le scelte compiute dall'amministrazione nel perseguire l'interesse generale. Col termine discrezionalità si suole quindi indicare quel margine più o meno largo di valutazione, che la legge riconosce alla pubblica amministrazione nell'esercizio del potere<sup>178</sup>; può ricadere, alternativamente o cumulativamente, sull'*an*, sul *quid*, sul *quomodo*, sul *quando*<sup>179</sup>. Dell'opzione selezionata, la p.a. è tenuta a dar conto con la motivazione del provvedimento. La dottrina<sup>180</sup> ha rimarcato la storicità della questione discrezionalità, sia delle sue soluzioni sia dei confini concettuali del problema. Nello Stato di polizia, che, con buona approssimazione, può dirsi

---

<sup>175</sup> Cioè di atti amministrativi assolutamente sottratti al controllo giurisdizionale; l'espressione è di Hauriou M., *Note sous Conseil d'État 31 janvier 1902 Grazietti, Recueil Sirey*, III, Parigi, 1903, 113. La tesi trovava sostentamento anche dal parallelismo con l'autonomia negoziale: così come lo Stato non poteva intervenire sulle scelte autonome dei cittadini, allo stesso modo nessuno avrebbe potuto contestare le decisioni discrezionali dell'amministrazione.

<sup>176</sup> Il legame tra diritto sostanziale e diritto processuale in riferimento alla discrezionalità è esaltato da buona parte della letteratura: *ex multis* Ramajoli M., Villata R., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 54; Giannini M. S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, 264; Mortati C., voce *Discrezionalità*, in *Novissimo digesto italiano*, V, Torino, UTET, 1960, 1099.

<sup>177</sup> Barone G., op. cit., 1: "[...] la riflessione sulla discrezionalità è servita soprattutto a questo, a distinguerla dall'arbitrio [...] a indebolire il privilegio secondo il quale la scelta discrezionale, quale che sia, buona o cattiva, sarebbe insindacabile". L'autore individua nelle opere *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Annali di diritto comparato*, XXII, 1948, 308 e *Merito*, in *Novissimo digesto italiano*, X, Torino, UTET, 1964, 575 di Ottaviano l'avvio di queste riflessioni: a quest'ultimo "spetta di aver dimostrato non solo che la discrezionalità non è di per sé insuscettibile di un sindacato giurisdizionale, ma che altresì tra il sindacato che si esercita tramite l'eccesso di potere e quello che si esercita in sede di riesame del merito non esiste differenza di sostanza, sibbene solamente di modalità, attenendo il primo al processo logico tramite il quale si è concretata la scelta discrezionale, il secondo a una piena ripetizione della comparazione degli interessi rilevanti [...]".

La copertura costituzionale della discrezionalità viene ricondotta da ambo gli autori citati all'art. 97; in particolare in Barone G., op. cit., 3, leggiamo: "Giacché la legge deve prendersi cura di far sì che l'amministrazione funzioni con efficienza ed imparzialità, tocca alla legge decidere in ordine all'attribuzione del potere discrezionale a un'autorità e all'ampiezza stessa di tale attribuzione; successivamente [...] codesto uso [del potere] viene ad assumere rilievo pieno e in nessun modo può considerarsi rimesso in via esclusiva all'apprezzamento degli organi amministrativi".

<sup>178</sup> Virga P., *Il provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1979, 19; Piras A., voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, 88-89: "[...] il fenomeno della discrezionalità è unico nella sua essenza, e ricorre ogni qualvolta spetti all'autorità non solo di qualificare, ma anche di determinare quanto dev'essere qualificato, secondo un apprezzamento ulteriore e di specie del valore del fatto (indeterminato) della norma". Ancora in Barone G., op. cit., 2: "[...] il termine discrezionalità sta ad indicare il potere, riconosciuto all'autorità, di compiere una scelta tra più scelte possibili". Le prime definizioni del termine sono presenti in Merkl A., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Vienna-Berlino, Springer, 1927, 151, e in Hauriou M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929 après les notes d'arrêts du Recueil Sirey*, II, Parigi, 1929, 184.

Anche etimologicamente, pare questo il significato migliore da attribuire al sintagma discrezionalità (dal latino *discernere*, cioè distinguere tra alternative).

<sup>179</sup> A parere di Corso G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020, 176, e Clarich M., *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1995, 12, con l'introduzione dell'art. 2, la l. 241/90 avrebbe espunto dal sistema la discrezionalità nell'*an* e nel *quando*, con la conseguenza, assai dirompente, di qualificare tutti i termini procedurali come perentori.

<sup>180</sup> Piras A., op. cit., 65.



il contesto in cui il diritto amministrativo moderno ha cominciato a muovere i suoi primi passi, il tema non si poneva neanche<sup>181</sup>.

Nel primo Ottocento, l'atto amministrativo fa il suo ingresso per determinare ciò che era inconoscibile all'autorità giudiziaria<sup>182</sup>; in quanto consustanziale all'*auctoritas* sovrana, l'amministrare era reputato in particolare affine al potere legislativo e, come questo, insindacabile ed irresponsabile (giuridicamente). È insomma la fase dell'*acte discrétionnaire ou de pure administration*, ossia dell'azione amministrativa assolutamente non contestabile: laddove pure ci fosse stata una limitazione legale al potere, l'indeterminatezza e genericità della legge consentivano sempre un esercizio pienamente sovrano della potestà pubblica<sup>183</sup>.

Sul finire del XIX secolo e agli albori del successivo, si fa strada l'idea che l'agire pubblico non possa essere incontrollabile e l'affermarsi del principio di legalità impone un ribaltamento dei rapporti tra legge e potere, per cui la prima non solo funge da limite esterno, ma è fonte di legittimazione del secondo<sup>184</sup>: "l'attività amministrativa, anche quando maggiore è la sua apparente libertà, si svolge sempre in obbedienza alle norme di legge"<sup>185</sup>. Il cambiamento viene ratificato anche in sede giurisprudenziale, ove si consolida la concezione secondo la quale il sindacato deve poter varcare i confini di una formale indagine di stretta legalità<sup>186</sup>. Può così dirsi concluso il passaggio da un'insindacabilità assoluta, ad una sindacabilità relativa, estesa cioè non alla valutazione della scelta discrezionale in sé considerata, ma alla logicità dell'attività svolta. La discrezionalità, controllabile dal giudice per mezzo delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere<sup>187</sup>, non va confusa con la legittimità dell'azione amministrativa, che - pure essa sindacabile - indica la corrispondenza dell'operato pubblico con la legge nel suo complesso; né con l'attività di

---

<sup>181</sup> Mannori L., Sordi B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma, Laterza, 2004, 164: "[...] nello Stato di polizia era vanum disputare de potestate, il diritto pubblico non esisteva [...]".

<sup>182</sup> Ivi, 292.

<sup>183</sup> Salandra A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi: con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino, UTET, 1904, 455 e ss.. La ricostruzione era avvalorata anche in una prospettiva processuale: il (neonato) giudice amministrativo si atteggiava come un giudice di pura legittimità, incompetente a scendere sul *fond de l'affaire*.

<sup>184</sup> Mannori L., Sordi B., op. cit., 306.

<sup>185</sup> Zanobini G., *L'attività amministrativa e la legge*, in *Rivista di diritto pubblico*, I, 1924, 386. Pure negli ordinamenti giuridici stranieri si assiste ad un mutamento simile; per esempio, nell'area tedesca ove il dibattito venne portato avanti dalla dialettica tra due autori: il "tradizionalista" Bernatzik E., *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Mainz-Vienna, 1886, 36 e ss., e il "modernista" Tezner F., *Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden*, Lipsia-Vienna, Deuticke, 1924, 15 e ss..

<sup>186</sup> Con. St., sez. V, 267/1938 (in *Rivista di diritto pubblico*, II, 1938): "[la discrezionalità] non può equivalere affatto a insindacabilità". In dottrina, Ramajoli M., Villata R., op. cit., 60: "La discrezionalità diventa così un modo di essere, un attributo peculiare della funzione amministrativa che ne consente proprio il controllo da parte del giudice di legittimità, sia pure segnandone il limite della cognizione. Al di là delle regole che governano l'esercizio del potere discrezionale si pone infatti il merito amministrativo".

<sup>187</sup> Il perimetro del vizio di eccesso di potere si è vistosamente ampliato per opera della magistratura nel corso degli anni, nella direzione di un controllo di legalità sostanziale: all'inizio era considerato sinonimo di sconfinamento di potere costituzionale, poi è passato per la figura dello sviamento del potere ed infine per le figure sintomatiche, erete a principi generali. Così, a parte la norma esterna attributiva del potere, l'agire amministrativo viene a sottostare a regole ulteriori, interne, che si ricavano a contrario dalle figure sintomatiche. La circolarità della vicenda è messa in evidenza *ex multis* in Casetta E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2007, 350.

Secondo alcuni autori (in particolare, Romano S., *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, Padova, CEDAM, 1932, 40; Giannini M. S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, cit., 82), i principi in oggetto non assurgerebbero al rango di regole giuridiche e sarebbero spendibili solo in caso di giurisdizione estesa al merito; l'opposta tesi della loro giuridicità è sostenuta da Mortati C., voce *Discrezionalità*, cit., 1103 e da Ottaviano V., *Studi sul merito degli atti amministrativi*, cit., 331. Nettamente prevalente oggi una terza interpretazione che innesta i principi in parola nella disciplina più ampia dello svolgimento della funzione amministrativa, secondo precisi canoni: Piras A., voce *Discrezionalità*, cit., 84.

interpretazione delle norme<sup>188</sup>, a sua volta coesistente all'agire pubblico; neppure con l'autonomia privata<sup>189</sup>, né tantomeno col merito, il quale si riconnette alle regole di opportunità dell'azione amministrativa.

Il merito, in particolare, traducibile con l'opzione politica tra alternative tutte egualmente ragionevoli e legittime, è, sotto pena di straripamento di potere costituzionale (controllabile dalla Cassazione ex art. 111 ult. c. Cost.)<sup>190</sup>, insindacabile dal giudice - anche se l'uso sempre più massiccio dei

---

<sup>188</sup> Ramajoli M., Villata R., op. cit., 61: *“Ai nostri giorni vi è pressoché concordia sul fatto che l'interpretazione della norma giuridica non coincida con la discrezionalità [...]”*. Tuttavia, l'equiparazione tra interpretazione e discrezionalità, sospinta dai maestri della Scuola di Vienna (Merkel e Kelsen su tutti), è stata in passato sostenuta per la comunanza di un elemento: la *vis creativa*. Storicamente, l'avvicinamento è stato molto importante perché ha favorito il processo di giurisdizionalizzazione della discrezionalità. Negli ultimi tempi, l'assimilazione, sulla scia degli insegnamenti linguistici di Gadamer, è stata riproposta dalla dottrina - *in primis*, Benvenuti L., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, CEDAM, 1986, 215 - inquadrando la discrezionalità nell'ambito delle operazioni ermeneutiche, in quanto, come queste, servirebbe a concretizzare il dettato normativo. Critici verso questo ragionamento sono Casetta E., *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Diritto e economia*, 1998, 503 e ss., e Azzariti G., *Dalla discrezionalità al potere. La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, CEDAM, 1989, 319, ove leggiamo: “[...] mentre da un lato tutte le norme sono soggette [...] all'attività interpretativa, non tutte determinano un conferimento di potere discrezionale”.

È bensì vero che anche interpretare significa scegliere tra varie opzioni; nondimeno, il fatto che il risultato dell'ermeneusi non sia univoco vieta soltanto di poter predicare di verità la disposizione (la quale invece potrà pur sempre essere considerata in termini di validità/invalidità). In ogni caso, anche a voler considerare l'interpretazione un'attività di scelta, quella che compie la p.a. spendendo un potere discrezionale rimane ontologicamente differente, in quanto connotata da una componente autenticamente politica, cioè la possibilità dell'organo pubblico di porre la norma per il caso singolo, aggiungendo un *quid novi* alla situazione preesistente. La discrezionalità è *“insieme, giudizio, come fissazione del valore comparativo degli interessi, e volontà come scelta della soluzione imposta da tale valutazione”* (cfr. Giannini M. S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, cit., 166; per la distinzione tra la componente volitiva e quella valoriale, si rinvia a Piras A., op. cit., 70). Interpretare, di converso, non comportando alcun giudizio di valore, significa solamente integrare, mai innovare, la realtà giuridica. Per le divergenti forme di sindacato giurisdizionale tra discrezionalità ed interpretazione, merita segnalare Ramajoli M., Villata R., op. cit., 70.

<sup>189</sup> Ramajoli M., Villata R., op. cit., 70: *“È sì vero che pure i privati compiono scelte [...]. Ma alle libere scelte espressione di autonomia privata non è imposto alcun fine da perseguire ed esse sono soggette solo a limiti d'ordine negativo, destinati ad impedire alle azioni umane di uscire dalla sfera del lecito. [...] Invece, il rapporto con la legge è ben diverso nell'attività discrezionale: quest'ultima non è uno spazio autonomo di determinazione limitato solo dall'esterno dal diritto”*. Sullo stesso orizzonte si pongono, tra i tanti, Zanobini G., *L'attività amministrativa e la legge*, in *Rivista di diritto pubblico*, I, 1924, 208 e ss.; Sandulli A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, 572, e Giannini M. S., *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, 47.

<sup>190</sup> Insindacabilità comunque non in senso assoluto: il controllo sul merito, esiste ma è limitato ed esterno, cioè attinente esclusivamente alla congruità della motivazione e all'esistenza dei presupposti fattuali e giuridici: Cons. St. sez. IV 6115/2002.

canoni di proporzionalità<sup>191</sup> e *reasonableness*<sup>192</sup> rende questa affermazione non più così netta come in passato<sup>193</sup>: tale non giustiziabilità, salve le eccezionali ipotesi di giurisdizione amministrativa estesa al merito<sup>194</sup>, di ricorsi giustiziali aperti a censure di merito<sup>195</sup> e di controlli amministrativi meritali, è figlia del principio costituzionale di separazione dei poteri. Il merito si staglia in quello spazio dell'agire amministrativo che, privo di regolazione da parte della norma costitutiva del potere, è esclusivamente riservato alla p.a., chiamata a dare prevalenza a certi interessi e a mettere in secondo piano altri secondo criteri non riconducibili a schemi giuridici<sup>196</sup>.

---

<sup>191</sup> Esaltata come “la chiave di lettura principale per comprendere il nucleo della discrezionalità amministrativa pura” in Ramajoli M., Villata R., op. cit., 196. Il principio, mutuato dal diritto tedesco per il tramite delle fonti comunitarie, impone alla p.a. “l’obbligo giuridico-morale [...] di ripartire i sacrifici tra tutti, tutti essendo teoricamente uguali di fronte allo Stato, di tutelare quanto meglio può l’interesse pubblico e di scegliere fra le varie vie, lasciate al suo arbitrio, le più convenienti” (Cammeo F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, Vallardi, 1911, 315; ma ancora prima si veda Romagnosi G. D., *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato, Tipografia Guasti, 1835, 17). Il test di proporzionalità si articola nei tre criteri di idoneità, necessità, adeguatezza (o proporzionalità in senso stretto), per i quali si rinvia a Trimarchi Banfi F., *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, II, 2016, 385. Tale strumento permette di superare l’antico retaggio secondo cui l’interesse pubblico è da ritenersi sempre prevalente e quello privato sempre soccombente: è allora possibile rileggere i rapporti tra p.a. e cittadini in termini di collaborazione e coordinamento.

<sup>192</sup> Si preferisce discorrere in termini di ragionevolezza e non di razionalità in quanto si è consapevoli che una logicità assoluta non è rinvenibile; la ragionevolezza va dunque intesa come “misura comunemente riconosciuta normale, conforme ad uno standard dalla generalità reputato secondo ragione” (Sala G., *L’eccesso di potere amministrativo dopo la l. 241/90: un’ipotesi di ridefinizione*, in *Diritto amministrativo*, II, 1993, 225). La sua risonanza è tale che “tutte le espressioni dell’eccesso di potere possono trovare in quella clausola la spiegazione più appagante” (Ledda F., *L’attività amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1987, 110).

<sup>193</sup> Si è, in modo condivisibile, asserito che il giudizio equitativo sostanziale, tipica espressione della giurisdizione estesa al merito, sia sempre più frequentemente rinvenibile in sede di legittimità. Viene in questo modo a configurarsi un sindacato ibrido, a metà strada tra quello di legalità formale e quello meritale, radicato sulla rinnovazione delle decisioni amministrative, entro il perimetro tracciato dai canoni sottesi la valutazione dell’interesse pubblico. Per ulteriori spunti si rinvia a Casetta E., *Attività e atto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1957, 293.

<sup>194</sup> Oggi elencate all’art. 134 c.p.a..

<sup>195</sup> Come il ricorso gerarchico.

<sup>196</sup> Si comprende come già Presutti E., *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, Società Editrice Libreria, 1911, 60, ne parlasse in termini di vero e proprio privilegio.

Al polo opposto rispetto alla discrezionalità pura si pone la vincolatività<sup>197</sup>: il potere è vincolato quando la legge (o lo stesso soggetto pubblico con atto di autolimitazione<sup>198</sup>) ha già predeterminato tutti gli elementi della fattispecie, sicché l'amministrazione non deve "scegliere", essendoci una sola soluzione possibile - quella, appunto, già prescritta dalla legge - ma verificare che, nel caso concreto, ricorrano tutti i requisiti fissati dal legislatore<sup>199</sup>. Va da sé che in questo caso l'azione pubblica sarà sicuramente scrutinabile dal giudice ma solo per il vizio di violazione di legge, non anche per l'eccesso di potere<sup>200</sup>.

La distinzione origina nel corso della prima parte dell'Ottocento e porta al consolidamento di una ricostruzione binaria dell'operato pubblico<sup>201</sup>: quando l'amministrazione agiva con poteri discrezionali, era assimilabile al legislatore - con conseguente insindacabilità delle sue opzioni<sup>202</sup> -

---

<sup>197</sup> La distinzione tra atti vincolati e atti discrezionali risale a Mayer G., *Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrecht*, Lipsia, 1878, 34-35.

Così come in Ottaviano V., voce *Merito (diritto amministrativo)*, in *Novissimo digesto italiano*, X, Torino, UTET, 1964, 577, si sostiene perfino che ogni attività amministrativa sarebbe vincolata, allo stesso modo, viceversa, si è sottolineato che la vera vincolatività sarebbe un'ipotesi di scuola (cfr. Cassese S., *Le basi del diritto amministrativo*, Roma, Garzanti, 2000, 443, e Benvenuti L., op. cit., 306).

<sup>198</sup> Barone nell'opera già menzionata affronta il problema ed esclude apertamente che la p.a. con un atto interno, quale potrebbe essere una circolare, possa forzare la legge e tradurre un potere discrezionale in vincolato; viceversa, sarebbe possibile agire in questi termini mediante regolamento, purché la fonte primaria riconosca una tale evenienza. In nessun caso, inoltre, essa potrebbe limitare in via preventiva i suoi poteri di accertamento.

Sul più ampio tema della cosiddetta prefigurazione dell'azione amministrativa, Vipiana P. M., *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1990, 518, e Police A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Roma, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998, 56. La tendenza, dettata da esigenze di trasparenza ed imparzialità, è peraltro incentivata dal legislatore comunitario (si veda ad esempio la direttiva CE 90/388 del 1990 sui servizi di telecomunicazione) e nazionale (l'archetipo è l'art. 12 della l. 241/90).

<sup>199</sup> Piras A., op. cit., 89: "Il vincolo [...] si ha, per converso, dovunque la norma non lasci alcun margine di scelta alla autorità, ma obblighi l'amministrazione a un'attività, a un atto il cui contenuto appare rigorosamente predeterminato".

<sup>200</sup> Ad esempio, in Cons. St. sez. V. 6391/2014 viene esplicitamente escluso il vizio di disparità di trattamento.

<sup>201</sup> Mannori L., Sordi B., op. cit., 297.

<sup>202</sup> È ancora una volta la tematica dell'atto di pura discrezionalità.

qualora invece operasse tramite atti vincolati, era equipollente ad un giudice - con annessa sindacabilità delle sue decisioni<sup>203</sup>.

È lampante, tuttavia, anche ad una superficiale analisi della realtà amministrativa, che è assai frequente un variegato dosaggio di discrezionalità e vincolatività persino in un medesimo contesto, sicché è di fatto piuttosto difficile trovarsi di fronte a poteri pienamente discrezionali o totalmente vincolati<sup>204</sup>. Nondimeno, la distinzione tra le due ipotesi va mantenuta, in quanto rilevante sul piano non solo concettuale ma anche pratico: si pensi alle regole del riparto di giurisdizione (giudice ordinario-potere vincolato, giudice amministrativo-potere discrezionale)<sup>205</sup>, al diverso sindacato che il giudice può spendere, soprattutto in tema di azione risarcitoria (pieno per il potere vincolato, limitato per quello discrezionale)<sup>206</sup>, alla possibilità di applicare alcuni istituti (la SCIA può trovare spazio solo a fronte di poteri vincolati, così come l'art. 21 octies c. 2, l. 241/90) ovvero la

---

<sup>203</sup> L'idea di un potere vincolato sovrapponibile alla *potestas iudicandi* sembra alla base di quelle posizioni dottrinarie, le quali escludono di poter inserire nella categoria dell'atto amministrativo il provvedimento vincolato, in quanto, connotato indelebile del primo, sarebbe la discrezionalità, chiaramente assente nel secondo. L'atto vincolato avrebbe pertanto mera efficacia ricognitiva. Cfr. Miele G., *Potere, diritto soggettivo, interesse*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 1944, 116; Orsi Battaglini A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, I, 1988, 3; Ferrara L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, CEDAM, 1996, 37. *Contra* Scoca F. G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in Amorosino S. (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti dagli allievi per gli ottanta anni di M. S. Giannini*, Milano, Giuffrè, 1995, 286, e Casetta E., voce *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XII, Torino, UTET, 1997, 243, i quali, in maniera ineccepibile, rimarcano come, anche quando ci sia un potere vincolato, l'effetto giuridico finale non deriva dalla legge direttamente, ma sempre dal provvedimento: il potere non è solo possibilità di scelta ma consiste pure nella possibilità di far scaturire l'efficacia giuridica. D'altra parte, si aggiunge, non si comprenderebbe l'affinità di regime normativo, soprattutto in punto di tutela, tra atti discrezionali e atti vincolati.

Il dibattito verosimilmente origina, da un lato, da una differente concezione dell'imperatività provvedimentale (per la prima tesi, letta come sinonimo di discrezionalità, per la seconda, come categoria autonoma) e, dall'altro, dalle situazioni giuridiche coinvolte (per la prima teoria, secca alternativa vincolo-diritto soggettivo; per la seconda, discrezionalità-interesse legittimo).

<sup>204</sup> Lo sottolineano, tra i molti, Giannini M. S., *Diritto amministrativo*, cit., 53 e Ramajoli M., Villata R., op. cit., 76. La negazione di poteri vincolati sarebbe addirittura "pericolosa" per i singoli a parere di Ferrara L., op. cit., 13.

<sup>205</sup> L'impostazione è alquanto consolidata in giurisprudenza, almeno a partire da Cass. Sez. Un. 2994/1955, in *Foro italiano*, I, 1955. L'idea, in realtà, è un po' più raffinata: in caso di potere vincolato, se la legge tutela in via primaria la posizione del singolo, avremo un diritto; se guarda invece al solo interesse pubblico, un interesse legittimo. In dottrina, si vedano Casetta E., *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, 611, e Giannini M. S., op. cit., II, 520. Sulla vaghezza dei criteri impiegati per distinguere tra le due situazioni, si rinvia invece a Orsi Battaglini A., op. cit., 267; Ferrara L., op. cit., 19; e Travi A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014, 56-57.

<sup>206</sup> Si registra comunque un'altalenante andatura nella giurisprudenza amministrativa. Infatti, pur a fronte di una potestà vincolata, spesso si assiste ad una lettura limitata dei presupposti sostanziali per l'applicazione del potere (specialmente, nel settore delle sanzioni disciplinari: Cons. St. sez. V 460/2003) oppure si verifica una vistosa estensione del merito amministrativo (Cons. St. sez. VI 1662/2002). Le oscillazioni sono forse dovute ai differenti inquadramenti concettuali che i giudici operano verso quel potere di accertamento che l'ordinamento riconosce nel fissare un vincolo, ora inteso come discrezionalità tecnica, ora come mera attività valutativa.

pretermissione di altri; secondo taluni, a fronte di vincolatività diverrebbero superflui l'obbligo di motivazione<sup>207</sup> e le garanzie partecipative<sup>208</sup> né sarebbe praticabile la revoca<sup>209</sup>. Altre questioni, che qui si tralasciano, valgono per la cosiddetta discrezionalità tecnica<sup>210</sup> e per la discrezionalità organizzativa<sup>211</sup>.

### 1.2.2.2 La discrezionalità nella dinamica procedimentale

Fino ad ora si è analizzata la discrezionalità sul piano statico, cioè presa per sé, ma non bisogna dimenticare che la legalità dell'intervento pubblico passa anche per il rispetto di regole formali, quelle che nel complesso delimitano l'istituto (e il principio) del procedimento.

Il procedimento, tecnicamente inteso, è una concatenazione - regolata dal diritto - di atti e fatti giuridicamente rilevanti, proiettati verso un esito comune che, nel nostro caso, è il provvedimento amministrativo (ma, per esempio, nella giurisdizione è la sentenza, nell'iter parlamentare la legge)<sup>212</sup>.

---

<sup>207</sup> Cons. St. sez. VI 174/1994; sarebbe sufficiente una "giustificazione" per Cons. St. sez. VI 3669/2000.

<sup>208</sup> Cons. St. sez. V 3803/2013 e TAR Campania, Napoli, sez. III 1917/2019. *Contra* Casetta E., Fracchia F., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2021, 449.

<sup>209</sup> Perché per definizione mancherebbe una valutazione discrezionale del pubblico interesse: Immordino M., *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, Giappichelli, 1999, 79 e ss.. Dubbi permangono rispetto all'annullamento d'ufficio: l'ammette Sorace D., voce *Atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, III, Milano, Giuffrè, 2010, 46 e ss..

<sup>210</sup> Cioè il potere di decidere applicando criteri specialistici, appartenenti a discipline extra-giuridiche. Ai fini della nostra trattazione la discrezionalità tecnica è sovrapponibile a quella pura. Tra i primi studi, si rammentano Cammeo F., *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giurisprudenza italiana*, III, 1902, 275; Presutti E., *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giurisprudenza italiana*, IV, 1910, 47; Ranelletti O., *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 365.

Rispetto alla discrezionalità pura, l'equivocità del termine discrezionalità tecnica, oggi conclamata, è già registrata in Guicciardi E., *Delimitazione dei bacini montani e discrezionalità tecnica*, in *Giurisprudenza italiana*, III, 1959, 193, e in Giannini M. S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 42; molti autori preferiscono infatti parlare di valutazioni tecniche. Non è comunque da escludersi una commistione tra ambo le componenti (cosiddetta discrezionalità mista).

Sulla graduale conversione della discrezionalità pura in valutazione tecnica, si rinvia a Giannini M. S., *Discrezionalità amministrativa e pluralismo*, in *Quaderni del pluralismo*, II, 1984, 109.

La distinzione rispetto agli accertamenti tecnici oggettivamente comprovabili è ben salda in dottrina (ad esempio, Cammeo F., op. cit., 278) e in giurisprudenza (Cons. St. sez. V 1247/2001).

Il problema cruciale della materia consiste nella fissazione dei confini del sindacato giurisdizionale.

L'elencazione dei vari modelli esperibili (sindacato estrinseco/intrinseco, debole/forte, diretto/indiretto) e l'evoluzione della tematica è efficacemente proposta in Ramajoli M., Villata R., op. cit., 133 e ss.. Nel diritto pretorio, emblematico - almeno sul piano dei principi - il cambiamento di prospettiva recato con Cons. St. IV sez. n. 601 del 1999; ma si confronti anche Cass. Sez. Un. 9344/1997 e, più di recente, Sez. Un. 19787/2015. Da ultimo, anche il legislatore, con l'introduzione dell'art. 67 c.p.a., ha fornito un utile strumento per superare le criticità del passato (sulla consulenza tecnica si veda, per esempio, D'Angelo G., *L'istruttoria*, in *Foro italiano*, V, 2010, 216).

<sup>211</sup> Che nel nostro studio assume rilievo marginale. L'individuazione della categoria si deve a Nigro M., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, 119.

<sup>212</sup> Sandulli A. M., *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940, 642.

Da un punto di vista più marcatamente dinamico e sostanziale, i concetti di procedimento e di discrezionalità si influenzano vicendevolmente<sup>213</sup>, illuminando l'uno i fini verso i quali deve tendere l'altra. Il primo diviene il luogo privilegiato del raffronto degli interessi (pubblici, privati, collettivi, diffusi) coinvolti nel rapporto di diritto pubblico - alcuni dei quali eventualmente già evidenziati dalla legge; il secondo viene a concretizzarsi nel meccanismo di bilanciamento di questi interessi, che passa per l'individuazione dell'interesse pubblico primario e nella enucleazione degli strumenti più appropriati per massimizzare quest'ultimo, col minore sacrificio possibile per le altre posizioni in gioco<sup>214</sup>. Ciò comporta l'esclusione dell'automatica (e acritica) preponderanza dell'interesse di cui è portatrice l'amministrazione sugli altri.<sup>215</sup>

Abbiamo sopra detto che la discrezionalità significa possibilità di scelta; ma essa non si risolve solo in una scelta, quale che sia<sup>216</sup>, ma in una scelta funzionalizzata, protesa cioè a realizzare l'interesse pubblico<sup>217</sup>. È un apprezzamento di interessi che non va rapportato all'atto amministrativo, che non può riferirsi ad una discrezionalità già esercitata, né al potere, che è un *prius*, ma attiene eminentemente al farsi dell'azione amministrativa, cioè alla funzione<sup>218</sup>. E il procedimento è la forma della funzione amministrativa.

L'interesse pubblico primario (o essenziale)<sup>219</sup>, cioè quello nel cui nome è stato attribuito il potere, infatti, non si presenta come entità isolata e statica, bensì come dialettica e dinamica, entrando in contatto con altri tipi di interessi, che potremmo definire secondari, i quali per poter assumere rilievo devono essere innanzitutto conosciuti e la conoscenza è garantita dal procedimento amministrativo.

---

<sup>213</sup> Benvenuti F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, I, 1952, 118.

<sup>214</sup> Giannini M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, 48 e ss., che definisce la discrezionalità “una ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario”; ma ancor prima si veda Romagnosi G. D., *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato, Tipografia Guasti, 1835, 17: “[l’azione amministrativa deve] ottenere la maggiore prosperità e sicurezza pubblica interna ed esterna, salvo l’inviolato esercizio della privata proprietà e libertà [...] far prevalere la cosa pubblica alla privata entro i limiti della vera necessità col minimo sacrificio della privata proprietà e libertà”. Ancora, per Giannini M. S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, 77, la discrezionalità si erge a scelta guidata dalla “comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi, pubblici e privati” attenti dall’esercizio di una potestà, in maniera tale che ciascuno di essi “sia soddisfatto secondo il valore che l’autorità ritiene che abbia nella fattispecie”. Questa concezione, a parere dell’autore novecentesco, è in grado di recuperare ed armonizzare i contenuti volitivi-intellettivi che connotano la discrezionalità: i primi tramite la fissazione dei valori dei diversi interessi, i secondi grazie alla ponderazione degli interessi. Hanno seguito l’insegnamento dell’insigne autore, tra i tanti, Piras A., voce *Discrezionalità*, cit., 82 e ss.; Capaccioli E., *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 1983, 285 e ss.; Cerulli Irelli, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014, 278 e ss..

<sup>215</sup> L’amministrazione non deve farsi sedurre da una “concezione totalizzante e monosettoriale dell’interesse pubblico primario”: TAR Campania, Napoli, sez. III 2888/2016 e sez. VII 530/2009.

<sup>216</sup> Nella dottrina tedesca del primo dopoguerra, al perseguimento del pubblico interesse si riteneva corrispondesse una sorta di procura in bianco, cioè la possibilità di spendere una discrezionalità quasi illimitata: Von Laun R., *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Lipsia, 1919, 66 e Jellinek W., *Verwaltungsrecht*, Berlino, 1931, 30.

<sup>217</sup> Ramajoli M., Villata R., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 66: “[...] la discrezionalità comporta una valutazione che implica l’impossibilità di una soluzione unica [...]”.

<sup>218</sup> In termini, Casetta E., voce *Attività amministrativa*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, I, Torino, UTET, 1987, 528.

<sup>219</sup> La terminologia risale a Giannini M. S., op. cit., 48. Si badi: interesse pubblico primario in senso relativo (cioè con riferimento allo specifico rapporto), non in senso assoluto, alla stregua di una piramide di valori.

Del pari, anche l'interesse pubblico primario deve però, prima di venir bilanciato, essere individuato in concreto, per come rapportato al complessivo assetto della situazione specifica, e secondo ragionevolezza ed imparzialità<sup>220</sup>.

Talvolta, l'interesse pubblico essenziale viene direttamente ricavato dall'interpretazione delle norme attributive del potere (come può avvenire ad esempio in ambito sanitario); talaltra, si estrapola in via mediata, andando a guardare all'ordine delle competenze amministrative (si pensi al settore delle forze armate); in altri casi, la legge stessa impone di scandagliare una pletera eterogenea di interessi primari (ciò si registra in materia di pianificazione e, in generale, nei procedimenti complessi); infine, in certi casi ancora l'ordinamento fissa un interesse connotato genericamente (ordine pubblico, sicurezza e simili)<sup>221</sup>.

L'intrinseca razionalità che deve guidare l'operazione dell'amministrazione, comporta due corollari, i soli in grado di garantire un giusto equilibrio tra tutti gli elementi della fattispecie, da soddisfare essenzialmente tramite il procedimento (segnatamente, nella fase istruttoria): il principio di necessaria acquisizione di tutti gli interessi coinvolti e quello della necessaria valutazione comparativa dei medesimi<sup>222</sup>.

Si capisce con chiarezza allora la netta differenza rispetto al regime precedente la riforma del 1990: in passato, quand'anche l'amministrazione avesse voluto dar peso agli interessi ulteriori gravitanti attorno a quello primario, lo avrebbe fatto secondo analisi e valutazioni esclusivamente proprie (e pienamente libere), verso le quali i titolari di quegli stessi interessi nulla avrebbero potuto opporre. Di converso, oggi, vigente la disciplina sul procedimento amministrativo, la scelta nella quale si invetera la potestà pubblica si stende sulla porzione - e solo quella - lasciata aperta dal legislatore: laddove la legge fissa dei paletti, non può esserci libertà di scelta; ove le norme nulla dispongono si estrinseca la discrezionalità, la quale comunque soggiace al rispetto dei principi che informano l'agire pubblico nel suo complesso<sup>223</sup>.

È così possibile individuare l'ultimo apporto della discrezionalità, ignorato in passato: la fissazione di una disciplina giuridica che funga da presidio per il confronto dialettico tra interessi, la quale abiliti il giudice a verificare la completezza, la logicità, l'utilità della valutazione operata dall'amministrazione.

### 1.2.3 L'interesse legittimo

Il rapporto di diritto pubblico si instaura tra una amministrazione, esercente un potere, ed un privato destinatario del medesimo. Se in un rapporto di diritto privato, classicamente, si configurano due posizioni giuridiche, una attiva (poniamo, un diritto relativo) ed una passiva (obbligo), nel diritto pubblico, invero, il cittadino che subisce l'imperatività dell'operato amministrativo affianca un'altra posizione attiva, che è quella di interesse legittimo (se la potestà è vincolata, secondo i più, si tratterebbe di un diritto soggettivo). Il primigenio rapporto di diritto

---

<sup>220</sup> Cerulli Irelli V., op. cit., 281 e ss.; concorde anche Scoca F. G., *Diritto amministrativo*, cit., 182. La contrapposizione tra un interesse pubblico statico e astratto e uno concreto e dinamico è approfondita in Levi F., *L'attività conoscitiva della Pubblica Amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967, 227 e ss., e in Cannada Bartoli E., voce *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano, Giuffrè, 1967, 10 e ss..

<sup>221</sup> Ramajoli M., Villata R., op. cit., 104; si rammenta in aggiunta come oggi, la stratificazione delle fonti - anche esterne - abbia ulteriormente complicato le cose.

<sup>222</sup> Cerulli Irelli V., *ibidem*; Ramajoli M., Villata R., op. cit., 110: "[...] l'interesse pubblico [...] non ha più nulla di formale, cioè di normativo. L'interesse pubblico è concepito alla stregua di un'ipotesi di lavoro iniziale di una ricerca che dovrà trovare la sua giustificazione ex post nell'istruttoria".

<sup>223</sup> Cerulli Irelli V., op. cit., 287: "La scelta nella quale si estrinseca il potere discrezionale reca dunque in sé elementi di libertà e di vincolo insieme. È libera al di là del rispetto inderogabile delle prescrizioni di legge, è pur sempre una scelta invero; ma è legata nel suo fine, che è imposto e non può essere autonomamente determinato [...]".



pubblico si salda dunque su due posizioni, entrambi attive. Eppure il riconoscimento di una protezione piena per l'interesse legittimo è stato, come risaputo, notevolmente tortuoso. La storia dell'interesse legittimo ha una precisa data di nascita: il 1889, anno in cui il Parlamento regio vara la legge n. 5992 con cui istituisce la sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, alla quale conferisce la cognizione delle controversie tra privati ed amministrazioni, concernenti "interessi" (art. 3). Per la verità, la questione emerge già nel 1865, quando il legislatore, sulla scia dell'archetipo belga ed inglese<sup>224</sup>, all'Allegato E della legge n. 2248, dedicata all'unificazione amministrativa del neonato Regno d'Italia, sopprime i tribunali del contenzioso amministrativo, devolvendo tutte le contestazioni sui diritti, comprese quelle che coinvolgono la pubblica amministrazione, alla giurisdizione ordinaria, lasciando che le liti sugli "altri affari" siano risolte dallo stesso apparato amministrativo (o dal re).

Un meccanismo tutto sommato lineare è quello che traspare con la legge del 1865: le posizioni giuridicamente rilevanti ("diritti civili e politici") sono affidate al giudice ordinario, mentre quelle prive di rilevanza giuridica ("altri affari") vengono devolute al sistema dei ricorsi amministrativi<sup>225</sup>. È di tutta evidenza la deferenza che la riforma ha avuto nei confronti del principio liberale di separazione dei poteri.

La giurisprudenza, nei circa vent'anni che separarono le due leggi, interpretò tuttavia restrittivamente le attribuzioni conferite nel 1865, ritenendo che solamente le liti su diritti soggettivi fossero giustiziabili, mentre tutti gli "altri affari" dovessero rimanere fuori dal sistema giurisdizionale: le prime derivanti da atti di gestione, i secondi dall'emanazione di atti d'imperio. D'altra parte, sul versante dogmatico, lo schema si giustificava alla luce dell'idea per cui in mancanza di una specifica tutela giurisdizionale, non poteva esistere una posizione giuridica soggettiva<sup>226</sup>.

L'insuccesso venne conclamato dal massiccio ricorso al conflitto di attribuzione tra poteri - deciso, fino alla riforma del 1877<sup>227</sup>, dal Consiglio di Stato - per mezzo del quale l'amministrazione ridusse ulteriormente i confini della competenza giurisdizionale nelle controversie che la riguardavano<sup>228</sup>. Per non parlare poi delle ritrosie dello stesso apparato pubblico - pesantemente influenzato dai partiti politici - a decidere equamente i ricorsi giustiziali.

---

<sup>224</sup> In Belgio il modello giurisdizionale unico è previsto dalla Costituzione del 1831; tuttavia, blocchi di materie possono per legge essere devoluti a speciali giudici amministrativi. Nell'ordinamento anglosassone, la giurisdizione unica ha risalenti origini nella *common law* ma anche in questo caso si è assistito, nel tornante del XX secolo, ad una costante ibridazione con gli schemi continentali.

<sup>225</sup> Nitide le parole pronunciate dal deputato Stanislao Mancini nel corso dei dibattiti parlamentari della seduta del 9 giugno 1864: "*Ove si tratti di regolamento di interessi, di semplice pregiudizio arrecato ad essi, sarà questa materia dell'amministrazione attiva [...]. Per l'opposto allorché l'amministrazione trascorra alla violazione di diritti, alla infrazione delle leggi, ossia invade una sfera a cui le sue attribuzioni non si estendono [...] ed è allora che s'incontra la materia contenziosa propria dell'autorità giudiziaria nella quale l'amministrazione non può farsi giudice senza arrogarsi una funzione che non le spetta [...]*". Il discorso è riportato ampiamente in Salandra A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi: con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino, UTET, 1904, 351-352.

<sup>226</sup> Lo troviamo affermato, ad esempio, in Cammeo F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, Vallardi, 1911, 105: "*si dice generalmente che diritto subbiiettivo è un interesse protetto con l'azione. Ed è questa la celebre definizione dello Jhering. Si intende con nome d'azione la facoltà spettante unicamente al soggetto dell'interesse (o a chi lo rappresenta) di ottenerne la difesa di un organo giurisdizionale dello stato*".

<sup>227</sup> Legge n. 3761 del 1877.

<sup>228</sup> Per una panoramica generale sul punto si veda Scoca F. G., *Il Consiglio di Stato e i conflitti di attribuzione (1865-1877)*, in AA. VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Zanichelli, Bologna, 2011, 93 e ss..

A questo vuoto di tutela fece fronte, appunto, la riforma del 1889<sup>229</sup>. In questo modo, sulla base del diritto positivo compare sulla scena un inedito elemento, ossia l'interesse legittimo. Il legislatore non lo ha mai definito e ciò ha contribuito ad una plethora di ricostruzioni dottrinarie. Le letture in termini di interesse occasionalmente protetto<sup>230</sup>, di diritto

---

<sup>229</sup> Dichiaratamente volta a dare uno strumento di tutela al cittadino, secondo le parole del promotore, il deputato Crispi, pronunciate alla seduta del 24 marzo 1888: “[...] è tempo ormai di compiere la riforma, di dare ad ogni diritto una guarentigia, ad ogni violazione di legittimo interesse una via pubblica e sicura di legale riparazione”. Nello stesso senso, alla seduta del regio Senato del 21 marzo 1888, il relatore Costa: “la legge del 1865 [...] abbandonava alla decisione dell’amministrazione, senza alcuna specie di guarentigia, la decisione dei ricorsi contro gli atti del potere esecutivo e della pubblica amministrazione. In questa guisa, mentre i diritti veri e propri erano efficacemente tutelati, gli interessi, non solo non ottenevano una tutela congrua all’indole loro, ma perdevano quella che avevano avuto fino a quella epoca mercé i tribunali del contenzioso amministrativo”. Per entrambi i riferimenti, si veda Scoca F. G., *L’interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, 14-19, anche in nota.

<sup>230</sup> Meucci L., *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giustizia amministrativa*, IV, 1891, 15 (articolo integrato poi in *Instituzioni di diritto amministrativo*, Torino, F.lli Bocca, 1909). L’autore distingue tra “diritti, interessi legittimi, interessi semplici; materia, gradualmente, di competenza del giudizio ordinario, del giudizio amministrativo, dell’amministrazione pura”. L’interesse è occasionalmente protetto in quanto la legge non lo difende direttamente, ma in via eventuale allorquando vada a coincidere con l’interesse della collettività. La tutela giurisdizionale, divenuta azione popolare, si fa allora puramente oggettiva.

affievolito<sup>231</sup>, di interesse ad agire a vocazione processualistica

---

<sup>231</sup> Ranelletti O., *A proposito di una questione di competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano, 1892, 76. Gli interessi citati dalla legge del 1889 “sono dei veri diritti, ma che subiscono una compressione quando si trovano di fronte ad un contrasto coll’elemento, col quale sono compenetrati e dal quale dipendono, cioè l’interesse generale [...], compressione, che toglie loro il mezzo ordinario di farli valere, cioè l’azione comune; ogni qual volta la compressione manca, riprendono la loro naturale espansione e sono dei veri diritti subiettivi”.

La tesi sarà poi rivista dallo stesso autore nelle opere successive. In particolare, nel volume *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, Pierro, 1912, 429-430, l’illustre giurista propone due varianti di interesse legittimo. La prima, coerente con l’insegnamento di Meucci, è quella dell’interesse occasionalmente protetto: la legge soddisfa l’interesse generale e tuttavia determinati individui, “per la situazione particolare, in cui occasionalmente si trovano rispetto alla materia dalla norma regolata, possono trarre un vantaggio o risentire un danno speciale”; essi risultano quindi titolari di un interesse a che l’azione dell’amministrazione “si svolga conformemente alle norme giuridiche, che l’hanno regolata, e secondo le esigenze di quell’interesse generale”. Il diritto affievolito è la seconda forma: “la figura del diritto soggettivo [...] si sdoppia nei rapporti e di fronte alla pubblica amministrazione, secondo il grado di protezione, che in tali rapporti la norma di diritto accorda all’interesse”; ma “il diritto dell’individuo non può mai nuocere alla collettività, né essere mai di ostacolo alla soddisfazione dell’interesse collettivo”, pertanto esso “deve mutare contenuto o figura e anche cessare di esistere”. Nondimeno, alcuni diritti non sono condizionati dall’interesse pubblico o, se lo sono, “la condizione è pienamente definita ed essi sono normalmente garantiti, anche di fronte alla pubblica amministrazione, dalla giurisdizione dei tribunali ordinari”; qualora, viceversa, l’amministrazione si trovi a spendere poteri discrezionali, il diritto del privato diventa giuridicamente condizionato dall’interesse generale e nascono così “diritti affievoliti nella loro forza, ed elastici di fronte all’interesse pubblico” (ivi, 434).

Nell’opera matura *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1934, 165 e ss., in realtà fa capolino una terza sfumatura, quella dei diritti perfetti che, strutturalmente incondizionati rispetto all’interesse pubblico, possono essere sacrificati per legge e previo indennizzo in nome di quest’ultimo. Essi “[...] sono di regola garantiti, anche di fronte alla pubblica amministrazione, dalla giurisdizione dei tribunali ordinari, finché nel rapporto, di cui si tratta, essi si pongono di fronte all’amministrazione, come diritti soggettivi perfetti, cioè di fronte ad essi questa si trova nella sua attività vincolata” (*Principii di diritto amministrativo*, cit., 438-439). In questa guisa, affianco alla figura del diritto affievolito, si colloca il fenomeno dell’affievolimento dei diritti, strumento che sarà frequentemente impiegato dalla giurisprudenza soprattutto in tema di riparto di giurisdizione.

L’apporto più innovativo della lettura così riassunta sta, non tanto nella teoria dell’affievolimento (che avrà comunque un enorme successo), ma soprattutto nell’aver riconosciuto che anche i diritti soggettivi possono dialogare col potere pubblico e subire vicende diverse a seconda del maggior o minore grado di discrezionalità della p.a..

L’impostazione di Ranelletti ha avuto molto seguito tra gli studiosi della materia; tra di essi merita attenzione la proposta di Cammeo F. che, nel *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., 107, definisce l’interesse legittimo “un interesse tutelato dalla legge o occasionalmente, cioè con riguardo all’utile pubblico, anziché all’utile del subbietto, o capace di imperfetta soddisfazione, perché tutelato da norme che segnano limiti di facoltà discrezionali”. L’innovazione più significativa sta nella precisazione per cui “gli interessi legittimi sono, in teoria, diritti, ancorché così non siano chiamati nel nostro diritto positivo”. Il sillogismo è facilmente intuibile: solo i diritti sono azionabili in processo; gli interessi citati nella riforma ottengono protezione dinanzi ad un giudice; tali interessi vanno considerati allora diritti. È quindi una ricostruzione comunque differente da quella che, nel medesimo torno di anni, offre la dottrina di diritto processuale civile (si veda la nota n. 233).

<sup>232</sup> La lettura in termini di condizione dell'azione ha fatto breccia, oltre che nella letteratura processualciviltistica (si confronti la nota n. **233**), specialmente presso i sostenitori della tesi della natura oggettiva della giurisdizione della nuova IV sezione e, più in generale, presso quanti ne negavano il carattere giurisdizionale. Ne troviamo esempi in Orlando V. E., voce *Contenzioso amministrativo*, in *Digesto italiano*, VIII, Torino, UTET, 1895-1898, 909 e ss., e *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, Società Editrice Libreria, 1905, 718, ove si scrive: *“l'interesse non è l'oggetto del ricorso [...] può ritenersi che la legge abbia in tal modo voluto riprodurre quello che è principio fondamentale del diritto giudiziario comune, cioè che per potere proporre una domanda qualsiasi davanti un'autorità giurisdicente, occorre avervi interesse (art. 36 c.p.c. [oggi, art. 100 c.p.c.]”*; in Filomusi Guelfi F., *Silvio Spaventa, Discorso letto il 20 maggio 1894 nella sala Dante in Roma per la solenne commemorazione promossa dall'associazione abruzzese Silvio Spaventa*, Lanciano, 1894, 45, in nota: *“[...] L'interesse è qui dunque non la causa giuridica del ricorso (la causa petendi), ma la condizione per l'esercizio di esso”*; e, infine, in Salandra A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi: con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, cit., 772 e ss.: *“il ricorso è una vera azione, la cui base è un diritto e l'interesse ne è solo la condizione di esercizio [...] [esso] non consiste nella difesa e nella reintegrazione di un diritto individuale di fronte all'azione amministrativa”* (ivi, 779) ma è proteso a ricondurre questa *“all'osservanza di una norma di diritto pubblico, cioè di diritto oggettivo nel senso stretto e rigoroso della parola. Interest reipublicae che le autorità osservino le leggi, e che le eventuali inosservanze siano corrette”* (ivi, 772-773).

Differente fu invece il percorso seguito da Guicciardi E., il quale, nell'articolo *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Archivio di diritto pubblico*, II, 1937, 13 (poi ripubblicato nel saggio *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, UTET, 1967), propugna una lettura dell'interesse legittimo in termini di elemento legittimante l'azione processuale: *“intendendo il cosiddetto interesse legittimo come il momento determinante la legittimazione a ricorrere del cittadino, se ne delinea chiaramente la funzione. Se infatti l'atto amministrativo illegittimo costituisce violazione dell'interesse pubblico, potrebbe teoricamente ammettersi [...] l'impugnativa di esso da parte di ogni cittadino [...]. Ma l'inopportunità che degli atti amministrativi [...] siano esposti ad attacchi così generali e generici, ha fatto sì che il legislatore abbia limitato il potere di impugnativa a coloro soltanto che, per la loro situazione di fatto, abbiano particolari ragioni di promuovere su quegli atti anche un controllo giurisdizionale”*. Eppure l'oggetto del processo resta la potestà giuridica dell'amministrazione (la quale è la parte sostanziale del rapporto processuale) e trova la sua ragion d'essere nella tutela dell'interesse pubblico. Per far valere questo interesse alieno al singolo, l'autore è costretto a fondare la nota distinzione tra norme di azione e norme di relazione: le une determinano *“[le] sfere giuridiche riservate rispettivamente all'Amministrazione e al cittadino [...] concernono l'interesse dell'Amministrazione nelle sue relazioni con l'interesse di altri soggetti”* e si riconducono a diritti soggettivi; le altre *“tutelano l'interesse pubblico per se stesso, nella fase dinamica del suo perseguimento, obiettivamente e non in relazione ad interessi diversi”* e postulano interessi legittimi protetti dal giudice amministrativo (*La giustizia amministrativa*, Padova, CEDAM, 1956, 11-12).

Le difficoltà cui va incontro questa lettura sono evidenti: a parte l'ambiguità della distinzione norme di azione-norme di relazione, essa pretermette *in toto* la posizione del privato, ridotto, ancora una volta, a *longa manus* dell'interesse collettivo, con l'ulteriore paradosso che il ricorrente, tanto in caso di soccombenza, quanto in caso di accoglimento, risulterebbe sempre parte vincitrice, dato che quell'interesse generale sarebbe stato comunque difeso (per non dire poi dei problemi circa il riparto delle spese giudiziali).

<sup>233</sup> Mortara L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I, Milano, Vallardi, 1900 (circa), 53-54, secondo il quale, il legislatore avrebbe conferito cittadinanza al “*diritto pubblico subbiiettivo per garantire a loro [ai cittadini] favore la legittimità degli atti e provvedimenti discrezionali dell'amministrazione*”; separando poi diritti “*che eliminano o circoscrivono il potere discrezionale*” - sottoposti alla giurisdizione ordinaria - e diritti “*di esigere non già che un atto amministrativo si compia o non si compia, bensì che la esecuzione di esso abbia luogo, secondo le forme prescritte dalla legge, o rispettivamente sia impedita se avviene in modo non ossequiente alle medesime*” - di giurisdizione amministrativa. Ove la legge riconosca ai titolari di interessi il potere di esigerne la realizzazione, “*non ha essa bisogno di soggiungere che sono diritti*”.

Per l'autore, dunque, l'interesse legittimo, come situazione tutelata, non trova posto nel diritto positivo: la protezione riguarda esclusivamente il diritto formale alla legittimità e l'interesse cui si riferisce la legge del 1889 va letto come interesse ad agire.

Non molto dissimili le conclusioni di un altro sommo processualcivilista, Chiovenda G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1965, 356-357: “[la legge] *non ha dato l'azione ad ogni amministrato: ma solo all'amministrato interessato. Però l'interesse del singolo non è considerato né tutelato in sé: tanto è vero che se l'atto amministrativo è annullato per incompetenza o violazione di forma, e rinnovato in forma legale, l'interesse del singolo non è punto soddisfatto. Vi sono dunque due interessi rispetto all'atto impugnato, l'interesse individuale e l'interesse generale; ma il primo è considerato soltanto come condizione per far valere il secondo*”. Ancora, in *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991, 56: “*sono interessi legittimi quegli interessi del cittadino che coincidono con una norma di legge senza che questa norma però sia diretta a tutelare tale interesse. Abbiamo dunque qui un bene e una norma (elementi entrambi del diritto) ma non abbiamo quel rapporto fra i due elementi che costituisce il diritto, perché la norma non è diretta a proteggere il bene*”.

Negli stessi termini anche Tosato E., *Interesse materiale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa di legittimità*, Padova, CEDAM, 1937, 56, il cui contributo si ricorda specialmente per la distinzione tra norme primarie, “*che compongono direttamente un conflitto di interessi [...] mediante l'attribuzione di un diritto, al quale corrisponde, nel soggetto passivo, un obbligo*”, e norme secondarie, le quali “*intervengono non per comporre direttamente un conflitto di interessi, già risolto mediante l'attribuzione della potestà (e corrispondente soggezione alla medesima), ma per stabilire le condizioni di validità degli atti mediante i quali la potestà viene esercitata*”.

In questi termini l'interesse legittimo, completamente slegato dal bene della vita, sorge solo con l'emissione del provvedimento che produce una lesione della posizione del privato, qualificata come di interesse di fatto. Non si vede però allora quale sia il ruolo dell'interesse legittimo: non è oggetto del processo e nemmeno condizione dell'azione (che in realtà è rappresentata dall'interesse semplice). Sembra pertanto riaffiorare la tesi di Meucci (si veda la nota n. 230). Trattasi di ricostruzioni di transizione che non vogliono rinunciare alla definizione classica di interesse occasionalmente protetto. L'interesse alla legittimità risulta dunque legato ad un oggetto meramente formale, attenendo ad una qualità giuridica (la conformità a legge) e risulta essere una posizione adespota che ricade sull'intera collettività, priva di una relazione diretta con la posizione del singolo; posizione che è ben possibile che rimanga insoddisfatta.

Merito di queste teorie comunque è quello di aver spezzato il nesso diritto-azione, riconoscendo che anche posizioni che diritti non sono, possono avere autonoma tutela giurisdizionale; infatti non stupisce che saranno riprese anche da altri studiosi nel corso del Novecento: basti citare Guarino G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rassegna di diritto pubblico*, III-IV, 1949, 49 e ss., e Cannada Bartoli E., *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1950, 77 e ss.; soprattutto quest'ultimo, affermerà che l'interesse formale alla legittimità, per ergersi ad interesse legittimo, deve avere a suo presupposto un diritto soggettivo, senza che sia quest'ultimo ad essere fatto valere in sede processuale.

Peculiare ed eclettica, invece, la proposta di Romano A. che, nell'opera *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1958, 247 e ss., si basa sulla tripartizione, rispetto alla posizione del singolo, tra un potere astratto di ricorso, un interesse legittimo “*che risulta dall'apposizione di un vincolo ad un potere altrui*” e un interesse legittimo “*a che il giudice decida secondo le norme di diritto sostanziale*”. Tuttavia, egli aggiunge anche che l'interesse legittimo funge “*da elemento di legittimazione a ricorrere contro l'atto stesso*” e che alla giurisdizione amministrativa va attribuita sostanza oggettiva.

<sup>234</sup> appartengono ormai alla archeologia del diritto. Queste teoriche, pur nella loro eterogeneità, sono accomunate dall'idea di porre sullo sfondo l'interesse individuale, limitandosi ad esaltare il ruolo dell'interesse collettivo, inteso come diritto soggettivo spettante all'amministrazione, senza dover dunque rompere lo schema diritto-azione giurisdizionale. Erano d'altronde soluzioni imposte da esigenze schiettamente pratiche, innestate nella dimensione del processo amministrativo, il quale scontava il problema di una disciplina scarna e lacunosa; nessuna vera attenzione veniva riposta sul versante sostanziale del rapporto<sup>235</sup>. Chiaramente, non esisteva alcuna normativa generale sul procedimento amministrativo, ben che meno sulla partecipazione del privato alle scelte della p.a.. È pur vero che dell'interesse del cittadino l'amministrazione era chiamata a dar conto, ma era comunque una valutazione solitaria e nella maggioranza dei casi neanche esternata in una motivazione.

Tuttavia, l'impalcatura concettuale offerta da parte della dottrina, insieme alle aperture della giurisprudenza amministrativa per mezzo dell'esaltazione del vizio di eccesso di potere e dell'estensione del giudizio anche al fatto, hanno contribuito al definitivo abbandono di ogni legame con l'interesse pubblico. Qui si rinvengono i germi del principio del procedimento, come funzione del potere amministrativo: la presa d'atto cioè che è necessario dare rilievo anche prima e fuori del

---

<sup>234</sup> Garbagnati E., per esempio, nega rilievo sostanziale e processuale all'interesse del privato; quest'ultimo è solamente titolare di un potere di annullamento del provvedimento illegittimo che nasce una volta emanato il medesimo. Ne *La giurisdizione amministrativa. Concetto ed oggetto*, Milano, Giuffrè, 1950, 58, si ripudia apertamente tanto la parificazione interesse-diritto, quanto l'idea del diritto occasionalmente protetto; "il rapporto intercorrente fra il subbietto che propone il ricorso e la pubblica amministrazione [...] è un semplice rapporto di fatto, perché la norma giuridica che il giudice amministrativo è chiamato ad applicare ha per scopo di assicurare la conformità dell'attività amministrativa all'interesse pubblico, e non garantisce l'interesse del ricorrente, che non ha di fronte all'amministrazione il potere giuridico di esigere l'osservanza della norma stessa". Sulla medesima scia si pongono, discorrendo in termini di interesse di mero fatto, più recentemente, Satta F., *Giustizia amministrativa*, Padova, CEDAM, 1997, 155, e Paolantonio N., *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003, 233. Non molto diversa la posizione espressa in Allorio E., *Nuove riflessioni sulla teoria generale del diritto tributario*, in *Jus*, IV, 1951, 507 (anche se l'autore preferiva parlare di diritto all'annullamento): l'interesse legittimo è "l'espressione anticipata, dal punto di vista soggettivo, dell'esistenza di una giurisdizione di annullamento"; e in Pototschnig U., *Atti amministrativi e affievolimento di diritti soggettivi*, in *Jus*, II, 1953, 245: "la figura dell'interesse legittimo va pertanto individuata [...] come l'interesse alla cessazione della lesione cioè all'annullamento dell'atto lesivo [...]."

Enfatizzando il potere (o diritto) di annullamento, è consequenziale che non venga ammessa alcuna situazione giuridica prima che tale potere (o diritto) venga in essere, cioè prima che l'atto amministrativo sia varato.

Nettamente *tranchant* è la ricostruzione offerta da Attardi A. nel volume *L'interesse ad agire*, Padova, CEDAM, 1955, 263-264, a parere del quale l'interesse legittimo è "un'inutile superfetazione sul piano giuridico". Il ragionamento, in sintesi, è il seguente: la legge, nel dar rilievo alla posizione del singolo, impone obblighi alla p.a. e conferisce al singolo interessi legittimi; allorquando l'amministrazione abbia esercitato - sebbene illegittimamente - i suoi poteri, si estinguono gli uni e gli altri e residua solamente il potere di reazione processuale.

<sup>235</sup> Mette in luce le criticità di queste risalenti ricostruzioni, tra gli altri, Scoca F. G., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 91; in particolare, in riferimento alla teoria del diritto occasionalmente protetto si afferma: "La figura di un interesse (di fatto) che riceva dal diritto oggettivo un riconoscimento ed una tutela solo occasionali è logicamente incomprensibile: se la soddisfazione di tale interesse dipende dalla soddisfazione [...] di un altro interesse [...] non c'è che riconoscere che il secondo interesse è giuridicamente tutelato e che il primo non lo è affatto". Antecedentemente, nel medesimo orizzonte si poneva Giannini M. S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, 275.

Anche la figura del diritto affievolito non è stata risparmiata dalle critiche; l'intima contraddittorietà di un diritto sostanzialmente soggettivo ma trattato in sede processuale come interesse legittimo e la presa d'atto che anche i cosiddetti diritti perfetti possono venir incisi dall'azione amministrativa hanno portato a soppiantare la nozione, sostituendola con quella dell'affievolimento del diritto: qualsiasi diritto (condizionato o perfetto che sia) che venga attinto dal potere discrezionale perde la sua originaria consistenza e si riduce a interesse legittimo. Tra i patrocinatori di questo cambio di passo, meritano di essere segnalati: Amorth A., *Figura giuridica e contenuto del diritto subiettivo affievolito*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, 198 e ss., e Miele G., *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amministrativo*, IV, 1940, 56-57.

processo all'interesse legittimo, riconducendolo ai rapporti sostanziali. Il tutto otterrà suggello nella Carta costituzionale.

La prima autentica ricostruzione dell'interesse in termini di posizione giuridica sostanziale si deve a raffinata dottrina<sup>236</sup> la quale, proprio sulla scorta dell'ordito costituzionale, riuscì ad emancipare la nozione sia dalle pastoie processualistiche in cui era finita sia, specialmente, dalla subalternità rispetto al diritto soggettivo<sup>237</sup> e all'interesse pubblico<sup>238</sup>. L'art. 24 Cost.<sup>239</sup> è cristallino nel riconoscere all'interesse legittimo autonoma dignità sostanziale e, per mezzo dell'art. 113 Cost.<sup>240</sup>,

---

<sup>236</sup> Il naturale riferimento è a Nigro, il quale, giova ricordarlo, nei suoi studi giovanili - *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27, n. 4 della legge sul Consiglio di Stato*, in *Rassegna di diritto pubblico*, I, 1954, 254 - aveva parteggiato per la tesi di Allorio e Garbagnati (per i quali si veda la nota n. **234**). Abbandonata questa impostazione, l'autore, nell'opera *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2002, 99, offre un'altra lettura che da un lato esalta la posizione del cittadino ("*il privato entra nel procedimento non già per sentirsi dettare le condizioni per la sua soggezione e nemmeno soltanto per porre dei limiti al potere, ma per contribuire alla stessa determinazione dell'interesse pubblico (concreto)*") e dall'altro reimposta la concezione del rapporto di diritto pubblico ("*la norma attributiva del potere amministrativo [...] non solo [...] non prescinde dalla considerazione degli interessi privati, ma consiste proprio della presa in considerazione di essi insieme con uno o più interessi pubblici*").

<sup>237</sup> Bachelet V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1966, 468-469: "[se] la costituzione prevede un diverso modo di tutela giurisdizionale per i diritti e per gli interessi legittimi (art. 103) non sembra però abbia inteso dare a questi ultimi, dal punto di vista della garanzia giurisdizionale, una tutela processuale minore rispetto a quella dei diritti, come pure si è affermato; dovendosi se mai considerare che [...] diritti e interessi sono stati posti dal costituente sullo stesso piano, anche se in concreto affidati, almeno normalmente, a giudici diversi". Ancora, Cannada Bartoli E., voce *Interesse*, in *Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano, Giuffrè, 1972, 9-10: "*dalla Costituzione ricaviamo altresì che diritti soggettivi e interessi legittimi sono nozioni diverse [...]. Questo significa che gli interessi legittimi non possono essere configurati come uno stadio dei diritti soggettivi o un surrogato dei medesimi*". Viene dunque affermata la naturale "forza espansiva dell'interesse legittimo", che consente la "valutabilità degli interessi umani, al di fuori di una testuale apposita previsione di legge".

<sup>238</sup> Di contrario avviso è Cannada Bartoli E., il quale nella voce *Interesse*, cit., 9, dichiara: "se l'art. 97 Cost. [...] costituisce la norma fondamentale dell'azione amministrativa, tale norma fonda, ad un tempo, la compiuta risoluzione dell'interesse pubblico nell'ordinamento e, mediante la nozione di legittimità, il contenuto dell'interesse legittimo, che non è possibile definire che in relazione all'interesse pubblico siffattamente risolto".

<sup>239</sup> Nella seduta pomeridiana del 28 marzo 1947 del Comitato dei Settantacinque, Codacci Pisanelli, preoccupato che il generico riferimento agli interessi legittimi tagliasse fuori "*alcuni vantaggi, alcune utilità particolari dei singoli, i quali non trovano la loro protezione in una vera e propria norma giuridica, ma nel buon uso del potere discrezionale*", propose il seguente testo: "*tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi giuridicamente protetti*". Il resoconto del dibattito è consultabile nel volume AA. VV., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, I, Camera dei Deputati - Segretariato Generale, Roma, 1970-1971, 721 e ss..  
L'espressione usata nel testo finale ("*interessi legittimi*"), neutra rispetto alle varie posizioni dottrinarie, è nondimeno idonea a consentire l'adeguamento alle incrementalmente esigenze di tutela nei rapporti di diritto pubblico; già lo sottolineava un altro costituente, Tupini, il quale osservò "*in linea di forma, primo: che se è un interesse giuridicamente protetto, intanto è un interesse legittimo; secondo: che la giurisprudenza [...] ha sempre costituito mirabile banco di prova per la concretizzazione di quello che suole chiamarsi interesse legittimo*" (*La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, cit., I, 892).

<sup>240</sup> Il dibattito su questa disposizione come pure sull'art. 103 Cost. si è incentrato sul tema della giurisdizione binaria; Calamandrei, favorevole alla giurisdizione unica, denunciava che "[...] una differenza sostanziale vi poteva essere, quando vi era una netta distinzione tra il diritto pubblico e il diritto privato; ma quando, come avviene attualmente in una quantità sempre maggiore di rapporti, gli istituti di diritto pubblico si vanno rivestendo di carattere privato e in istituti che erano prima di puro interesse privato si va sempre più infiltrando l'interesse collettivo, riesce difficilissimo vedere fin dove arrivi il diritto soggettivo e dove invece cominci l'interesse occasionalmente protetto" (*La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, cit., VIII, 1895). Erano invece favorevoli alla soluzione che è poi prevalsa, tra gli altri, Mortati, Ruini e Bettiol.

a farlo oggetto di tutela nelle relazioni scandite dal diritto pubblico<sup>241</sup>. Così prende avvio la traslazione dell'interesse dal piano del processo, cioè dalla parentesi di reazione al provvedimento, a quello del procedimento, ossia al momento genetico del provvedimento. In questa fase di transizione, per far fronte a nuove difficoltà teoriche, alcuni studiosi proposero la tecnica della duplicazione delle situazioni soggettive<sup>242</sup>.

Si faccia attenzione che il cambiamento di prospettiva è bidirezionale: non solo l'amministrazione è tenuta a dar conto della posizione del privato, a cercare cioè di armonizzarla ragionevolmente con l'interesse della collettività, ma anche il privato non può più dirsi indifferente alle sorti dello scopo amministrativo, collaborando in vista della ricerca di un comune equilibrio<sup>243</sup>.

---

<sup>241</sup> Tira le somme delle novità costituzionali Scoca F. G. che, nell'opera *Interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 185, dichiara: "a. *l'interesse privato non gode, nel procedimento amministrativo, ossia sul piano sostanziale, di una tutela che sia limitata all'ambito della legittimità, ma costituisce oggetto di valutazione ai fini delle scelte discrezionali [...]; b. la lesione dell'interesse legittimo ha luogo soltanto se l'amministrazione [...] non ha tenuto adeguato conto dell'interesse (effettivo) del privato*".

<sup>242</sup> Giannini M. S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, 273: "[alla] pretesa, che è situazione inattiva, succede un interesse legittimo [...] una situazione soggettiva attiva e di vantaggio, il cui contenuto, così come per la potestà e il diritto, afferisce ad un interesse materiale del suo titolare, e che, come il diritto, attiene direttamente ad un bene determinato". Anche in Piras A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962, 230 e ss., notiamo il contrapporsi di un "interesse protetto", letto come "situazione giuridica soggettiva, inattiva, ma di favore, che definisce la posizione del soggetto in un rapporto amministrativo" (ivi, 233), all'interesse legittimo-potere di annullamento "che viene a giuridica esistenza solo dopo che l'atto sia stato emanato e sul presupposto appunto del pregiudizio che esso abbia illegittimamente arrecato a taluno dei soggetti individuati in base ai criteri dell'imputazione giuridica e della giuridica riflessione degli effetti del provvedimento" (ivi, 231).

Peraltro, ambo gli autorevoli esponenti dottrinari abbandoneranno tale dualismo, facendo ridondare il primo corno della ricostruzione nel secondo; nella congiunta voce *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 253-254, leggiamo infatti: "*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 del processo, nel procedimento amministrativo; in questo senso, è esatta l'osservazione che [...] le disposizioni che attribuiscono al privato il potere di condizionare con propri atti lo svolgimento del rapporto, sono norma di tutela materiale (o, se si vuole, extraprocessuale) dell'interesse legittimo*".

<sup>243</sup> Allegretti U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, CEDAM, 1965, 110: "*le posizioni favorevoli degli amministrati non si collocano rispetto al potere dell'amministrazione in un rapporto di estrinsecità (sic!), ma al contrario di compenetrazione, che rende quel potere capace di integrarle nel proprio seno; e ciò, sia che proprio dal soddisfacimento della parte provenga il raggiungimento stesso del fine pubblico, sia che vantaggio della parte e affermazione del fine pubblico riposino sul medesimo presupposto [...]*". Questa rilettura culminerà negli istituti del contraddittorio procedimentale, il cui precursore è stato Benvenuti F., specialmente con la voce *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, 743. Nello stesso senso, merita di essere ricordato il dibattito sorto in quegli anni circa il silenzio inadempimento ed il corrispondente interesse all'emanazione di un provvedimento che chiuda la vicenda procedimentale; per approfondimenti si rinvia, per la dottrina, a Scoca F. G., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1971, 162 e ss., e, per la giurisprudenza, a Cons. St. Ad. Plen. 10/1978.



La legge generale sul procedimento amministrativo sintetizza i risultati di questo sviluppo<sup>244</sup>, col

---

<sup>244</sup> Ovviamente si tratta della legge n. 241 del 1990, la cui gestazione è narrata in Cardi E., voce *Procedimento amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica*, XXIV, Roma, Treccani, 1991, 3. Già preconizzava, tra gli altri, il cambiamento di passo Nigro M. nell'articolo *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Rivista di diritto processuale*, II, 1980, 261-262, ove si afferma: “[il procedimento è] il metodo di realizzazione di una nuova legalità: non una legalità-legittimità, ma una legalità-giustizia, perché non si tratta più [...] di controllare ed assicurare la conformità dell'attività amministrativa all'ordine normativo preesistente, ma di dare vita, con la partecipazione e attraverso il confronto di tutti gli interessi coinvolti, ad un giusto (nuovo) assetto di tali interessi”.

riconoscimento degli istituti del contraddittorio procedimentale<sup>245</sup> e delle facoltà partecipative<sup>246</sup>. Traendo le fila del discorso, possiamo dunque definire interesse legittimo quella posizione giuridica attiva e di vantaggio che l'ordinamento riconosce in capo al singolo a fronte di un potere

---

<sup>245</sup> Avente una finalità tanto difensiva (ex art. 7) quanto collaborativa (art. 9); la distinzione già è proposta in Nigro M., *Il nodo della partecipazione*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, XXXIV, 1980, 226. Peraltro in Scoca F. G., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 235-236, si legge che “[...] è solo la partecipazione del primo tipo che può collegarsi, con sicurezza, alla situazione giuridica soggettiva conosciuta con tale denominazione [l'interesse legittimo] [...] a me sembra che la prima forma di partecipazione riguardi i soggetti che intendano introdurre nel procedimento interessi propri: in tal caso la partecipazione assume i connotati di confronto e contributo dialettico; mentre la seconda forma di partecipazione riguarda gli interventi che introducono interessi pubblici, diffusi e (forse anche) privati, che non possano considerarsi loro propri: in tal caso la partecipazione è in funzione di una (disinteressata) collaborazione [...]”. Pertanto, solo la prima tipologia di situazione può corrispondere la legittimazione a ricorrere in processo; “[a]ffermare questo significa, peraltro, che non è ma il fatto in sé della partecipazione ad aprire le porte del processo, bensì sempre e solo la titolarità di interessi legittimi [...]”.

<sup>246</sup> Le novità legislative hanno fomentato il dibattito circa la natura giuridica delle facoltà che la riforma attribuiva ai singoli. Il problema, invero già noto alla dottrina (Giannini M. S., nel suo *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Rivista di diritto processuale*, XIX, 1964, 34, aveva proposto la distinzione tra interessi di mera legittimazione, interessi procedimentali, interessi legittimi; Nigro M., *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro italiano*, X, 1987, 477, poneva analogo dilemma), ha avuto alterne sorti: prima della legge del 1990 prevalse l'idea - proposta da Nigro - che i cosiddetti interessi procedimentali, privi di separato rilievo, fossero null'altro che facoltà derivanti dall'interesse legittimo; dopo la riforma, molti autori hanno invece optato per la ricostruzione in termini di autonome posizioni giuridiche, ora intese come diritti, ora come interessi legittimi. Tra i fautori dell'ammissibilità di diritti partecipativi menzioniamo Zito A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996, 116 e ss., e Romano Tassone A., voce *Situazioni giuridiche (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, Agg. II, Milano, Giuffrè, 1998, 985; in quest'ultimo si afferma la enucleazione delle due diverse funzioni del procedimento: “quella, immancabile, di tutelare la dignità del cittadino e quella, eventuale, di consentirgli di difendere nel procedimento un suo interesse materiale indirizzando il potere della pubblica amministrazione”, a queste poi corrispondono rispettivamente un rapporto diritto soggettivo-obbligo e uno di interesse legittimo-potere. Le critiche a questa ricostruzione sono sintetizzate in Scoca F. G., *Interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 248 e ss.: “Le difficoltà dipendono: a) dalla assenza (o dalla limitatezza) di tutela giurisdizionale dedicata; b) dalla coesistenza di facoltà attribuite sia all'interessato sia ai controinteressati; c) dalla loro collocazione all'interno del procedimento”. Nessuna forma di reazione sarebbe infatti concessa al titolare, né sul piano impugnatorio (si tratterebbe di vizi di mera forma) né su quello risarcitorio (per le carenze del sistema positivo). Inoltre, “[s]otto il secondo profilo [...] tutti i partecipanti godono delle medesime facoltà. Questa circostanza, se non esclude (forse) che le facoltà [...] possano essere costruite come diritti soggettivi, rende peraltro evidente che esse [...] sono, per il loro oggetto, del tutto neutre rispetto alla soddisfazione dell'interesse sostanziale dei privati”. Per quanto concerne l'ultimo punto, le caratteristiche del procedimento non sembrano poter giustificare posizioni sostanziali ulteriori rispetto all'interesse finale. La conclusione a cui l'autore perviene è che “in definitiva, la tesi più convincente resta quella originaria: le pretese, o facoltà, partecipative sono strumenti di sostegno, e di esercizio, nel procedimento, dell'interesse legittimo [...]. Le facoltà sono attribuite [...] per convincere l'amministrazione ad adottare, a conclusione del procedimento, un provvedimento che consenta la conservazione (interesse oppositivo) o l'acquisizione (interesse pretensivo) di un effettivo bene della vita”.

pubblico<sup>247</sup> (ma anche privato)<sup>248</sup>, e che si sostanzia nell'attribuzione di facoltà atte ad influire sull'esercizio della detta potestà, in modo tale da riuscire ad ottenere un bene della vita a cui il singolo aspira (interesse pretensivo o dinamico, a cui si contrappone un potere ampliativo) ovvero a mantenere una utilità che già ha (interesse oppositivo o statico, il cui contrappunto è un potere restrittivo)<sup>249</sup>. Con questa definizione si prende atto che il singolo, per realizzare la sua aspirazione, necessita dell'intervento (o del non intervento) della pubblica amministrazione e che quest'ultima, nel perseguimento dei suoi fini, è astretta al rispetto di canoni di legalità che si tramutano in altrettante forme di tutela procedimentale e giudiziale per il singolo.

---

<sup>247</sup> Irreprensibile la nozione di Nigro: *“posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine ad una utilità oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità”*. Tali poteri si compendiano nel *“potere di reagire all'emanazione di un atto amministrativo”*, nel *“potere di provocare l'eliminazione di un atto amministrativo in via amministrativa”*, nel *“potere di partecipazione allo stesso procedimento amministrativo”* e nel *“potere di provocare l'esercizio del potere amministrativo e cioè di dare inizio al procedimento”*. Ma l'autore avverte: *“se è vero che la norma, con l'attribuzione e la delimitazione del potere, tutela insieme l'interesse pubblico e gli interessi privati, da questo stesso meccanismo discende che l'interesse pubblico [...] è tutelato immediatamente e pienamente (necessariamente), mentre l'interesse privato, essendo tutelato anch'esso attraverso l'esercizio del potere, risulta tutelato mediatamente ed eventualmente [...] l'interesse legittimo esaurisce la sua spinta vitale in questa partecipazione e non può mai attingere il bene sperato se non per il tramite dell'esercizio del potere ed in quanto questo glielo consente”*. Per le citazioni si rimanda a Nigro M., *Giustizia amministrativa*, cit., 103. La definizione è stata testualmente ripresa in giurisprudenza: Cons. St. Ad. Plen. 3/2011.

<sup>248</sup> Scoca F. G., *Interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 475 e ss., si diffonde sul tema dell'interesse legittimo nei rapporti di diritto privato, ove pure è possibile che l'esercizio di un potere non corrisponda esclusivamente alle finalità che il titolare persegue e pertanto questi sia astretto a conformarsi a canoni di condotta, incentrati sui principi di buona fede e correttezza, della cui violazione possono dolersi i diretti interessati (con azioni risarcitorie); egli distingue tre categorie: *“l'esercizio del potere, pur diretto alla soddisfazione (solo) dell'interesse del suo titolare, deve rispettare le regole derivanti dal principio di solidarietà, ai sensi dell'art. 2 Cost.”* (per esempio, nei rapporti di lavoro subordinato); *“l'esercizio del potere è diretto alla soddisfazione dell'interesse, non solo (meglio: non tanto) del suo titolare, ma del gruppo, o della collettività, cui il titolare appartiene”* (ciò si realizza nei rapporti interni agli enti giuridici); *“l'esercizio del potere è diretto alla soddisfazione (soltanto o prevalentemente) di un interesse di altro soggetto, per ragioni propriamente pubbliche”*, come avviene nei rapporti di famiglia (ivi, 478).

Parte della dottrina (Bigliuzzi Geri L., Breccia U., Busnelli F. D., Natoli U., *Diritto civile*, I, UTET, Torino, 1989, 334) rintraccia un interesse legittimo nel rapporto di credito: dalla prospettiva del debitore, questi avrebbe interesse ad adempiere (estinguendo l'obbligazione), a fronte del potere di rifiuto in buona fede del creditore ove la prestazione sia inesatta. Inoltre, la giurisprudenza civile ha rinvenuto un interesse legittimo privato nella posizione del dirigente pubblico che aspira ad ottenere o a rinnovare il rapporto di ufficio con l'amministrazione: Cass. sez. lav. 18857/2010 e 5546/2020.

Bianca C. M., *Diritto civile. La proprietà*, Milano, Giuffrè, 2017, 20, ritiene superfluo il concetto di interesse legittimo, da soppiantare con una normale posizione di diritto soggettivo a che il potere sia esercitato in conformità al suo interesse.

Anche in in Cudia C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008, 85 e ss. e Del Prato E., *Qualificazione degli interessi e criteri di valutazione dell'attività privata funzionale tra libertà e discrezionalità*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2012, 403 e ss., emerge l'impressione della ridondanza, soprattutto in punto di rimedi, dell'enucleazione della categoria dell'interesse legittimo nel diritto privato.

Contra Motto A., *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, Giappichelli, 2012, 49 e ss., a parere del quale a fronteggiare la potestà potrebbe esserci una mera soggezione, ove difetti una disciplina tutoria; oppure un interesse legittimo, ogniquale volta la posizione della controparte sia protetta dalle norme che regolano l'esercizio di potere; giammai un diritto soggettivo, in quanto l'interesse del singolo è *“istituzionalmente sacrificabile”* sull'altare dell'utilità che l'esercizio della potestà mira a realizzare.

<sup>249</sup> Tra le posizioni giuridiche che si inseriscono in una vicenda dinamica a realizzazione asimmetrica, quella dell'interesse legittimo è la maggiormente garantita: se la soggezione non implica alcun potere di reazione e l'aspettativa corrisponde solo facoltà conservative, l'interesse invece comporta facoltà antecedenti e susseguenti rispetto all'esercizio di un potere. Per una più approfondita ricostruzione si rinvia all'opera Bigliuzzi Geri L., Breccia U., Busnelli F. D., Natoli U., op. cit., I, 325.

Pietra miliare dell'evoluzione dell'interesse legittimo è stato il riconoscimento della sua risarcibilità

ad opera, prima, della giurisprudenza<sup>250</sup> e, poi del legislatore (l. 205/200 e, oggi, art. 30 c.p.a.)

---

<sup>250</sup> Cass. Sez. Un. 500/1999. La Cassazione, come risaputo, abbandonò i retaggi contrari, ritenendo maturi i tempi per una rilettura dell'art. 2043 c.c.: la disposizione, in breve, non scolpisce una norma di secondo grado che necessita di ancorarsi ad una norma primaria che riconosca quali posizioni siano degne di essere tutelate, ma è essa stessa regola di primo livello, fondata sulla clausola del danno ingiusto, la cui ampiezza è tale da farvi ricomprendere un qualsiasi pregiudizio ad una posizione riconosciuta meritevole di protezione da parte dell'ordinamento nella sua interezza, a partire dalla Carta costituzionale. Peraltro, la Suprema Corte ebbe modo di sottolineare come, in ogni caso, ciò non può significare l'assoluta ed automatica risarcibilità di ogni interesse legittimo, essendo necessario, per i caratteri propri del rapporto di diritto pubblico, superare positivamente il vaglio della spettanza del bene della vita, ossia, in punto di causalità e dannosità, dimostrare, secondo un'analisi prognostica, la materiale infondatezza dell'operato della p.a..

La lesione dell'interesse legittimo, dunque, è condizione necessaria ma non sufficiente per il risarcimento, occorrendo anche il danneggiamento della posizione sostanziale ad esso sotteso. E allora, ad assurgere a dignità risarcitoria, non è, nemmeno dopo questo epocale arresto, l'interesse legittimo in sé, ma un non meglio precisato interesse al bene della vita. La distinzione concettuale è funzionale alla Cassazione ad evitare un indiscriminato allargamento dell'area del danno ingiusto in materia ed è confermata dalla scissione tra interessi incondizionatamente risarcibili (tendenzialmente, quelli oppositivi) ed interessi risarcibili solo ad esito (positivo) del giudizio di spettanza (quelli pretensivi).

Assai critico verso tale impalcatura si dimostra Scoca F. G., *Interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 303 e ss., il quale dichiara: *“Questa impostazione non mi sembra che possa essere condivisa, perché: a) sul piano teorico, non si può identificare l'interesse pretensivo con l'aspettativa, a meno di non voler assegnare a questo termine un significato tutt'affatto generico; b) è inammissibile che, sul piano positivo, un giudizio prognostico del giudice (civile o amministrativo che sia), così esauriente da rendere (sempre) possibile l'accertamento della fondatezza dell'istanza che il privato ha presentato all'amministrazione; c) il risarcimento non può essere collegato al giudizio prognostico e condizionato dal risultato di tale giudizio [...]. L'interesse legittimo, come situazione giuridica, ha come oggetto proprio il comportamento e il provvedimento dell'amministrazione; e, in relazione al suo oggetto, è dotato di strumenti di tutela giuridica di tipo attivo, idonei ad influire sull'esercizio del potere [...]; l'aspettativa ha, viceversa, ad oggetto il bene di acquisire attraverso il provvedimento, ed ha (se la ha) una tutela di carattere in attivo. [...] L'interesse legittimo (sia oppositivo che pretensivo) sussiste (come situazione giuridica) anche se il provvedimento non sarà favorevole e il risultato atteso non verrà raggiunto [...]”*. Il giudizio prognostico, poi, risulterebbe inafferrabile in materia di potere discrezionale, tanto che *“la tesi esposta nella sentenza della Cassazione porta naturalmente (se non necessariamente) a riconoscere la risarcibilità degli interessi pretensivi soltanto nelle (rare) ipotesi in cui l'azione amministrativa risulti totalmente vincolata, o quando, in caso di silenzio, non residuino margini di esercizio della discrezionalità”*.

Peraltro, in quella stessa pronuncia, i giudici di legittimità precizarono anche la necessità della prova - il cui onere sarebbe gravato sul ricorrente - dell'elemento soggettivo (dolo o colpa di organizzazione dell'amministrazione), la superfluità del previo annullamento del provvedimento lesivo (cosiddetta pregiudiziale amministrativa) ed il radicamento dell'azione presso il giudice ordinario. Questi ultimi aspetti citati cambieranno in un secondo momento per intervento del legislatore.

Il mutamento di prospettiva era stato già comunque innovativamente proposto in dottrina da Benvenuti F., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, CEDAM, 1975, 3256: *“non si vede [...] perché non sia possibile provvedere al risarcimento della lesione dell'interesse sostanziale sottostante all'interesse legittimo”*; da Satta F., *I soggetti dell'ordinamento. Per una teoria della responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Rivista di diritto civile*, 1977, 61: *“rispetto alla chiarissima lettera dell'art. 2043 i discorsi che si fanno sull'irrisarcibilità del danno, se provocato con lesione di interessi legittimi, sembrano svolgersi nell'ambito di un'ottica errata, vale a dire, dando una ingiustificata e non conclusiva prevalenza alla qualificazione giuridica della situazione giuridica lesa, cui si collega il danno”*; da Greco G., *Responsabilità civile della pubblica amministrazione nell'urbanistica (con particolare riferimento alla lesione degli interessi legittimi dinamici)*, in *Diritto e società*, 1983, 565: *“la risarcibilità degli interessi legittimi può ben trovare valido e generale fondamento nell'art. 2043 c.c., dopo che la prevalente dottrina sembra ormai aver superato la tradizionale interpretazione dell'ingiustizia del danno in termini di lesione di diritti soggettivi”*.

<sup>251</sup> In effetti, era grandemente disarmonico che, emancipato l'art. 2043 c.c. in tema di responsabilità aquiliana dalla sola tutela dei diritti assoluti, fossero risarcibili diritti relativi<sup>252</sup> e finanche situazioni possessorie<sup>253</sup> ma non ancora l'interesse legittimo. Aggirati gli scogli della natura giuridica e della tutela aquiliana, il dibattito più recente si incentra sull'oggetto di una tale posizione<sup>254</sup>. Come ogni altra situazione giuridica, infatti, anche quella che conosciamo come interesse legittimo deve dedurre un'utilità per il suo titolare. Due le tesi principali che si contendono il campo.

Secondo la prima - che potremmo definire dell'interesse finale - fatta propria dalle Sezioni Unite nello storico arresto reso con la sentenza n. 500 del 1999 e, più in generale, seguito dalla prevalente giurisprudenza amministrativa e di legittimità<sup>255</sup>, l'oggetto dell'interesse è il bene della vita a cui il cittadino aspira; pertanto, l'utilità auspicata entra direttamente a far parte della posizione giuridica individuale. Essa include non un generico comportamento della p.a. nell'oggetto dell'interesse, ma quello che si risolve nell'emanazione del provvedimento soddisfacente domandato dal privato. La soddisfazione del bene della vita si fa dunque necessaria.

---

<sup>251</sup> La chiusura si incentrava in sintesi su due ordini di ragioni: il primo, a carattere sostanziale, secondo cui l'interesse legittimo non sarebbe comunque equiparabile in punto di tutela ad un diritto soggettivo; il secondo, a sfondo processualistico, consiste nella carenza di potere giurisdizionale, in quanto il giudice amministrativo poteva conoscere di interessi ma non condannare la p.a., mentre il giudice ordinario poteva emanare una sentenza condannatoria nei confronti di quest'ultima, ma non aveva competenza sugli interessi.

Va comunque rammentato che, in alcuni frangenti, la tutela risarcitoria veniva riconosciuta per diritto pretorio anche nei rapporti con la p.a.; ciò avveniva in caso di interessi oppositivi, allorché, annullato il provvedimento sfavorevole ed inibito il processo di affievolimento del diritto, si palesava un danno ingiusto. Ma la posizione protetta era allora il diritto soggettivo sotteso e non l'interesse legittimo.

In aggiunta, con la direttiva CEE n. 89/665 (nota come "direttiva ricorsi"), attuata con l. 142 del 1992, il diritto comunitario impose agli Stati membri di riconoscere il ristoro del danno patito dai singoli per le violazioni delle procedure ad evidenza pubblica. Qui veniva ammesso il risarcimento di interessi legittimi pretensivi. Ne sottolineano, tra gli altri, il valore dirompente Morbidelli G., *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, VI, 1991, 829, e Satta F., *La lesione di interessi legittimi: variazioni giurisprudenziali sull'inammissibilità del risarcimento e principi comunitari*, in *Giurisprudenza italiana*, I, 1992, 1797-1798, nel quale leggiamo: "[la direttiva] è principio di rottura del sistema italiano sulla responsabilità civile della pubblica Amministrazione, quale la secolare giurisprudenza della Cassazione lo aveva costruito [...]. La normativa comunitaria insomma ha costretto il legislatore italiano a riconoscere ciò che la Cassazione aveva sempre fermamente e quasi orgogliosamente negato [...]".

Eppure, la Cassazione, a Sezioni Unite, con la sentenza 2667/1993 (seguita dal successivo arresto, sempre a Sezioni Unite, 3732/1994) rimarcò l'eccezionalità della previsione: "[se] il legislatore ha sentito la necessità di prevedere il risarcimento dei danni per lesione di posizioni soggettive non espressamente definite, ma in teoria riconducibile agli interessi legittimi, ciò significa che per questi ultimi, allo stato, non esiste in linea di principio tale tutela".

Differente il discorso per alcune materie devolute alla giurisdizione esclusiva, ove il legislatore interno, già col d. lgs. 80 del 1998, riconobbe espressamente la tutela risarcitoria.

<sup>252</sup> In ogni caso con le restrizioni fissate dalla sentenza Cass. Sez. Un. n. 174 del 1971.

<sup>253</sup> Tra le pronunce più risalenti annoveriamo Cass. sez. III 2780/1979 e 1131/1981.

<sup>254</sup> Ovviamente con ciò non si vuole misconoscere la rilevanza di altre questioni pure attuali, quali la tutela dell'affidamento del privato in un rapporto di diritto pubblico o la cedibilità a titolo derivativo dell'interesse legittimo: si vedano rispettivamente le sentenze delle Sezioni Unite n. 8236 del 2020 (e precedentemente n. 6594, 6595, 6596 del 2011) e del Consiglio di Stato sez. IV n. 1403 del 2013.

<sup>255</sup> Ma anche in dottrina: tra la letteratura degli ultimi decenni si segnalano Falcon G., *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Diritto processuale amministrativo*, II, 2001, 287, e Greco G., *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Diritto amministrativo*, III, 2014, 484. La tesi ha trovato sostegno anche dal riconoscimento della cosiddetta condanna pubblicitica, dell'azione risarcitoria, dell'azione avverso il silenzio e dell'impugnativa a fronte di un potere vincolato; difatti, nell'ampio studio alla prima dedicato, Carbone A., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, 62, perviene alle medesime conclusioni. Anche l'introduzione dell'art. 21 octies c. 2 nel corpo della legge sul procedimento è sovente usato come elemento a supporto della tesi.

A parere della seconda lettura, squisitamente dottrinarica<sup>256</sup>, etichettata come dell'interesse strumentale, il bene perseguito dal privato rimane sullo sfondo, ma non rientra nell'idea di interesse; l'oggetto di quest'ultimo è semmai il comportamento (legittimo) dell'amministrazione, a dire il provvedimento favorevole. In questi termini, il provvedimento positivo per il privato ed il bene della vita cui questi aspira rimangono due entità separate, ben potendosi avere un atto amministrativo legittimo ma non soddisfacente. La soddisfazione del bene della vita si fa dunque eventuale.

Tra gli aspetti differenziali che colorano le due esegesi ne spicca uno, cioè quello dell'azione risarcitoria per lesione di interesse legittimo da provvedimento *contra legem*. Seguendo la prima, si rende necessario - come affermato dalla Cassazione nel 1999 - il cosiddetto giudizio di spettanza del bene della vita: affinché il danno sia ingiusto, occorre cioè che il giudice accerti, secondo un giudizio prognostico, che il bene della vita sarebbe spettato al ricorrente qualora la p.a. avesse rispettato la legge<sup>257</sup>. Optando per l'opposta lettura, invece, non è punto necessaria una operazione del genere, in quanto il danno è sicuramente ingiusto, visto che l'amministrazione ha

---

<sup>256</sup> *In primis*, Scoca F. G., *Interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 309 e ss., ove si afferma: "L'interesse al bene della vita [...], a mio avviso, è invece estraneo alla nozione di interesse legittimo; può avere, per suo conto, riconoscimento e tutela giuridica, come avviene a proposito degli interessi oppositivi, dove il bene della vita è l'oggetto di diritti soggettivi (o di altre situazioni con piena garanzia di soddisfazione), che resistono alla vicenda dinamica in cui si colloca l'interesse legittimo; o può non averne, come tale, prima di tale vicenda, come avviene nel caso degli interessi pretensivi, nella quale si può collocare, e non sempre, soltanto una aspettativa". Pertanto, "l'interesse legittimo [...] dev'essere costruito, secondo il mio convincimento, come interesse al provvedimento favorevole (non, si badi, come interesse al provvedimento legittimo), in vista (ma solo in vista) della conservazione o dell'acquisto di un bene della vita".

Non molto distante sul punto la posizione di Poli G., *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A.. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, Giappichelli, 2012, 51: "le facoltà dell'interesse legittimo hanno come scopo finale quello di influire concretamente sulle scelte di merito dell'amministrazione, persuadendo la stessa (a cui rimane riservata la decisione) ad impiegare la propria discrezionalità adottando soluzioni che soddisfino le richieste dell'interessato [...] un interesse, in definitiva, all'adozione di una decisione amministrativa che sia, soprattutto, opportuna e conveniente".

<sup>257</sup> Ha salutato, non a caso, con grande favore il pronunciamento di legittimità, tra gli altri, Greco G., *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, V, 1999, 1126: "[...] la sentenza ha il grande merito di non essersi limitata ad enunciare per la prima volta l'astratta risarcibilità. [...] E così è stato precisato che non ogni illegittimità implica responsabilità [...]."

violato le regole cui era astretta<sup>258</sup>; quest'ultima ermeneusi, ad esempio, ammette senza difficoltà la ristorabilità del danno da mero ritardo, ossia il pregiudizio derivante dalla emanazione di un provvedimento legittimo e sfavorevole, ma tardivo, conferendo cittadinanza all'interesse procedimentale, cioè l'interesse a che l'apparato pubblico rispetti le regole del procedimento (tempistiche, garanzie del contraddittorio...), come posizione degna di autonoma tutela rispetto l'interesse finale al bene della vita.

Ora, è evidente come, dando per buona questa seconda impostazione, la nozione di interesse legittimo si avvicini enormemente a quella di diritto relativo, inteso come posizione di vantaggio avente ad oggetto una prestazione (di dare, fare o non fare), a cui fa da contrappunto uno

---

<sup>258</sup> In aperta critica coll'arresto delle Sezioni Unite, Scoca F. G., *Interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 311 e ss., ammonisce: "Occorre distinguere ciò che è proprio dell'interesse legittimo, e della sua lesione, da ciò che può intendersi come lesione del(l'interesse al) bene della vita". Per gli interessi oppositivi, la lesione al diritto soggettivo preesistente al procedimento deriva dal provvedimento ablatorio illegittimo; la menomazione dell'interesse legittimo, in quanto tale, affiora invece dalla violazione, da parte dell'amministrazione, delle regole sulle tempistiche procedurali o dei canoni di buona fede e correttezza. Fin qui dunque non un grande iato separa le due ricostruzioni, che invece divergono radicalmente in riferimento agli interessi pretensivi; in questo caso "[...] non c'è un bene della vita che possa essere lesa, dato che la sua acquisizione passa necessariamente per [...] l'adozione di un provvedimento [...]". *L'illegittimità del provvedimento di diniego si riflette, in linea di principio, sull'interesse legittimo, il quale può risultare lesa dal mancato rispetto delle regole di comportamento dell'amministrazione, come nel caso dell'interesse oppositivo. [...] Può aggiungersi, nel caso dell'interesse pretensivo, al danno propriamente riferibile alla lesione dell'interesse legittimo, anche un danno riferibile al(la aspettativa al) bene della vita? [...]* La prospettiva è duplice: da un lato occorre prendere in considerazione la disciplina positiva sul grado di spettanza del bene richiesto, che può desumersi, in negativo [...] dalla misura della discrezionalità [...]. Non si tratta di ipotizzare giudizi prognostici bensì di valutare la disciplina specifica applicabile al caso concreto [...]. Il danno è riferibile alla violazione dell'aspettativa del bene della vita, a quella che è stata denominata la sua spettanza virtuale, dato che, al momento della lesione, il bene ancora non appartiene al patrimonio del richiedente. Sotto ulteriore profilo, bisogna tenere conto del comportamento concretamente tenuto dall'amministrazione nel corso del procedimento, per valutare se esso abbia dato luogo ad un affidamento, oggettivamente valutabile, sull'esito positivo del procedimento, poi conclusosi, invece, negativamente. Dovendosi applicare anche all'amministrazione i principi di correttezza e buona fede, la creazione di un falso affidamento determina l'ingiustizia del danno [...]. Si tratta, anche qui, di danno riferibile alla lesione dell'interesse legittimo [...] e non al(l'interesse al) bene della vita [...]" Dunque, si conclude che, in materia di interessi pretensivi, il nocumento concerne direttamente il bene della vita, solo in caso di sua spettanza virtuale.



specifico obbligo di adempimento. Infatti, una parte minoritaria della dottrina<sup>259</sup>, sulla scorta del

---

<sup>259</sup> Marzuoli C., Orsi Battaglini A., *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Diritto pubblico*, 1999, 487 e ss.; Ferrara L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003, 166 e ss., e Cudia C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., 341 e ss.. Una volta affermata, nell'interesse del cittadino, l'esistenza di obblighi esterni in capo alla p.a. derivanti da regole relazionali scritte (quelle del procedimento) e da clausole generali di condotta (in testa, il buon andamento e la buona fede), è consequenziale inferirne che l'interesse legittimo non può che atteggiarsi a situazione di pretesa, cioè a diritto soggettivo relativo a che quei medesimi precetti siano osservati. Nonostante l'imperatività del potere, in questo modo - si sostiene - viene giustificata la pariteticità del rapporto pubblicistico. Così opinando, è possibile smembrare la discrezionalità in due segmenti, quello soggetto ai predetti vincoli, pienamente sindacabile in sede giurisdizionale; e quello riservato *sic et simpliciter* alla scelta amministrativa, nei confronti del quale il singolo può vantare un mero interesse di fatto, non essendo il merito sottoposto a regole giuridiche e, pertanto, contestabile.

Anche Romano A., negli articoli *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Diritto amministrativo*, I, 1998, 1, e *Sono risarcibili, ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro italiano*, I, 1999, 3224, si farà sedurre dalla tesi: "non è [...] che gli interessi legittimi [...] siano diventati risarcibili. È che gli interessi legittimi, o, meglio, alcune loro categorie, si sono trasformati in diritti soggettivi. E solo per questo mutamento della loro natura, sono diventati risarcibili". Nelle opere più mature - in particolare in *Conclusioni all'interno della raccolta Colloquio sull'interesse legittimo, Atti del Convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013*, Napoli, Jovene Editore, 2014, 179 e ss. - l'autore, sulla scia di Falzea A., *Sulla sentenza n.500/99 delle S.U. Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Rivista di diritto civile*, V, 2000, 683, riporterà diritti ed interessi all'unica categoria dell'interesse giuridicamente rilevante, anche se solo in caso di interesse legittimo può evincersi un dialogo col potere pubblico.

Ancor più tranchant si dimostra Ledda F., *Agonia e morte ingloriosa dell'interesse legittimo*, ne *Il sistema della giustizia amministrativa dopo il d. lgs. n. 80 del 1998 e la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 500 del 1999*, Atti dell'incontro di studio svoltosi a Roma, Palazzo Spada, il 18 novembre 1999, Milano, 2000, 266, che paragona l'interesse legittimo al flogisto, sostanza chimica che ferventi dispute aveva suscitato, ma che in realtà non esiste. L'interpretazione sarà più tardi ripresa in Paolantonio N., *Esistenza dell'interesse legittimo? (Rileggendo Franco Ledda)*, in *Diritto amministrativo*, I, 2015, 9. Queste tesi otterranno nuova linfa dal varo del codice del processo amministrativo (d. lgs. 104 del 2010); per le critiche, sia ancora una volta concesso rinviare a Scoca F. G., *Interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 267 e ss.: "Ricondurre la posizione dei privati a fronte del potere amministrativo alla nozione di soggezione significa portare il calendario al tempo precedente il 1889 [...]. Il diritto alla legittimità [...] non rispecchia appieno il proprium (la consistenza) dell'interesse legittimo: se è vero che, in sede processuale, la tutela dell'interesse legittimo coincide con l'accertamento della (il)legittimità dell'azione amministrativa, è altresì vero che, sul piano sostanziale, ossia nel corso del procedimento, il privato tende (ed è legittimato ad) influire proprio sulle scelte di merito [...]". Le pur lodevoli intenzioni, che stanno alle spalle di queste teorie, di addvenire alla realizzazione di una tutela piena ed effettiva del privato non devono misconoscere il fatto "che tale obbiettivo si persegue molto meglio aumentando le facoltà con cui il privato influisce sulle decisioni che l'amministrazione è chiamata ad adottare, e riducendo in tal modo la libertà (o il rischio di arbitrio) dell'amministrazione. Con ciò si resta, quindi, nella logica dell'interesse legittimo [...]". Si avverte, in nota, che "mettendo in gioco diritti soggettivi al posto di interessi legittimi il rapporto tra amministrazione e privati si sclerotizza; con la conseguenza che i privati perdano la possibilità di esercitare, nel procedimento, ogni influenza [...] sulle scelte discrezionali, ovvero l'amministrazione perda la possibilità di curare adeguatamente l'interesse pubblico [...]".

Adirittura, altri autori sostengono che la sostituzione dell'interesse col diritto, comporterebbe un decremento di tutela del privato; in Cacciari A., *In difesa dell'interesse legittimo*, in *Foro amministrativo TAR*, XII, 2012, 4073, si afferma: "ipotizzare una civilizzazione [del potere pubblico] potrebbe condurre ad una diminuzione delle garanzie difensive verso il pubblico potere, finendo per rendere giustiziabili solo la violazione di legge e il difetto di proporzionalità a scapito delle restanti figure di eccesso di potere".

modello tedesco dei diritti soggettivi pubblici<sup>260</sup>, propone di superare la dicotomia interesse-diritto, rileggendo il primo in termini di diritto di credito.

Invero, è da sottolineare come nonostante l'innegabile metamorfosi, l'interesse legittimo mantenga le sue specificità<sup>261</sup>. In primo luogo, rispetto alle posizioni giuridiche coinvolte, registriamo un iato tra il rapporto di diritto pubblico, innestato sul dialogo interesse-potere (quindi, su due posizioni attive), e quello (canonico) di diritto privato, che vede come poli un diritto relativo e un dovere (una posizione attiva ed una passiva, dunque). In secondo luogo, mutano le forme di tutela: mentre il diritto di credito può essere portato a coattiva realizzazione, a prescindere dalla partecipazione del privato, per mezzo dei modelli<sup>262</sup> di esecuzione civilistica per espropriazione (rispetto a debiti pecuniari) ed in forma specifica (per i *facere fungibili*), riconoscendosi strumenti atti a compulsare o a realizzare direttamente la pretesa del creditore finanche a fronte di prestazioni infungibili (penalità di mora di cui all'art. 614 bis c.p.c. e azione costitutiva ex art. 2932 c.c.), non lo stesso può esser sempre affermato nei rapporti di diritto pubblico. In questa situazione, difatti, pur a fronte di un sofisticato strumento esecutivo quale è l'ottemperanza, l'esistenza di una potestà pubblica discrezionale - come chiariremo nei successivi paragrafi<sup>263</sup> - rende l'interesse legittimo non sempre realizzabile pienamente; a differenti conclusioni può pervenirsi allorché il potere sia vincolato, ben potendo il giudice fare la stessa valutazione che spettava al soggetto pubblico.

Così, in conclusione, sintetizzando, può a ragione affermarsi che l'evoluzione della nozione di interesse legittimo è dipesa dai mutamenti dei rapporti di forza tra l'amministrazione ed il cittadino: in una prima fase, grosso modo coincidente con la durata del Regno d'Italia, la prima esercita sostanzialmente poteri sanzionatori o inibitori (*Eingriffsverwaltung*), a fronte dei quali il secondo è titolare di interessi oppositivi, ordinariamente soddisfatti tramite l'annullamento provvedimento. Imperante il liberismo economico, infatti, l'intervento pubblico nei rapporti economici e sociali è sporadico e mal tollerato; viene in questione solo per frenare abusi. Da qui, una lettura dunque limitata del concetto di interesse.

In una seconda fase, invece - che copre le seconda metà del '900, anche se avvisaglie si erano percepite già nell'epoca fascista, sebbene secondo una prospettiva affatto differente - lo sviluppo dello Stato sociale impone un cambiamento di rotta che vede l'apparato pubblico coinvolto attivamente nell'ambito socio-economico (*Leitungsverwaltung*)<sup>264</sup>: di conseguenza si fa sempre più

---

<sup>260</sup> Risalente all'illustre giurista Georg Jellinek (*System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tubinga, 1892, *passim*). Nell'ordinamento tedesco, peraltro, la legittimazione ad agire contro la p.a. si fonda sulla cosiddetta teoria dello scopo (o dell'intento di tutela) della norma, sicché l'azione è ammessa solo quando la norma abbia la finalità di tenere in conto interessi privati.

<sup>261</sup> Non pare contestabile l'affermazione per cui l'ampliamento delle forme di tutela di una qualunque situazione subiettiva non ne intacchi l'essenza logico-giuridica.

La nozione autonoma di interesse legittimo pare a tutt'oggi prevalente in dottrina: di interessi come situazioni soggettive "che si muovono in una situazione di libertà", ed il cui contenuto è "intessuto di facoltà" parla Cerulli Irelli V., *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Diritto pubblico*, I, 2011, 48. Anche in Clarich M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2013, 129, si esalta l'indipendenza della figura, tutelata "in modo diretto dalla norma di conferimento del potere, che attribuisce al suo titolare una serie di poteri e facoltà volti a influire sull'esercizio del potere medesimo allo scopo di conservare o acquisire un ben della vita".

In Massera A., *Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, IV, 2010, 834, si avverte che la figura è conosciuta, con varianti linguistiche, anche in altri ordinamenti: in Francia come interesse al *recours pour excès de pouvoir*, in Spagna come diritti *impugnatorios*, in Germania come *berechtigtes Interesse*, nel Regno Unito come *legitimate expectations*. Semmai, in quegli ordinamenti può affermarsi che l'interesse legittimo non ha mai assunto, come invece è successo in Italia, al rango di istituto di diritto positivo. D'altronde, già Nigro, nell'articolo *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1970, 744, in nota, insegnava: "non bisogna [...] confondere [...] il mancato isolamento [...] dell'interesse legittimo negli altri paesi con la sua inesistenza. L'interesse legittimo è, infatti, una figura generale di situazione giuridica [...]".

<sup>262</sup> Scolpiti, sul piano sostanziale, agli artt. 2930 e ss. c.c. e, sul versante processuale, nel Libro IV del codice di rito.

<sup>263</sup> Par. 2.4.

<sup>264</sup> Il passaggio da una *Eingriffsverwaltung* a una *Leitungsverwaltung* è messo in luce dalla risalente dottrina tedesca; cfr. Forsthoff E., *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Monaco, Beck, 1953, *passim*.

frequente la spendita di poteri ampliati volti a disciplinare le più svariate attività. Fioriscono dunque interessi pretensivi, emerge l'insufficienza della tutela caducatoria e si rende necessaria una rilettura sostanziale della relativa nozione. Il tutto, peraltro, a normativa processuale ancora invariata.

Infine, si può distinguere una terza fase, la quale prende avvio alla fine dello scorso secolo e continua tutt'oggi ed è connotata, sotto le spinte del diritto eurounitario, dal superamento del modello dello Stato interventista a vantaggio di quello di uno Stato regolatore, chiamato essenzialmente a sorreggere l'iniziativa dei privati e a costruire le condizioni perché le libertà fondamentali su cui poggia l'impalcatura comunitaria si possano pienamente esplicare. Divengono allora protagonisti poteri tecnico-regolativi (soprattutto di autorità amministrative indipendenti) e costitutivi che dialogano con una rinnovata (e più sfaccettata) versione di interessi legittimi.

### 1.3 I valori confliggenti: autorità giurisdizionale e autorità amministrativa; vincolo nel fine ed interesse individuale

La specificità delle controversie di diritto pubblico risiede, come abbiamo avuto modo di vedere per sommi capi, nella particolare struttura della relazione cittadino-pubblica amministrazione. Essa non è riducibile ad un rapporto di *ius commune* formalmente paritetico, come avviene nell'alveo civilistico.

Da un lato, infatti, abbiamo un soggetto privato, indifferentemente persona fisica o ente giuridico, portatore di una posizione individuale, talvolta di diritto soggettivo, talaltra di interesse legittimo, destinatario di un potere pubblico che auspica, nei termini delineati nei precedenti paragrafi, sia utilizzato a suo favore o, viceversa, che non sia affatto impiegato nei suoi confronti. Dall'altro lato troviamo una entità pubblica, abilitata dalla legge ad esercitare un potere per il perseguimento dell'interesse collettivo; questo potere, dunque, non potrà essere usato arbitrariamente, ma entro il solco tracciato dal legislatore, sempre nel rispetto del principio del vincolo nel fine, a sua volta fissato dal diritto positivo. E, ancora, questo potere, nella stragrande maggioranza delle ipotesi, non sarà effuso in maniera solipsistica, poiché coinvolgerà, assieme a quella del destinatario, la sfera giuridica di altri soggetti: da qui l'esigenza che, per mezzo del procedimento amministrativo, sia garantita l'adeguata ponderazione di tutti gli interessi rilevanti, pena altrimenti la degenerazione del potere in sopruso.

Ogniqualvolta la relazione tra amministrazione e cittadini entri in crisi, questi ultimi sono abilitati ad adire il giudice (artt. 24 e 113 Cost.), affinché sia ristorata la legalità dell'esercizio del pubblico potere e risanata la lesione recata alla sfera giuridica individuale. Da questo punto di vista, l'intervento giurisdizionale, a sua volta concretizzazione di un potere costituzionale, si pone come sinapsi<sup>265</sup> tra una prima effusione di potere ed una sua successiva riedizione, purificata stavolta dal *dictum* giudiziario: la sequenza potere-processo-potere implica che, nel successivo riesercizio del potere, la p.a. dovrà attenersi ad un duplice vincolo, quello costante e generale dettato dalla legge, quello eventuale e particolare della sentenza passata in giudicato. È così definita la stretta correlazione che corre tra limiti oggettivi e soggettivi del giudicato e rieffusione del potere: più si ampliano i confini dei primi, minori saranno gli spiragli di manovra per l'amministrazione. La situazione che viene a crearsi dopo la formazione del giudicato è parzialmente diversa da quella che avremmo all'esito di un giudizio civile<sup>266</sup>, in quanto, nel rapporto di diritto pubblico, mentre il giudicato formale si instaura con la emissione della sentenza, quello sostanziale invece viene a formarsi successivamente e tramite l'apporto di ulteriori poteri, quelli

---

<sup>265</sup> In Clarich M., *Giudicato e potere amministrativo*, CEDAM, Padova, 1989, 1, si parla del giudizio amministrativo come parentesi tra poteri amministrativi.

<sup>266</sup> Ma le differenze si assottigliano, almeno in parte, laddove il contenzioso riguardi l'adempimento di un obbligo negoziale o legale.

dell'amministrazione<sup>267</sup>. Questo si verifica in quanto l'amministrazione è, a un tempo, parte resistente nel processo e titolare della potestà sul cui esercizio si controverte. Infatti, può dirsi che il giudicato amministrativo presuppone la successiva effusione del potere, laddove, specularmente, la sopravvenienza del potere nulla dovrebbe togliere alla incontrovertibilità del giudicato<sup>268</sup>. Il fatto che il giudizio amministrativo di impugnazione abbia, nei termini anzidetti, almeno in riferimento alla sua componente demolitoria, un'efficacia *ultra partes* e che quindi concerna la tutela diretta dell'interesse del ricorrente ed indirettamente di interessi ulteriori, ha condotto la dottrina<sup>269</sup> ad attribuirgli una funzione sociale, nel senso che, curandosi di questioni che riguardano azioni, condotte o provvedimenti rapportati all'interesse pubblico, facilmente assume una dimensione extraindividuale.

L'interesse verso queste tematiche non è solo dogmatico, ma eminentemente pratico, essendo in gioco i principi della pienezza ed effettività della tutela<sup>270</sup>. La questione in passato veniva alimentata dal via via sempre più vistoso iato che si era venuto a formare tra la tutela fornita dalle norme processuali e la realtà dell'azione amministrativa; occorre oggi chiedersi se il varo del codice del processo amministrativo e le riforme annesse possano portarci a soluzioni diverse (e finalmente appaganti). Si tratta dunque di capire fino a che punto l'amministrazione sia libera di riesercitare il suo potere a seguito di una sentenza di annullamento provvedimento passata in giudicato (pronunciata in riferimento ad interessi pretensivi). Di questo ci occuperemo nel prossimo capitolo, con l'avvertenza che l'attenzione verrà riposta, principalmente, alla giurisdizione generale di legittimità<sup>271</sup>.

## CAPITOLO 2 GIUDICATO E POTERE: LE TEORIE

### 2.1 L'inesauribilità del potere: riedizione illimitata

---

<sup>267</sup> Vipiana P. M., *Contributo allo studio del giudicato amministrativo. Profili ricognitivi ed individuazione della natura giuridica*, Milano, Giuffrè, 1990, 423: "nel diritto amministrativo, fra il giudicato formale ed il giudicato sostanziale si delinea una discrasia che non si presenta solo sul piano cronologico [...] quella discrasia si manifesta altresì a livello soggettivo e contenutistico, poiché alla formazione del giudicato sostanziale contribuiscono diversi poteri [...]"; ancora Satta F., *Giustizia amministrativa*, Padova, CEDAM, 1986, 418-419: "il giudicato civile si riferisce ad una vicenda storica di cui, si può dire, detta la regola disciplinando d'autorità il rapporto tra le parti [...] il giudicato amministrativo, viceversa, anche se investe un provvedimento collocato in un certo momento nel tempo, non ha questo riferimento ad una vicenda conclusa, della quale detta la regola iuris, proprio perché accerta il vizio di un atto e non ricerca, né tantomeno prescrive l'assetto dei rapporti".

<sup>268</sup> Trimarchi M., *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 50.

<sup>269</sup> Valaguzza S., *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, Giuffrè, 2016, 132.

<sup>270</sup> Si legge in Clarich M., op. cit., 2: "[...] l'effettività della tutela per il cittadino dipende, prima ancora che dai rimedi predisposti dall'ordinamento nel caso di mancata esecuzione della sentenza, della soluzione che si dà al problema del giudicato amministrativo". Il dilemma si pone anche al di fuori del settore amministrativo; per esempio, in Cerino Canova A., *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, Torino, UTET, 1980, 166, si propone una peculiare ricostruzione del processo civile costitutivo affinché si riduca la possibilità "per l'attore soccombente in un primo processo, di instaurare un giudizio successivo per la tutela già negatagli".

<sup>271</sup> Non avrebbe pregio, ai fini del presente studio, estendere l'analisi alla giurisdizione di merito, dal momento che i particolari poteri di cui è dotato il giudice in questa evenienza dovrebbero escludere le criticità richiamate nel testo; né tantomeno alla giurisdizione esclusiva, poiché il regime della cosa giudicata risulterebbe identico a quello del processo civile. Consentendo queste due forme di giurisdizione una piena deliberazione sul rapporto e sul bene della vita, si applica *de plano* l'art. 2909 c.c. e, quindi, affiora un'efficacia totale del giudicato anche nei confronti del soggetto pubblico.

## 2.1.1 La versione ottocentesca

Per comodità di esposizione possiamo classificare le teorie, di fonte dottrina e giurisprudenziale, circa i delicati rapporti tra giudicato amministrativo e riefusione del potere pubblico, in due filoni: quello che giustifica l'inesauribilità del potere (riedizione illimitata) e quello che, al contrario, opina a favore dell'esauribilità (*one shot*). La prima si afferma precocemente già a partire dalla fine del XIX secolo, ma farà proseliti anche presso la dottrina novecentesca. La sua primigenia versione è quella meno garantista per l'individuo e che più vigorosamente esalta la supremazia dell'*agere* pubblico: riesercizio senza alcun limite, se non quello - ovviamente - di non poter reiterare lo stesso identico atto dichiarato invalido. Il comune presupposto da cui muovono queste ricostruzioni sta nel ripudio dell'assoggettabilità dell'imperio pubblico ad un altro potere che non sia di derivazione parlamentare, cioè quello giurisdizionale. Il potere amministrativo, al pari di quello legislativo<sup>272</sup>, non può subire arresti, benché meno per opera di un diverso potere costituzionale. Diciamolo subito, all'indomani del Risorgimento, il tema assume un taglio più teorico che pratico, dal momento che, imperante il dogma liberale del "*laissez faire, laissez passer*", lo Stato si astiene dall'intervenire nei rapporti economici, limitandosi ad esercitare poteri a contenuto prevalentemente restrittivo (a cui fanno da contraltare interessi oppositivi). Alla luce di ciò, la questione del riesercizio del potere *post iudicatum* emerge assai di rado nei contenziosi (da qui la scarsità della giurisprudenza)<sup>273</sup>.

Vediamo come queste letture si sono affermate in una visione diacronica.

Storicamente, il tema *de qua* nasce come appendice della più ampia dialettica sulla natura della giurisdizione amministrativa ed infatti non si è posto fino al 1889; nel previgente sistema fondato sui tribunali del contenzioso amministrativo, soppresso con la l. 2248 del 1865 Allegato E, la tematica era sconosciuta, visto che questi organi erano inseriti nel sistema di amministrazione attiva e non avevano nulla da spartire con la giurisdizione. Poi, dal 1865, come è risaputo, le controversie su diritti civili e politici, anche coinvolgenti la p.a., vennero devolute al giudice ordinario, i cui pronunciamenti indubbiamente erano in grado di passare in giudicato secondo le regole del processo civile. "Gli altri affari" furono affidati alla stessa amministrazione, che beninteso li risolveva senza autorità di giudicato<sup>274</sup>.

Con la l. 5992/1889 (nota come legge Crispi) è stata istituita la IV sezione del Consiglio di Stato, competente a decidere circa la illegittimità dell'atto amministrativo. Ora, fintantoché la Cassazione prima<sup>275</sup> ed il legislatore poi<sup>276</sup> non riconobbero apertamente il carattere giurisdizionale della neonata IV sezione, molto si discusse circa la natura di questo organo. Il dibattito, d'altra parte, traeva linfa dalla lacunosità della legge di fine Ottocento, che impiegava l'ambiguo termine "decisione" (e non quello tecnico di sentenza) e però al contempo, per esempio, ammetteva contro di essa un classico mezzo di gravame, quale la revocazione<sup>277</sup>. Com'è intuibile, tuttavia, dietro queste dispute si celavano questioni teoriche di primaria rilevanza per il diritto amministrativo: i

---

<sup>272</sup> Il parallelismo tra inesauribilità legislativa e amministrativa è posto in luce in Ruggeri A., *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino, Giappichelli, 2009, 55. Oltre i confini del diritto pubblico, di non esauribilità può parlarsi, ad esempio, in riferimento ai poteri dei *munera* di diritto privato; per approfondimenti Lener A., voce *Potere (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, 633.

<sup>273</sup> Per la verità, anche nei decenni successivi sarà prevalente un tono decisamente più dottrinario che pretorio. Alcune delle ragioni di questo sbilanciamento vanno forse rinvenute nella lettura prevalentemente incentrata sul momento formale (l'atto) più che su quello sostanziale (il rapporto) della relazione p.a.- cittadino, in uno con la mancanza di una normativa organica sul procedimento amministrativo.

<sup>274</sup> Per il dibattito parlamentare si rinvia al par. 1.2.3.

<sup>275</sup> Cass. Sez. Un. 12 dicembre 1901 (in *Giustizia amministrativa*, III, 1901, 3 e in *Giurisprudenza italiana*, I, 1902, 362) ammise la ricorribilità per cassazione delle decisioni della IV sezione del Consiglio di Stato. Ma ancor prima si vedano Cass. 21 marzo 1892 (in *Giustizia amministrativa*, IV, 1892, 1) e Cass. 21 marzo 1893 (in *Giurisprudenza italiana*, I, 1893, 694). Per un commento sulla metamorfosi, Scialoja V., *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Rivista di diritto pubblico*, I, 1931, 407.

<sup>276</sup> Con la l. 62/1907.

<sup>277</sup> Si veda l'art. 18.

fattori della natura pienamente giurisdizionale della IV sezione inclinavano verso un'estensione delle forme di tutela del cittadino e, quindi, di controllabilità dell'operato pubblico; al contrario, quanti ne sostenevano la natura amministrativa miravano ad evitare l'assoggettamento dell'azione pubblica alla giurisdizione.

La tesi amministrativistica<sup>278</sup>, più nel dettaglio, estremizzando il principio della divisione dei poteri costituzionali, si basava sulle seguenti ragioni giuridiche. Innanzitutto, si asseriva che la giurisdizione può esistere solo laddove siano presenti diritti soggettivi e siccome la IV sezione era competente su interessi, che diritti non sono, essa non poteva essere equiparata ad un organo giurisdizionale. Quando pure si ammettesse l'esistenza di diritti, il risultato non cambierebbe, dal momento che si dovrebbe evitare la coesistenza - priva di ogni regolazione - tra due giurisdizioni, quella del giudice ordinario e quella del Consiglio di Stato. Inoltre si rimarcava la netta discrepanza di poteri tra il giudice civile, il quale, ex artt. 4 e 5 della legge del 1865, poteva soltanto disapplicare, giammai annullare, un provvedimento amministrativo, e la IV sezione che, invece, in forza della legge Crispi, ben poteva caducarlo.

Alla luce di questi addentellati teorici, la menzionata dottrina concludeva, quindi, che le decisioni del Consiglio di Stato non fossero affatto equipollenti a quelle di un giudice, ma semmai affini ad atti amministrativi contenziosi (a mo' del vecchio sistema di derivazione francese).

Paradossalmente, però, in tema di efficacia soggettiva, questa lettura era particolarmente favorevole alle istanze della collettività: siccome la statuizione del Consiglio di Stato non era da considerare come una sentenza, che fa stato solo *inter partes*, essa poteva dispiegare legittimi effetti *ultra partes*, come un normale atto amministrativo<sup>279</sup>.

È viceversa in tema di ambito applicativo oggettivo che questa interpretazione si fa decisamente riduttiva: in caso di rigetto del ricorso, si giustifica laconicamente un vincolo totale per cui l'individuo ha esaurito il suo diritto di azione e quindi non può più avversare il provvedimento.

Nell'eventualità di accoglimento nel merito, invece, c'è solo un obbligo per la p.a. soccombente, quello cioè di non riprodurre il medesimo atto caducato<sup>280</sup> e, visto che l'annullamento non è contenuto in una sentenza, la reiterazione sarà afflitta non da nullità per violazione o elusione di giudicato, ma da annullabilità per eccesso di potere (per contraddittorietà intra-provvedimentale).

Nella ben più delicata situazione in cui a seguito della demolizione dell'atto, l'amministrazione emani un provvedimento, non identico, ma sempre sfavorevole per l'istante, basandolo su diverse ragioni, questa dottrina è nettamente contraria ad imporre a quest'ultima un qualsivoglia vincolo sotto pena di una nuova invalidità<sup>281</sup>. Una riefusione illimitata, insomma, a tutto svantaggio del cittadino, il quale si troverà invischiato in una riprovevole concatenazione di vecchio atto-annullamento-nuovo atto, potenzialmente *sine die*.

---

<sup>278</sup> Tenacemente sostenuta in Orlando V. E., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, 1905, 1042, il quale comunque rivedrà il suo orientamento a seguito dell'intervento legislativo del 1907. A favore si mostrò anche Ranelletti O., *Ancora sui concetti discretivi e sui limiti della competenza delle autorità giudiziaria e amministrativa*, in *Foro italiano*, I, 1893, 482.

<sup>279</sup> In Orlando, op. cit., 1049, si legge: “[...] il giudicato ha valore esclusivamente fra coloro che presero parte al giudizio; esso non può essere invocato né a favore né in danno di un terzo. Diciamo subito che non solo questa regola non si applica alla decisioni della IV Sezione, ma vale precisamente una opposta”. E ancora: “[...] La sentenza, essenzialmente particolare (inter partes) nella sua portata, ferma però in modo assoluto il diritto subiettivo controverso. [...] La decisione amministrativa, invece, eventualmente generale, sempre obbiettiva nella sua portata (erga omnes), non pregiudica punto il contenuto di un diritto subiettivo [...]”.

<sup>280</sup> Nette le parole di Orlando V. E., op. cit., 1064: “[...] contravviene agli scopi intimi di quella istituzione [della IV sezione] e commette un atto di supremo arbitrio e, diremmo quasi, di dispregio verso l'autorità della legge, un organo amministrativo, il quale, senza il concorso di una nuova e diversa ragione, ma in onta alla decisione del magistrato di giustizia amministrativa, riproducesse il provvedimento annullato”.

<sup>281</sup> Per dovere di completezza Orlando scrive che solo per ragioni “*reali e gravi*” può ammettersi una riedizione non satisfattiva del potere.

La tesi della natura puramente giurisdizionale delle decisioni della IV sezione ha avuto più seguaci<sup>282</sup> ed è stata fatta propria dallo stesso Consiglio di Stato fin dai suoi primi interventi<sup>283</sup>. Questa lettura si è imbevuta, da un lato, dell'avvicinamento teorico e pratico del diritto processuale amministrativo a quello civile e, dall'altro, delle critiche mosse al sistema dei ricorsi amministrativi, non capaci di garantire l'imparzialità e la definitività delle decisioni.

Un adeguato modello di giustizia amministrativa avrebbe dovuto, di converso, radicarsi su strutture indipendenti, terze, atte al contraddittorio e a dare crisma di autorità di cosa giudicata alle proprie statuizioni; elementi che solo organi giurisdizionali avrebbero potuto fornire. Per soddisfare queste esigenze, si arrivò a ricostruire la IV sezione del Consiglio di Stato come organo giurisdizionale e a qualificare i suoi provvedimenti come sentenze, passibili di giudicato sostanziale.

Gli attributi di fissità ed immutabilità (relative) insiti nel concetto di giudicato, però, dovevano fare i conti con il bisogno di una certa mobilità e fluidità del potere pubblico, anche e soprattutto in riferimento alla fase *post* giudicato. In punto di efficacia soggettiva del giudicato, specularmente a quanto osservato per la prima tesi, si è ritenuto di evitarne un ampliamento *erga omnes*, cosa che altrimenti avrebbe comportato una immobilizzazione generalizzata del potere (e dell'interesse) pubblico<sup>284</sup>. Doveva dunque applicarsi, *de plano*, la teorica civilistica dell'efficacia *inter partes* della cosa giudicata<sup>285</sup>.

Per quanto riguarda la dimensione oggettiva, la dottrina in parola sorprendentemente pervenne ai medesimi risultati della lettura amministrativistica. Dalle premesse civilistiche, date dalla distinzione tra diritti autodeterminati e diritti eterodeterminati e qualificato il potere di impugnativa come diritto eterodeterminato, la conclusione è che la p.a. sarebbe stata facoltizzata ad emanare, a seguito del giudicato costitutivo, un nuovo provvedimento non satisfattivo, radicato su nuove motivazioni, persino se preesistenti. La *res iudicata*, infatti, in quanto figlia di una domanda non autodeterminata, coprirebbe solo le singole doglianze mosse dal ricorrente, accolte (o rigettate) le quali il vincolo di giudicato non ridonderebbe su altri elementi. Ciò significa che se il cittadino, in caso di rigetto, potrà riavversare il provvedimento con censure diverse (o la p.a. intervenire in autotutela, sempre per ragioni differenti), in caso di accoglimento, simmetricamente, l'amministrazione ben sarà abilitata a riesercitare il potere, emanando un provvedimento parimenti di sfavore per il ricorrente, purché diverso nelle ragioni da quello annullato in precedenza<sup>286</sup>.

---

<sup>282</sup> Tra di essi, si ricordano: Mortara L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, Vallardi, 1923, 61; Cammeo F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, Vallardi, 1911, 301 e Scialoja V., *Sulla funzione della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Giustizia amministrativa*, IV, 1901, 79.

<sup>283</sup> Dapprima in un *obiter dictum* nella sentenza del 7 gennaio 1892 (in *Giustizia amministrativa*, I, 1892, 3), poi in via principale con la pronunce del 20 aprile del 1894 (in *Giustizia amministrativa*, III, 1894, 161) e dell'8 gennaio 1897 (in *Giurisprudenza italiana*, II, 1897, 63).

<sup>284</sup> In Cammeo F., op. cit., 297, viene scritto: “[...] *La cosa giudicata inter partes è già un vincolo, che si oppone alla libertà di azione statale: la cosa giudicata erga omnes sarebbe un vincolo moltiplicato, sia quando si tratti di cosa giudicata contro l'amministrazione [...] sia perfino quando si tratta di cosa giudicata a favore suo, cui spesso l'amministrazione non potrebbe rinunciare altri cointeressati, che al diritto nascente della sentenza sarebbero, sebbene estranei al giudizio, autorizzati a fare appello. Nè per l'ampiezza indeterminata del principio si saprebbe quanto si estenda questo nuovo vincolo*”.

<sup>285</sup> Molto interessante una posizione dottrina di mezzo che, pur aderendo alla tesi della natura giurisdizionale della IV sezione, riteneva che, in punto di efficacia soggettiva della decisione, sarebbe stato opportuno distinguere in base al tipo di atto avverso: se il provvedimento è individuale, il giudicato varrà solo tra le parti; in caso di regolamento o provvedimento collettivo, annullato per un vizio comune a tutti gli interessati, sarà invece caducato *erga omnes*: cfr. Ranelletti O., *Le guarentigie della giustizia della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1934, 500.

<sup>286</sup> Chiarisce Cammeo F., op. cit., 302: “[...] *tanti sono i casi giuridici in cui un atto amministrativo può o deve emanarsi [...] se l'amministrazione emana un atto fondandolo su uno di questi casi, se l'atto è annullato, la decisione, che non abbia conosciuto se non della causa dedotta non fa lo stato se non in relazione a quella causa*”; non diversamente in Ranelletti O., op. cit., 503: “[...] *accolto il ricorso [...] l'amministrazione non può rinnovare l'atto stesso che fu annullato, perché ciò traddirebbe al giudicato: ma può emettere un nuovo provvedimento, anche eventualmente con lo stesso contenuto [...] con la correzione, ad es. di forme, voluta dalla esecuzione della decisione, o per motivi diversi da quelli, su cui la decisione ha pronunciato*”.

Quindi, l'equazione tra oggetto del processo (leggasi motivi di impugnazione) e oggetto del giudicato si risolverebbe in uno sbarramento, di fatto invalicabile (se non per gentile concessione amministrativa), alla pienezza di tutela per il cittadino.

Non molto distanti erano i risultati cui era pervenuta la giurisprudenza del Consiglio di Stato<sup>287</sup> e la dottrina del primo Novecento<sup>288</sup>. Sembra invece ispirarsi ad una lettura in termini addirittura di domanda autodeterminata la coeva produzione giurisprudenziale della Cassazione<sup>289</sup>, la quale, col sostegno della dottrina<sup>290</sup>, asserendo che il giudice amministrativo avrebbe finanche potuto rilevare d'ufficio tutti i vizi di illegittimità provvedimentale, in nome della natura oggettiva della sua giurisdizione, finiva per riconoscere che allorquando il Consiglio di Stato avesse rigettato il ricorso, si sarebbe venuto a formare un giudicato di definitiva legittimità dell'atto. Verosimilmente sarebbe stato possibile far valere anche il contrario: annullato l'atto, la p.a. non avrebbe potuto disporre nuovamente in senso negativo, neanche sulla base di ragioni diverse, sotto pena di nullità per elusione del giudicato.

In definitiva, le due opposte interpretazioni, storicamente affermatasi, circa la natura delle decisioni del giudice amministrativo, pur nella netta contrapposizione concettuale, concludono, ai nostri fini, nel medesimo modo: l'apparato pubblico, in sede di riesercizio del potere *post iudicatum* di annullamento, è insensibile al pronunciamento cassatorio, se non per il limitato (e quasi scolastico, si direbbe) caso di una ripetizione pura e semplice dello stesso provvedimento caducato (che sarà nullo per la seconda opzione ermeneutica divisata, annullabile per la prima).

## 2.1.2 La versione novecentesca

La teorica della riedizione senza termine ha fatto breccia anche nella successiva letteratura novecentesca<sup>291</sup>, maturata dopo l'entrata in vigore della Costituzione. Si deve anche aggiungere che una buona parte della dottrina giuspubblicistica del periodo andava nella medesima

---

<sup>287</sup> Cons. St., sez. IV, 30 giugno 1905 (in *Giurisprudenza italiana*, III, 1905, 376): “[...] la decisione della IV Sezione con cui si esclude che un atto amministrativo non è nullo per un determinato motivo invocato nel ricorso, non fa cosa giudicata sulle eventuali nullità dello stesso atto per motivi diversi e non è d’ostacolo a che per tali diversi motivi l’atto sia annullato d’ufficio dal Governo del Re”; si vedano anche Cons. St. sez. IV 4 maggio 1906 (in *Giurisprudenza italiana*, III, 1906, 312) e n. 462/1908 (in *Giustizia amministrativa*, I, 1908, 461). Successivamente rimase questo l’orientamento prevalente: Cons. St. sez. IV 108/1954 (in *Consiglio di Stato*, I, 1954, 133) e Sez. V 359/1962 (in *Consiglio di Stato*, I, 1962, 749).

Alcune sentenze seguirono anzi la tesi dell’efficacia *erga omnes* (persino a casi solamente consimili) della cosa giudicata amministrativa: Cons. St., sez. IV, 24 maggio 1901 (in *Giurisprudenza italiana*, III, 1901, 289) e Cons. St., sez. IV, 5 maggio 1911 (in *Rivista di diritto pubblico*, II, 1911, 534). *Contra* Cammeo F., *Pretesa efficacia vincolante delle decisioni degli organi di giustizia amministrativa in casi simili*, in *Rivista di diritto pubblico*, III, 1911, 534.

<sup>288</sup> Dove comunque prevalse l’impostazione di Cammeo; ad esempio, Trentin S., *La cosa giudicata nelle decisioni delle Sezioni giurisdizionali del consiglio di Stato*, Pisa, Tipografico F. F. Nistri, 1910, 240 e Raggi L., *Diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 1933, 509.

<sup>289</sup> In particolare, Cass. Sez. Un. 12 dicembre 1901 (in *Giurisprudenza italiana*, I, 1902, 362): “[...] la IV Sezione [...] può bene esaminare di ufficio se concorrono, oltre i motivi di illegalità dedotti contro il provvedimento, anche altri non dedotti e che possono inficiarlo [...]”.

<sup>290</sup> Trentin S., op. cit., 241.

<sup>291</sup> In particolare, ci si riferisce qui a Sandulli A. M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, Morano, 1963, 54 e ss.; ivi si scrive: “[...] nulla impedisce che, annullato un provvedimento per un certo vizio, esso venga rinnovato col medesimo contenuto, purché depurato di quel vizio”. Il giudicato non copre il deducibile e, pertanto, anche il privato è abilitato a riopporci al provvedimento, facendo valere altri vizi.



direzione<sup>292</sup>. Chiaramente, già con la novella legislativa del 1907, la tematica si emancipa dal dilemma circa la natura della IV sezione del Consiglio di Stato, il cui ruolo di organo ausiliario, dotato di competenze tanto giurisdizionali quanto consultive, è sancito oramai dall'art. 100 Cost., per proiettarsi su di un piano più squisitamente processualistico.

Tale impostazione teorica si rifaceva, per quanto qui di interesse, a quella ricostruzione che, come sopra avvertito, traeva spunto da evidenti suggestioni processualciviltistiche: il ricorso per annullamento deduce un'azione costitutiva, la quale, a sua volta, rientra nel novero delle azioni eterodeterminate e, pertanto, plasma un giudicato limitato alle parti in causa e alle sole doglianze proposte nel processo<sup>293</sup>. Da tanto se ne deduceva la facoltà per la p.a. di riesercitare il suo potere con piena discrezionalità, alla luce della normale efficacia ripristinatoria della sentenza estintiva<sup>294</sup>. La ricostruzione in parola ha tratto nuova vitalità dall'art. 45 del r.d. 1054/1924 (testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato), nella parte in cui si dispone che, in caso di accoglimento del ricorso, vengono comunque fatti salvi "gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa".

Fino a qui, nella sostanza, nulla di nuovo. La dottrina studiata si distingue da quella pregressa, invece, per alcuni apporti dalla sicura innovatività; ad essa risale la separazione tra il concetto di obbligo di esecuzione e quello di obbligo di conformazione. Il primo è proprio delle sentenze di condanna, le quali riconoscono in capo al vincitore il diritto alla soddisfazione, nel caso coattiva, della pretesa fatta valere e, corrispondentemente, l'obbligo specifico all'esecuzione da parte del soccombente (leggasi per la p.a.: vincolo di adempimento pieno)<sup>295</sup>.

L'obbligo conformativo, invece, sorge da pronunce costitutive e dichiarative (*recte*: dalla legge applicata dal giudice al caso concreto) e consiste in un generico dovere - a cui non fa da contraltare un diritto, ma un interesse - di far sì che lo stato di fatto si adatti per quanto possibile a quello di diritto fissato dal magistrato<sup>296</sup>. Per la pubblica amministrazione questo significa che, in seguito al giudicato, il potere di cui essa gode rimane praticamente inalterato, proprio perché dalla sentenza solamente conformativa deriva un florilegio di possibilità, che spetta all'amministrazione (e solo ad essa) valutare. La conformazione finisce dunque per inerire non tanto alla sentenza in sé ma alla successiva azione pubblica, slegata da quella giurisdizionale (che anzi si assume già esaurita a monte). Tra l'altro, merita di essere rammentato che, all'epoca, il giudizio di ottemperanza era previsto solamente per le sentenze del giudice ordinario (art. 27 c. 1 n. 4 t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato).

Da qui l'esigenza, acutamente avvertita dall'autore, di un ripensamento dei rapporti tra giudicato e riesercizio del potere pubblico, affinché, almeno in parte, sia stemperata l'indefinitezza dell'obbligo di conformazione. La soluzione va ricercata in una nuova formula, che passi per quattro attributi<sup>297</sup>: necessità, specificità, immediatezza e attualità.

---

<sup>292</sup> Segnatamente, Romano S., *Poteri e potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983, 181: "[Il potere] è generale, [...] rimanendo unico e inesauribilmente identico, cioè non risolvendosi in tanti poteri diversi quanti tali, che sono indefiniti". Per un collegamento più specifico col settore amministrativo, Cannada Bartoli E., *L'inapplicabilità dell'atto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, 94.

<sup>293</sup> Sandulli A. M., op. cit., 56: "[l'oggetto del processo è dato] dalla caducazione del provvedimento invalido e dal ripristino - automaticamente e consequenzialmente collegato a tale caducazione - delle posizioni soggettive lese".

<sup>294</sup> Ivi, 57: "[...] la piena possibilità di nuovo esame e di nuove determinazioni discende naturalmente dal principio dell'efficacia ripristinatoria dei provvedimenti di annullamento".

<sup>295</sup> In Sandulli A. M., *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, in AA. VV., *Atti del convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962, 47, si legge testualmente: "l'esecuzione attiene alle sole pronunce giurisdizionali (dei giudici ordinari o amministrativi) che ordinino (di dare, di fare, di non fare) alcunché (sentenze civili ed amministrative di condanna; decisioni amministrative di merito) [...]".

<sup>296</sup> Prosegue in Sandulli A. M., *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, cit., 55: "l'obbligo di conformarsi si riferisce invece alle pronunce giurisdizionali di altro contenuto, e precisamente alle pronunce dichiarative e costitutive [...] non consiste dunque, per l'amministrazione, nel dare esecuzione (e cioè nell'adempire) ai comandi contenuti nel giudicato [...] bensì nel porre in essere tutte le attività occorrenti perché [...] lo stato di fatto determinato dall'amministrazione sia reso conforme, e cioè consono, allo stato di diritto definito dal giudice".

<sup>297</sup> Ivi, 56.

Il primo ed il secondo stanno a indicare il dovere, da parte della p.a., di porre in essere tutte quelle operazioni che siano strettamente consequenziali rispetto alla sentenza e che servano a darne specifica attuazione; il terzo impone di considerare il giudicato come fatto geneticamente determinate l'esecuzione; il quarto serve ad espungere dall'obbligo di conformazione quelle attività proiettate verso un orizzonte temporale eccessivamente lontano.

Neanche questa versione, per così dire, edulcorata della riedizione illimitata sembra essere convincente. Le difficilmente afferrabili<sup>298</sup> caratteristiche che, *de iure condendo*, dovrebbe assumere la relazione giudicato-riesercizio sono sintomatiche di un problema che sta a monte e che rende instabile l'impalcatura, sul versante primario della determinazione dei confini oggettivi del giudicato. La dottrina criticata, infatti, scomponeva l'oggetto del giudizio amministrativo in due tronconi: l'interesse legittimo lesionato e l'atto amministrativo pregiudizievole<sup>299</sup>. È chiaro che in un'ottica del genere, è la componente attizia a fagocitare l'altra: il processo serve a far caducare il provvedimento e, grazie al suo annullamento, a risanare l'interesse del singolo.

Anche altra autorevolissima dottrina<sup>300</sup> è rimasta sedotta dalla tesi dell'inesauribilità del potere, seppur sulla base di itinerari parzialmente differenti. Il punto innovativo di questa impostazione risiede nell'individuazione di due effetti propri del giudicato amministrativo: quello preclusivo, concernente il rapporto tra primo e secondo giudice, in base al quale quest'ultimo non può sostituirsi all'altro e, pertanto, non può ridecidere nel merito una controversia ormai coperta dalla *res iudicata*<sup>301</sup>; e quello costitutivo, che riguarda la relazione giudice-amministrazione-ricorrente, il quale comporta la ceduzione *ope iudicis* dell'atto invalido. Ora, se sotto il primo versante, ciò sta a significare che l'organo giudicante, a seguito del suo definitivo pronunciamento, si spoglia - esaurendola - della sua potestà decisoria (subentrando poi il *ne bis in idem*), rispetto all'altro viene intercettato il cuore del problema: quale peso abbia, cioè, il giudicato nei rapporti futuri tra cittadino e apparato pubblico.

Per il filone dottrinario in commento, l'elemento primario da tener saldo è che il pronunciamento giurisdizionale, finanche passato in giudicato, non diviene mai la fonte regolatrice del rapporto di diritto pubblico, spettando questo ruolo soltanto all'atto amministrativo<sup>302</sup>. Tra i soggetti dell'ordinamento compete solo all'amministrazione la prerogativa di calare nel caso concreto le astratte previsioni fissate dal legislatore, cioè di trasformare in "atto" quell'"energia potenziale" che è il potere pubblico<sup>303</sup>. Questo sbarramento deriva dall'impalcatura meramente impugnatoria del giudizio amministrativo. L'autorità giudiziaria amministrativa conosce esclusivamente il momento formale della relazione pubblica, cioè l'atto amministrativo, filtrato peraltro dalle singole censure mosse dal ricorrente; ad essa compete caducarlo o meno, ma non statuire positivamente sul

---

<sup>298</sup> Si parla di "tautologie" ed "incertezze" in Clarich M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, CEDAM, 1989, 50.

<sup>299</sup> Sandulli A. M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, cit., 58.

<sup>300</sup> Stavolta il riferimento è a Benvenuti F., voce *Giudicato (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, 893 e ss..

<sup>301</sup> Benvenuti F., op. cit., 897: "[...] la logica vuole che al giudice sia precluso di riaprire il discorso sull'applicazione della regola al caso di specie, giacché altrimenti esso diventerebbe arbitro della stabilità dell'ordinamento".

<sup>302</sup> Ivi, 898: "[...] è da escludere infatti che al giudicato amministrativo possa riconnettersi l'effetto di sostituire all'atto la pronuncia giurisdizionale come statuizione positiva su di un rapporto; è da escludersi cioè che sia la sentenza amministrativa ad imporre una disciplina del rapporto tra amministrazione e cittadino, sostitutiva della disciplina che si racchiude nel potere amministrativo e nella funzione amministrativa [...]".

<sup>303</sup> Di "energia potenziale" si parla in Benvenuti F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, I, 1952, 124.

rapporto tra privato e amministrazione<sup>304</sup>. In sintesi, un giudizio sull'atto, unicamente negativo-cassatorio.

Il postulato viene ulteriormente rinvigorito da un parallelismo<sup>305</sup> col giudizio celebrato in Cassazione: mentre il processo di legittimità della Suprema Corte è direttamente vincolante rispetto al giudice di merito, perché concerne un potere costituzionale omogeneo (quello della magistratura), invece il pronunciamento, pur sempre di legittimità, del tribunale amministrativo non può dirsi pieno ed immediato, poiché coinvolge l'imperio, del tutto alieno, della pubblica amministrazione. Insomma, per usare la terminologia dell'autore<sup>306</sup>, il giudicato riafferma il "precetto" mediante l'imposizione di "sanzioni", l'amministrazione d'altronde soddisfa l'interesse pubblico attuando il "precetto".

Da qui, dunque, l'intuibile corollario dell'inesistenza di alcun vincolo specifico in capo alla p.a. circa il riesercizio di potere, dovendo l'organo giudicante, di volta in volta, fronteggiare situazioni sempre inedite, se rapportate alle precedenti.

È interessante, tuttavia, evidenziare un altro tassello di questa ricostruzione: la sentenza, pur non esauendo la discrezionalità, nel suo fare stato ad ogni effetto diviene fatto giuridico<sup>307</sup>, che l'amministrazione è tenuta a considerare, sotto pena di eccesso di potere, *sub specie* di violazione di giudicato<sup>308</sup>. Quindi, il giudicato assume comunque un rilievo non del tutto marginale nella successiva rieffusione di potere, in un certo qual modo restringendo la discrezionalità dell'amministrazione. Appare però evidente come dietro l'etichetta del fatto giuridico si nasconda un'adesione incondizionata, da parte di questa proposta dottrina, al principio della separazione dei poteri.

La ricostruzione teorica da ultimo criticata, rispetto alla precedente, ha sicuramente il pregio di essersi spogliata di ogni tara derivante dal diritto processuale civile e di basarsi propriamente su schemi tipici del diritto amministrativo; eppure, negli esiti esse non differiscono<sup>309</sup>. In entrambe, si esalta la continuità dell'operato pubblico (sorretto dalla supremazia di una potestà sovrana), a scapito della stabilità dei rapporti (e quindi degli interessi dei cittadini)<sup>310</sup>.

---

<sup>304</sup> Ancora una volta cristalline le parole dell'autore in Benvenuti F., voce *Giudicato*, op. cit., 898: "[...] *Che la sentenza amministrativa non colga e quindi non disciplini il rapporto in modo diretto e positivo, risulta dal fatto che, a prescindere dalla definizione dell'interesse sostanziale di cui è portatore il ricorrente, il livello al quale il legislatore ha costruito e posto il giudice amministrativo è tale da consentire a questo di cogliere solo taluni aspetti formali dell'atto amministrativo e da concepire invece l'atto amministrativo come disciplina effettiva e completa di un rapporto ad opera dell'amministrazione*". A tal punto, al giudice amministrativo è precluso conoscere il rapporto nella sua interezza, limitandosi la sua cognizione al solo momento formale della validità della delibazione amministrativa.

<sup>305</sup> Ivi, 901.

<sup>306</sup> La dicotomia precetto-sanzione si ritrova in Benvenuti F., *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, I, 1955, 223. In generale, sempre nella voce *Giudicato*, cit., 902: "*la preclusione dipendente dal giudicato [colpisce] non già il potere in se stesso, ma il rapporto tra il potere e l'atto, incidendo, come accertamento, sulle circostanze che si frappongono ai due termini*".

<sup>307</sup> Ivi, 903: "[...] *non è tanto l'incontrovertibilità del giudicato a precludere la strada all'autorità amministrativa in un senso o nell'altro, quanto la sentenza come fatto, della quale quell'esercizio di potere risente, essendo stata inclusa nei limiti di esso*".

<sup>308</sup> All'epoca, in assenza di una regola omologa a quella dell'art. 21 septies l. 241/90, non erano chiaramente delineati i contorni della nullità amministrativa.

<sup>309</sup> Anche nel diritto pretorio le cose non stanno diversamente: *ex multis*, Cons. St. Ad. Plen. 19/1965 (in *Consiglio di Stato*, I, 1965, 1069) e Cons. St. sez. V 9 settembre 1953 (in *Consiglio di Stato*, I, 1953, 802). Addirittura in quegli anni vede la luce l'orientamento per cui il giudicato amministrativo di rigetto, a differenza di quello di accoglimento, è in grado di coprire tanto il dedotto quanto il deducibile: Cons. St. sez. V. 1191/1950 (in *Foro amministrativo*, I, 1951, 75). Si delineano dunque due strade, l'una riferita alla pronuncia di accoglimento, l'altra a quello di rigetto, entrambi convergenti sulla riduzione delle forme di soddisfazione del ricorrente. La tesi sembra essere stata solo di recente accantonata: Cons. St. sez. V 1669/2014 e sez. VI 6836/2011.

<sup>310</sup> In Clarich M., op. cit., 53, criticamente, ci si domanda se, estremizzando queste elaborazioni, sia ancora sensato mantenere una giurisdizione speciale in materia di contenzioso amministrativo.

Non stupisce, in conclusione, che la tesi della riedizione potenzialmente illimitata, nel contesto normativo della metà del Novecento, non esca scalfita da queste proposte dottrinali, le quali però - bisogna ammetterlo - hanno l'indubbio merito di aver palesato una certa insofferenza nei suoi riguardi<sup>311</sup>.

D'altronde, le carenze del modello erano avvertite dai medesimi studiosi<sup>312</sup>, ben consapevoli che, con l'equiparazione costituzionale dell'interesse legittimo al diritto soggettivo, un sistema di tal fatta non sarebbe stato più consona, dovendo essere radicalmente ripensato; eppure, *de iure condito*, era difficile immaginare qualcosa di diverso.

L'insufficienza degli approcci classici è plasticamente rappresentata pure in altra dottrina<sup>313</sup>. Il nuovo contesto socio-politico, sulla scia del passaggio da uno Stato liberale ad uno Stato sociale, porta ad una rimediazione dei rapporti tra amministrazione e giurisdizione, che veda quest'ultima risolvere con certezza e stabilità le controversie, cioè di definire per il futuro l'assetto più giusto degli interessi, respingendo o accogliendo il disegno dell'istante. Viene dunque messo in luce come l'impostazione meramente demolitoria del processo amministrativo non sia più coerente con la tutela esaustiva delle posizioni giuridiche che la Costituzione (artt. 24 e 113) impone anche nei rapporti pubblici e nemmeno confacente agli sviluppi del moderno diritto amministrativo, proteso, per quanto possibile, a conferire difesa alla pretesa materiale fatta valere dal cittadino, per il tramite non tanto del canonico effetto eliminatorio - insito nel dispositivo - ma di una efficacia ricognitiva-ordinatoria, che rampolla dalla parte motiva della sentenza.

Colui che ricorre al tribunale amministrativo, infatti, persegue due scopi cumulativi: annullare il provvedimento e, mediatamente, soddisfare il proprio interesse sostanziale<sup>314</sup>.

Per raggiungere questi risultati, l'autore propone di individuare l'oggetto del processo amministrativo non più nell'atto avverso, ma nel diritto potestativo all'invalidazione giudiziaria<sup>315</sup>. Questo diritto viene esercitato dal cittadino tramite un ricorso, articolato in più doglianze, ciascuna delle quali non individua una *causa petendi* a sé, ma un'unica fattispecie costitutiva di un

---

<sup>311</sup> E non furono le uniche. Tra gli altri, meritano menzione Lessona S., *Giudicato di legittimità dell'atto amministrativo e potere di autoimpugnativa*, in *Foro italiano*, III, 1949, 172 e Gasparri P., *Sulla riemanazione di provvedimenti annullati in sede giurisdizionale*, in *Foro amministrativo*, I, 1952, 190. In particolare, a parere del primo autore, in un rapporto processuale bilaterale (p.a.-privato, essenzialmente connotato da interessi oppositivi), il giudicato di rigetto non preclude all'amministrazione di intervenire in autotutela sul provvedimento, nemmeno ove facesse valere i vizi già scrutinati dal giudice; invece, in una vicenda processuale trilaterale (p.a.-interessato-controinteressato, caratterizzata da interessi pretensivi), la decisione negativa inibisce al soggetto pubblico l'autotutela per qualsiasi motivo. Per una critica della tesi, si rinvia a Clarich M., op. cit., 58, il quale dichiara che essa "sembra oscillare da un eccesso all'eccesso opposto".

<sup>312</sup> Particolarmente, Benvenuti F., voce *Giudicato*, op. cit., 910: "[...] poiché l'interesse legittimo è, secondo la Costituzione (art. 113), una situazione soggettiva che regge il confronto con il diritto soggettivo sul piano della tutela sostanziale, appare decisamente inadeguato all'attuazione di questa tutela un giudizio amministrativo il cui oggetto è dato da un problema di validità formale del provvedimento amministrativo".

<sup>313</sup> Ci si riferisce qui innanzitutto a Nigro M., *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1981, 1157 e ss., e *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2002, 304 e ss..

<sup>314</sup> Di questa duplicità contenutistica si parla in Nigro M., *Giustizia amministrativa*, cit., 396.

<sup>315</sup> Nigro M., *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1960, 18: "oggetto del processo amministrativo non è, per noi, né l'interesse sostanziale, né la validità o la invalidità dell'atto amministrativo impugnato né l'interesse alla legittimità degli atti amministrativi, ma è l'affermazione di (la pretesa di avere) un diritto alla invalidazione [...]".

altrettanto unitario diritto di impugnativa<sup>316</sup>. Solo così, a detta dell'autore, si possono spiegare istituti tipici della giustizia amministrativa, quali i motivi aggiunti e l'assorbimento dei motivi<sup>317</sup>. Ad ogni censura, quindi, non corrisponde un diritto di invalidazione, ma semmai una diversa utilità che il singolo andrebbe a ricavare dal suo accoglimento<sup>318</sup>.

Tale ultima affermazione ha una valenza fondamentale: i vantaggi (e gli effetti) che sono racchiusi nel giudicato amministrativo non sono insensibili alla tipologia di vizio dedotto (cioè, se sia formale o sostanziale); comune sarà sempre, se c'è accoglimento, quello di caducazione del provvedimento, ma non sarà l'unico. Innanzitutto, si potrà avere una efficacia ripristinatoria<sup>319</sup>, che vincoli cioè la pubblica amministrazione, a fronte della retroattività dell'annullamento, a riportare (fin dove possibile: "*factum infectum fieri nequit*") la situazione allo stato antecedente all'emanazione dell'atto invalidato. In altri termini, all'annullamento deve seguire l'adattamento dello stato di fatto e di diritto attuale a quello fissato dal giudice<sup>320</sup>.

Ora, il giudice amministrativo vaglia l'attività della p.a. e l'effetto demolitorio e quello ripristinatorio guardano al passato, cioè all'esercizio di potere già avvenuto; l'effetto che, invece, guarda al futuro viene definito da questa dottrina conformativo, essendo preordinato a condizionare il riesercizio della potestà pubblica. Questa peculiare validità del *dictum* amministrativo deriva dal fatto che, accertandosi i vizi del provvedimento, per mezzo della motivazione della sentenza, si è riconosciuto, in negativo, come il provvedimento non avrebbe dovuto essere e, *a contrario* e in senso positivo, quello che esso avrebbe dovuto essere<sup>321</sup>.

Questo è un grande passo in avanti verso la completa soddisfazione degli interessi di parte, soprattutto quelli a carattere pretensivo che, dal solo annullamento giurisdizionale, avrebbero potuto ricavare ben poco. Si badi però che conformazione non è sinonimo di condanna: l'effetto conformativo non ha lo stesso contenuto di una sentenza di condanna, solo quest'ultima essendo

---

<sup>316</sup> Forti sono le assonanze con la teorica della "fattispecie d'insieme" (*Gesamttatbestand*) di derivazione tedesca (per cui si rinvia a Nikisch A., *Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, Mohr Siebeck, 1955, 288); lo riconosce lo stesso autore, in Nigro M., *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro italiano*, II, 1975, 20: "Qui siamo evidentemente all'estremo opposto di quella posizione, secondo la quale la denuncia di ogni vizio costituisce esercizio di un separato diritto di impugnazione. No. Nel processo amministrativo non vengono fatti valere più diritti di impugnazione, ma uno soltanto, collegato, come a sua fonte e giustificazione, ad una fattispecie d'insieme [...] e solo circostanziato dai motivi di ricorso".

<sup>317</sup> Nigro M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., 33.

<sup>318</sup> Ivi, 437: "La domanda di annullamento con pluralità di motivi che pur muove dall'affermazione di un solo diritto all'annullamento, si scinde così in tanti capi, quante sono le dimensioni di vincolo - e quindi di tipi di vantaggio - che i diversi motivi possono produrre attraverso l'annullamento".

<sup>319</sup> Reale - se deriva automaticamente dalla sentenza - o obbligatoria, allorquando per attuarsi necessiti dell'intervento della p.a..

<sup>320</sup> Nigro M., *Giustizia amministrativa*, op. cit., 386: poiché "l'annullamento è retroattivo riprendono ipso iure esistenza e valore gli atti e le situazioni che erano stati travolti dall'atto annullato: fin qui nulla di diverso da quanto accade tutte le volte che un atto è eliminato con effetto *ex tunc*. Ma, nel campo dell'eliminazione giurisdizionale di un atto amministrativo illegittimo, la ripristinazione implica qualcosa di più: implica la cancellazione (nei limiti del possibile) delle modificazioni della realtà (giuridica e di fatto) intervenute per effetto dell'atto annullato, e cioè l'adeguamento dello stato di fatto e di diritto, esistente al momento della pronuncia giurisdizionale e venuto in vita sulla base dell'atto impugnato, alla situazione giuridica prodotta dalla pronuncia stessa".

<sup>321</sup> Ivi, 387: "L'annullamento presuppone quindi l'accertamento dell'illegittimità dell'atto, ma questo accertamento non è altro, visto a rovescio, che la determinazione del modo come [...] il potere avrebbe dovuto essere esercitato e non è stato". D'altronde è la legge ad imporre all'amministrazione l'osservanza del giudicato ex artt. 65 n. 5 e 88 del r.d. 642/1907.

idonea a formare un titolo esecutivo da spendere per una delle forme di coattiva realizzazione del diritto<sup>322</sup>.

Nondimeno, l'accertamento contenuto nella sentenza di annullamento, da cui deriva, tra le altre, questa efficacia conformativa, è idonea al passaggio in giudicato ex art. 2909 c.c. secondo una gradazione, una progressività cangiante in base al tipo di potere e di vizio in gioco<sup>323</sup>.

Costanti le conseguenze demolitrici e ripristinatorie, un effetto vincolante pieno e totale sul riesercizio del potere si realizza in forma diretta, quando venga accertata la carenza dei presupposti oggettivi e/o soggetti previsti dalla legge per la spendita del potere<sup>324</sup>, e in forma indiretta, ove siano stati superati definitivamente i limiti temporali.

Se, d'altra parte, l'annullamento concerne profili discrezionali dell'impiego del potere pubblico, il vincolo è semipieno, potendo la p.a. rivalutare la situazione, salvo il limite della violazione o elusione del giudicato.

Infine, laddove la caducazione venga disposta solamente per vizi formali, si assiste ad una mera efficacia vincolante secondaria che impone la sola depurazione delle patologie procedurali.

In definitiva, nemmeno questa ricostruzione - e di ciò ne era lucidamente consapevole l'autore<sup>325</sup> - riesce a svincolarsi dalla lineare, ma inappagante, tesi del riesercizio illimitato, pur a fronte delle tante novità da essa proposte.

L'aver posto lo sguardo anche sul futuro esercizio di potere, oltre a quello già esercitato, l'aver cioè visto nel processo amministrativo l'intersezione tra giurisdizione e amministrazione, è senza dubbio la maggior conquista di questa impostazione. Nonostante questo, essa non riesce a liberarsi del peso, rappresentato da un processo legislativamente incentrato sull'azione caducatoria e, quindi, sull'atto<sup>326</sup>: il concetto di diritto all'invalidazione, che per questa letteratura, diventa oggetto del giudizio del magistrato, non permette di andare oltre l'analisi dei vizi dedotti nel ricorso.

Il giudicato, insomma, non potrà che fissare, nella sua parte motiva, regole di condotta generiche e frammentate. È la stessa dottrina in discorso infatti a definire il vincolo derivante dal giudicato amministrativo come implicito, perché le regole di condotta per la p.a. si estrapolano a partire dalle statuizioni negative contenute nella sentenza; elastico, visto che la ripristinazione dello *status quo ante* non è sempre lineare<sup>327</sup>; condizionato dalle sopravvenienze<sup>328</sup> ed incompleto, perché la

---

<sup>322</sup> Nigro M., *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27 n. 4 delle leggi sul Consiglio di Stato*, in *Rassegna di diritto pubblico*, I, 1954, 300: "[...] la pronuncia amministrativa è oltre che una sentenza costitutiva, certamente anche una sentenza ordinativa, in quanto ordina un certo comportamento senza però assoggettare all'esecuzione forzata, nel qual caso si avrebbe una vera e propria sentenza di condanna". Di contenuto ordinatorio della sentenza parlerà l'Adunanza Plenaria nella pronuncia n. 19 del 1982 (in *Consiglio di Stato*, I, 1982, 1507).

<sup>323</sup> Nigro M., *L'appello nel processo amministrativo*, op. cit., 436.

<sup>324</sup> Ivi, 437.

<sup>325</sup> Nigro M., *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1980, 6: "[si dovrebbe] dotare il processo amministrativo c.d. ordinario di una capacità di tutela generale e adeguata nei riguardi di ogni tipo di comportamento della pubblica amministrazione, il che è possibile in vari modi, il più convincente dei quali mi sembra quello di introdurre [...] l'azione di accertamento e l'azione di condanna o quasi condanna alla emanazione di un atto amministrativo [...]".

<sup>326</sup> La visione "attocentrica" era piuttosto radicata anche in giurisprudenza; ex multis, Cons. St. sez. IV 810/1952 (in *Consiglio di Stato*, 1952, 1233) e sez. V 1319/1976 (in *Consiglio di Stato*, I, 1976, 1050).

<sup>327</sup> Nigro M., *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1981, 1169: "[...] la definizione concreta dell'attività di ripristinazione dovuta solleva molti problemi legati non soltanto alla diversità e talvolta complicazione delle singole fattispecie, ma a notevoli oscurità di fondo".

<sup>328</sup> Nigro M., *Giustizia amministrativa*, cit., 395: "[...] la regola non può non essere quella che alla pronuncia del giudice amministrativo è data attuazione con riferimento allo stato di fatto e di diritto esistente al momento della domanda giudiziale [...] salvo che, per effetto di fatti sopravvenuti e di nuove disposizioni di diritto, non si sia creata una situazione totalmente incompatibile con tale attuazione".

cognizione del giudice è limitata a quei segmenti di azione amministrativa dedotti nel ricorso<sup>329</sup>. Inevitabile dunque l'intervento "libero" dell'amministrazione e, il più delle volte, il necessario ricorso in funzione di supporto del giudice dell'ottemperanza, la cui natura, per l'autore in parola, è mista, di cognizione e di esecuzione insieme<sup>330</sup>.

Pare dunque evidente quanto la teorica di un riesercizio *de facto* illimitato del potere sacrifichi la posizione del ricorrente; d'altra parte, non può neanche dirsi che essa sia veramente congeniale per la pubblica amministrazione. Un andamento "a fisarmonica"<sup>331</sup>, dato dall'emanazione di un nuovo provvedimento (fase espansiva) di poi annullato (fase restrittiva), a cui faccia seguito un altro atto decisorio successivamente caducato e così via, è, se possibile, altrettanto inadeguato per le esigenze pubbliche. La necessità di ritornare innumerevoli volte sulla medesima questione non solo è uno sperpero di denaro, risorse e competenze, ma rappresenta anche un difficilmente tollerabile arresto dell'azione amministrativa.

Altrettanto fallace è tentare di giustificare l'attributo di non esauribilità alla luce dell'esigenza che la p.a. si veda riconosciuta la possibilità di adattarsi costantemente all'evoluzione dell'interesse pubblico. La necessità di cura della collettività può senz'altro costituire una spiegazione a posteriori dell'inesauribilità, ma non il suo fondamento, tanto più che, per l'ordinamento, è meritevole di pari rilevanza anche la posizione del singolo attinto dal potere<sup>332</sup>. Inoltre, se è pur vero che questa lettura può trovare radicamento nel canone di buon andamento e nei suoi corollari di effettività e continuità dell'azione amministrativa, non ha tuttavia dignità maggiore delle contrapposte istanze di stabilità e certezza, insite nei principi di legittimo affidamento e proporzionalità.

## 2.2 L'esauribilità del potere: *one shot*

Si è parlato nel paragrafo precedente delle insufficienze di una riedizione illimitata del potere pubblico; il primo compiuto tentativo per un suo superamento è dovuto ad altra dottrina<sup>333</sup>, più o meno contemporanea a quella criticata.

---

<sup>329</sup> Nigro M., *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, cit., 1174: "per raffigurare graficamente l'efficacia del giudicato amministrativo, occorrerebbe disegnare quattro cerchi concentrici che esprimono, con regressione dal centro verso la periferia, il diverso grado di vincolatività [...] del giudicato stesso. Il cerchio più piccolo indica l'impostazione dell'obbligo generico di ripristinazione e conformazione, quello leggermente più grande contiene le regole per il corretto modo di esercizio del potere per i tratti di azione amministrativa assoggettati alla decisione giurisdizionale [...] il terzo cerchio riguarda, in ragione della loro elasticità, l'insieme delle regole di ripristinazione non fissate dal giudice; il cerchio di massima ampiezza raffigura gli ambiti di efficacia indiretta e meditata del giudicato".

<sup>330</sup> Nigro è il caposcuola della teoria del giudicato a formazione progressiva; si veda *Giustizia amministrativa*, op. cit., 288.

<sup>331</sup> "Balletti" li etichetta Nigro M., *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, op. cit., 1181.

<sup>332</sup> Trimarchi M., *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 169, avverte che altrimenti l'inesauribilità poggerebbe su una mera impostazione ideologica.

<sup>333</sup> Ci si riferisce all'opera di Piras A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962, 37 e ss..

Quello che era mancato fino a quel momento era uno sforzo teorico che riuscisse a guardare oltre la classica impostazione del ricorso amministrativo come giudizio sull'atto e non sul rapporto<sup>334</sup>. Questo elemento si rinviene nell'"interessantissima"<sup>335</sup> e pregiata<sup>336</sup> teoria in discorso, il cui cuore è propriamente rappresentato dall'assunto che l'oggetto del processo amministrativo è dato dal rapporto giuridico che si instaura tra una pubblica amministrazione, esercente una potestà, ed un soggetto privato, depositario di un interesse legittimo. Quest'ultimo viene inteso come situazione strumentale, volta a conferire un potere di annullamento, che solamente un accertamento costitutivo giurisdizionale può realizzare, riconoscendo l'immutabilità dell'attribuzione del bene della vita<sup>337</sup>. D'altra parte, il potere viene letto come facoltà che la legge riconosce di avvalersi di un effetto giuridico già presente nell'ordinamento e dipendente unicamente dal realizzarsi dei fatti indicati dalla norma.

Rimanere ancorati alla tradizionale impostazione significherebbe riconoscere in capo al singolo una tutela parziale e non rispettosa del dettato costituzionale, limitata alla mera caducazione del provvedimento, senza alcuna possibilità di intaccare il *modus operandi* dell'amministrazione; d'altra parte, lo stesso apparato pubblico sarebbe chiamato a dar seguito a quella che viene definita una semplice "forza morale"<sup>338</sup> della decisione, quasi che la sentenza, pur se passata in giudicato, fungesse da atto di *moral suasion* e non come vincolo pieno ed esaustivo per il successivo esercizio di potere pubblico. Il *dictum* del magistrato va, invece, inquadrato per quello che è veramente, cioè un "fatto di accertamento"<sup>339</sup>, il cui *proprium* sta nella ricognizione del rapporto di diritto pubblico così come modificato dall'esercizio del potere conformativo di annullamento, il quale, dunque, lungi dal rappresentare una mera valutazione preparatoria, diviene l'oggetto del processo.

---

<sup>334</sup> Pienamente consapevole di questa necessità è lo stesso autore; si legge in Piras A., op. cit., 270: "[non è giustificabile che] *in un ordinamento, qual è il nostro, si possa tentare di ricostruire il processo amministrativo, assegnando ad esso il carattere di uno strumento, di un mezzo della tutela degli interessi legittimi del cittadino, senza riuscire a dimostrare l'esistenza di un vincolo della P.A. al giudicato, di ampiezza tale da garantire l'effettività della tutela che viene a realizzarsi con il provvedimento giurisdizionale [...]*".

Per completezza, si ricorda che anche tra quanti ritenevano che oggetto del processo fosse l'atto amministrativo e non il rapporto giuridico ci furono proposte innovative; si segnala Capaccioli E., *Per l'effettività della giustizia amministrativa, ne Il processo amministrativo. Scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, Giuffrè, 1979, 477 e ss., ove viene enfatizzata l'efficacia preclusiva del giudicato amministrativo, da intendere come sbarramento posto all'amministrazione di riemanare un atto affetto dagli stessi vizi del precedente, a pena di illegittimità provvedimentale. La preclusione non scaturisce dal giudicato sostanziale (che l'autore esclude dall'orizzonte della giustizia amministrativa), ma da un principio extraprocessuale, che concerne i rapporti tra procedimento e processo ed opera in questi termini: proposto il ricorso, il giudice si sostituisce all'amministrazione nel controllo del suo operato, spogliandola del potere di autotutela; emanata la sentenza definitiva, il giudice, in nome del *ne bis in idem*, consuma definitivamente la sua *potestas iudicandi*: né la p.a. né un altro organo giudicante possono rimettere in discussione la fattispecie.

<sup>335</sup> Così viene qualificata in Stella Richter P., *L'inoppugnabilità*, Milano, Giuffrè, 1970, 123; ricordata altresì in Consolo C., *Per un giudicato pieno e paritario a prezzo di un procedimento amministrativo all'insegna del principio di preclusione*, in *Diritto processuale amministrativo*, I, 1990, 175-176 come "*lo sforzo più ambizioso e ad un tempo più arditamente dogmatico di risolvere alla radice la crisi di effettività di cui soffre la giustizia amministrativa [...]*"

<sup>336</sup> Una vera e propria "*svolta nella teoria del giudicato*" la si definisce in Clarich M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, CEDAM, 1989, 75, "*a tutt'oggi il tentativo più importante di fondare su basi scientifiche un modello di processo amministrativo che si pone in radicale alternativa rispetto al modello classico*".

<sup>337</sup> Piras A., op. cit., 245. Ecco perché vanno ripudiate le tesi che individuano l'oggetto del processo amministrativo, ora i motivi di ricorso, ora il diritto all'annullamento: da queste prospettive, infatti, non può che discendere un giudicato a copertura parziale, limitato cioè solo all'invalidità dell'atto.

<sup>338</sup> Così viene definita in Piras A., op. cit., 271.

<sup>339</sup> Di nuovo, sono le parole dell'autore; ivi, 140: "[...] *la sentenza, ogni sentenza, si individu[a], de[ve] individuarsi, secondo la sua essenza, appunto e soltanto in ragione della sua essenziale attitudine a fungere quale fatto d'accertamento*".



Affinché il “fatto di accertamento” sia in grado di imporsi alle parti in causa (e ai giudici che eventualmente dovessero trattare di questioni dipendenti o del medesimo oggetto), la dottrina in esame estrapola dalla sentenza di annullamento, comunque appartenente al *genus* tutela di cognizione, un nuovo tipo di effetto, quello di accertamento (o di preclusione), derivante dalla parte motiva del pronunciamento giurisdizionale. Difatti, non sarebbe la volontà del giudice, anche a fronte di quegli eccezionali poteri di conformazione giuridica di cui all'art. 2908 c.c., la fonte dell'efficacia costitutiva, ma la legge; con la sentenza, l'organo giudicante si limita ad accertare l'esistenza di quei presupposti, in base ai quali l'ordinamento acconsente alla creazione, modificazione o estinzione di rapporti giuridici.

Questa efficacia di accertamento è così in grado di operare su due versanti: su quello processuale (e, quindi, nel rapporto parti-giudici), traducendosi nel ben noto principio di *ne bis in idem*, e su quello sostanziale, proiettato cioè alla relazione ricorrente-resistente. Definito il rapporto amministrativo come la relazione giuridica che rampolla dalla legge attributiva del potere, allorché questa, nel sancire modi e limiti di esercizio del medesimo, riconosce cittadinanza anche all'interesse legittimo di parte, non resta che una secca alternativa: in sede di annullamento giurisdizionale per vizi sostanziali, o si ritiene che l'accertamento investa l'atto e pertanto il giudicato non sarà idoneo a vincolare l'operato della p.a., oppure si reputa che *la res iudicata* debba vincolare in qualche misura l'amministrazione e allora, di conseguenza, l'accertamento in essa insito deve consolidare il *modus essendi* della relazione pubblicistica<sup>340</sup>.

È chiaro che questa dottrina propenda per la seconda strada. Tuttavia, per raggiungere questo risultato, è necessario che al giudice sia effettivamente concessa la possibilità di scandagliare il rapporto che si situa sullo sfondo rispetto all'atto amministrativo impugnato. Per pervenire a tanto, l'autore in parola figura un onere processuale particolarmente articolato in capo alla p.a. resistente. Tramite il gioco delle preclusioni, decadenze, acquisizioni probatorie e degli atti processuali, l'amministrazione deve cercare di giustificare la legittimità del suo operato una volta per tutte<sup>341</sup>: evaporate queste possibilità, all'amministrazione è fatto divieto, sotto pena di nullità per contrasto col giudicato, di ritornare a decidere sfavorevolmente, rispetto al bene della vita preteso dal privato. Dunque, *one shot* puro, come si dice.

È del tutto evidente come questa ricostruzione sia debitrice dell'applicazione del principio della preclusione del dedotto e del deducibile nel processo amministrativo<sup>342</sup> e, forse, anche dell'idea che l'azione di annullamento sia, in fin dei conti, una domanda autodeterminata che, al pari di quella su diritti reali, tollera una certa fluidità della *causa petendi*.

Si badi, questo principio vale bilateralmente, cioè tanto per il ricorrente, quanto per il resistente. Infatti, anche per il cittadino il ricorso rappresenta un *one shot*, ossia una sola possibilità di avversare l'azione amministrativa; ciò gli impone di presentare ricorsi nel modo più completo e

---

<sup>340</sup> Questa alternativa è presente in Giannini M. S., Piras A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 255: “[...] o si ritiene che l'accertamento investa l'atto, abbia cioè per contenuto la qualificazione dell'atto stesso come illegittimo, e in questo caso non si potrà parlare di giudicato come di un accertamento che vincoli l'amministrazione nella emanazione di un nuovo provvedimento relativo al medesimo oggetto nei confronti degli stessi soggetti; o si pensa che questo vincolo sia essenziale all'idea della tutela giurisdizionale, che l'amministrazione deve essere legata agli accertamenti che hanno provocato l'annullamento del provvedimento impugnato, ed allora è necessario riconoscere che questi stessi accertamenti non hanno riguardo all'atto - che scompare, annullato - ma stanno fuori di esso, si riferiscono al rapporto, hanno cioè per oggetto il diritto ed il fatto che segnano i termini della disciplina a cui è concretamente assoggettato un determinato potere e la sua trasformazione in un provvedimento”.

<sup>341</sup> Piras A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, op. cit., 447, in nota: “[è doveroso] che la giustificazione sia resa manifesta in un tempo successivo all'emanazione dell'atto, e più precisamente quando l'amministrazione sia a ciò costretta dall'esigenza di difendere, di fronte al giudice, la legittimità del proprio operato [...]. L'importante è soltanto, perché sia esclusa la possibilità dell'annullamento, che tale giustificazione [...] sussistesse comunque già prima dell'emanazione dell'atto impugnato”.

<sup>342</sup> Lo viene anzi dichiarato apertamente; ivi, 454: “[...] così come si deve ammettere, nel corso del processo, una determinata fungibilità dei motivi da cui viene fatto dipendere l'accoglimento della domanda, così si deve anche, parallelamente, riconoscere che la cognizione del giudice [...] produce, con la decisione finale, l'effetto di coprire, in relazione al rapporto controverso, il dedotto ed il deducibile”.

puntuale possibile (con la conseguenza di aumentare la mole di motivi e delle liti)<sup>343</sup>. Per la p.a., già lo si è detto, significa onere di riversare nel processo tutto il materiale a disposizione, per esaurire definitivamente il rapporto di diritto pubblico, senza alcuna possibilità (nemmeno in autotutela) di potervi ritornare, neanche facendo valere elementi diversi da quelli impiegati a suo tempo, e con l'obbligo di assecondare la pretesa del ricorrente vincitore: se l'atto viene caducato per vizi sostanziali (eccesso di potere), in nessun caso l'amministrazione potrà rinnovare l'atto; qualora, invece, l'annullamento derivi da sole patologie formali, la p.a. potrà reiterare l'atto emendando i vizi di forma, proprio perché la copertura del dedotto e del deducibile le ha dato ragione circa la legittimità sostanziale del suo operato (salvo sopravvenienze). In quest'ultima evenienza è il privato ad aver perso la *chance* di impugnare l'atto deducendo doglianze sostanziali: se non lo fa, gli è precluso di opporsi in un secondo momento.

La distinzione tra vizi formali e sostanziali appare quindi dirimente per l'applicazione di questa teoria<sup>344</sup>; ma ciò, al contempo, ne minerebbe l'utilizzazione uniforme. Per evitare questo, la dottrina in analisi ha proposto una sorta di gerarchia tra doglianze, che vede al primo posto quelle sostanziali; solo ove sia accertata la correttezza sostanziale dell'atto, se ne potrà vagliare anche le invalidità di forma. A tal punto, si arriva ad affermare che se il provvedimento viene annullato per soli vizi procedurali, si verrebbe a creare un giudicato implicito di legittimità sostanziale del medesimo<sup>345</sup>.

Due dei corollari pratici più rilevanti di questa ricostruzione sono, da un lato, la fungibilità delle doglianze<sup>346</sup>: i motivi di invalidità non rappresentano, ciascuno per sé, diritti potestativi all'annullamento, ma gli elementi che illuminano i vari segmenti del rapporto giuridico di diritto pubblico che si vuole devolvere alla cognizione del giudice<sup>347</sup>; e, dall'altro, la possibilità (in realtà, a questo punto, onere) dell'integrazione postuma della motivazione provvedimentoale<sup>348</sup>, che anzi auspicabilmente dovrebbe realizzarsi già in corso di lite. Qualora non intervenisse, scatterebbe la sanzione dell'intangibilità del rapporto.

La grandiosa impalcatura concettuale che sostiene questa teoria non è però andata immune da critiche<sup>349</sup>. La problematicità principale attiene, evidentemente, al principio della copertura del

---

<sup>343</sup> Ivi, 215: “[...] respinta la domanda per ragione di merito, l'azione non può essere più riproposta, anche nel caso che si fondi su motivi diversi”.

<sup>344</sup> Ivi, 456: mentre le norme la cui violazione comporta un vizio sostanziale forniscono diretta garanzia circa l'operato dei pubblici poteri, quelle che invece sfociano in un vizio formale sono dettate unicamente a rafforzare il profilo procedurale e di esse non può avvantaggiarsi il privato oltre i naturali limiti imposti dal loro contenuto.

<sup>345</sup> Ivi, 453: “[è] sufficiente pensare che la sentenza la quale pronunci l'annullamento per un vizio del procedimento [...] contenga sempre un accertamento del rapporto amministrativo, ed un accertamento - naturalmente - favorevole all'amministrazione non soltanto quando dell'esistenza delle condizioni di validità sostanziale del provvedimento si sia discusso nel processo [...] ma anche nell'ipotesi in cui il vizio di natura formale [...] abbia costituito l'unico motivo del ricorso”.

<sup>346</sup> Ivi, 215: “[...] si spiega così, ad es., perché - proprio in quanto oggetto dell'accertamento è il rapporto soggetto a modificazione, non già la modificazione giuridica come tale e tanto meno il potere a questa relativo - si abbia nel processo una certa fungibilità dei motivi [...]”.

<sup>347</sup> Da questo punto di vista, non si è molto distanti dalle soluzioni a cui perviene la teoria di Nigro M. circa l'unicità del diritto di invalidazione.

<sup>348</sup> Si tornerà sul tema al par. 3.6.

<sup>349</sup> Greco G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980, 179 e ss.; più di recente Urbano G., *Contributo sull'effettività del giudicato amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020, 56 e ss..

dedotto e del deducibile<sup>350</sup>. Ora, a parte i dubbi derivanti dalla mancanza di un appiglio di diritto positivo (in verità, assente pure nel processo civile), desta perplessità la generalizzazione della sua applicazione (già scossa dalla riconosciuta differenziazione in base alla tipologia di vizio). Si ritrovano procedimenti amministrativi sovente connotati da un esercizio del potere pubblico solo embrionale, in quanto arrestatisi alla mera declaratoria di tardività, irritualità, irricevibilità dell'istanza di parte<sup>351</sup>: casi, insomma, in cui si è assistiti ad una spendita superficiale della potestà, inidonea all'espletamento completo della funzione amministrativa. Pertanto, in queste e consimili evenienze, la copertura del deducibile non potrebbe operare, visto che, annullato l'atto, il rapporto non potrebbe dirsi coperto dal giudicato semplicemente perché non è mai stato propriamente oggetto né del processo né del provvedimento.

Altra situazione specifica in cui il principio preclusivo non può funzionare si ha allorché l'atto sia annullato per incompetenza<sup>352</sup>: se ci servissimo della copertura anche del deducibile, il risultato sarebbe che a fronte della caducazione del provvedimento avremmo il consolidamento di un rapporto sul quale, il suo vero titolare, cioè la p.a. effettivamente competente, non si è mai pronunciato<sup>353</sup>.

Oggetto di critica è anche la presunzione di legittimità sostanziale a fronte dell'accoglimento di soli vizi di forma: non solo questo onera il ricorrente di ricercare tutte le possibili censure sostanziali, anche al costo di una produzione processuale elefantica, ma gli impedisce di ricorrere contro il provvedimento emanato dopo l'annullamento per vizi di procedura, pur se palesemente viziato nella sostanza.

Infine, criticità emergono anche in punto di autotutela<sup>354</sup>: se il giudicato copre il dedotto ed il deducibile, a prescindere da chi è soccombente, all'amministrazione è precluso un intervento tramite annullamento d'ufficio (e, probabilmente, anche per mezzo di ogni forma di autotutela conservativa), ma ciò significherebbe vietare alla p.a. di porre rimedio eventualmente a vistose illegittimità sostanziali solo perché, nel celebrato processo, nessuna delle parti le ha fatte valere. In conclusione, lo scotto che questa ardita tesi è costretta a pagare è quello di aver innestato una ricostruzione teorica dai risultati decisamente raffinati, a fronte però di un sistema legislativo che aveva ancora come unico punto di riferimento l'atto amministrativo.

## 2.3 Una rilettura moderna

### 2.3.1 L'evoluzione del processo amministrativo e le funzioni del giudicato

Per avere una svolta normativa in materia occorre attendere il 2010, anno in cui entra in vigore il codice del processo amministrativo (d. lgs. n. 104), in ossequio alla delega legislativa contenuta nell'art. 44 della l. 69 del 2009. Sulla base di questa novità la tesi del *one shot* ha ripreso vigore in

---

<sup>350</sup> Anche in giurisprudenza la questione è piuttosto dibattuta: alcune decisioni lo ritengono inapplicabile (Cons. St. sez. VI 165/1980, in *Consiglio di Stato*, I, 1980, 210), altre lo confinano alle sole decisioni di rigetto (Cons. St. sez. IV 474/1967, in *Foro amministrativo*, I, 1967, 1142), altre ancora lo accolgono in ogni caso (Cons. St. sez. IV 679/1984, in *Consiglio di Stato*, I, 1984, 310). Viene apertamente contrastato ad esempio nella recente pronuncia Cons. St. sez. IV 1321/19, a mente della quale questo principio comporta solamente un vincolo per il magistrato di un futuro processo, il quale non potrà misconoscere o diminuire il bene oggetto del precedente giudizio.

<sup>351</sup> In dottrina si parla di atti negativi pregiudiziali o preliminari.

<sup>352</sup> Lo riconosce la stessa stessa dottrina; ivi, 460: "*l'autore dell'atto impugnato, se è certo legittimato passivamente al processo, non dispone viceversa della necessaria legittimazione per contraddire rispetto al rapporto sostanziale: sì che questo non può formare oggetto di accertamento in quella causa*".

<sup>353</sup> Precisa Follieri E., *Giudicato sull'incompetenza e potere della Pubblica amministrazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, IV, 1983, 463: "*l'effetto conformativo della sentenza del giudice amministrativo, nel caso d'incompetenza, è tipico, unico e prefissato dalla norma: la questione va trattata dal soggetto ritenuto competente*".

<sup>354</sup> Clarich M., op. cit., 90.

parte della scienza giuridica<sup>355</sup>, che ha riesumato le suggestioni della letteratura precedente e le ha proiettate nel coevo assetto di giustizia amministrativa. Solo col codice può dirsi definitivamente conclusa la parabola evolutiva - sospinta, tra gli altri, anche dalla giurisprudenza eurounitaria<sup>356</sup> e costituzionale<sup>357</sup> - che ha visto l'interesse legittimo passare da situazione eventualmente tutelabile, a situazione giuridica sostanziale degna di autonoma tutela. È in definitiva la presa d'atto che la legittimità dell'operato amministrativo non sia l'oggetto dell'interesse legittimo, ma il limite che l'ordinamento attribuisce alla protezione di quest'ultimo.

Alle plurime sfaccettature che l'interesse è andato assumendo nel corso degli anni non potevano che corrispondere regole normative di nuovo conio, idonee a superare - almeno in parte - le perplessità di un processo amministrativo monopolizzato dall'azione di annullamento.

L'innovativa proposta dottrina per un giudicato amministrativo stabilizzato di spettanza (o di rigetto) prende le mosse, innanzitutto, da una premessa metodologica: per approfondire ogni discorso concernente la *res iudicata* amministrativa, è preliminare, al fine di superare la polisemia (e l'ambiguità) dello scarno dettato dell'art. 2909 c.c., riuscire a comprendere quali siano i principi portanti che sorreggono e giustificano l'azione processuale<sup>358</sup>.

---

<sup>355</sup> Imprescindibile è il lavoro di Clarich M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, CEDAM, 1989, 195 (anche se nel volume richiamato, più volte rimarca la non accettabilità, *de iure condito*, della tesi che guarda al rapporto amministrativo come oggetto del processo), ma il riferimento puntuale è ad una sua parziale rivisitazione in chiave moderna ad opera di Vaccari S., *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 311 e ss.. Può essere annoverato nello stesso filone, seppure sulla base di addentellati dogmatici differenti, anche Trimarchi M., *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 224 e ss..

In estrema sintesi e salvi i chiarimenti disseminati nel testo, per il primo autore citato, i punti di partenza della sua proposta, a fronte di una normativa sostanziale e processuale ancora rivolta al passato, sono due: innanzitutto, l'omogeneità ontologica tra il potere dell'amministrazione e il potere di annullamento del ricorrente, l'uno destinato a mutare la realtà giuridica in via imperativa e stragiudiziale (diritto potestativo ad esercizio extraprocessuale: *Gestaltungsrecht*), l'altro proteso a caducare l'atto illegittimo mediante il necessario intervento del giudice (diritto potestativo a necessario esercizio giurisdizionale: *Gestaltungsklagerecht*). Il parallelismo viene esteso a tal punto da ritenere che, così come il potere di impugnativa consta di una domanda processualmente autodeterminata (tutti i fatti costitutivi vanno ricondotti ad un'unica *causa petendi* ovvero sono la base di una medesima efficacia costitutiva), identicamente il potere amministrativo si traduce in una istanza proceduralmente autodeterminata (tutti i fatti che fungono da presupposto concernono un'unica forma di potestà ovvero convergono in un unico effetto costitutivo finale).

Il secondo caposaldo sta nella qualificazione del potere amministrativo - per come filtrato dal provvedimento - come oggetto del processo. Ove il giudice, ad esempio, accerti la non invalidità dell'atto, riconosce altresì l'esistenza di quel potere; l'inverso vale in caso di pronuncia di accoglimento. Per arrivare ad affermare che l'impugnativa dell'atto rifletta l'accertamento del potere è però necessario postulare una condizione, che cioè esso si radichi su tutti i fatti costitutivi in potenza configurabili. Realizzata questa condizione, dire che la *res in iudicium deducta* è il diritto all'invalidazione ovvero l'efficacia costitutiva ultima - come in un qualsiasi processo costitutivo - oppure il potere amministrativo è sostanzialmente indifferente. Ebbene, per agevolare l'impiego di tutti i fatti costitutivi *uno actu*, la dottrina in commento auspica l'utilizzo del principio della preclusione del dedotto e del deducibile che, simmetricamente al ricorrente, dovrebbe applicarsi anche alla p.a., almeno nella fase procedimentale. Vengono così a rinvigorirsi i principi tipicamente procedimentali, quali quello della completezza istruttoria e dell'adeguatezza motivazionale. Di conseguenza, "se si riconosce che il processo amministrativo è un processo che investe, attraverso l'atto, il potere unitariamente inteso e che dunque il giudicato formatosi sull'illegittimità dell'atto investe in realtà il potere, allora non può essere legittima la reiterazione dell'atto [...]" (Clarich M., op. cit., 186).

<sup>356</sup> Come viene messo in luce in Travi A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014, 60: "[...] l'incidenza del diritto comunitario potrebbe condurre nel nostro Paese ad attenuare la contrapposizione fra interesse legittimo e diritto soggettivo, nel senso che [...] i risultati sostanziali della tutela dovrebbero diventare sempre più vicini".

<sup>357</sup> Fin dalla fondamentale pronuncia n. 204 del 2004.

<sup>358</sup> Il nuovo paradigma figura nella sentenza Cass. Sez. Un. 26242/2014, in cui è stata riscritta la disciplina del rilievo ufficioso delle nullità contrattuali. Cfr. Vaccari S., op. cit., 220, a parere del quale si rende necessario un *Inversion-Method*, il quale si traduca nell'anteporre allo studio del dato strutturale (che cos'è il giudicato?), l'analisi del profilo funzionale-valoriale (a cosa serve il giudicato?).

In primo luogo, viene in rilievo il principio di corrispettività sostanziale (art. 24 Cost.), a mente del quale il processo vale come strumento<sup>359</sup> da utilizzare per porre rimedio ad una crisi nel rapporto di diritto pubblico (e di diritto privato); quest'ultimo rappresenta un pre-dato, logicamente, prima che giuridicamente, immancabile e che non può essere deformato o, peggio, obliterato dalle dinamiche processuali.

Tuttavia, il processo non può divenire, esso stesso, fonte di ulteriori contestazioni: per questo, in nome del principio di stabilità o certezza dei rapporti sostanziali, da un lato non va riconosciuta tutela a chi, pur formalmente abilitato a domandarla, la utilizzerebbe per ottenere ingiustificati e sproporzionati vantaggi a danno della controparte (divieto di abuso del processo: art. 111 Cost.); dall'altro sono tendenzialmente da rifuggire artificiose biforcazioni del rapporto processuale, che rimane vicenda, nella sostanza, unitaria (efficacia negativo-preclusiva e positivo-conformativa del giudicato). Il diritto di azione, costituzionalmente sanzionato, si estrinseca nella pretesa ad una risposta giurisdizionale, per quanto possibile, definitiva alla domanda di giustizia.

Un processo, poi, per dirsi pienamente soddisfacente deve concludersi in un arco temporale ragionevole, tale per cui il bisogno di tutela risulti ancora attuale e, corrispondentemente, la decisione del giudice realmente ponga termine al pregiudizio che l'istante patisce. Insomma, per usare un'espressione ormai entrata a pieno titolo nel gergo giuridico (oltre che normativo: artt. 111 Cost. e 6 CEDU), un giusto processo, che aspiri ad essere non una sommatoria di forme fine a se stesse, ma un mezzo per garantire pienezza, effettività e stabilità di tutela alle posizioni sostanziali dei cittadini.

In particolare, il canone dell'effettività, richiamato in apertura del codice (art. 1) nonché nelle normative sovranazionali (artt. 13 CEDU e 47 CDFUE), viene ad assumere una triplice veste: fonte di autointegrazione delle regole processuali, guida per l'interpretazione funzionale, filtro per l'applicazione degli istituti del processo civile in conformità all'art. 39 c.p.a.<sup>360</sup>.

Tutto ciò, rapportato al diritto amministrativo, si traduce, pragmaticamente, in un archetipo di processo che veda l'intervento del magistrato non come un semplice diaframma tra un esercizio di potere amministrativo ed un altro, potenzialmente reiterabile all'infinito<sup>361</sup>. Nell'attuale sistema normativo e sociale è fondamentale per la serietà dell'intero sistema Paese<sup>362</sup> che la controversia tra cittadino ed amministrazione ad un certo punto venga a terminare<sup>363</sup>.

Infatti, in questa rinnovata veste, il processo amministrativo può oramai definirsi come un esempio di giurisdizione soggettiva, il cui oggetto è divenuto la frazione del rapporto di diritto pubblico incanalata dalle diverse forme di azioni proponibili. Un oggetto che, pertanto, non è sempre

---

<sup>359</sup> Ancora attuali le parole di Chiovenda G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1965, 81: "il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire [...]".

<sup>360</sup> Lipari M., *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, disponibile al sito federalismi.it, 2010, 22.

<sup>361</sup> Si legge nella sentenza delle Sezioni Unite sopra richiamata: "appare inevitabile l'opzione strutturale verso una decisione tendenzialmente volta al definitivo consolidamento della situazione sostanziale direttamente o indirettamente dedotta in giudizio. Una decisione tendenzialmente caratterizzata da stabilità, certezza, affidabilità temporale, coniugate con valori di sistema della celerità e della giustizia. Un sistema che eviti di trasformare il processo in un meccanismo potenzialmente destinato ad attivarsi all'infinito".

<sup>362</sup> Sensibile al tema è Cass. Sez. Un. 18592/2020: "Del resto, la tutela piena [...] risponde anche ad un obiettivo di efficienza complessiva del sistema, dal momento che lo sviluppo economico e sociale del Paese passa anche attraverso una risposta rapida e conclusiva delle ragioni di contrasto tra le Amministrazioni ed i cittadini".

<sup>363</sup> Ferrara L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003, 188: "[...] parrebbe non essere (più) accettabile un sistema nel quale all'annullamento giurisdizionale dell'illegittimo rifiuto di un atto ampliatorio segue la possibilità di respingere nuovamente in modo illegittimo la richiesta del cittadino, innescando un ulteriore giudizio di annullamento secondo uno schema tendenzialmente infinito [...]". In giurisprudenza, ad esempio, TAR Liguria, Genova, sez. I, 164/2002 (in *Foro amministrativo TAR*, 2002, 436): "[...] allorquando, dopo un annullamento giurisdizionale, l'autorità amministrativa debba riesaminare la vicenda, essa è tenuta a far ciò con un'attenzione particolare, evitando di esporre i privati alla prospettiva di una pluralità d'altri giudizi ulteriori".

costante, che non coincide con l'atto impugnato ma neanche con l'intera relazione giuridica<sup>364</sup>. Torna dunque ad essere cruciale la distinzione tra interessi legittimi<sup>365</sup> e tra singoli rimedi processuali.

Quanti - titolari di interessi oppositivi - avversando l'iniziativa dell'amministrazione, mirano a mantenere una già esistente posizione di vantaggio, vedranno nella tradizionale tutela impugnatoria, per il solito, un'adeguata forma di protezione; al contrario, coloro che, vantando un interesse pretensivo, auspicano un intervento a loro favore della p.a., potranno soddisfarsi per il tramite di un'azione di condanna per contrastare il diniego espresso - previo annullamento - o il silenzio inadempimento serbato dal soggetto pubblico<sup>366</sup>.

Nel primo caso, infatti, la caducazione del provvedimento sfavorevole (ablatorio o sanzionatorio) grazie all'azione di annullamento (art. 29 c.p.a.) dovrebbe essere in grado di realizzare la pretesa del singolo, ma solamente rispetto al puntuale esercizio di potere: una vittoria del ricorrente, quindi, non ancora stabilizzata definitivamente che non preclude alla p.a., a fronte di una *causa petendi* coincidente col singolo motivo di illegittimità e di una dimensione oggettiva della pronuncia corrispondentemente limitata, di riesercitare il suo potere. Per porre un argine a questa possibilità la dottrina in commento esclude<sup>367</sup> di poter ricorrere al principio della copertura del dedotto e del deducibile a causa dell'assenza di un referente normativo inequivoco, tanto nel processo civile quanto in quello amministrativo, e per le difficoltà di armonizzazione rispetto ad un rapporto, come quello di diritto pubblico, del tutto diverso da quello che si instaura tra soggetti privati.

Il paradigma della tutela degli interessi pretensivi è invece rappresentato non dall'annullamento, che sarebbe in grado di intercettare solo in parte il bisogno del singolo, ma dall'azione di condanna. La lesione patita dal titolare di interessi pretensivi può concretizzarsi, a seconda dei casi, in una inerzia ovvero in un diniego (provvedimentale o *per silentium*). Per fronteggiare la prima il codice (art. 31) riconosce una specifica forma di tutela: l'azione avverso il silenzio inadempimento. Sottoposto a rito speciale (art. 117 c.p.a.), questo rimedio cumula una duplice

---

<sup>364</sup> Vaccari S., op. cit., 251: “[...] il giudicato amministrativo sarà ad ampiezza variabile in funzione del tipo di azioni proposte e della possibile dimostrazione di spettanza della pretesa veicolata in giudizio”. Per Clarich M., op. cit., 135, “l’oggetto del processo è rappresentato dal diritto all’annullamento dell’atto amministrativo che sorge in conseguenza dell’emanazione di un atto non conforme in uno o più aspetti alla norma attributiva di potere”. Sulla connotazione soggettiva della giurisdizione, si vedano Cudia C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall’eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008, 161 e ss., e Clarich M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Zanichelli, 2019, 483 e ss..

<sup>365</sup> Oppositivi e pretensivi secondo la preziosa lezione di Nigro M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2002, 131.

<sup>366</sup> Il parallelismo tra le due tipologie di interessi e i due paradigmi processuali è presente, tra gli altri, in La Valle F., *L’interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza delle libertà e dei diritti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, III, 1969, 842.

<sup>367</sup> Il dibattito è comunque molto acceso in materia; favorevoli ad una sua applicazione al processo amministrativo sono Clarich M., op. cit., 151 (il quale avalla coerentemente la lettura dell’azione di annullamento come domanda autodeterminata ed espunge dai confini oggettivi del giudicato i motivi di doglianza) e Greco G., *Giudizio sull’atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Diritto e società*, III, 2016, 208; in particolare il primo scrive: “La preclusione del dedotto e del deducibile non determina dunque un ampliamento dei limiti oggettivi del giudicato. [...] Il ricorrente è soggetto ad un vero e proprio onere di dedurre nel processo tutti i motivi di invalidità dell’atto impugnato. In caso di mancata ottemperanza all’onere, egli non può promuovere un nuovo giudizio, ove il primo ricorso venga respinto, facendo valere motivi che egli avrebbe potuto dedurre nel primo giudizio e che non ha dedotto”. *Contra* Cacciavillani C., *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, CEDAM, 2005, 322 e Valaguzza S., *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, Giuffrè, 2016, 195.

veste<sup>368</sup>, di accertamento dell'obbligo inadempito di provvedere e di condanna a porvi rimedio (senza disporre sul *quomodo*).

Rispetto alla seconda evenienza, certamente non può che farsi riferimento alla tutela costitutiva, ma come detto essa da sola non è sufficiente perché banalmente la p.a. potrebbe continuare ad opporre dinieghi a catena. È questo uno dei più lampanti casi di ineffettività (e di potenziale incostituzionalità) di tutela: applicare forzatamente il modello caducatorio in un contesto che meriterebbe una protezione di tutt'altro tipo. In verità, per questi casi neanche l'impianto originario del codice risultava sufficiente; bisognerà attendere l'intervento del Consiglio di Stato<sup>369</sup> e quello del legislatore<sup>370</sup>: all'art. 34 c. 1 lett. c) c.p.a. fa oggi capolino l'azione di adempimento (o condanna pubblicistica). Trattasi di una azione di condanna ad un *facere* specifico, cioè ad emanare quel puntuale provvedimento che il privato domanda alla p.a., rinforzata dalla possibilità, prevista oggi anche per il giudice della cognizione, di nominare un commissario *ad acta* (art. 34 c. 1 lett. e) c.p.a.). Dal momento che il giudice non può pronunciarsi su poteri non ancora esercitati dall'amministrazione (ex art. 34 c. 2 c.p.a.), l'azione *de qua* non è dotata di vita autonoma, dovendosi, a pena di inammissibilità, agganciarsi ad una domanda costitutiva o ad un'azione avverso il silenzio.

Il riconoscimento di un'azione di condanna pubblicistica ha una valenza sistematica cruciale, perché deduce nel processo direttamente la pretesa e la spettanza del privato, rendendo possibile un accertamento pieno e stabile con forza di giudicato ex art. 2909 c.c.<sup>371</sup>. Tuttavia una così dirompente azione non può essere fatta valere in ogni frangente: oltre ai requisiti rituali sopra succintamente individuati, se ne aggiunge uno sostanziale, a dire che l'agire della pubblica amministrazione sia, nella fattispecie, vincolato, o in astratto *ex lege* o in quanto la sua discrezionalità sia esaurita in concreto<sup>372</sup> - e su questo ci soffermeremo *amplius infra*. Ciò è dovuto al diverso atteggiarsi del rapporto di diritto pubblico rispetto a quello privatistico: mentre in quest'ultimo la condanna all'adempimento - il cui archetipo risiede nell'art. 1453 c.c. - coinvolge posizioni giuridiche formalmente paritetiche, sicché essa può dirsi davvero piena, nell'altro, invece, occorre tener conto del merito amministrativo che non può essere scavalcato, se non appunto in certe ipotesi, dall'organo giudicante. Tant'è che pur a fronte di un'azione fondata, sarà l'amministrazione comunque a dover rilasciare il provvedimento, non potendo il giudice, in sede di legittimità, surrogarsi all'apparato pubblico ed emanare una sentenza-provvedimento.

## 2.3.2 I meccanismi dell'esaurimento della discrezionalità

### 2.3.2.1 I meccanismi procedimentali

---

<sup>368</sup> Carbone A., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, 48: "[...] la declaratoria dell'obbligo di provvedere, infatti, non è di per sé idonea a soddisfare la situazione giuridica del ricorrente [...]. Ciò che, in altri termini, il privato ricerca è l'ordine rivolto all'Amministrazione di adottare il provvedimento [...]. Ragionando in questi termini, l'accertamento della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio nient'altro costituirebbe se non la precisazione del contenuto del comando rivolto all'amministrazione, ed assumerebbe un ruolo fondamentale in quanto permetterebbe di qualificare l'azione avverso il silenzio in termini di azione di adempimento [...]".

<sup>369</sup> Cons. St. Ad. Plen. 3/2011.

<sup>370</sup> D. lgs. 160/2012, cosiddetto secondo correttivo al codice.

<sup>371</sup> Travi A., *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, in *Rivista amministrativa regione Lombardia*, III, 2011, 162: "[...] a una condanna, per definizione, non sopravvive alcuna posizione di potere giuridico". Si veda anche Trimarchi M., op. cit., 52: "La sentenza di annullamento del diniego con contestuale condanna a provvedere afferma definitivamente la spettanza al ricorrente del bene richiesto e, diversamente dal mero annullamento, vieta all'amministrazione di respingere una seconda volta l'istanza sulla base di ragioni diverse [...]".

<sup>372</sup> Già lo avvertiva la dottrina: Romano Tassone A., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987, 350: "[...] talora le peculiarità del caso escludono in concreto la possibilità di una pluralità di soluzioni, e ne prospettano come legittima una ed una soltanto, alla cui stregua può quindi direttamente valutarsi (e giustificarsi o meno) l'operato dell'amministrazione".

Il secondo passo dell'impostazione teorica in discorso sta nella saldatura tra il momento procedimentale e quello processuale<sup>373</sup>. Le ardite tesi di *one shot* analizzate sopra erano risultate poco soddisfacenti perché, tra le altre cose, guardavano esclusivamente al profilo processualistico, pretermettendo quello procedimentale. La dottrina in commento propone dunque di rivitalizzare il connubio procedimento-processo. Questo avvicinamento sembra, peraltro, ispirato dalla stessa Carta costituzionale ove, specialmente all'art. 113, emerge l'idea che procedimento e processo siano due facce della stessa medaglia, forgiate per approntare tutela al singolo a fronte di un esercizio di pubblico potere.

La fase procedimentale diviene, secondo questo angolo visuale, la sede privilegiata tramite cui esaurire una volta per tutte la discrezionalità di cui gode l'amministrazione e ciò è reso possibile grazie ad una adeguata valorizzazione degli istituti dell'istruttoria che si traduca in un vero onere di preclusione procedimentale in capo alla p.a.<sup>374</sup>. In base a quest'ultimo principio, l'unico seriamente in grado garantire una vera parità delle armi<sup>375</sup> tra le parti sin dalla fase iniziale del rapporto pubblicistico, l'amministrazione è tenuta a riversare tutte le ragioni - conosciute o conoscibili, secondo ordinaria diligenza - a sostegno della sua decisione (sfavorevole), sotto pena di impossibilità (*recte*: nullità) di un riesercizio del potere a seguito di un giudicato costitutivo: *one shot* puro o amministrativo<sup>376</sup>. Specularmente, il privato ricorrente ha l'onere di riversare nel suo ricorso tutti i vizi sostanziali che ritiene rilevanti, sotto pena dell'impossibilità di impugnare il

---

<sup>373</sup> Clarich M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, CEDAM, 1989, 195: "[...] il procedimento corrisponde alla fase di quel processo unitario in cui l'attore fa valere i fatti costitutivi del potere; il processo amministrativo corrisponde alla fase in cui il convenuto (ora ricorrente in giudizio) fa valere le eccezioni (ora motivi di ricorso) che tendono a contestare la legittimità della produzione dell'effetto costitutivo". Vaccari S., *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 251-252: "Il risultato ambizioso di un giudicato amministrativo pienamente stabilizzante e completo non potrà essere ricavato, come nella passata teorica del giudizio sul rapporto, attraverso una forzatura della struttura processuale, bensì [...] grazie ad una lettura che combini [...] le sequenze del procedimento amministrativo e del (successivo) processo".

<sup>374</sup> Altra dottrina perviene al medesimo risultato per mezzo del parallelismo col principio della copertura del dedotto e del deducibile che coinvolgerebbe la posizione del ricorrente: Clarich M., op. cit., 189: "[...] di fronte all'onere posto in capo al ricorrente di far valere tutti i motivi di impugnazione all'atto della proposizione del ricorso, appare giustificata, anche in base al principio generale della parità delle armi attribuite ai contendenti (Waffengleichheit), una regola che imponga anche alla pubblica amministrazione l'onere di dedurre tutti i fatti costitutivi del potere. Se la struttura del processo non consente alla pubblica amministrazione di controdedurre fatti nuovi nel corso del giudizio, una siffatta regola potrebbe ben applicarsi già nella fase procedimentale [...]".

<sup>375</sup> Ivi, 193: "[...] il cittadino non soltanto è assoggettato all'imperatività del provvedimento e deve farsi carico di promuovere [...] un giudizio [...]; è altresì esposto, dopo aver conseguito una sentenza di annullamento, al rischio di una reiterazione del provvedimento da parte dell'amministrazione [...]". Nell'ordinamento tedesco il principio inquisitorio procedimentale in base al quale la p.a. è onerata di vagliare tutti i fatti rilevanti, siano essi favorevoli ad essa o favorevoli per il solo privato è codificato sin dal *Verwaltungsverfahrensgesetz* (VwVfG) del 1976 (par. 24). Ad esso fa da *pandant* il principio inquisitorio processuale, di cui al par. 86 del *Verwaltungsgerichtordnung* (VwGO), risalente al 1960, a mente del quale il giudice deve accertare *ex officio* ogni circostanza fattuale e giuridica volta a giustificare la delibazione amministrativa. Ciò implica che il giudice "per un verso, non è vincolato alle qualificazioni giuridiche prospettate dalle parti; per altro verso, può fondare la propria decisione circa la legittimità del provvedimento impugnato anche su circostanze di fatto che la pubblica amministrazione non ha posto alla base dell'atto" (Clarich M., op. cit., 205).

<sup>376</sup> Rende l'idea la metafora dell'arco e della freccia impiegata dalla dottrina, ivi, 224: "[...] il potere amministrativo, che da un punto di vista astratto conserva il carattere di inesauribilità, diventa, con riferimento alle singole fattispecie reali [...] una sorta di arco con una sola freccia: se il potere viene esercitato in seguito ad un'istruttoria incompleta, alla pubblica amministrazione [...] non è concessa [...] una seconda possibilità".



secondo provvedimento per vizi attinenti ai fatti costitutivi del primo<sup>377</sup>. Si tratterebbe, banalizzando, di una sorta di copertura del dedotto e del deducibile applicabile al procedimento amministrativo, derivante dal fatto che all'ampliamento dell'oggetto della sequenza procedimentale faccia da contraltare un allargamento dei confini oggettivi del processo (per quanto possibile, esteso all'intera pretesa). L'onere va adempiuto, per il cittadino, entro lo spirare dei termini per il ricorso giurisdizionale, per la p.a., all'atto della notificazione del medesimo<sup>378</sup>.

La questione più delicata è giustificare in termini squisitamente giuridici una siffatta regola. Viene innanzitutto in rilievo il canone della buona fede oggettiva (art. 1175 c.c.)<sup>379</sup>, vieppiù oggi che esso ha trovato consacrazione direttamente nel testo della l. 241/90 (art. 1 c. 2 bis)<sup>380</sup>. In nome degli inderogabili doveri di solidarietà sociale (art. 2 Cost.)<sup>381</sup> che pervadono ogni rapporto giuridico, compreso quello pubblicistico, e che sono espressi anche da questo fondamentale principio di convivenza civile, è imposta alla p.a., come soggetto istituzionale, l'osservanza di regole di condotta improntate a correttezza<sup>382</sup> e lealtà, le quali tengano conto del legittimo affidamento che la stessa azione amministrativa può aver ingenerato nella sfera giuridica del

---

<sup>377</sup> Qualora opponesse solamente vizi di forma o di incompetenza, la preclusione non opererebbe e la p.a. ben potrebbe emanare, dopo l'annullamento, un provvedimento identico nei contenuti, emendato delle patologie formali. Ciò avverrebbe non solo in forza dell'art. 21 octies c.2 ma anche per il principio di irrinunciabilità del potere pubblico. Questa conclusione è inevitabile, non per la priorità logica dei vizi sostanziali - come proposto da Piras - ma semplicemente "*perché i presupposti sostanziali del provvedimento non sono stati oggetto di contestazione da parte del ricorrente e dunque di accertamento da parte del giudice*" (Clarich M., op. cit., 232). Da un punto di vista pragmatico, si tratta di evitare da un lato che l'amministrazione si trinceri dietro vizi di mera forma e dall'altro che di essi si avvantaggino oltremodo i soggetti interessati, con uno sproporzionato sacrificio per i fini pubblici.

<sup>378</sup> E non all'emanazione del provvedimento impugnando, in quanto ciò reciderebbe ogni legame funzionale tra procedimento e processo. In questi termini, la p.a. ben potrebbe infatti, entro la notifica del ricorso, integrare l'atto con nuovi fatti costitutivi, pure quando fossero già decorsi i termini di impugnazione (per evitare, ad esempio, un annullamento d'ufficio); non solo, ma potrebbe essa stessa decidere di intervenire in autotutela caducatoria - e questo, anche lite pendente. In definitiva, "*far scattare la preclusione al momento dell'impugnazione del provvedimento, ha il pregio di evitare inammissibili automatismi e rigidità, senza per questo lasciare insoddisfatte le esigenze di fondo sottese alla costruzione dell'onere procedimentale di acclarare tutti i fatti costitutivi del potere*" (ivi, 230).

<sup>379</sup> Il cui ruolo nei rapporti di diritto pubblico è ormai pacificamente riconosciuto in giurisprudenza: si vedano Cons. St. Ad. Plen. 5 del 2018 sulla responsabilità precontrattuale e Cass. Sez. Un. 8236/2020 sulla lesione dell'affidamento. In termini più ampi, valga il rinvio a Merusi F., *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970, 3. Per un collegamento tra buona fede e imparzialità amministrativa si veda Allegretti U., *L'imparzialità amministrativa*, CEDAM, Padova, 1965, 284: "[...] *l'imparzialità comporta che le relazioni tra amministrazione e amministrato siano ispirate alla buona fede, e ciò da parte di entrambi: il dovere di buona fede discende dalla natura stessa dell'amministrazione*".

Sono scettici circa l'applicazione alla materia *de qua* della clausola di buona fede per la sua eccessiva latitudine, Consolo C., *Per un giudicato pieno e paritario a prezzo di un procedimento amministrativo all'insegna del principio di preclusione*, in *Diritto processuale amministrativo*, I, 1990, 188; Trimarchi M., *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 225 e più di recente Carbone A., *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., I, 354.

<sup>380</sup> Grazie alla riforma contenuta nella l. 120/2020.

<sup>381</sup> Per il rilievo costituzionale del principio di buona fede, Rodotà S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1965, 162 e Bianca C. M., *Diritto civile. L'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 2019, 86.

<sup>382</sup> A favore dell'equazione buona fede-correttezza, cfr. Di Majo A., *Delle obbligazioni in generale. Art. 1173-1176*, Bologna, Zanichelli, 1988, 290 e Bianca C. M., op. cit., 87; *contra*, Betti E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, Giuffrè, 1953, 65.

privato<sup>383</sup>. Ciò vale tanto di più in una relazione, come quella di diritto pubblico, connotata da una sperequazione formale tra le parti.

La buona fede, secondo la prevalente concezione precettiva<sup>384</sup>, è regola primaria espressione del principio di solidarietà che incide sulla pretesa di parte, in un primo senso, vietandole di abusare delle sue prerogative e vincolandola ad attivarsi anche a tutela della controparte, nei limiti di un ragionevole sacrificio, a prescindere dall'esistenza di esplicite obbligazioni in tale direzione e dal dovere generico di *neminem laedere* (obbligo di salvaguardia). In un secondo senso, la buona fede è sinonimo di condotta leale, che si ha allorché la parte non susciti intenzionalmente falsi affidamenti, non approfitti dell'affidamento altrui, non contesti ragionevoli aspettative serbate dalla controparte (obbligo di lealtà)<sup>385</sup>: un contatto sociale giuridicamente qualificato, quale che sia, non può divenire occasione per vessare il proprio interlocutore. Inoltre, alcuni di questi obblighi e divieti sono tipizzati direttamente dal legislatore (buona fede specifica)<sup>386</sup>; altri sono invece codificati dal diritto vivente (buona fede generica)<sup>387</sup>.

Calando questa prospettiva nella presente trattazione, se ne ricava che una istruttoria procedimentale<sup>388</sup> che può ragionevolmente dirsi completa nell'ottica del privato sull'onda di tutte le garanzie di partecipazione che la legge riconosce<sup>389</sup>, fonda, in capo a quest'ultimo, una legittima aspettativa, degna di tutela giuridica per equivalente<sup>390</sup> ma anche in forma specifica (cioè, tramite azioni di validità e condanna pubblicistica), circa l'esaurimento della potestà pubblica<sup>391</sup>.

Sempre sul piano dei principi, non può non farsi riferimento all'imparzialità (artt. 3 e 97 Cost.)<sup>392</sup>: l'amministrazione deve trattare situazioni affini in modo analogo e situazioni diseguali in modo differente. Non sarebbe certamente imparziale un'amministrazione che, nella effusione del potere,

---

<sup>383</sup> Nel diritto privato, è acquisizione pacifica che i diritti potestativi debbano essere esercitati conformemente al canone di buona fede; in tema di recesso, Cass. sez. III 20106/09 (in *Foro italiano*, I, 2010, 85): “Qualora un contratto preveda il diritto di recesso ad nutum in favore di una delle parti, il giudice di merito non può esimersi [...] dal valutare se l'esercizio di tale facoltà sia stato effettuato nel pieno rispetto delle regole di correttezza e buona fede [...]. La mancanza di buona fede in senso oggettivo [...] può rilevare, infatti, un abuso del diritto [...]”.

<sup>384</sup> La cui teorizzazione si rinviene, tra gli altri, in Di Majo A., op. cit., 304. Per l'opposta tesi valutativa, si veda Natoli U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in Cicu A., Messineo F. (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, II, Milano, Giuffrè, 1974, 26-27. Nel diritto civile, l'estremizzazione di questa lettura ha portato la dottrina - in particolare, Galgano F., *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, in *Contratto e impresa*, II, 1997, 423 - a proporre di elevare la buona fede a regola imperativa di validità, la cui violazione dovrebbe comportare la nullità virtuale del contratto.

<sup>385</sup> La dicotomia obbligo di salvaguardia-obbligo di lealtà è presente in Bianca C. M., *Diritto civile. Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2019, 460.

<sup>386</sup> Ad esempio in materia di contratto di lavoro: artt. 2094, 2104 e 2105 c.c..

<sup>387</sup> Sul divieto di frazionamento abusivo del credito: Cass. sez. II 28847/2021.

<sup>388</sup> “[...] che mette a contatto reciproco pubblica amministrazione e destinatario dell'atto” (Clarich M., op. cit., 213).

<sup>389</sup> Alcune delle quali elencheremo subito dappresso.

<sup>390</sup> Si pensi all'azione di risarcimento danni per responsabilità precontrattuale della p.a. o per revoca o annullamento giudiziario non più contestabili di provvedimento favorevole.

<sup>391</sup> Ivi, 214-215: “Sembra ragionevole ritenere che un provvedimento che ha a monte un procedimento così articolato possa generare nel destinatario dell'atto la fiducia che l'intera vicenda risulti definita una volta per tutte, nei limiti del conoscibile e in mancanza di fatti sopravvenuti [...]. Più in generale, in una pubblica amministrazione, che in uno Stato di diritto si assume organizzata secondo canoni di razionalità, vi è una aspettativa da parte dei cittadini nel regolare svolgimento dei procedimenti amministrativi e nella messa in opera degli ordinari strumenti istruttori volti ad acclarare i fatti costitutivi del potere”. Di indiretta efficacia della buona fede ai fini della stabilità del rapporto parla Trimarchi M., op. cit., 222.

<sup>392</sup> Letto in un'ottica moderna come principio regolatore dell'intera azione pubblica e fonte di obblighi procedimentali (Cassese S., *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1973, 9-10 e Allegretti U., op. cit., 274).

pretermettendo la posizione dell'interessato, ponga a fondamento della sua delibazione solo alcune delle ragioni rilevanti nel caso di specie, confidando di opporre gli altri elementi se e quando subirà l'annullamento giurisdizionale. L'amministrazione non può abusare delle sue prerogative, limitandosi a salvaguardare esclusivamente la sua posizione.

Questi spunti incrociano, ai nostri fini, l'obbligo di motivazione della p.a. (art. 3 l. 241)<sup>393</sup>, il quale non può dirsi pienamente assolto se il soggetto pubblico, a fronte di casi simili e decisi con un medesimo dispositivo, opti di spendere fatti costitutivi diversi in modo tale da riservarsi, in caso di riesercizio del potere, altre "freccie" da scagliare<sup>394</sup>. Di nuovo, la preclusione procedimentale dovrebbe comportare il vincolo per l'amministrazione di indicare nella parte motiva dell'atto tutti gli elementi di fatto e di diritto posti a sostegno della sua scelta (non potendo riservarne alcuni per il futuro: "*dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*")<sup>395</sup>.

Quando l'amministrazione motiva la sua azione, assumendosene la responsabilità, è chiamata ad indicare tutti i presupposti sui quali si fonda la scelta d'intervenire e non solo quelli che paiono sufficienti a sostenere l'iniziativa. Visto che l'azione pubblica è sempre funzionalizzata e contestualizzata, da ciò discende, in forza di una regola sostanziale, l'onere di addurre tutti i fatti costitutivi del potere. Che poi nella prassi si rinverano eccezioni, legali e giurisprudenziali, all'art. 3 ovvero motivazioni sintetiche, successive o parziali, non smentisce tale affermazione: queste sono tematiche che semmai rilevano sul piano dei rimedi, ma non influiscono sulla nostra analisi.

---

<sup>393</sup> Particolarmente esteso nel diritto tedesco; il par. 39 del VwVfG impone di indicare le ragioni di fatto e di diritto essenziali per la decisione anche per atti vincolati. Costante nella dottrina di quell'esperienza è la distinzione tra una motivazione formale ed una motivazione letta nel suo significato sostanziale. Va comunque registrata - almeno per gli atti vincolati - la prassi di riconoscere in capo all'amministrazione il potere di dedurre in sede processuale nuovi elementi a sostegno dell'accertamento giurisdizionale; elemento questo che finisce per svilire l'obbligo motivazionale (formale) di cui sopra. Il tema verrà ripreso al par. 3.6.

Per la motivazione sostanziale, invece, la p.a. può, lite pendente, allegare elementi già preesistenti purché ciò non snaturi l'essenza del provvedimento e non leda il diritto di difesa del ricorrente (cfr. Ule C. H., *Verwaltungsprozessrecht*, Monaco, Beck, 1983, *passim*). Sicché "*la soluzione offerta al problema dei vizi della motivazione intesa in senso sostanziale - cioè la possibilità riconosciuta alla pubblica amministrazione, o al giudice d'ufficio, di integrare la motivazione anche nel corso del giudizio - mette al riparo l'ordinamento tedesco dal rischio, così grave nel nostro sistema, che il processo amministrativo offra al cittadino una tutela incompleta o soltanto formale. Nel processo amministrativo tedesco la legittimità sostanziale dell'atto impugnato è sottoposta ad un esame integrale, così che, emanata una sentenza favorevole al cittadino, resta preclusa alla pubblica amministrazione la possibilità di emanare legittimamente un nuovo atto con il medesimo contenuto*". Infatti, l'oggetto del giudizio "*finisce per abbracciare, per effetto delle allegazioni della pubblica amministrazione, tutti i fondamenti giuridici che vengono in considerazione sul piano del diritto oggettivo [...]; per effetto delle controdeduzioni della parte privata, tutti i fatti costitutivi dell'azione concepibili (motivi del ricorso) [...]. E se a ciò si aggiungono gli elementi introdotti dal giudice d'ufficio, si può ben concludere che l'oggetto del giudizio e del giudicato si estende all'intera questione se l'atto impugnato è o non è giuridicamente giustificabile in base a qualsivoglia fondamento giuridico [...]*" (Clarich M., op. cit., 206-207, il quale cita Wacke G., *Der Gegenstand der Verwaltungslehre*, Colonia, Heymanns, 1942, *passim*).

<sup>394</sup> Trimarchi M., op. cit., 230, assegna fondamentale ruolo alla motivazione provvedimento per ridurre la discrezionalità amministrativa: il potere amministrativo è deontologicamente non spendibile una seconda volta sul medesimo rapporto: "*Dalla disciplina della motivazione si ricava dunque che la funzione amministrativa [...] è normativamente configurata come una ricerca (non già del fatto costitutivo sufficiente per l'esercizio del potere, ma) di tutti i fatti costitutivi [...]*" (ivi, 233). *Contra* Carbone A., op. cit., 367-368. Per il rilievo costituzionale dell'obbligo di motivazione, si vedano C. Cost. 116/1994 e 526/2000.

<sup>395</sup> Clarich M., op. cit., 218: "*Non pare lecito cioè lasciare alla libera scelta della pubblica amministrazione la decisione se rendere esplicite nel provvedimento una o più tra le ragioni giustificatrici dell'esercizio del potere*". La medesima dottrina ricorda però la peculiarità del vizio motivazionale: ove l'amministrazione, pur a fronte di fatti costitutivi idonei a sorreggere il potere, motivi in maniera incompleta o ambigua, la preclusione procedimentale non si attiva, perché il potere è astrattamente giustificato; quando invece si registri l'effettiva mancanza degli elementi addotti a sostegno della decisione, il vincolo opera pienamente e la p.a. non può rinnovare il provvedimento annullato, neppure sulla scorta di altri fatti costitutivi.

Nell'evenienza poi di provvedimento di rigetto per procedimenti iniziati ad istanza di parte<sup>396</sup> (di un soggetto, dunque, titolare di interesse pretensivo), bisogna anche tener conto dell'art. 10 bis della l. 241 del 1990. Esso conia un nuovo istituto di diritto amministrativo, il preavviso di rigetto, un atto endoprocedimentale tramite cui la p.a., all'esito dell'istruttoria, indica le ragioni ostative al rilascio del provvedimento favorevole, in modo tale da fornire un termine (di 10 giorni) al privato - se lo vorrà - per presentare memorie. La disposizione risponde ad esigenze di trasparenza, di deflazione del contenzioso<sup>397</sup> e di garanzia al contraddittorio<sup>398</sup>; in particolare, sotto quest'ultima prospettiva, grazie al preavviso il cittadino è messo nelle condizioni di poter completare il contraddittorio - principiato nella fase istruttoria ex art. 7 - anche nella parentesi predecisoria. Il costo che l'ordinamento paga per un aggravamento del procedimento è controbilanciato dal *clare loqui*<sup>399</sup> cui l'amministrazione è astretta allorché inclini verso un esito negativo della domanda del privato; obbligo che condiziona la motivazione del provvedimento finale, visto che la p.a., se conferma il rigetto, non potrà basarsi su ragioni che non siano logica e diretta conseguenza di quelle già manifestate nel preavviso (teoria dell'autovincolo). Quindi anche l'art. 10 bis fungerebbe da strumento di cementificazione della discrezionalità amministrativa, da spendere *uno actu*<sup>400</sup>. Si potrebbe sostenere che questa ricostruzione, radicata su sbarramenti procedurali, parrebbe sacrificare il canone del buon andamento (art. 97 Cost.) *sub specie* di diseconomicità per aggravamento procedimentale (stigmatizzato dall'art. 1 c. 2 l. 241/90); e tuttavia, ad un più attento studio, non è così perché se a prima vista la p.a. è obbligata ad appesantire il procedimento fin da subito, per l'impossibilità di ritornarci, l'inefficienza che ne deriva è certamente minore da quella che emergerebbe dal potenzialmente infinito gioco potere-annullamento-potere<sup>401</sup>. Un'analisi costi-benefici (il principio di economicità è citato all'art. 1 c. 1 l. 241) ci dice che è da preferire una sequenza connotata da una sola possibilità - seppur più farraginata dell'ordinario - di esercizio del

---

<sup>396</sup> Favorevole ad una estensione ai procedimenti ufficiosi, Vaiano D., *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in Prefetti R. (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, CEDAM, 2008, 52, che sottolinea il paradosso di fornire all'istante una protezione ridotta in questi procedimenti, connotati da un possibile esito sfavorevole.

<sup>397</sup> Tarullo S., *L'art. 10-bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, disponibile al sito giustamm.it, 2008, 1.

<sup>398</sup> Cerulli Irelli V., *Osservazioni generali sulla legge di modifica della L. n. 241/90 - Il parte*, in *Giustizia amministrativa*, I, 2005, 14.

<sup>399</sup> Tarullo S., op. cit., 2: “[...] la disposizione dell'art. 10-bis sembra avallare definitivamente l'idea che il *clare loqui* costituisca ormai un valore del procedimento amministrativo [...]”. Ancora, ivi, 8-9: “[...] l'organo emanante non potrà svolgere considerazioni imperniate su elementi informativi e valutazioni omessi nel preavviso [...]”. Nella medesima direzione si pone la giurisprudenza; si veda ad esempio TAR Piemonte sez. I 503/2007.

<sup>400</sup> Patroni Griffi F., *Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*, disponibile al sito giustizia-amministrativa.it, 2010, 9-10: “[...] la soluzione va cercata nel costringere l'amministrazione, nella fase del procedimento, a una disamina completa dell'istanza del privato, si da esaurire one shot i margini di valutazione discrezionale e consentire una disamina della questione in sede giurisdizionale. Sotto questo profilo è interessante la tesi di chi suggerisce di valorizzare il disposto dell'art. 10 bis [...]”.

<sup>401</sup> Lo metteva già in luce Clarich M., op. cit., 196: “[...] ciò che si guadagna, secondo la concezione tradizionale, in termini di tempo e risorse nella prima fase del procedimento, per il fatto che sulla pubblica amministrazione non grava l'onere di dar conto di tutti gli elementi che giustificano l'emanazione dell'atto, si perde inevitabilmente nelle due fasi successive. Nella concezione che si ritiene preferibile la maggior pesantezza della prima fase procedimentale è controbilanciata dalla minor probabilità di un contenzioso successivo”. Lo stesso autore però pare ridimensionare il senso delle sue affermazioni, soggiungendo: “Soltanto in modo del tutto generico si potrebbe dunque sostenere che l'onere procedimentale del quale stiamo esaminando il fondamento possa giustificarsi in base al principio di buon andamento” (ivi, 221).

potere pubblico in un solo procedimento e con un solo intervento giudiziario, rispetto ad una reiterazione interminabile degli uni e degli altri<sup>402</sup>.

### 2.3.2.1 I meccanismi processuali

In parallelo con il suddetto onere di preclusione procedimentale, la proposta teorica qui divisata aggiunge anche un onere di preclusione processuale<sup>403</sup>, che rampollerebbe dalla dialettica *apud iudicem* ed in particolare dalla fase istruttoria<sup>404</sup>. Questa possibilità è oggi rinvigorita, ancora una volta, dalla codificazione<sup>405</sup> che ha reso - diversamente dal passato<sup>406</sup> - pienamente accessibile il fatto al giudice amministrativo. Il cambiamento di prospettiva, esaltato pure dalla giurisprudenza<sup>407</sup>, è reso palese dal rinvio che il codice fa (art. 63 c. 5) circa l'ammissibilità di tutti i mezzi istruttori previsti dalla normativa civilistica, eccezion fatta per le prove legali (giuramento e confessione), che ovviamente non possono trovar posto in controversie pubblicistiche.

In via preliminare, d'altra parte, è utile rammentare che il processo amministrativo, come quello civile, è incentrato sul principio dispositivo, sicché saranno le parti, nel rispetto del riparto dell'onere probatorio (artt. 2697 c.c. e 63 c. 1 c.p.a.), a provare i fatti. Tuttavia, l'asimmetria formale sussistente tra parte pubblica e ricorrente ha giustificato un contemperamento per mezzo del metodo acquisitivo, a mente del quale il giudice ben può intervenire con poteri ufficiosi a riequilibrare i rapporti tra i contendenti sul piano probatorio, a patto che il ricorrente abbia almeno indicato un principio di prova.

---

<sup>402</sup> Lo riconosce anche la dottrina contraria a tale ricostruzione: cfr. Consolo C., *Per un giudicato pieno e paritario a prezzo di un procedimento amministrativo all'insegna del principio di preclusione*, in *Diritto processuale amministrativo*, I, 1990, 186-187: "[...] non ha però torto Clarich a rimarcare vigorosamente come sul piano della sola economia delle attività amministrative (e soggiungiamo: giudiziali) l'attuale situazione di dialogo e battaglia - fra p.a., cittadino e giudice amministrativo - a tratti e riprese successivi - non consenta certo risparmi di tempo e, a ben vedere, neppure di energie".

<sup>403</sup> Favorevole al principio di preclusione, ad esempio, Corso G., *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Foro italiano*, 1989, 430: "[non] sembra corretto affermare che la disciplina processualciviltistica delle eccezioni sostanziali [...] non trova applicazione al processo amministrativo perché questo è un processo su atti e non su rapporti: all'opposto, il processo amministrativo finisce con l'essere strutturato come processo su atti proprio perché vengono espulse dal suo ambito regole di azione e di giudizio che sono essenziali alla statuizione sul rapporto". Sommessamente, Clarich M., op. cit., 194, rimarcava le difficoltà di una tale estensione: "[...] il processo amministrativo, nell'attuale contesto normativo, ha una struttura tale da non consentire alla pubblica amministrazione di dar conto nel corso del giudizio di tutti i fatti costitutivi del potere, ampliando la materia del contendere".

<sup>404</sup> Incoraggiato anche da altra dottrina; in particolare, Greco G., *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Diritto e società*, III, 2016, 244. Il vincolo tra l'altro dovrebbe applicarsi bilateralmente. Infatti, per Clarich M., op. cit., 137, una volta riconosciuta, sulla scia degli insegnamenti di Nigro, l'unicità del diritto all'annullamento e ricostruita l'azione costitutiva come domanda autodeterminata, il ricorrente ha l'onere "di proporre tutti i motivi di ricorso che possono condurre all'annullamento dell'atto impugnato".

<sup>405</sup> Cass. Sez. Un. 18592/2020: "[...] lo stesso codice del processo amministrativo, pur non tratteggiando un modello compiuto, consente di delineare in via interpretativa un dispositivo di chiusura del sistema, volto a scongiurare l'indefinita parcellizzazione giudiziaria di una vicenda sostanzialmente unitaria".

<sup>406</sup> Basti per tutti Nigro M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2002, 340: "[...] il giudice amministrativo italiano si manifesta restio ad operare un ampio controllo diretto sul giudizio di fatto compiuto dall'amministrazione".

<sup>407</sup> TAR Lombardia, Milano, sez. II 904/2011.

Ai presenti fini rilevano, innanzitutto, i poteri ufficiosi e tradizionali di cui all'art. 63 c. 1 c.p.a., cioè l'ordine di esibizione documentale e la richiesta di chiarimenti<sup>408</sup>; identicamente, ci si può avvalere del principio di non contestazione<sup>409</sup> (artt. 115 c.p.c. e 64 c. 2 c.p.a.), che, secondo la dottrina<sup>410</sup>, renderebbe il fatto non specificamente contestato liberamente valutabile dal giudice, senza alcuna conseguenza pregiudizievole in caso di inadempimento dell'*onus probandi* (cioè, una cosiddetta *relevatio ab onere probandi*). Stesso rilievo è da attribuire, inoltre, agli istituti della verifica e della consulenza tecnica (art. 63 c. 4 c.p.a.), specialmente in caso di discrezionalità tecnica. Ma anche la trattazione scritta della causa per il tramite dello scambio di memorie, motivi aggiunti, ricorsi incidentali e riconvenzionali va nella medesima direzione<sup>411</sup>.

L'apporto innovativo di questa tesi sta nell'aver aggiunto, a questi schemi, anche quello dell'ordinanza propulsiva (o *remand*). Trattasi di una misura cautelare perfettamente confacente alla tutela di posizioni di interesse pretensivo, in quanto volta ad imporre all'amministrazione il rifacimento in tutto o in parte della sequenza procedimentale ovvero a valutare aspetti pretermessi o non adeguatamente considerati, affinché venga emanata una nuova e più completa decisione. L'ammissibilità di questa figura, tutt'altro che scontata<sup>412</sup> a causa della inconcepibilità di una tutela cautelare a strumentalità attenuata nel processo amministrativo, può tradursi in un formidabile strumento perché, tanto nella fase cautelare, quanto in quella istruttoria, essa può contribuire al continuo assottigliamento della discrezionalità. Anzi, ad una attenta analisi, si può convenire sull'idea che la sua vera *alma mater* sia proprio la fase istruttoria<sup>413</sup>. Si pensi, per esempio,

---

<sup>408</sup> In Carbone A., *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, II-1, Torino, Giappichelli, 2022, 221 e ss. viene particolarmente esaltato il ruolo di questo strumento.

<sup>409</sup> Che parte della giurisprudenza ritiene applicabile anche nei confronti di amministrazioni non costitutesi nel processo in corso, venendo la mancata presenza interpretata come volontà di non contestare i fatti adottati: cfr. Cons. St. sez. V 4194/2013; TAR Campania, Salerno, sez. I 1943/2014; TAR Campania, Napoli, sez. VII 3761/2012. Ricordiamo, invece, che nel processo civile il principio di non contestazione non può testualmente operare rispetto alla parte rimasta contumace: art. 115 c.p.c..

<sup>410</sup> Carbone A., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, 261; nella dottrina civilistica, Consolo C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, Giappichelli, 2019, 143 e ss.. *Contra* parte della giurisprudenza amministrativa come, per esempio, TAR Campania, Napoli, sez. VII 1444/2012: "[...] la non contestazione ad opera dell'altra parte costituita, dei fatti allegati dalla controparte, fa assurgere a prova piena quanto dedotto dalla stessa [...]".

<sup>411</sup> Per una elencazione sistematica degli strumenti utilizzabili, si rinvia a TAR Lombardia, Milano, sez. II, 1428/2011: "[...] la combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti [...]; la possibilità per il giudice di spingersi oltre la rappresentazione dei fatti forniti dal procedimento, nella convinzione che quella degli apprezzamenti tecnici non sia un'area istituzionalmente riservata alla pubblica amministrazione [...]; un vaglio di ragionevolezza più penetrante rispetto al mero riscontro di illogicità formale [...]; nella stessa prospettiva si colloca la regola per cui il provvedimento è valido (o, comunque secondo altra prospettiva, non è annullabile) quando la difformità dal diritto obiettivo non abbia inciso sulla adeguata sistemazione degli interessi da esso operata (art. 21 octies, II comma) [...]; l'art. 10 bis [...]; la codificata possibilità per il giudice amministrativo di accertare la fondatezza dell'istanza del privato nell'ambito del giudizio sul silenzio [...]".

<sup>412</sup> In dottrina era contestata, per esempio, da Raimondi S., *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel Codice del processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, III, 2011, 917: "[...] mentre con la pronunzia di merito il giudice amministrativo poteva soltanto annullare l'atto [...] nell'ambito del giudizio cautelare, invece, il giudice [...] può non limitarsi più a disporre la sospensione dell'atto [...] ma può disporre le misure più idonee ad assicurare internamente gli effetti della decisione sul ricorso. Avevamo quindi la sentenza caratterizzata dalla tipicità e l'ordinanza caratterizzata dall'atipicità [...]". Ormai la giurisprudenza ammette senza problemi la misura; *ex multis*, TAR Lombardia, Milano, sez. III 1045/2012.

<sup>413</sup> L'esportazione della misura *de qua* a vantaggio della fase istruttoria è auspicata da Carbone A., *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*, in *Foro amministrativo TAR*, VI, 2011, 1518: "Più correttamente si dovrebbero allora considerare i remand [...] come ordinanze aventi funzione, per così dire, istruttoria; provvedimenti, cioè, attraverso i quali il giudice perviene ad una più completa cognizione della fattispecie concreta provocando una nuova valutazione da parte dell'Amministrazione sui profili da lui ritenuti rilevanti ai fini della decisione".

all'evenienza in cui la p.a., in adempimento<sup>414</sup> del *remand*, riaprendo l'istruttoria procedimentale, completi la parte motiva confermando il precedente rigetto: ben potrà allora il ricorrente avversare questa nuova statuizione con motivi aggiunti per chiudere una volta per tutte la controversia (tanto meglio nel caso in cui l'amministrazione decida invece di dare ragione al privato: cessazione della materia del contendere).

Affianco agli oneri procedurali e processuali, la recente giurisprudenza ha aggiunto come ulteriore elemento, volto anch'esso a ridurre i margini di discrezionalità, "l'insanabile frattura del rapporto di fiducia tra amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo, quindi, del canone di buona amministrazione e dell'affidamento"<sup>415</sup>. La nuova lettura ha ottenuto l'avallo anche della giurisprudenza di legittimità<sup>416</sup>, la quale ha sottolineato come "tale scelta è stata operata nell'idea che non sia accettabile né conforme al codice del processo amministrativo - espressamente finalizzato a garantire una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo (art. 1) - che la crisi di cooperazione tra P.A. e cittadino possa risolversi in una defatigante alternanza tra procedimento e processo senza che sia possibile addivenire ad una soluzione positiva"<sup>417</sup>.

Pertanto, allorché la p.a. concateni provvedimenti lesivi per il ricorrente, annullati poi per intervento del giudice, "resta preclusa all'amministrazione di poter tornare a decidere sfavorevolmente nei confronti dell'amministrato anche in relazione ai profili non ancora esaminati"<sup>418</sup>. Va detto, per completezza, che questo vincolo, a differenza degli altri citati, pare in realtà presupporre l'avvenuta spendita, almeno una volta, del potere pubblico.

Ebbene, l'insanabile frattura del rapporto pubblicistico altro non sembra che la violazione, da parte del soggetto pubblico, della buona fede generica. Non può inoltre ritenersi che un obbligo di tal fatta si risolva in un eccessivo sacrificio per l'amministrazione, dal momento che il suo intervento è destinato a contemperare l'interesse pubblico di cui è portatrice, con gli altri interessi, compreso quello dell'istante, che rilevano nella fattispecie. Per non parlare poi, come già avvertito, in

---

<sup>414</sup> Garantito, lo si ricorda, dagli strumenti dell'ottemperanza.

<sup>415</sup> Seppur sulla base implicita della teorica del *one shot* temperato: Cons. St. sez. IV 1321/2019. Ma ancor prima, si veda TAR Molise, sez. I, 238/2011 (in *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*, II, 2011, 70): "Se i fatti adottati sono incongrui, carenti o contraddittori oppure vengono tra loro collegati secondo regole di giudizio apodittiche o regole tecniche inattendibili, oppure sono rappresentati in violazione delle regole di esercizio del potere e se l'amministrazione non ha saputo porre rimedio, in tempi ragionevoli, ai vizi ed alle carenze evidenziate in pregresse statuizioni giurisdizionali, l'effetto preclusivo alla tutela dell'interesse pretensivo [...] non può che recedere per consentire il pieno esercizio delle concorrenti situazioni giuridiche soggettive dei soggetti privati. In questi limiti il giudice ben può spingersi sino a riconoscere la spettanza del bene della vita richiesto dal privato [...]". Per la verità, già nell'isolata pronuncia TAR Abruzzo 24/1974 (in *Foro amministrativo*, I, 1974, 909) si legge: "[...] l'organo di controllo, anche al fine di facilitare la eventuale riproduzione dell'atto sottoposto al suo esame purgato dai vizi che lo inficiano, deve enunciare sin dal primo momento tutte le illegittimità del provvedimento oggetto del controllo". È evidente la dirompenza di una tale pronuncia, se rapportata ad una qualsiasi amministrazione attiva.

Pone l'accento sull'eccessiva ambiguità della formula Carbone A., *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., I, 380, il quale conclude che, rispetto ad essa, la dottrina del *one shot* temperato comporta "quantomeno una minor incertezza quanto ai suoi profili applicativi". Ma in realtà le due impostazioni non si contraddicono: l'aver speso il potere in un atto dichiarato invalido, è già sintomatico di un andamento incongruo del soggetto pubblico.

<sup>416</sup> Cass. Sez. Un. 18592 del 2020, emanata proprio in esito all'impugnazione della citata sentenza del Consiglio di Stato.

<sup>417</sup> *Ibidem*; e ancora: "[...] il sistema della giustizia amministrativa deve dimostrarsi in grado di approntare un rimedio adeguato al bisogno di tutela, rendendo concretamente tangibile l'evoluzione della giustizia amministrativa da strumento di garanzia della legalità della azione amministrativa a giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali [...]". Sono esplicitamente indicati come sintomatici dell'evoluzione: il potere, ammesso già in fase di cognizione, di disporre le misure idonee a dare attuazione alla pronuncia (art. 34 c. 1 lett. e) c.p.a.) e la condanna pubblicistica (art. 31 c. 3 c.p.a.), entrambi esercitabili nei limiti dell'art. 34 c. 2 c.p.a. (divieto di tutela preventiva dell'interesse).

<sup>418</sup> Cons. St. sez. IV 1321/2019.

un'ottica di efficienza, della sicura maggiore onerosità per l'apparato pubblico di un andamento "a fisarmonica" che non veda mai la sua conclusione.

Questa interpretazione permetterebbe di mettere a sistema la recente novella dell'art. 10 bis<sup>419</sup>: la nuova norma ivi prescritta assurgerebbe a regola di condotta di buona fede specifica (o tipica), esemplificazione di un principio generale. Quindi, nei procedimenti discrezionali ricompresi nell'alveo applicativo dell'art. 10 bis (cioè quelli ad istanza di parte, con esclusione di quelli concorsuali e previdenziali-assistenziali), la condotta altalenante dell'amministrazione è già presunta *ex lege* contrastante col canone di buona fede e sanzionata con l'esaurimento della discrezionalità; nelle altre tipologie di procedimenti, varrà quanto sopra detto. Pertanto, allorché la p.a. concateni provvedimenti lesivi per il ricorrente, annullati poi per intervento del giudice, all'amministrazione è inibito di tornare a decidere negativamente anche in relazione ai profili non ancora esaminati, salve sopravvenienze<sup>420</sup>. Questo strumento consente allora di bilanciare la basilare regola per cui il giudice amministrativo non può attribuire il bene della vita prima che la p.a. si sia determinata sul punto (art. 34 c. 2 c.p.a.) e l'esigenza di colmare, a mezzo della giustizia amministrativa, il *gap* tra l'efficacia formale delle regole e l'utilità materiale dei rimedio.

In sintesi, quindi, l'amministrazione, posta di fronte a ben due oneri di preclusione, uno processuale e uno procedimentale<sup>421</sup>, avrà tutto l'interesse a che sin dall'emanazione del provvedimento (anche tacito) indichi con chiarezza tutti gli elementi a sostegno della sua deliberazione, consapevole del fatto che, una volta chiuso il processo con esito per lei sfavorevole, se i fatti adottati sono irragionevoli, contraddittori, apodittici e non vi ha posto rimedio lite pendente, non avrà alcun modo di ritornare sui suoi passi.

Ove invece essa rimanga inerte, integrando gli estremi di un silenzio inadempimento, non potendo sussistere l'onere procedimentale (un procedimento non è neanche iniziato), trova applicazione solo il vincolo processuale: è il giudice a "sostituirsi"<sup>422</sup> alla p.a. e, in base alla prospettazione di

---

<sup>419</sup> Il riferimento è alla riforma recata con la l. 120/2020, la quale permetterebbe di superare alcune obiezioni mosse circa il rilievo che il preavviso di rigetto può avere in tema di esaurimento della discrezionalità (cfr. Cacciavillani C., *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, CEDAM, 2005, 316; Cerbo P., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, in *Diritto processuale amministrativo*, I, 2017, 31; e Trimarchi M., op. cit., 226 e ss.). Paventano dubbi di discriminazione a svantaggio dell'amministrazione 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 *Diritto amministrativo*, III, 2006, 596, e Carbone, A., op. cit., I, 357 e *L'azione di adempimento*, cit., 122. Si mostrano invece favorevoli al protagonismo dell'istituto Clarich M., *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, III, 2005, 579 e Vaccari S., op. cit., 294.

Tutti gli autori indicati invero scrivono prima della recente novella. Letture critiche aggiornate sono presenti in Ferrara L., *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di rigetto: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Diritto amministrativo*, III, 2021, 573, e in Carbone A., op. cit., II-1, 9 e ss.; in particolare, a parere di quest'ultima dottrina, i punti nevralgici della ricostruzione starebbero nell'eccessiva rigidità del meccanismo, nella "supervalutazione" della posizione del ricorrente a scapito di quella del controinteressato e nella residualità dell'istituto.

<sup>420</sup> Per completezza, si ricorda che autorevole dottrina ha rintracciato altre due eccezioni: il limite alla riedizione non si giustifica ove si tratti di atti normativi o generali, per la loro valenza *erga omnes* e per la delicatezza delle valutazioni in essi insita (controeccezione: atti generali scindibili), e di provvedimenti motivati in forma semplificata ex art. 2 c. 1 l. 241/90, a causa della palese immeritevolezza dell'istanza del privato; per approfondimenti si rinvia a Trimarchi M., op. cit., 243. Per le sopravvenienze, ricorda Clarich M., op. cit., 257: "*Va ancora precisato che la stabilità del risultato conseguente alla sentenza di accoglimento risulta garantita per il ricorrente rebus sic stantibus: in mancanza cioè di sopravvenienze di fatto e di diritto*". Il tema dello *ius superveniens* verrà comunque approfondito più avanti, al par. 3.2.

<sup>421</sup> Clarich M., op. cit., 195: "*Il giudicato copre i fatti costitutivi posti alla base della pronuncia di annullamento, così che la pubblica amministrazione non può reiterare l'atto facendo valere lo stesso fatto costitutivo. Il principio procedimentale, e la preclusione che ne consegue, coprono tutti gli altri fatti costitutivi del potere, diversi da quelli posti alla base del provvedimento annullato*".

<sup>422</sup> Di sostituzione giurisdizionale per delega dell'amministrazione silente parla Clarich M., op. cit., 242, non potendo "*mancare nell'ordinamento strumenti per colmare gli spazi vuoti nell'agire amministrativo dovuti all'inerzia dell'autorità competente*".



parte e all'esaurimento della potestà amministrativa tramite i congegni indicati, a condannarla ad emanare direttamente il provvedimento richiesto<sup>423</sup> (e non solamente a rimediare all'omissione). Assecondando la lettura dottrina qui analizzata, dunque, si potrebbe riuscire finalmente ad assicurare un giudicato amministrativo a spettanza stabilizzata<sup>424</sup>, non più controvertibile da un successivo riesercizio dello stesso<sup>425</sup> potere pubblico (salve le sopravvenienze) e definitivamente realizzabile a mezzo di una ottemperanza di sola esecuzione. In altri termini si consentirebbe di evitare quell'inutile sperpero di tempo e risorse che sta dietro il continuo rincorrersi tra privato e amministrazione in un sistema aperto ad illimitate "frecce" e di continui rimbalzi derivanti dal giudizio di ottemperanza. Il tutto, poi, nel pieno rispetto degli strumenti derivati dall'attuale sistema di diritto positivo che rendano possibile azzerare in un'unica soluzione la discrezionalità<sup>426</sup>; senza contraddire - ma anzi, innovandolo - il principio della separazione dei poteri costituzionali, il giudice non sarebbe affatto chiamato a sostituirsi al soggetto pubblico. Il principio, nato dalle pagine di Locke<sup>427</sup> e Montesquieu<sup>428</sup> in reazione all'assolutismo monarchico per corrispondere ad un bisogno di tutela del cittadino, non può oggi divenire per eterogenesi dei fini uno strumento volto a ridurre le garanzie dell'individuo verso la potestà pubblica.

In questi termini, poi, si andrebbe oltre l'idea di un diritto di azione solo formale: il ricorrente non ha interesse ad una sentenza, quale che essa sia, ma a quella che gli garantisca - per quanto possibile - la chiusura della vicenda contenziosa<sup>429</sup>.

Nondimeno, anche nei confronti di questa teoria sono state mosse delle critiche. Una lampante perplessità deriverebbe, in primo luogo, dall'assenza di un sicuro addentellato normativo sulla base del quale giustificare tanto l'onere di preclusione procedimentale quanto quello

---

<sup>423</sup> In caso di persistente rifiuto, sarà possibile il ricorso all'ottemperanza direttamente sostitutiva, ove l'attività sia vincolata; indirettamente sostitutiva - cioè a mezzo di commissario *ad acta* - qualora residuino margini di discrezionalità. In quest'evenienza, sarà dunque il commissario, organo straordinario amministrativo, ad ultimare il procedimento mancato e a subire, eventualmente, l'onere di preclusione procedimentale che permetterebbe di chiudere la questione una volta per tutte. Cfr. ivi, 246 e ss.; ricordiamo che oggi gli artt. 34 c. 1 lett. e) e 117 c. 3 c.p.a. permettono la nomina del commissario sin dalla fase di cognizione e ciò potrebbe rendere non necessario il ricorso al rito di ottemperanza.

<sup>424</sup> Esigenza avvertita anche da altra dottrina: Follieri E., *Il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi alla luce del D. L.vo. n. 80/98*, in *Rivista di diritto privato*, 1988, 453 e ss., e Stella Richter P., *L'aspettativa di provvedimento*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, I, 1981, 21 e ss..

La precarietà di un giudicato a fisarmonica si ripercuote sul sistema Paese, riducendone la competitività sul piano internazionale; ne è consapevole la giurisprudenza: "[...] la funzione amministrativa viene a rivestire anche un ruolo di preminente importanza per la creazione di un contesto idoneo a consentire l'intrapresa di iniziative private [...] l'attività amministrativa produce sempre un impatto sulla sfera dei cittadini e delle imprese [...]" (Cons. St. sez. VI 1457/2018).

<sup>425</sup> Non è facile comprendere quando il successivo potere sia "uguale" a quello già speso. La scarsa solerzia circa questo aspetto potrebbe portare a conseguenze assai perniciose per il fine dell'azione amministrativa. Un primo elemento da tener in conto è raggruppare i fatti costitutivi dell'esercizio del potere in una fattispecie costitutiva d'insieme. Non rilevano a questi fini le specifiche modalità procedurali prescritte per le singole situazioni, ma gli effetti ultimi che da quell'impiego possono derivare. Un secondo aspetto di sicura importanza è il profilo soggettivo (inteso come riparto di competenze): ad ogni centro di imputazione corrisponde un potere autonomo, pur se identico nei presupposti e negli effetti. Particolarmente sensibile a questa delimitazione di campo si dimostra Clarich M., op. cit., 224 e ss..

<sup>426</sup> La tematica dell'azzeramento della discrezionalità non è sconosciuta ad altri ordinamenti europei. In Germania, la questione, nota con la formula "*Ermessensreduzierung auf Null*", è affrontata per esempio in Sodan H., Ziekow J., *Verwaltungsgerichtsordnung. Grosskommentar*, Baden-Baden, Nomos, 2018, 2426.

<sup>427</sup> Locke J., *Two treaties of government*, Londra, 1689, *passim*.

<sup>428</sup> Montesquieu C. L., *De l'esprit des lois*, Ginevra, 1748, *passim*.

<sup>429</sup> Cfr. Clarich M., op. cit., 253.

processuale<sup>430</sup>. Al più, secondo questa dottrina critica, i principi da cui si potrebbe ricavare un *one shot* puro parrebbero giustificare un mero dovere funzionale<sup>431</sup>, derivante cioè dal ruolo istituzionale ricoperto dalla p.a., di *clare loqui*, non certo una preclusione del dedotto e del deducibile. In quest'ottica, il canone di buona fede sarebbe interpretabile solo come regola di condotta, dalla cui inosservanza potrebbe, se del caso, sgorgare solamente una obbligazione risarcitoria e nulla di più.

Problematicità più specifiche, poi, emergerebbero in riferimento all'esaltazione dell'art. 10 bis della legge 241 del 1990<sup>432</sup>. Si è detto poco sopra che questo istituto, insieme ad altri, sarebbe in grado di portare ad un esaurimento in concreto della discrezionalità della p.a. già nella fase procedimentale; tuttavia, i detrattori di questa impostazione sostengono che nessun vincolo di completezza procedimentale potrebbe giustificarsi alla luce di questa disposizione, non in base al suo tenore letterale, neppure in base alla sua *ratio*. Testualmente, infatti, (almeno nella dizione originaria) non c'è alcun riferimento di sorta e, anzi, che la p.a. possa rigettare l'istanza del privato con atto in forma semplificata (quindi senza l'aggravio del preavviso), è sancito dalla stessa legge in caso di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza (art. 2 c. 1); per non parlare poi dell'applicabilità - comunque non del tutto pacifica - in caso di violazione dell'art. 10 bis, dell'art. 21 octies c. 2 e, dunque, del suo rilievo meramente formale<sup>433</sup>.

Si mette in risalto, inoltre, l'ingiustificata asimmetria che deriverebbe seguendo l'impostazione in oggetto tra la posizione dell'amministrazione resistente e quella di un debitore di diritto comune: se al debitore è concessa la possibilità, sanzionata con la responsabilità ex art. 1218 c.c., di adempiere tardivamente (per un debito pecuniario, finanche agli albori dell'azione esecutiva: art. 494 c.p.c.), non si vede perché al soggetto pubblico debba esser precluso l'esercizio del potere *post iudicatum* conformemente alla discrezionalità residua e salvo comunque il risarcimento del danno<sup>434</sup>.

Una puntuale criticità sembra infine emergere in tema di onere di preclusione procedimentale: a parte i dubbi rispetto al principio di non aggravamento (art. 1 c. 2 l. 241 cit.)<sup>435</sup>, alcuni degli

---

<sup>430</sup> Nonostante la persuasività della tesi in analisi, Ferrara L., op. cit., 190, conclude nel senso dell'impossibilità di accogliere la “[...] *suggestiva (epperò non priva di seri argomenti a favore) fondazione di una preclusione di ordine procedimentale*”. Non dissimilmente, Greco G., *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, cit., 242: “[...] *nel nostro ordinamento, nonostante il precetto contenuto nel citato art. 10 bis della legge 241/90, non vi [è] una norma che in sede procedimentale imponga all'Amministrazione di dedurre una volta per tutte le ragioni che impediscano un certo risultato*”.

<sup>431</sup> In questi termini scrive Consolo C., *Per un giudicato pieno e paritario a prezzo di un procedimento amministrativo all'insegna del principio di preclusione*, in *Diritto processuale amministrativo*, I, 1990, 188-189: “[...] *l'addentellato normativo di quell'onere procedimentale di completezza [è] così riposto su basi troppo generali e, fatalmente, generiche. Ad ogni modo, a tutto voler concedere si potrà su quelle basi farsi al più convinti della vigenza del dovere della p.a. di acclarare per quanto possibile per intero codesti alternativi presupposti dell'esercizio del potere, ma appunto solo sul piano dell'adempimento di un dovere funzionale, non al fine di ricavare dal suo mancato assolvimento [...] una ferrea preclusione nei confronti della successiva possibilità di valorizzare quanto era già deducibile [...]*”.

<sup>432</sup> Valaguzza S., *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, Giuffrè, 2016, 209, in nota: “[...] *l'art. 10 bis si limita ad imporre che l'amministrazione comunichi i motivi che ostano all'accoglimento della domanda (e dunque non tutte le ragioni poste a fondamento della propria decisione). Dunque, non obbliga il soggetto pubblico ad una ricostruzione esaustiva dei fatti che riguardano la vicenda controversa né tanto meno introduce preclusioni o decadenza [...]*”. Per altre indicazioni dottrinarie, cfr. **nota 413**.

<sup>433</sup> Sul rapporto tra le due disposizioni è intervenuto il legislatore con la citata riforma l. 120/2020.

<sup>434</sup> Il parallelismo è presente in Ferrara L., *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza nel riformato quadro delle garanzie procedurali*, in AA. VV., *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, Padova, CEDAM, 2007, 90.

<sup>435</sup> Messi in luce da Urbano G., *Contributo sull'effettività del giudicato amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020, 137 e ss., la quale paventa delle criticità anche rispetto all'art. 34 c. 2 c.p.a. e più in generale la discrasia tra il piano procedimentale, effettivamente proteso a garantire la parità tra privato e amministrazione, e quello processuale, ancorato alla originaria logica impugnatoria.

strumenti sopra richiamati, specialmente il *remand*<sup>436</sup>, al fine di comprimere in un unico giudizio l'esercizio di potere pubblico, si atteggiano, in sostanza, come forme di integrazione postuma della motivazione provvedimentoale. Ora, senza dilungarsi eccessivamente sul punto che sarà ripreso più avanti<sup>437</sup>, coloro che avversano tale possibilità, valorizzano il principio del contraddittorio e della parità delle armi che non permetterebbero all'amministrazione, lite pendente, di divenire *dominus* del processo risolvendosi, secondo opportunità, di completare o meno il provvedimento spogliando di *potestas iudicandi* il giudice già adito. Inoltre, ammettendo l'integrazione, l'elemento motivazione declasserebbe ad aspetto accidentale del provvedimento, da inserire solo se il privato lo venga a contestare.

L'ultima critica è superata dalla dottrina sopra divisata, sul presupposto che l'integrazione della motivazione, lungi dal rappresentare un *vulnus* alla tutela del ricorrente, sarebbe a questi congeniale in quanto avrebbe la possibilità, incardinato il giudizio, di avere una risposta completa e definitiva da parte della pubblica amministrazione, in modo tale poi da avere, nel caso, un giudizio a spettanza stabilizzata<sup>438</sup>. Questo, beninteso, a patto che si riesca effettivamente a giustificare un vero obbligo di integrazione, altrimenti potendo questa lettura generare forme di discriminazioni tra cittadini.

A parte quest'ultimo caso, le altre critiche sembrano cogliere nel segno e si presentano come difficilmente superabili. Tuttavia, da ultimo a rinvigorire la tesi del *one shot*, perlomeno sul piano procedimentale, ci ha pensato il legislatore, il quale, con la riforma dell'art. 10 bis<sup>439</sup>, si mostra incline ad accogliere la summenzionata posizione.

## 2.4 *One shot* temperato: una soluzione caso per caso

La teoria del *one shot* puro, autorevolmente sostenuta, non ha mai fatto veramente breccia nella giurisprudenza amministrativa<sup>440</sup>, la quale, negli ultimi tempi, si è invece assestata su una sua variante meno radicale: a seguito dell'annullamento giurisdizionale, alla pubblica amministrazione è riconosciuta un'ultima possibilità di spendere il suo potere pubblico per emanare un provvedimento - di nuovo - non favorevole al privato; in caso di successiva caducazione ad opera del giudice, alla p.a. è definitivamente precluso un ulteriore intervento in senso ostativo alla pretesa del privato, a pena di atto nullo per violazione o elusione di giudicato (cosiddetto *one shot*

---

<sup>436</sup> Specifiche critiche al ruolo dell'ordinanza propulsiva sono mosse in Carbone A., op. cit., II-1, 213 e ss..

<sup>437</sup> Par. 3.6.

<sup>438</sup> Vaccari S., op. cit., 322-323, ove si afferma che il divieto di integrazione "*in quanto retaggio di un modello processuale amministrativo di tipo impugnatorio [...] può (forse) ritenersi oggi superabile alla luce dell'evoluzione del sistema che induce a ritenere più corretto ravvisare come oggetto del giudizio amministrativo la pretesa vantata dal ricorrente in ordine a un dato bene della vita [...]*". Veniva già plasticamente riferito in Caianiello V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, UTET, 1994, 411: "*[...] una visione sostanzialistica dell'oggetto del giudizio amministrativo consentirebbe di superare anche l'attuale orientamento, in base al quale, con inutile spreco di attività processuale, è possibile pervenire all'annullamento degli atti per meri vizi di forma o per difetto di motivazione, il che potrebbe invece evitarsi ove potesse accertarsi in giudizio che dai predetti vizi non sia derivata alcuna concreta lesione degli interessi del ricorrente*".

<sup>439</sup> Di cui alla legge 120 del 2020.

<sup>440</sup> Che anzi l'ha ripudiata apertamente (forse un po' troppo apoditticamente); cfr. Cons. St. sez. III 3187/2014 (in *Foro amministrativo*, IV, 2014, 1688) e TAR Sardegna sez. I 880/2015 (in *Foro amministrativo*, VI, 2015, 1812).

temperato)<sup>441</sup>. Emerge qui un sostrato sanzionatorio di questo meccanismo: il soggetto pubblico che già ha esercitato illegittimamente il suo potere, è “punito” con una contrazione della sua discrezionalità.

Questa impostazione, nell’ottica del diritto vivente, sembra l’unica in grado di equilibrare i rapporti tra soggetto pubblico e ricorrente privato, senza sacrificare il principio di separazione dei poteri costituzionali: da un lato la p.a. non può reiterare in perpetuo il suo potere, mantenendo *sine die* in bilico l’istante; dall’altro lato, l’amministrazione conserva un’ultima *chance* da mettere in campo prima di perdere ogni possibilità di reintervento. In pratica, è come se il primo giudicato facesse stato solamente sul dedotto, potendo poi il soggetto pubblico in sede di *second shot* vagliare aspetti deducibili e non valorizzati a suo tempo, con la conseguenza però che il nuovo *dictum* del giudice azzererà del tutto la discrezionalità amministrativa, la quale non potrà essere spesa una terza volta per ulteriori allegazioni. Ciò che era deducibile con la seconda “freccia” è cristallizzato una volta per tutte dall’intervento del giudice.

Si raggiunge un giusto equilibrio tra la continuità dell’operato della macchina amministrativa e l’effettività della tutela processuale.

La ragionevolezza pretoria di questa teorica pare incontestabile, eppure neanche essa è rimasta indenne da critiche. La prima è la più evidente ed è comune, a ben vedere, a tutte le vari opzioni che si sono analizzate, cioè la mancanza di appiglio normativo. Nessuna disposizione - in attesa della formazione di un preciso orientamento giurisprudenziale circa il novellato art. 10 bis della l. 241/90<sup>442</sup> - sembra poter giustificare tale ricostruzione. Anzi, nel previgente sistema, vi era un’esplicita norma<sup>443</sup> che, ritagliando l’autonomia di riedizione della p.a., andava esattamente nel senso opposto ed era stata utilizzata a suo tempo a favore della tesi del riesercizio illimitato. Viene inoltre rimarcata l’incoerenza logica di una ricostruzione, come quella in analisi, che, nel tentativo di costruire un giudicato a spettanza stabilizzata, riconosca poi la possibilità di un *second shot* idoneo a rimettere ancora una volta in discussione il rapporto di diritto pubblico<sup>444</sup>.

Un’altra critica è quella che riguarda la tipologia di vizi che il giudice del secondo processo potrebbe trovarsi a scrutinare: se sono dedotti vizi di sola forma, è ancora razionale ritenere che la p.a. veda sfumare il suo potere?<sup>445</sup> Verosimilmente, la risposta è negativa, in quanto il giudicato, in

---

<sup>441</sup> La tesi viene inaugurata nella sentenza Cons. St. sez. V 134/1999 (in *Foro italiano*, III, 1999, 166), ove si ritiene doveroso che “[...] *la controversia tra l’amministrazione e l’amministrato trovi ad un certo punto una soluzione definitiva. È infatti esatto il rilievo che una vicenda potrebbe non avere ragionevole fine, ove si consentire all’amministrazione di procedere più volte nell’emanazione di nuovi atti, in tutto conformi alle statuizioni della sentenza, ma egualmente sfavorevoli al ricorrente, in quanto fondati su aspetti sempre nuovi del rapporto [...]. Quando, dopo un annullamento giurisdizionale, l’autorità amministrativa debba riesaminare la vicenda, essa è tenuta a far ciò con un’attenzione tutta peculiare. Non deve apparire negativamente prevenuta nei confronti dei privati [...]. Né deve ingombrare per troppe volte, rispetto al medesimo rapporto, gli uffici giudiziari. Risultati, questi, che possono realizzarsi richiedendosi all’amministrazione - dopo un giudicato di annullamento da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo - d’esaminare l’affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili ancora non esaminati”*. Più di recente Cons. St. sez. VI 7858/2004 (in *Foro amministrativo Cds*, XII, 2004, 3601), sez. III 3187/2014 cit., sez. VI 53/2016 (in *Foro amministrativo*, I, 2016, 57), sez. III 660/2017; a favore si mostra, pur problematizzando la questione, Cons. St. Ad. Plen. 2/2013 (in *Foro amministrativo Cds*, I, 2013, 68).

<sup>442</sup> Tra le prime pronunce in materia, alcune ritengono che la disposizione abbia positivizzato la regola del *one shot* temperato (TAR Lombardia, Milano, sez. II 1323/21 e TAR Sicilia, Catania, sez. IV 713/21), altre che riguardi tutti i fatti originariamente esistenti nel rapporto (TAR Lazio, Roma, sez. II bis 3055/21), altre ancora ne riducono la portata (Cons. St. sez. VI 40/21 e TRGA Bolzano 95/21).

<sup>443</sup> L’art. 45 r.d. 1054/1924 (t.u. sulle leggi sul Consiglio di Stato); identiche le dizioni dell’art. 37 r.d. 638/1907 e dell’art. 13 r.d. 2840/1923.

<sup>444</sup> Queste in sintesi le note critiche presenti in Vaccari S., *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 304 e ss.. Scettico si mostra anche Carbone A., *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, Torino, Giappichelli, 2020, 375.

<sup>445</sup> Ivi, 375-376; ma il quesito era già emerso in giurisprudenza: Cons. St. sez. IV 439/2015.

tale contesto, non sarebbe in grado di dare stabilità alla pretesa sostanziale del singolo; questa soluzione sembra anche avvalorata dal tenore dell'art. 21 octies c. 2 l. 241/90<sup>446</sup>.

Altre criticità paiono, infine, derivare dall'asimmetria che si verrebbe a creare (*rectius*: aggravare) tra parte pubblica e ricorrente, visto che mentre la prima avrebbe sempre un'altra via di salvezza, il secondo no, perché direttamente e pienamente vincolato già dal primo giudicato<sup>447</sup>. In pratica, in spregio delle garanzie costituzionali (artt. 3, 24, 111 e 113 Cost. su tutti) e codicistiche (artt. 1 e 2 c.p.a.) se il soggetto privato vuole aumentare la *chance* di una sua vittoria innanzi al giudice amministrativo, è tenuto a confezionare tutte le doglianze che ritiene opportuno, mentre la p.a., nell'emanare il primo provvedimento, potrebbe selezionare solo alcuni fatti, lasciando gli altri all'eventuale *second shot*.

Tuttavia un *one shot* temperato in una variante non assoluta, ma relativizzata<sup>448</sup>, caso per caso, può forse risultare la soluzione più elegante e coerente che possiamo auspicare in materia. Un giudicato a geometria variabile<sup>449</sup>, insomma, a cui corrispondono soluzioni cangianti<sup>450</sup> e caratterizzato da natura composita: ad una componente fissa, rappresentata dal contenuto della pronuncia, se ne accosta una accessoria, variamente formata, che fa capo all'attività amministrativa ma che contemporaneamente dipende dalla prima<sup>451</sup>.

A questo punto diviene essenziale distinguere in base al tipo di azione processuale messa in campo, alla tipologia di potere che la legge riconosce al soggetto pubblico e alla forma di inadempimento che connota l'agere pubblico dopo la prima *res iudicata*.

- Azione di annullamento, potere discrezionale.

In caso di annullamento di un atto amministrativo in cui è stato riversato un potere discrezionale, l'accertamento operato dal giudice amministrativo, in nome del principio di separazione dei poteri

---

<sup>446</sup> L'introduzione di tale disposizione ha suscitato in dottrina perplessità di principio nonché dubbi di costituzionalità e di contrasto col diritto europeo e convenzionale; in Renna M., *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Diritto amministrativo*, III, 2005, 573, leggiamo: "I formalismi, in realtà, andrebbero combattuti a monte, semplificando e riducendo agli adempimenti essenziali le forme procedurali stabilite dalle norme, anziché a valle, declassando la categoria di invalidità [...]".

<sup>447</sup> Le discriminazioni che deriverebbero da questa teoria sono messe in luce da Lubrano E., *Le azioni a tutela degli interessi pretensivi nel nuovo processo amministrativo*, Roma, Istituto Editoriale Regioni Italiane, 2012, 156: "[...] tale soluzione [...] non risultava, però, rispondere agli attuali principi-obiettivo sanciti dagli artt. 1 e 2 del codice, in quanto postulava una ingiustificata situazione di vantaggio in favore dell'Amministrazione [...] nonché con relativo aggravio della macchina della Giustizia Amministrativa [...]"; e da Ciferri B., *La discrezionalità esaurita ed il suo accertamento nel processo amministrativo: considerazioni e spunti ricostruttivi alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, disponibile al sito giustamm.it, 2016, 2: "[...] l'esaurimento della discrezionalità interverrebbe solo dopo il protrarsi [...] di una situazione asimmetrica a tutto vantaggio della parte pubblica [...]".

<sup>448</sup> Già lo sottolineava Cons. St. sez. III 660/2017.

<sup>449</sup> La suggestione è già presente in Gasparri P., *Sulla riemanazione di provvedimenti annullati in sede giurisdizionale*, in *Foro amministrativo*, I, 1952, 192, ove l'autore distingue tre situazioni ipotizzabili a seguito del giudicato di annullamento: 1) l'amministrazione riadotta il provvedimento sfavorevole sulla base di elementi sopravvenuti alla pronuncia. Qui non si registra nessun problema, è una nuova spendita di potere, slegata dalla precedente e il destinatario può opporsi secondo le regole ordinarie; 2) l'amministrazione riadotta il provvedimento sfavorevole sulla base di elementi verificatisi prima della decisione, ma conosciuti successivamente ad essa. Se la p.a. ha adeguatamente dato conto dei nuovi fatti e di come li ha acquisiti, varranno le regole ordinarie; 3) l'amministrazione riadotta il provvedimento sfavorevole sulla base di elementi già noti eppure non dedotti a suo tempo. L'amministrazione è allora onerata di perspicuo obbligo motivazionale circa l'autonomia della nuova statuizione rispetto alla precedente invalida, altrimenti il provvedimento è "immeritevole", radicalmente inefficace, senza la necessità dell'intervento del giudice.

<sup>450</sup> In termini di "giudicato proteiforme" si esprime Cons. St. sez. IV 1321/2019: "Il giudicato amministrativo si presenta infatti in modo proteiforme, a seconda del modello di azione in contestazione (in particolare, a seconda del tipo di discrezionalità amministrativa), delle situazioni giuridiche coinvolte (diritti e interessi legittimi, oppositivi e pretensivi), e della tipologia di vizio posto a fondamento della pronuncia costitutiva".

<sup>451</sup> Vipiana P. M., *Contributo allo studio del giudicato amministrativo. Profili ricognitivi ed individuazione della natura giuridica*, Milano, Giuffrè, 1990, 414.

costituzionali, non può normalmente essere pieno, sotto pena di eccesso di giurisdizione, e, quindi, la *regula agendi* fissata è incompleta<sup>452</sup>. Avremo dunque un *dictum* che è figlio della sommatoria tra una parte già cristallizzata dall'accertamento del giudice (componente vincolata) ed un'altra ancora allo stato liquido, sottoposta alle regole ordinarie (componente discrezionale). Il rapporto tra le due regolamentazioni, poi, non è fisso né costante, ma dipende dalla tipologia di patologie dedotte: è chiaro che l'accoglimento di un vizio di forma lascia maggiori spazi all'amministrazione, laddove, viceversa, la presenza di un vizio di sostanza riduce i suoi margini valutativi.

Ogni deliberazione amministrativa che contrasti con la porzione vincolata è invalida per elusione e violazione del giudicato (art. 21 septies l. 241/90 e art. 114 c. 4 lett. b) c.p.a.); non abbiamo alcuna norma invece in caso di contraddizione della parte discrezionale.

Si potrebbe allora essere tentati di concludere a favore della tesi della reiterazione illimitata: per quegli spiragli lasciati aperti dal giudicato, la p.a. potrebbe riesercitare *sine die* la sua potestà.

Abbiamo già indicato le ragioni per le quali questa impostazione non appare convincente.

Altrettanto insoddisfacente sarebbe sostenere l'altra ricostruzione di un *one shot* puro che comporterebbe conseguenze difficilmente giustificabili. Le più evidenti sono, da un lato, l'allargamento a dismisura di una giurisdizione *sui generis* ed eccezionale, come quella estesa al merito, ad ogni atto dell'amministrazione realizzato successivamente alla sentenza, con palese sacrificio del principio della separazione dei poteri; dall'altro, la sottrazione del nuovo atto amministrativo al principio del doppio grado di giudizio, che in diritto amministrativo pare avere un'esplicita copertura costituzionale (artt. 100 e 125 Cost.), visto che non andrebbe sottoposto ad un normale giudizio di cognizione, ma direttamente a quello di ottemperanza e alle sue particolari regole in tema di competenza (art. 113 c.p.a.).

La soluzione preferibile è pertanto quella di un *one shot* temperato; ciò significa che l'adozione di un altro provvedimento *post iudicatum* non soddisfacente per il privato, sarà passibile di impugnazione per nullità in sede di ottemperanza. Però, si badi, questa impostazione va letta in modo non rigidamente formale, nel senso che non basta il dato numerico di un secondo esercizio del potere per far sì che, immediatamente, si abbia l'intervento del giudice dell'esecuzione, ma occorre verificare se, in base ad un vaglio complessivo e concreto, quel nuovo intervento manifesti un intento di aggiramento dell'esito del giudizio di cognizione. In giurisprudenza, a tal proposito, si è anche fatto ricorso al concetto di presunzioni legali (art. 2727 c.c.): col formarsi della *res iudicata*, il nuovo esercizio di potere è presunto, fino a prova contraria (presunzione relativa o *iuris tantum*), illegittimo e dunque spetterà alla parte pubblica dimostrare, in sede processuale, la bontà del suo operato, ad esempio a fronte di sopravvenienze<sup>453</sup>.

Qualora invece la p.a. dopo il giudicato rimanesse completamente inerte, ovviamente non avremmo nessun atto da impugnare ed il privato, per poter realizzare il suo interesse, dovrebbe adire il giudice dell'ottemperanza perché questi nomini il commissario *ad acta* ex art. 114 c. 4 lett. d) c.p.a. (o perché, ma ciò avviene molto di rado, eserciti lui stesso i poteri sostitutivi). La giurisprudenza prevalente ritiene che gli atti del commissario, in veste di ausiliario del magistrato (art. 21 c.p.a.), siano frutto di un potere giurisdizionale, non amministrativo, contestabile davanti al medesimo giudice dell'ottemperanza<sup>454</sup>. Ma, coerentemente con quanto affermato in precedenza, si potrebbe pensare che anche in questa sede sia necessario distinguere a seconda dei margini

---

<sup>452</sup> Cons. St. Ad. Plen. 6/2011 (in *Foro italiano*, III, 2011, 643).

<sup>453</sup> Cons. St. sez. VI 4566/2016: “[...] non pare, infatti, congruo rispetto alla mutevolezza della realtà, anche amministrativa, assumere che con il secondo provvedimento amministrativo l'amministrazione sia, in ogni caso, obbligata a fornire una risposta definitiva e coerente rispetto all'istanza di attribuzione del bene della vita [...] l'adozione di un secondo diniego dopo il giudicato può far soltanto presumere l'atto elusivo del giudicato stesso: ma si tratta di una presunzione non assoluta, che può essere superata sia dall'interessato, sia da considerazioni di ordine sistematico”.

<sup>454</sup> Da ultimo, Cons. St. Ad. Plen. 8/21, ove leggiamo: “[...] il commissario ad acta è, sul piano della qualificazione soggettiva, ausiliario del giudice e ritrae i propri poteri dall'atto di nomina al fine di rendere effettiva la tutela giurisdizionale, adeguando la realtà giuridica e fattuale al comando contenuto nella pronuncia”. Nell'autorevole arresto, peraltro, si aggiunge che tanto l'amministrazione quanto il commissario, in quanto titolari di poteri autonomi ma reciprocamente escludenti, possono attivarsi per adempiere il giudicato, fintantoché non l'abbia fatto l'altro soggetto, altrimenti il rispettivo atto sarà radicalmente nullo. Per la medesima ragione, alla p.a. è proibito intervenire in autotutela sugli atti dell'ausiliario.

lasciati aperti dal primo giudicato<sup>455</sup>. Per la parte già vincolata, il commissario sarebbe una vera *longa manus* del giudice ed i suoi atti sarebbero allora reclamabili in sede di ottemperanza, ma per la componente lasciata alla discrezionalità della p.a., egli agirebbe come soggetto amministrativo, le cui deliberazioni sarebbero pertanto avversabili innanzi al giudice della cognizione. In definitiva, un commissario *ad acta* con competenze ancipiti.

Pure qui sono i principi della separazione dei poteri, della eccezionalità della giurisdizione estesa al merito, del doppio grado di giudizio a farci propendere per quest'ultima costruzione. La modifica dell'art. 114 c. 6 c.p.a., circa la legittimazione dei terzi ad impugnare gli atti del commissario e del giudice dell'esecuzione, può essere letta a favore dell'una o dell'altra impostazione e non appare dunque dirimente.

- Azione di annullamento, potere vincolato.

Qualora oggetto del gravame fosse un atto amministrativo frutto di pur potere vincolato in astratto oppure in concreto - per esaurimento della discrezionalità - la soluzione è certamente più semplice. Qui la *regula agendi* è già completamente forgiata dal giudice, visto che le limitazioni derivanti dal principio della separazione dei poteri in questa situazione non hanno cittadinanza.

Non è un caso che in tali circostanze il codice abbia previsto, tramite il combinato disposto degli artt. 34 c. lett. c) e 31 c. 3 c.p.a., che, alla domanda di annullamento, il ricorrente possa connettere l'azione di adempimento pubblicistico, tramite la quale ottenere nel dispositivo della sentenza l'esplicita condanna della parte pubblica al rilascio del provvedimento auspicato. Pertanto, ogni questione derivante dal riesercizio di potere pubblico sarà di cognizione del giudice dell'ottemperanza.

La competenza del giudice della cognizione residua solo nel caso in cui la p.a. faccia valere, come motivi ostativi alla soddisfazione della pretesa del privato, sopravvenienze o fatti non esaminati in precedenza per causa non imputabile alla stessa amministrazione: si tratterà all'evidenza di un nuovo esercizio del potere, slegato da quello precedente.

In carenza di uno spontaneo adempimento, il ricorrente può sempre far valere le sue ragioni innanzi al giudice dell'ottemperanza, il quale potrà nominare un commissario, il cui ruolo sarà di mero esecutore del *dictum* ed i cui atti saranno opponibili in sede di ottemperanza.

- Azione di accertamento, potere discrezionale e potere vincolato.

L'azione di accertamento - dando per presupposta la sua ammissibilità anche nel processo amministrativo<sup>456</sup> - per sua natura è in grado di occupare ogni spazio dell'esercizio del potere: indipendentemente dal fatto che l'amministrazione si trovi ad impiegare una potestà discrezionale o vincolata, il giudice sarà in grado di plasmare una regolazione piena e definitiva degli interessi, la cui negazione comporterà senza dubbio la possibilità di attivare il processo di ottemperanza e fare ivi valere l'azione di nullità.

In disparte restano i casi di fatti sopravvenuti o non esaminati in precedenza non per negligenza della stessa amministrazione, sottoponibili al vaglio del giudice della cognizione, tramite un'ordinaria azione di annullamento.

- Azione di nullità, potere discrezionale e potere vincolato.

Per quanto riguarda quella particolare e tipica azione di accertamento che è quella di nullità, valgono le stesse identiche coordinate e soluzioni prospettate per l'azione di annullamento. L'unica peculiarità da aggiungere è che, per alcuni vizi, quali, ad esempio, il difetto assoluto di attribuzione o l'inesistenza dell'oggetto provvedimentale, non è giuridicamente concepibile *rebus sic stantibus* un riesercizio di potere.

- Azione avverso il silenzio, potere discrezionale.

Il silenzio inadempimento è un *non facere* che legittima l'attivazione, per mezzo di un rito speciale (art. 117 c.p.a.), dell'azione di cui all'art. 31 c.p.a..

In caso di potere discrezionale, va da sé che il giudice non può fare altro che accertare l'obbligo inadempito di provvedere e per l'effetto condannare la p.a. a porvi rimedio, ossia a sbloccare la sua inerzia, pena altrimenti lo scavalco del merito amministrativo (art. 34 c. 2 c.p.a.). Se poi l'amministrazione emana un qualsiasi provvedimento, ha rispettato il *dictum* e gli eventuali

---

<sup>455</sup> Lopilato V., *Cognizione ed esecuzione nel giudizio di ottemperanza*, disponibile al sito giustamm.it, 2013, 4.

<sup>456</sup> Cons. St. Ad. Plen. 15/2011.

contenziosi che da esso rampollano saranno di competenza del giudice della cognizione. Solo in caso di pseudo-provvedimenti che fingano di adempiere al giudicato, ma che nella sostanza perpetuano l'inerzia (si pensi ad atti soprassessori o simili), è immaginabile l'intervento del giudice dell'ottemperanza per elusione della precedente *res iudicata*.

Se invece l'amministrazione persistesse nel suo *non facere*, allora potrebbe intervenire il commissario *ad acta*, ma non sulla base dei poteri e delle prerogative previste nell'art. 114 c.p.a., bensì in nome dell'art. 117 c. 3 c.p.a, che configura un commissario come organo straordinario dell'amministrazione: è pacifico che le sue statuizioni saranno impugnabili tramite l'azione di annullamento<sup>457</sup>.

- Azione avverso il silenzio, potere vincolato.

L'inerzia a fronte di un potere vincolato *ex ante* o *ex post* conferisce al giudice la possibilità di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa del ricorrente (art. 31 c. 3 c.p.a.), che si tradurrà nella fissazione di un comando giudiziale pieno, la cui inosservanza comporterà - salve sopravvenienze e ipotesi affini - il vaglio del giudice dell'ottemperanza.

A completamento, si rammenta che anche qui può ricorrere l'azione di condanna pubblicistica ex art. 34 c. 1 lett. c) c.p.a..

- Azione di risarcimento.

La fase successiva all'azione risarcitoria esperita in via autonoma, conformemente alla dizione dell'art. 30 c.p.a., non desta problemi ai nostri fini: il giudice ha già accertato il rapporto dedotto in giudizio e la p.a. non deve fare altro che provvedere al ristoro, ogni questione controversa sarà di pura esecuzione e sarà deducibile in sede di ottemperanza.

Maggiori difficoltà derivano, d'altronde, in caso di domanda risarcitoria cumulata con quella di annullamento, perché affiora il problema del giudizio di spettanza del bene della vita ed allora torna ad essere rilevante la distinzione, sopra tracciata, basata sulla tipologia di potere pubblico. Qualora quest'ultimo sia vincolato, *nulla quaestio*: il giudice può accertare pienamente la lesione del bene e conferire soddisfazione al privato.

A fronte, invece, di una discrezionalità, l'annullamento del provvedimento pregiudizievole - salvo che il privato non si limiti a richiedere il ristoro della sola *chance* persa - non dà la possibilità di sbloccare il giudizio di spettanza; solo in seguito al riesercizio del potere, si potrà verificare che il privato aveva nella sostanza ragione e perciò egli potrà richiedere il risarcimento per aver ottenuto il provvedimento favorevole ma in ritardo.

Ora, l'art. 112 c.p.a., nel suo testo originario, era compendioso di un quarto comma che prevedeva la possibilità che una tale azione risarcitoria venisse esperita direttamente ed in unico grado in sede di giudizio di ottemperanza. La compressione delle forme di difesa per la parte pubblica ha portato all'abrogazione di questo istituto<sup>458</sup>, ma al contempo è stato altresì modificato il terzo comma della summenzionata disposizione che permette di domandare, pendente l'ottemperanza, il risarcimento per interessi e rivalutazioni *post iudicatum* ed in aggiunta - ed è questa la novità - anche per i danni derivanti dalla mancata esecuzione del giudicato o dalla sua violazione o elusione. Si tratta di una responsabilità oggettiva, legata all'inosservanza del giudicato: si è parlato efficacemente, di un'ottemperanza per equivalente, dal momento che il comando giudiziale si convertirebbe, *ex lege*, in una obbligazione risarcitoria<sup>459</sup>. Quindi, riassumendo, sulla lesione del bene della vita deciderà il giudice della cognizione, dell'inattuazione dell'obbligo di adempiere al giudicato tratterà invece il giudice dell'ottemperanza.

È di tutta evidenza, alla luce di questa disamina, quanto siano sfaccettati e sfumati i contorni della *res iudicata* nel diritto amministrativo e ciò non può non generare delle difficoltà sul piano pratico, come testimoniato dalla prassi dei doppi ricorsi amministrativi: vista la inafferrabilità materiale del confine tra parte vincolata e parte discrezionale del giudicato, onde evitare decadenze processuali, si impugna il medesimo provvedimento, frutto del riesercizio del potere pubblico,

---

<sup>457</sup> Cons. St. sez. IV 2370/2019: "L'attività del commissario ad acta, munito di piena autonomia decisoria, appare dunque qualificabile come sostitutiva rispetto a quella dell'amministrazione piuttosto che di stretto ausilio al potere esecutivo del giudice, il quale potrà esclusivamente vagliare l'effettivo adempimento finale da parte del commissario [...]".

<sup>458</sup> Tramite il d. lgs. 195 del 2011.

<sup>459</sup> Cons. St. Ad. Plen. 2/2017. Cfr. par. 3.1.1.



contemporaneamente davanti al giudice della cognizione per annullamento e davanti a quello dell'esecuzione per nullità.

Al fine di semplificare la sequenza processuale e di sgravare i tribunali di ricorsi pressoché identici, la suprema assise del Consiglio di Stato<sup>460</sup> ha forgiato una nuova regola, estrapolata dall'art. 32 c. 2 c.p.a.. In forza di questa ermeneusi, il ricorrente è tenuto ad impugnare il provvedimento in sede di ottemperanza con un unico ricorso con cui deduca, in via principale, la sua nullità e, in via subordinata, la sua annullabilità; sarà poi il giudice amministrativo, vagliando in concreto se di vera elusione del giudicato si tratta, a ritenere ammissibile la domanda di nullità - e a dichiarare improcedibile quella di annullamento per carenza di interesse - o, in caso contrario, a convertire il processo in un normale procedimento per annullamento (sempre che le relative forme e tempistiche siano state rispettate) ed, eventualmente, anche a disporre la *translatio iudicii* ove incompetente.

## CAPITOLO 3 CONSEGUENZE

### 3.1 Giudicato, riedizione e rimedi

#### 3.1.1 Rimedi sostanziali

In questo capitolo suggeremo la bontà delle costruzioni analizzate nel precedente, soppesandole rispetto ad alcuni istituti sostanziali e processuali di diritto amministrativo, al fine di avvalorarne la tenuta. Si tenga presente fin d'ora che l'analisi di seguito proposta si basa sulla sola casistica concernente l'interesse pretensivo.

Il discorso deve prendere l'abbrivio da un tema particolarmente sensibile e di pratica rilevanza, quello dei rimedi. Per una più facile e sistematica comprensione dell'approfondimento, è utile distinguere tra gli strumenti rimediali esercitabili dall'interessato, attinenti essenzialmente al rapporto amministrazione-titolare dell'interesse pretensivo (nel dettaglio, le azioni di nullità, di condanna pubblicistica, di mero accertamento, di risarcimento, di ottemperanza) e quelli attivabili dal controinteressato litisconcorte, portatore di un interesse oppositivo rispetto all'istanza del ricorrente primario (in particolare, oltre alla garanzia del contraddittorio procedimentale e processuale, l'impugnazione della sentenza), e dal controinteressato pretermesso (opposizione di terzo e ricorso avverso l'atto che soddisfa il ricorrente).

- Azione di invalidità (in particolare, di nullità per violazione o elusione del giudicato).

Poniamo il caso che l'amministrazione, a seguito di un primo annullamento provvedimento passato in giudicato, rinnovi l'esercizio di potere in senso sfavorevole al ricorrente. Secondo la teorica della riedizione illimitata, a parte l'ipotesi di un secondo provvedimento in tutto e per tutto identico al primo (radicalmente nullo), questo nuovo intervento non è suscettibile di declaratoria di nullità, ma semmai, secondo le normali dinamiche processuali, di impugnazione per annullabilità. A parere invece, dei fautori del *one shot*, il *second shot*, contornato da tutti meccanismi studiati e secondo le scansioni sopra esemplificate, dovrebbe esaurire la discrezionalità amministrativa nei termini indicati nei paragrafi precedenti: pertanto, a rigore, una riedizione non soddisfattiva della posizione dell'istante, a seguito del giudicato caducatorio, potrebbe portare alla nullità dell'atto. Dal momento che nel diritto amministrativo i casi di nullità sono tassativi e non se ne possono forgiare di nuovi in via di interpretazione analogica<sup>461</sup>, dobbiamo confrontarci col dettato dell'art. 21

---

<sup>460</sup> Cons. St. Ad. Plen. 2/2013; più di recente, Cons. St. sez. IV 1321/2019 e 6130/2018.

<sup>461</sup> Per l'eccezionalità della figura nel diritto amministrativo si veda Lazzara P., *Nullità (dir. amm.)*, in *Diritto online Treccani*, 2013. Più in generale, Paolantonio N., voce *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, Giuffrè, 2007, 855; Luciani F., *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, Giappichelli, 2010, 13 e ss., nonché Ramajoli M., Villata R., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 383 e ss.. In giurisprudenza, ex multis Cons.St. sez. IV 5799/2011 e sez. V 1498/2010.

septies della l. 241/90 che seleziona, tipizzandole, le violazioni di legge, talmente gravi da sfociare nella nullità radicale (e non nell'annullabilità). Scartate le ipotesi della nullità testuale (non c'è appunto nessuna disposizione *ad hoc*), di quella strutturale (non può dirsi che difetti un elemento essenziale del provvedimento) e di quella per difetto assoluto di attribuzione (in astratto l'amministrazione rimane titolare della potestà che esercita, impropriamente, nel concreto), non rimane che quella per violazione ed elusione del giudicato<sup>462</sup>.

Trattasi di una fattispecie di invalidità assai peculiare, sia dal punto di vista sostanziale che da quello processuale. Nata per ragioni di "correttezza processuale"<sup>463</sup> al fine di approntare tutela al ricorrente vittorioso nella fase di cognizione tramite lo strumento del rito per l'ottemperanza, tale nullità è stata al centro di vivaci dibattiti giurisprudenziali<sup>464</sup> e dottrinari, circa il discernimento tra violazione ed elusione del giudicato<sup>465</sup>. Sembra comunque ragionevole, oggi, opinare nel senso che la dicotomia sia stata superata dal regime legale<sup>466</sup>: la legge 241/90, così come novellata nel 2005, in uno col codice del processo amministrativo, uniformano la disciplina, rendendo la predetta distinzione ormai superflua<sup>467</sup>.

Ai presenti fini, l'origine "equilibratrice" della nullità in questione si fa ancor più lampante, ponendosi a metà strada tra le esigenze del ricorrente, quella della p.a. e la certezza dei rapporti giuridici. Non è un fuor d'opera sottolineare come la nullità per contrasto col giudicato (al pari invero di quella per difetto di attribuzione) sia sconosciuta al diritto privato: come più volte evidenziato, nei rapporti regolati dal diritto civile si fronteggiano soggetti posti sullo stesso piano, liberi di fare tutto ciò che non è loro vietato dalla legge, eventualmente anche di stipulare un negozio che si ponga in contrasto con una precedente *res iudicata*.

Infine, sul versante processualistico, ci limitiamo a ricordare che, a differenza delle altre ipotesi di nullità annoverate dall'art. 21 septies, quella per violazione/elusione del giudicato non è sottoposta al termine decadenziale di cui all'art. 31 c. 4 c.p.a., bensì al termine di prescrizione decennale

---

<sup>462</sup> Dove per giudicato deve intendersi qualsiasi pronuncia giurisdizionale esecutiva, dotata di una certa stabilità: Cons. St. sez. V 3133/2013 e sez. VI 2950/2007.

<sup>463</sup> L'espressione è presente in Scoca F. G., *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi: una lettura critica*, in Clemente di San Luca G. (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, Giappichelli, 2005, 172.

<sup>464</sup> Fino alla sentenza che consolidò la dicotomia: Cons. St. Ad. Plen. 6/1984 (in *Consiglio di Stato*, 1984, 238), con nota critica di Francario F., *Inerzia ed ottemperanza al giudicato: spunti per una riflessione sull'atto di ottemperanza*, in *Foro amministrativo*, 1985, 745. In sintesi, si aveva elusione, con conseguente nullità, se il *dictum* giurisdizionale fosse stato in grado di vincolare puntualmente l'azione amministrativa; si trattava invece di violazione del giudicato, con conseguente annullabilità, nei casi in cui fossero residuati margini di discrezionalità. Esistevano comunque voci dissonanti, anche presso il diritto pretorio: cfr. Cons. St. sez. V 874/1991 (in *Giurisprudenza Italiana*, III, 1991, 262).

<sup>465</sup> Non è possibile in questa sede ricostruire lo sviluppo storico della figura; valga il rinvio a Scoca S. S., *Violazione ed elusione del giudicato: differenza anodina o utile?*, disponibile al sito [giustamm.it](http://giustamm.it), 2012, 1 e a Di Lullo M., *Riedizione del potere, elusione e violazione del giudicato, giudizio di ottemperanza*, in *Diritto processuale amministrativo*, IV, 2017, 1532 e ss..

<sup>466</sup> Come avvertivano da tempo autorevoli studiosi: Nigro M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2002, 336-337, e Villata R., *Riflessioni in tema di di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Diritto processuale amministrativo*, III, 1989, 383.

<sup>467</sup> Ma la giurisprudenza, anche quella successiva alla codificazione, tende a conservare la differenza sul piano terminologico: *ex multis* Cons. St. sez. V 2002/2015, sez. V 2348/2012, sez. IV 1415/2011. Piuttosto ricorrente la massima: "[...] mentre la violazione del giudicato ricorre quando il nuovo atto emanato dalla Pubblica amministrazione riproduce i medesimi vizi già in tale sede censurati, o comunque si pone in contrasto con precise e puntuali prescrizioni provenienti dalla pregressa statuizione del giudice, l'elusione sussiste nei casi in cui l'Amministrazione, pur formalmente provvedendo a dare esecuzione ai precetti provenienti dal giudicato, tende in realtà a perseguire l'obiettivo di aggirarli sul piano sostanziale, in modo da pervenire surrettiziamente al medesimo esito già ritenuto illegittimo" (Cons. St. 2348/2012 cit.).

dell'*actio iudicati*; è inoltre espressamente attribuita alla giurisdizione esclusiva (art. 133 lett. a) n. 5 c.p.a.)<sup>468</sup>, in funzione del giudice dell'ottemperanza (art. 114 c. 4 lett. b) c.p.a.)<sup>469</sup>.

- Azione di condanna pubblicistica.

Esaurita la discrezionalità in forza dei meccanismi sostanziali e processuali che abbiamo sopra individuato, non ultimo il principio di buona fede, a fronte dell'inerzia amministrativa circa il rilascio dell'auspicato provvedimento, ben potrà l'istante ricorrere allo strumento della condanna pubblicistica<sup>470</sup>. I presupposti di cui all'art. 31 c. 3 c.p.a. sono tutti rispettati: col *second shot*, il soggetto pubblico esaurisce la sua discrezionalità e non residuano ulteriori adempimenti istruttori. L'azione permette così di condannare l'amministrazione ad un *facere* specifico, con l'eventualità di nominare un commissario *ad acta* direttamente nella fase di cognizione (art. 34 c. 1 lett. e) c.p.a.). Stante il fondamentale limite di cui all'art. 34 c. 2 c.p.a., ribadito per il ricorso in parola dal c. 1 lett. c) della medesima disposizione, l'azione *de qua* ha un ruolo ancillare, dovendosi, a pena di inammissibilità, agganciarsi ad un ricorso per illegittimità o ad un'azione avverso il silenzio. Si potrebbe tuttavia proporre un'ermeneusi estesa di quest'ultima norma, ritenendo possibile unire l'azione di adempimento anche a quella di accertamento (di esaurimento della discrezionalità, per cui si veda *infra*).

L'azione di condanna pubblicistica rimane invece assorbita negli amplissimi poteri di cui dispone il giudice di ottemperanza, non avendo senso richiedere a quest'ultimo l'accertamento della nullità per violazione/elusione del giudicato e contestualmente la condanna all'adempimento.

- Azione di accertamento (dell'esaurimento della discrezionalità).

Non è opportuno in questa sede approfondire la dibattuta tematica dell'ammissibilità dell'azione di mero accertamento nel processo amministrativo in generale<sup>471</sup>; sia sufficiente rammentare che,

---

<sup>468</sup> Specificazione da alcuni vista come ridondante (Travi A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014, 386), persino sbagliata (Scoca F. G., *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi: una lettura critica*, cit., 172), da altri salutata con favore (Corso G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2022, 342).

<sup>469</sup> Altra deviazione dal modello ordinario di nullità amministrativa, si rinverrebbe, dalla combinazione con l'art. 2909 c.c., nella impossibilità di rilievo dell'eccezione da parte di soggetti estranei alla *res iudicata*.

<sup>470</sup> Un'interessante ricostruzione, calata nel contesto oggetto del presente studio, è presente in Trimarchi M., *L'inesauribilità del potere giuridico. Profili critici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 114; ivi si afferma anche che "[q]uesta previsione [l'art. 34 c. 1 lett. c) c.p.a.] [...] può in particolare essere interpretata nel senso che l'azione di adempimento sia sempre ammissibile, una volta che l'amministrazione abbia adottato l'atto di diniego. [...] Il potere ampliativo sopravvive al diniego soltanto come potere costitutivo (degli effetti ampliativi), non anche come potere determinante (dell'assetto degli interessi), e pertanto l'amministrazione può essere condannata ad esercitarlo" (ivi, 249-250).

La centralità dell'azione *de qua* è rimarcata di recente, coerentemente con la sua innovativa costruzione circa l'oggetto del processo amministrativo, in Carbone A., *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, II-1, Torino, Giappichelli, 2022, 83 e ss..

<sup>471</sup> Per approfondimenti si rinvia, tra la cospicua dottrina, a Casetta E., *Osservazioni sull'ammissibilità delle decisioni di mero accertamento da parte del giudice amministrativo*, in *Rassegna di diritto pubblico*, I, 1953, 149; Greco G., *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, III, 1992, 481; Clarich M., *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, III, 2005, 557; Cerulli Irelli V., *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Diritto processuale amministrativo*, II, 2012, 436; Carbone A., *Pluralità delle azioni e tutela di mero accertamento nel nuovo processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, III, 2013, 854 e *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., II-1, 114 e ss.. In giurisprudenza, ad oggi, sembra prevalente l'orientamento favorevole; tra le pronunce più recenti: Cons. St. sez. IV 113/2019; TRGA Trento 97/2019; TAR Campania, Napoli, sez. I, 3395/2018.

così come nel diritto amministrativo<sup>472</sup>, neanche nel diritto processuale civile esiste una norma che legittima un'azione ricognitiva atipica. È tuttavia pacifico che facendosi leva sull'art. 100 c.p.c. sia possibile affiancare a schemi tipici (quali la rivendicazione, art. 948 c.c., o la petizione di eredità di cui all'art. 533 c.c.), anche un modello atipico, purché a sorreggere il contenzioso ci sia un interesse sostanziale meritevole di protezione da parte dell'ordinamento, messo in discussione da una situazione di incertezza.

Ebbene, incontrovertibile l'ammissibilità dell'azione in discorso in caso di giurisdizione esclusiva<sup>473</sup> come pure nelle ipotesi tipizzate e strumentali previste nel codice (azione di nullità, azione avverso il silenzio inadempimento, azione per l'accesso documentale), pare ragionevole ritenere che, in sede di legittimità, in caso di dubbi circa l'esaurimento, anche a mezzo della teorica del *one shot*, del potere discrezionale, sia ben possibile esperire un'azione di mero accertamento che consolidi nell'un senso o nell'altro il rapporto di diritto pubblico.

Non si tratta di arrivare a dare cittadinanza ad una protezione anticipata dell'interesse legittimo, ma di ammettere, viceversa, una forma di tutela attuale, richiesta a seguito dell'asserita lesione dell'interesse dell'istante. L'azione di accertamento non scaturisce tanto dalla esigenza di eliminare una incertezza sulla posizione giuridica sostanziale, quanto dalla più pregnante finalità di porre rimedio ad una lesione già in atto, determinata dalla difformità tra lo stato di fatto e la situazione di diritto.

Peraltro, si può in aggiunta ipotizzare che all'accertamento si unisca un'azione di condanna pubblicistica. Tutti i presupposti di quest'ultima sono rispettati: rimane un'azione non autonoma, esperibile solo a patto che il potere amministrativo sia vincolato in astratto o in concreto. Non sarebbe di ostacolo nemmeno l'art. 34 c. 2 c.p.a.: il potere è stato già speso (e per due volte)<sup>474</sup>. A suggerire questa conclusione si pone inoltre l'art. 34 c. 3 c.p.a.: se è legislativamente ammissibile, in nome di un concreto interesse del ricorrente, "comprimere"<sup>475</sup> un'azione costitutiva (quella di annullamento) in una di mera cognizione con finalità condannatoria (l'accertamento per il risarcimento del danno), non si vede perché non sia possibile, sempre per la protezione dell'interesse del cittadino - beninteso, diverso da quello all'annullamento del provvedimento - agire fin da subito per far accertare l'azzeramento della discrezionalità e ottenere la condanna all'adempimento.

Infine, sul piano processualistico, come già proposto dal Consiglio di Stato<sup>476</sup>, le forme rituali applicabili, in assenza di un puntuale intervento legislativo, non possono che essere quelle proprie dell'ordinaria azione di annullamento provvedimento (contenuto del ricorso e contraddittorio processuale: artt. 40 e 41 c.p.a.; termine decadenziale breve: art. 29 c.p.a.; competenza del giudice: artt. 13 e 14 c.p.a.), il tutto in forza del rinvio interno di cui all'art. 38 c.p.a..

---

<sup>472</sup> Nell'ordinamento tedesco, per esempio, esiste invece un espresso riconoscimento legislativo: par. 43 VwGO (per un commento, si veda Sodan H., Ziekow J., *Verwaltungsgerichtsordnung. Grosskommentar*, Baden-Baden, Nomos, 2018, 813). Tornando al nostro ordinamento, la bozza di codice predisposta dalla commissione istituita presso il Consiglio di Stato prevedeva, in verità, all'art. 36 uno schema di ricorso molto simile a quello tedesco. Così recitava: "*Chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l'adozione delle consequenziali pronunce dichiarative. Può altresì essere chiesto l'accertamento della nullità di un provvedimento amministrativo. Ad eccezione dell'azione di nullità, l'accertamento non può comunque essere chiesto, salvo quanto disposto dall'articolo 39, comma 4, quando il ricorrente può o avrebbe potuto far valere i propri diritti o interessi mediante l'azione di annullamento o di adempimento; l'accertamento non può altresì essere chiesto con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*". Non molto dissimile la proposta maturata durante il dibattito sul d.l. 90/2014 (art. 34).

<sup>473</sup> Fin da Cons. St. Ad. Plen. 25/1979.

<sup>474</sup> Rimarca giustamente la giurisprudenza che "*in assenza di una tempestiva azione di annullamento, quella di mero accertamento non può che essere dichiarata inammissibile*" (Cons. St., sez IV, n. 6706/2012). In letteratura, si veda Clarich M., *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, disponibile al sito giustizia-amministrativa.it, 2010, 1.

<sup>475</sup> Nel senso che tutte le forme di tutela di cognizione, siano esse costitutive o condannatorie, hanno sempre un comune sostrato ricognitivo. Il diritto pretorio conferma questa percezione nel momento in cui, ad esempio, ammette la possibilità che in grado di appello possa attivarsi *ex novo* il meccanismo di cui all'art. 34 c. 3 cit.: Cons. St. sez. V 4253/2020 e 3997/2014.

<sup>476</sup> Cons. St. Ad. Plen. 15 del 2011.

- Azione di condanna al risarcimento (per inattuazione e/o violazione del giudicato).

L'art. 112 c. 3 c.p.a. prevede una particolare forma di azione risarcitoria, esperibile, anche in unico grado, direttamente in sede di ottemperanza. Essa concerne i danni che il ricorrente ha patito a seguito del *dictum* giurisdizionale<sup>477</sup>.

Talora è possibile che, già in sede di legittimità, risulti chiaramente che non è più utile per il ricorrente il riesercizio conforme a diritto della funzione, potendo questi allora domandare al giudice la condanna al risarcimento per equivalente ex art. 30 c.p.a.. Invece in altri frangenti la possibilità e i limiti entro cui attribuire il bene della vita dipendono dal momento in cui l'amministrazione esegue il giudicato e pertanto solo in seno alla fase esecutiva è possibile accertare e quantificare il danno risarcibile per equivalente. Laddove non risulta più soddisfacente la pronuncia di annullamento, all'inadempimento degli obblighi ripristinatori e conformativi, supplisce la tutela risarcitoria e il momento in cui emerge nitidamente lo spazio per il risarcimento del danno è proprio quello dell'ottemperanza. Tale legame tra ottemperanza e risarcimento è stato valorizzato nella formulazione dell'art. 112 c.p.a., anche se, come noto, taluni problemi interpretativi<sup>478</sup> hanno fatto sorgere – in sede di primo correttivo al codice<sup>479</sup> – l'esigenza di meglio delimitare i casi di proponibilità della domanda di risarcimento nel giudizio di ottemperanza.

Il legislatore, invero, ha introdotto un modello di responsabilità civile dell'amministrazione derogatorio rispetto allo schema ordinario scolpito nell'art. 1218 c.c. (e nell'art. 30 c.p.a.)<sup>480</sup>.

Preme innanzitutto sottolineare che, in base al tenore letterale dell'articolo, devono essere tenuti distinti i danni derivanti dalla violazione o elusione del giudicato da quelli connessi all'impossibilità o alla mancata esecuzione in forma specifica del giudicato stesso. Per questi ultimi, il presupposto del rimedio risarcitorio è da rintracciare nell'esistenza di un danno connesso ad una impossibilità di esecuzione, non ammettendosi alcuna prova liberatoria fondata sulla carenza dell'elemento soggettivo che, invece, connota le ipotesi di violazione o elusione del giudicato. Tale forma di responsabilità può infatti essere esclusa solamente per la carenza del nesso di causalità, il cui onere probatorio grava sul debitore medesimo.

Dal giudicato amministrativo che riconosce la fondatezza della pretesa sostanziale, con esaurimento di ogni margine di discrezionalità nel successivo esercizio del potere, nasce a carico dell'amministrazione un'obbligazione consistente nel concedere in forma specifica il bene della vita domandato dal privato. Tuttavia, deve ritenersi che, ove ciò non sia possibile (per causa non imputabile all'amministrazione), l'obbligazione non si estingue - come invece dovrebbe in forza dell'art. 1218 c.c. - ma si converte automaticamente in una diversa, di natura risarcitoria, finalizzata a ristorare il ricorrente con la corresponsione dell'equivalente monetario. Ecco perché è qui invalsa l'efficace formula di "ottemperanza per equivalente"<sup>481</sup>.

È alla luce della funzione rimediabile di tale forma di tutela che si giustifica la scelta del legislatore di sganciarla dalla prova dell'elemento soggettivo (responsabilità dunque oggettiva) e di prevederne l'ammissibilità con le ritualità dell'ottemperanza, persino in unico grado. Ovviamente pur non richiedendosi la prova della colpa o del dolo, occorre che sussistano tutti gli altri elementi costitutivi della responsabilità, il cui onere probatorio - non applicandosi il principio acquisitivo - grava pienamente sul danneggiato. In particolare quest'ultimo dovrà provare, eventualmente anche a mezzo di presunzioni, il danno evento (l'impossibilità di eseguire la pronuncia giurisdizionale) e i danni conseguenza (la perdita di utilità per mancato ottenimento del bene della vita), la causalità materiale e giuridica (la connessione eziologica tra condotta della p.a. e nocimento, secondo la regola del "più probabile che non"), il titolo (cioè il giudicato).

In tema di *quantum* risarcitorio, la liquidazione dovrebbe essere parametrata sull'interesse positivo secondo le regole di cui agli artt. 30 c.p.a. e 1223 e ss. c.c.; eccezionalmente potrà farsi ricorso alla valutazione equitativa ex art. 1226 c.c..

---

<sup>477</sup> E non per i danni preesistenti, per i quali valgono le regole ordinarie di cui all'art. 30 c.p.a.: CGARS sez. I n. 200 del 2021.

<sup>478</sup> Specialmente riferiti al tema del doppio grado di giudizio.

<sup>479</sup> D. lgs. 195/2011.

<sup>480</sup> Un interessante confronto è proposto in TAR Campania, Napoli, sez. III n. 4866/2016; i principali punti di differenza risiedono nel rito (ottemperanza, ordinario), nella quantificazione del contributo unificato, nelle tempistiche (prescrizione decennale, decadenza in 120 giorni).

<sup>481</sup> La *summa* dell'istituto dell'ottemperanza per equivalente si deve a Cons. St. Ad. Plen. 2/2017.

L'altra forma a cui si è fatto riferimento, cioè la responsabilità per violazione/elusione del giudicato, assume invece connotati più simili a quelli della tradizionale azione condannatoria per emanazione di provvedimento illegittimo, qui però facilitata dall'esistenza di un giudicato e dall'esaurimento della discrezionalità. Non siamo di fronte ad una responsabilità oggettiva, bensì, come prevalentemente si ritiene, ad una responsabilità per colpa presunta, dovendo la p.a. dar prova della scusabilità dell'errore che l'ha portata al mancato ossequio della *res iudicata*. Spetta sempre al ricorrente poi dimostrare gli elementi essenziali dell'obbligazione risarcitoria: danno (violazione/elusione del giudicato), nesso di causalità, giudicato.

La quantificazione dei danni si radica ugualmente sugli artt. 30 c.p.a. e 1223 e ss. c.c.. Insomma, l'unica specialità rispetto alla canonica azione risarcitoria sta nell'applicazione del rito per l'ottemperanza.

- Giudizio di ottemperanza.

Lo strumento dell'ottemperanza, già più volte indicato nel corso della trattazione come cardine della risoluzione della controversia tra parte pubblica e soggetto privato, sarebbe in grado di assorbire tutte le predette azioni, col vantaggio di poter sfruttare una giurisdizione estesa al merito: il giudice dell'esecuzione è l'unico competente ad accertare la nullità dell'atto elusivo del giudicato, è in grado di riconoscere l'esaurimento in concreto della discrezionalità tramite gli strumenti analizzati, di condannare al risarcimento danni, di imporre la concessione del provvedimento e finanche emanarlo direttamente. In particolare, questa ultima prerogativa citata, che risiede nel dettato degli artt. 34 c. 1 lett. d) e 114 c. 4 lett. a), ultimo periodo, c.p.a. è purtroppo scarsamente impiegata in giurisprudenza. Ma l'orientamento, almeno nel contesto in analisi, meriterebbe di essere riveduto: non si vede perché, azzerata la discrezionalità entro la cornice di un *one shot* temperato e non rigidamente impostato sul mero numero degli annullamenti, questa possibilità non debba godere di un inedito protagonismo.

Naturale conclusione di questa impostazione è l'interpretazione del giudizio di ottemperanza come azione di mera esecuzione<sup>482</sup>. La critica al carattere cognitivo<sup>483</sup> o misto<sup>484</sup> dell'azione di ottemperanza si incentra sul rilievo per cui in un processo amministrativo moderno, come è quello oggi forgiato dal codice, non sussiste più quel bisogno, avvertito in passato, di recuperare il deficit ricognitivo della tutela di merito. Infatti, in via fisiologica, ci si aspetta che sia possibile addivenire ad una piena risoluzione della controversia già nella fase cognitiva, residuando il segmento esecutivo solo per dare coattivo *enforcement* a quanto sentenziato dal giudice, non certo per completarne l'accertamento.

La pluralità di azioni che il legislatore riconosce, in uno con l'esaurimento, nei vari modi visti, della discrezionalità della p.a., portano in definitiva al superamento tanto della teorica del giudicato a formazione progressiva, quanto della natura mista dell'ottemperanza.

---

<sup>482</sup> Non si tratta di una impostazione isolata in dottrina; si vedano i contributi di Giannini M. S., *Contenuto e limiti del giudizio di ottemperanza*, in *Atti del Convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, Napoli, 24-25 aprile 1960, Milano, 1962, 141; Verde G., *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, in *Rivista di diritto processuale*, IV, 1980, 642 e ss.; Pajno A., *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, in *Foro amministrativo*, 1987, 1645; Villata R., *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza e attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Diritto processuale amministrativo*, III, 1989, 374; Clarich M., *L'effettività della tutela nelle decisioni del giudice amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, III, 1998, 550; Ferrara L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003, 253; Trimarchi M., *L'inesauribilità del potere giuridico. Profili critici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 105; Carbone A., op. cit., II-1, 249. L'affermazione è apparsa anche in giurisprudenza: Cons. St. Ad. Plen. 11/2016.

<sup>483</sup> La tesi del carattere cognitivo è fatta propria da Calabrò C., *Il giudizio di ottemperanza*, in AA. VV., *Studi per il centocinquantesimo anniversario del Consiglio di Stato*, III, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1981, 2034-2035 e da Mazzaroli L., *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in *Diritto processuale amministrativo*, II, 1990, 240-241.

<sup>484</sup> Questa è invero l'impostazione attualmente prevalente in giurisprudenza (Cons. St. Ad. Plen. 2/2013 e sez. V 5013/2009; Cass. Sez. Un. 7578/2006) e risalente a Nigro M., *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1981, 1190, in armonia con la sua teoria del giudicato a formazione progressiva.

Sotto il primo profilo, infatti, non si assiste a nessuna formazione *in itinere* della *res iudicata*, visto che gli oneri di preclusione procedimentale e processuale con le sfumature indicate sono in grado di stabilizzare già con la sentenza di cognizione la pretesa del privato vittorioso. Anzi, può a ragione sostenersi che la teorica qui seguita e quella della formazione progressiva del giudicato si pongano tra di loro in termini di secca alternatività: l'una esclude l'altra. Sotto il secondo profilo, se così stanno le cose, l'ottemperanza mantiene un unico ruolo, quello di forzoso adattamento della realtà fattuale alla statuizione giurisdizionale. Anzi, semmai, è la fase di cognizione a tollerare l'anticipazione di componenti esecutive per il tramite dell'art. 34 c. 1 lett. e) c.p.a.<sup>485</sup> e, quindi, ad arricchirsi di contenuti che facilitino una pronta realizzazione del *dictum*.

Sinteticamente, pertanto, dopo il giudicato che la vede soccombere, l'amministrazione o adempie - e allora *nulla quaestio* - o non adempie (rimanendo inerte o realizzando qualcosa in violazione/elusione del giudicato): in quest'ultima evenienza, il privato può adire il giudice dell'ottemperanza per la piena realizzazione della sua spettanza, fruendo del formidabile strumento di una giurisdizione estesa al merito<sup>486</sup>.

Se d'altra parte l'amministrazione ha già speso, *one shot*, la sua potestà pubblica e, nel merito, è risultata sconfitta, non residua, in sede di ottemperanza, che un obbligo di adempimento, assai simile a quello che si avrebbe in caso di inadempimento di obbligazioni di rilascio o consegna di beni e di *facere* e *non facere* fungibili, nei confronti del quale, infatti, l'ordinamento processualciviltistico conosce una tutela di esecuzione (in forma specifica, fissata dagli artt. 610 e 612 c.p.c. e 2933 c.c.) ben diversa da quella prevista in caso di obbligazioni pecuniarie (definita per espropriazione, nelle plurime varianti indicate nel libro IV del c.p.c.)<sup>487</sup>. Ciò potrebbe peraltro comportare anche la contrazione dello strumento dell'ottemperanza per i chiarimenti di cui all'art. 112 c. 5 c.p.a., in quanto potenziale occasione di frammentazione del *decisum* e pertanto di nuove contestazioni.

### 3.1.2 Rimedi processuali

Fin qui abbiamo analizzato la questione occupandoci prevalentemente della posizione del privato ricorrente. Nondimeno, è piuttosto raro che i rapporti di diritto pubblico, specialmente se concernenti interessi pretensivi, si risolvano in una relazione diadica che coinvolge esclusivamente istante e amministrazione; molto più spesso, invece, essi attingono anche le sfere giuridiche di soggetti terzi, i quali a loro volta divengono titolari di poteri e facoltà atti a proteggere la propria posizione dall'intervento della p.a. spinto dall'iniziativa dell'istante originario (interessi oppositivi). Qualora ci trovassimo innanzi allo schema qui studiato di un primo esercizio di potere a cui segue, dopo un annullamento giurisdizionale, una nuova effusione pienamente soddisfattiva per l'istante, i terzi vedranno tutelate le loro prerogative sia sul piano procedimentale, a mezzo degli strumenti della partecipazione e del contraddittorio (in particolare quelli indicati dagli artt. 7 e ss. l. 241/90), utilizzabili per due volte (nel *first* e nel *second shot*), sia su quello processuale.

In particolare, su quest'ultimo versante, oltre alla garanzia della parità delle armi, eretta attorno agli artt. 41 c. 2 e 49 c.p.a. e presidiata dall'appello rescindente di cui all'art. 105 c.p.a., gli strumenti che il terzo litisconsorte può mettere in campo si risolvono nelle impugnazioni della pronuncia

---

<sup>485</sup> Potere che Cass Sez. Un. 18592/2020 definisce di "*cognizione ad esecuzione integrata*".

<sup>486</sup> Clarich M., op. cit., 253: "*In definitiva, la violazione della preclusione conseguente al giudicato [...] e la violazione della preclusione procedimentale [...] danno origine al medesimo tipo di vizio. L'atto reiterato, in quanto espressione del medesimo potere, va considerato inutiliter dato e pertanto va sindacato nell'ambito del giudizio di ottemperanza. Deve essere proposto invece il normale ricorso innanzi al giudice di legittimità nei casi in cui il provvedimento sia espressione di un potere diverso*". La modernità di queste affermazioni è da esaltare in quanto scritte quando ancora non esisteva l'art. 21 septies della l. 241 ed era prevalente la distinzione sostanziale e processuale tra elusione e violazione del giudicato.

<sup>487</sup> Vaccari S., op. cit., 339 e ss., che qui segue Ferrara L., op. cit., 248 e ss.: "[...] *tutta l'area dell'esecuzione degli obblighi di facere, ex art. 612 c.p.c., [è] caratterizzata dalla compresenza di spazi di scelta giudiziaria sulle modalità e sui criteri direttivi per attuare le decisioni che non vanno, comunque, a intaccare il sicuro inquadramento del giudizio nell'ambito dei processi (più genericamente) di esecuzione*".

giurisdizionale che conferisce ragione alla controparte. Trattasi dunque dell'appello (artt. 100 e ss. c.p.a.), del ricorso in Cassazione (artt. 110 e 111 c.p.a.) e della revocazione (artt. 106 e 107 c.p.a.). Gli sarà d'altra parte precluso avversare per mezzo di un autonomo ricorso il provvedimento emanato con la seconda spendita di potere, dal momento che il giudicato che nel frattempo si è formato e su cui si basa l'atto amministrativo fa stato anche nei suoi confronti ex art. 2909 c.c.<sup>488</sup>.

### 3.1.3 Forme di tutela per il controinteressato pretermesso

Il terzo controinteressato rimasto illegittimamente pretermesso nel giudizio amministrativo, oramai passato in giudicato, può far valere le sue prerogative in due modi, sollevando opposizione di terzo (artt. 108 e 109 c.p.a.) oppure impugnando il provvedimento satisfattivo per il ricorrente primario con una classica azione di annullamento.

Il primo corno dell'alternativa appena riferita conduce dunque ad una impugnazione straordinaria<sup>489</sup>, esperibile nonostante il formarsi della *res iudicata* pronunciata *inter alios*, con valenza rescindente, finalizzata a sopperire ciò che è mancato nel processo *a quo*: il contraddittorio e dunque la valutazione della posizione del terzo litisconsorte necessario.

Quest'ultimo, infatti, può così porre rimedio ad un gravissimo vizio del processo, il cui esito lo danneggia nonostante non abbia avuto la possibilità di difendersi<sup>490</sup>. Il pregiudizio che subisce, giova dirlo, non è poi tanto legato alla sostanza della *res iudicata*, quanto è ancor prima, dalla menomazione del suo diritto di difesa processuale.

Dall'analisi letterale dell'art. 108 c.p.a. si evince che non sono terzi coloro che vantano solo un interesse di fatto o che beneficino (e quindi non vengono pregiudicati) dal giudicato (quali i cointeressati); sono legittimati all'opposizione i terzi che invece subiscono un detrimento nei loro diritti o interessi a causa del *decisum*. Ed il danno che questi patiscono non può che derivare da una sentenza di accoglimento, l'unica capace di innovare la realtà: i terzi - quantomeno - sono allora coloro che, vantando un interesse legittimo (o un diritto soggettivo), lo hanno visto soddisfatto dalla p.a. (realizzando l'aspettativa), per poi subire la cancellazione di questo vantaggio dal successivo annullamento giurisdizionale. In poche parole, il terzo è sempre (almeno) il controinteressato formale.

Sulla nozione di terzo legittimato ad impugnare, molto si è dibattuto, anche nel processo civile. Si può convenire con l'impostazione che ritiene sicuramente legittimato, tra gli altri<sup>491</sup>, colui che, non essendo stato parte nel processo quando avrebbe dovuto esserlo, vede vulnerata la sua sfera giuridica senza avere avuto alcuna possibilità di far valere le proprie difese<sup>492</sup>.

---

<sup>488</sup> Lo rimarca giustamente Trimarchi M., op. cit., 256.

<sup>489</sup> Per un approfondimento storico e processualistico, cfr. Carbone A., *Corso di giustizia amministrativa. Il processo amministrativo*, Roma, La Sapienza Editrice, 2016, 167 e ss..

<sup>490</sup> Sovente si definisce l'opposizione di terzo come una sorta di "intervento postumo" del terzo nel processo: "[...] per i terzi, l'opposizione ordinaria costituisce più che altro un modo più rapido e diretto per ristabilire la chiarezza in ordine ad un loro diritto che la sentenza offusca, di cui rivela l'incertezza, ma che [...] non può considerarsi da essa intimamente toccato o sottratto. Se lo preferisce, infatti, quel terzo potrà agire in un nuovo giudizio [...]" (Consolo C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, Giappichelli, 2019, 657). Nel diritto amministrativo, queste affermazioni sono condivisibili fino a un certo punto, viste le ristrettezze temporali che caratterizzano il ricorso al giudice.

<sup>491</sup> Vi rientrerebbero altresì coloro che si affermano titolari di un diritto ad una prestazione non replicabile e i falsamente rappresentati.

<sup>492</sup> In senso ampio, è terzo ai presenti fini chi viene "posto genericamente a repentaglio dal contenuto della sentenza": Consolo C., op. cit., 655. La stessa dottrina comunque rammenta, coerentemente, che l'opposizione "non ha né può avere un andamento schematico-teorico rigidamente prestabilito, ma deve sapersi atteggiare a giusto pragmatismo" (ivi, 658).



La dottrina processualcivilista<sup>493</sup> propone di individuare il terzo di cui all'art. 404 c.p.c. secondo un ragionamento controfattuale: è titolare del diritto all'opposizione colui che, a fronte di atti dispositivi ad opera di un diverso soggetto e per lui dannosi, si vedrebbe riconosciuta la facoltà di intervenire nel giudizio ex art. 105 c.p.c.. Ebbene, calando la teoria sul diritto amministrativo, in caso di intervento in autotutela il terzo titolare di un interesse pretensivo già soddisfatto dall'apparato pubblico sarebbe protetto dall'obbligo in capo alla p.a. di garantire le istanze di partecipazione previste dalla legge 241/90, sotto pena di illegittimità procedimentale: una situazione questa che combacia perfettamente con quella prospettata dalla menzionata dottrina.

Non sembra tuttavia essere questa l'interpretazione più comunemente seguita in materia. Infatti, si tende a dare un significato piuttosto ampio all'etichetta di terzo, facendovi confluire, oltre al controinteressato formale pretermesso (litisconsorte necessario), anche i controinteressati sopravvenuti, quelli sostanziali non facilmente individuabili e, in generale, tutti coloro che vantino una posizione autonoma ed incompatibile con quella riferibile alla parte vincitrice<sup>494</sup>. Questa ricostruzione così lata rischia però di minare una prerogativa indelebile del giudicato, ossia la sua stabilità, potenzialmente compromessa da una così vasta legittimazione all'opposizione; instabilità peraltro aggravata dal regime dei termini per farla valere.

Tutto sta nel capire quando può dirsi pregiudicato un interesse (per il diritto potrebbero bastare le acquisizioni della scienza civilistica). Si è cercato di mettere in luce, già nei primi paragrafi di questo lavoro<sup>495</sup>, come il concetto di litisconsorzio sia connesso all'oggetto del processo: mentre nel diritto civile l'oggetto combacia col rapporto sostanziale e, dunque, il litisconsorzio è questione squisitamente di diritto oggettivo, nel diritto amministrativo, si è detto, l'oggetto è più composito (in realtà, le conclusioni non muterebbero anche seguendo le altre moderne teorie sull'oggetto del giudicato). Pertanto, l'eliminazione di un provvedimento danneggia il terzo solo se esso era fonte di vantaggi, non perché, successivamente al processo, venga a vantare un interesse legittimo insoddisfatto, dal momento che, in realtà, nulla avrebbe da dire su un diritto potestativo altrui di annullamento.

In conclusione, allora, sembra giustificabile la riduzione dell'ambito applicativo dell'art. 108 c.p.a. ai soli terzi che, a causa di una sentenza a cui non hanno potuto contraddire, subiscano un danno alle loro posizioni di diritto soggettivo o di interesse precedentemente soddisfatto. Nel sistema del diritto amministrativo, d'altra parte, che un interesse legittimo sia menomato non solo è tollerato, ma anzi necessario: "[...] non può esservi ingiusta lesione di una situazione che strutturalmente e concettualmente ammette la soccombenza nel procedimento di ponderazione, svolto nel rispetto delle norme di legge, tra interessi pubblici e interessi privati [...]"<sup>496</sup>.

Si spiega agevolmente come l'impugnazione in parola, sul piano rituale, in assenza di apposite disposizioni, sia sottoposta a termini decadenziali mobili e particolarmente vantaggiosi: 60 giorni dalla conoscenza da parte del terzo del pronunciamento giudiziario.

L'altra possibilità come accennato sta nell'avversare l'atto amministrativo rilasciato in ossequio al giudicato. Il terzo pretermesso, infatti, non subendo gli effetti della *res iudicata* sostanziale ex art. 2909 c.c. (non essendo né parte, né avente causa, né erede), a differenza del controinteressato contraddittore, ben potrà impugnare il provvedimento nelle forme ordinarie. Onde evitare che la controversia si risolva tempestivamente dal lato p.a.-istante, ma che divenga a sua volta una nuova fonte di contrasti dal lato istante-controinteressati, sarebbe auspicabile un maggior coordinamento fin dalle prime battute processuali, che porti ad un pronto coinvolgimento di tutti i terzi interessati. Sarebbe dunque opportuno responsabilizzare le parti in causa, specialmente quella pubblica, in quanto certamente dotata di mezzi più adeguati per rinvenire i terzi; stesso *caveat* dovrebbe valere per l'organo giudicante, il quale può chiamare in causa terzi ex art. 51 c.p.a.. D'altra parte, nella sostanza, *mutatis mutandis*, è il medesimo auspicio che il giudice delle leggi ha espresso nella pronuncia in tema di forme di tutela per il terzo rispetto alla SCIA<sup>497</sup>.

---

<sup>493</sup> Luiso F., *Diritto processuale civile*, II, Milano, Giuffrè, 2022, 510.

<sup>494</sup> Cons. St. Ad. Plen. 2/2007.

<sup>495</sup> Par. 1.1.3.4.

<sup>496</sup> Valaguzza S., *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, Giuffrè, 2016, 323.

<sup>497</sup> Il riferimento è a C. Cost. 45 del 2019.

## 3.2 Giudicato, riedizione e sopravvenienze

Col termine sopravvenienze si indicano tutte quelle vicende successive ad un dato accadimento che, mutando lo stato di fatto (sopravvenienze di fatto) o di diritto (sopravvenienze di diritto o *ius superveniens*), impattano sulla sua realizzazione giuridica<sup>498</sup>. Rapportandosi alla dinamica processuale, le sopravvenienze sono pertanto intese come gli eventi, giuridici o fattuali, successivi al consolidarsi del giudicato formale<sup>499</sup>, capaci di scalfire l'efficacia della delibazione giudiziaria<sup>500</sup>. In alcuni casi, peraltro, fonte delle sopravvenienze è la stessa amministrazione<sup>501</sup>.

Nel diritto penale, le sopravvenienze date dalla successione di leggi penali nel tempo hanno una propria disciplina (art. 25 Cost. e art. 2 c.p.). Nel diritto civile, il problema è stato affrontato dalla giurisprudenza rispetto, ad esempio, al tema dell'invalidità sopravvenuta<sup>502</sup>. Nel diritto amministrativo, infine, nonostante l'assenza di una normativa *ad hoc*, la tematica è stata analizzata sia rispetto alla fase procedimentale sia rispetto a quella processuale. Sotto il primo profilo<sup>503</sup>, occorre solo ricordare che le sopravvenienze manifestatesi pendente il procedimento trovano realizzazione nel rispetto del principio "*tempus regit actum*"<sup>504</sup>: ciò significa che le novelle legislative si applicano immediatamente ma non inficiano le attività già svolte<sup>505</sup>; qualora il

---

<sup>498</sup> Delle difficoltà di inquadramento era già consapevole Giannini M. S., *La giustizia amministrativa*, Roma, Jandi Sapi, 1972: "[è un] problema tuttora non studiato dalla dottrina e che la giurisprudenza ha sempre affrontato e risolto in modo assolutamente empirico ancorché talvolta non equo".

<sup>499</sup> Sono le cosiddette sopravvenienze proprie o tecniche; esulano dalla trattazione quelle atecniche o improprie, da intendersi come le sopravvenienze che occorrono pendente il giudizio di merito (quindi prima del formarsi del giudicato) e che il giudice è ordinariamente tenuto a tenere in conto. Cfr. Cons. St. sez. VI 4037/2011.

<sup>500</sup> Per una panoramica di ampio respiro si rinvia a Gallo C. E., *Giudicato amministrativo e successione di leggi nel tempo*, in *Foro italiano*, III, 100 e ss.; Ciferni B., *Le sopravvenienze nel processo amministrativo. Riflessioni sulla natura "condizionata" del giudicato alla luce del giudizio sul rapporto*, disponibile al sito [giustamm.it](http://giustamm.it), 2019, 3 e ss.; Nigro M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2002, 319 e ss.; Vipiana P. M., *Contributo allo studio del giudicato amministrativo. Profili ricognitivi ed individuazione della natura giuridica*, Milano, Giuffrè, 1990, 361 e ss..

<sup>501</sup> Come avviene per esempio in materia urbanistica (l'esempio è ripreso da Clarich M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, CEDAM, 1989, 257); la dottrina - Pepe G., *Giudicato amministrativo e sopravvenienze*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 43 - ne parla in termini di sopravvenienze fittizie.

<sup>502</sup> Nei casi di fideiussioni *omnibus* (Cass. sez. I 2871/2007) e di usura sopravvenuta (Cass. Sez. Un. 24675/2017).

<sup>503</sup> Per approfondimenti si rinvia a Santise M., *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014, 241 e ss..

<sup>504</sup> Cons. St. sez. IV nn. 83 e 1450 del 2016; per la dottrina, Casetta E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2007, 405, e Sandulli A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1952, 96.

<sup>505</sup> Salvo che non si tratti di leggi retroattive o di riforme che impattino ontologicamente sul procedimento, ad esempio traslandone la competenza o sopprimendo l'ente procedente: Morbidelli G., *Il procedimento amministrativo*, in Mazarroli G., Pericu A., Romano F., Roversi Monaco A., Scoca F. G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi Editoriale, 2005, 592. Cfr. anche Giannini M. S., *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, 191.

provvedimento sia stato adottato, inoltre, la rilevanza delle sopravvenienze è normalmente da scartare<sup>506</sup>, salva l'eccezionale categoria dell'invalidità sopravvenuta<sup>507</sup>.

Interessa in questa sede approfondire il peso delle sopravvenienze rispetto al giudicato amministrativo. Fermo il carattere intangibile dell'efficacia demolitoria (che guarda al presente), saranno le componenti ripristinatoria e conformativa (che guardano rispettivamente al passato e al futuro) ad essere influenzabili da queste ultime.

La questione ha un respiro generale, in quanto concerne i rapporti tra potere legislativo (pensando solo allo *ius superveniens*) e potere giudiziario, ma nell'alveo della branca amministrativa si carica di un'ulteriore complicazione, quella cioè di coinvolgere anche una terza funzione costituzionalmente sancita, quella dell'amministrazione. È inoltre naturale corollario che tale dilemma assume materiale rilevanza in caso di rapporti giuridici non ad efficacia istantanea, bensì durevole: rispetto ai primi, il giudicato è in grado di cristallizzare la vicenda al momento in cui il provvedimento è stato adottato ed impugnato, dal momento che la posizione giuridica ha esaurito la sua *vis*; rispetto ai secondi, d'altronde, la pronuncia giurisdizionale è logicamente esposta alle sopravvenienze, in quanto non è possibile per il giudice statuire su fatti e diritti che ancora non esistono. Anzi, aggiungeremmo, duplicemente esposta alle mutazioni successive, perché da un lato abbiamo l'interesse pubblico, durevole ed immanente, di cui è depositaria l'amministrazione, dall'altro l'interesse del privato, pure esso temporalmente condizionato.

Ora, mentre l'assecondare la tesi dell'inesauribilità del potere ci porterebbe inevitabilmente a pretermettere il problema delle sopravvenienze, dal momento che queste assumerebbero sempre rilevanza tramite l'illimitata riedizione del potere, quali che siano le posizioni vantate dai singoli ricorrenti; abbracciare, di converso, la tesi del *one shot* - nelle versioni sopra studiate - impone una analisi più dettagliata e raffinata, che tenga in conto tutte le specificità del caso.

Innanzitutto sgomberiamo il campo da possibili equivoci: quando si parla di sopravvenienze, non è sempre detto che si tratti di novità sfavorevoli per il ricorrente. Si prenda il caso di un giudicato di rigetto a cui seguiti una circostanza favorevole al ricorrente: questi potrà allora attivare un nuovo processo o un nuovo procedimento che, possibilmente, superi la precedente statuizione negativa sulla base del nuovo elemento emerso *medio tempore*<sup>508</sup>. Ancora, del tutto indifferente rispetto al giudicato di rigetto risulterà la sopravvenienza negativa, in quanto il "peggioramento" delle condizioni non sposterà alcunché nel rapporto ricorrente-amministrazione.

Da queste prime riflessioni può allora trarsi la conclusione, che il giudicato di rigetto rimane tendenzialmente insensibile alle sopravvenienze che non lo coinvolgano direttamente<sup>509</sup>; invece, maggiori approfondimenti impone la tematica ove rapportata ad una *res iudicata* di accoglimento (totale o parziale). Infatti, in questa evenienza, in forza all'assunto per cui nel diritto amministrativo la cosa giudicata sostanziale si forma a posteriori rispetto a quella formale, per il tramite del successivo apporto dell'amministrazione, è coerente separare due segmenti temporali: quello dell'annullamento giurisdizionale, legato allo stato fattuale e giuridico in cui l'atto è stato varato, e quello dell'ottemperanza amministrativa, chiamata a fare i conti con una situazione potenzialmente differente dalla prima.

Ne deriva una (im)mutabilità relativa del giudicato di accoglimento, per la sua intrinseca incompletezza strutturale<sup>510</sup>.

---

<sup>506</sup> Cons. St. sez. III 2377/2015: "La legittimità del provvedimento amministrativo deve essere apprezzata con riferimento allo stato di fatto e di diritto esistente al momento della sua emanazione"; si vedano anche Cons. St. sez. III 4059/2015, sez. V 3149/2014, sez. IV 993/2014.

<sup>507</sup> Si pensi ai casi della sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità della legge di riferimento, della mancata conversione del decreto legge, della sopravvenuta disapplicazione della legge anticomunitaria, di leggi retroattive e così via.

<sup>508</sup> L'esempio è proposto in Urbano G., *Contributo sull'effettività del giudicato amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020, 167.

<sup>509</sup> Ivi, 168.

<sup>510</sup> Benvenuti F., voce *Giudicato (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, 906 e ss..

A parere di alcune opinioni dottrinarie<sup>511</sup>, il giudicato di accoglimento è sempre inattaccabile da parte delle sopravvenienze, in modo tale da evitare che le lungaggini del processo vadano a svantaggio dello stesso ricorrente e che la sentenza si risolva, per il mutamento sopravvenuto, in una lettera morta.

Altra parte della letteratura<sup>512</sup>, all'opposto, ritiene che il giudicato su relazioni durevoli sia condizionato al permanere inalterato dello stato di fatto e di diritto nel quale è stato emanato (implicita clausola *rebus sic stantibus*)<sup>513</sup>. Pertanto, successivi mutamenti fattuali o giuridici ben possono incidere sulla cosa giudicata<sup>514</sup> e, di conseguenza, l'amministrazione nel darvi attuazione non potrebbe non tenerne conto. Questo argomentare, come è evidente, contribuisce a giustificare la tesi della riedizione illimitata del potere amministrativo, a tutto discapito della posizione del ricorrente.

La giurisprudenza più risalente<sup>515</sup>, dal suo canto, ha approcciato il problema in un'ottica più pragmatica, rinvenendo l'equilibrio tra le opposte esigenze nella notificazione della sentenza: allorquando la pronuncia venga notificata, l'amministrazione è tenuta a darvi esecuzione in base alla situazione di fatto e di diritto esistente in quel momento, a nulla più rilevando eventuali sopravvenienze.

Questa lettura, tuttavia, nata in un contesto giuridico assai diverso da quello attuale e generalizzata a partire da un settore specifico, quello dell'urbanistica, è in via di superamento dal diritto pretorio più recente<sup>516</sup>, il quale ha assecondato una differente opzione, basata su una rilevanza variabile delle sopravvenienze. Laddove il giudice amministrativo ha avuto la possibilità di un sindacato pieno sul rapporto, perché il potere amministrativo era già vincolato a monte o perché si era esaurita in concreto la discrezionalità, allora le sopravvenienze non potranno scalfire la *res iudicata*; questo, sempreché le nuove circostanze fattuali non abbiano reso materialmente impossibile l'adempimento del giudicato da parte dell'amministrazione, residuando in queste ipotesi la cosiddetta ottemperanza per equivalente<sup>517</sup>. Qui la *regula agendi* è completa grazie al pronunciamento giurisdizionale, il quale è in grado di assorbire persino fatti e norme successivi. Invece, in caso di potere discrezionale, su quelle porzioni del rapporto che sono rimaste fuori dal vincolo derivante dal giudicato e che ancora sono esposte alla discrezionalità della p.a., le sopravvenienze ben potranno incidere, a prescindere dalla notificazione della sentenza.

---

<sup>511</sup> Piras A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962, 197; più di recente, Francario F., *La violazione del giusto processo dichiarata dalla CEDU non è motivo di revocazione della sentenza passata in giudicato*, disponibile al sito [federalismi.it](http://federalismi.it), 2017, 19 e ss..

<sup>512</sup> Nigro M., op. cit., 395: “[...] ora la regola non può non essere quella che alla pronuncia del giudice amministrativo è data attuazione con riferimento allo stato di fatto e di diritto esistente al momento della domanda giudiziale [...] salvo che, per effetto di fatti sopravvenuti e di nuove disposizioni di diritto, non si sia creata una situazione totalmente incompatibile con tale attuazione”.

<sup>513</sup> Del condizionamento delle sentenze già parlava la pandettistica: Savigny F. C., *System des heutigen römischen Rechts*, Berlino, Veit, 1849, 405: “In ogni sentenza deve tacitamente sottintendersi una certa determinazione di tempo [...] la forza legale della sentenza rimane senza influenza su ogni controversia, che sia fondata sull'affermazione di fatti, che siano avvenuti solo dopo”. La giurisprudenza di legittimità è ferma nell'applicare la clausola *rebus sic stantibus* rispetto a sopravvenienze fattuali: Cass. Sez. Un. 16728/2012.

<sup>514</sup> Sentenze condizionate si rinvengono anche nel diritto civile; si pensi alle sentenze costitutivo-determinative, come quelle che fissano l'ammontare dell'obbligazione alimentare o dell'assegno divorzile.

<sup>515</sup> Cons. St. Ad. Plen. 1/1986, 4/1994 e 36/2012; ma anche più recentemente Cons. St. Ad. Plen. 11/2016: “L'esecuzione del giudicato può trovare limiti solo nelle sopravvenienze di fatto e di diritto antecedenti alla notificazione della sentenza divenuta irrevocabile”. Per completezza, va aggiunto che decenni or sono la giurisprudenza aveva proposto anche altre soluzioni: quella della applicazione della normativa esistente al momento dell'adozione dell'atto (cfr. Cons. St. sez. V 2008/1959 e 909/1982) e quella del rilievo delle sopravvenienze formatesi fino al riesercizio del potere (cfr. Cons. St. Ad. Plen. 7/1958).

<sup>516</sup> Cons. St. sez. VI 1472/2014 e 3569/2012; TAR Lombardia, Milano, sez. II 943/2015.

<sup>517</sup> Cioè il risarcimento danni ex art. 114 c. 3 c.p.a. in sede di ottemperanza, per come statuito da Cons. St. Ad. Plen. 2/2017. Se l'inadempimento però non è riconducibile eziologicamente all'amministrazione, la p.a. non solo non può ritenersi responsabile ma è anche impossibilitata a rispettare il giudicato: cosiddetta inottemperanza consentita. Cfr. *supra* par. 3.1.1.

Può essere utile, nel concludere il presente paragrafo, proporre una scheda di sintesi, distinguendo in base alla posizione giuridica fatta valere dal ricorrente<sup>518</sup>.

A fronte di un interesse oppositivo, le sopravvenienze avranno uno scarso rilievo sul giudicato, in quanto quest'ultimo è normalmente autoesecutivo e immediatamente satisfattivo (con una efficacia ripristinatoria reale o automatica): il privato vede eliminato il provvedimento per lui dannoso e questo gli basta. Nondimeno, anche in questo frangente il tema delle sopravvenienze potrebbe emergere; in particolare, in tutti quei casi in cui sia necessario un effetto ripristinatorio obbligatorio (o non automatico)<sup>519</sup>, che potrebbe allora risentire del mutamento delle circostanze. Se la *reductio* in pristino stato non sia in tutto o in parte possibile, la p.a. potrebbe essere condannata al risarcimento danni ex art. 114 c. 3 c.p.a..

Ciò non toglie che l'apparato pubblico, a seguito dell'annullamento, possa rideterminarsi nuovamente sulla questione, adottando un ulteriore provvedimento, basato sulla nuova situazione di fatto o di diritto, entro gli spiragli eventualmente lasciati aperti dal pronunciamento giurisdizionale (se nulla fosse mutato, il provvedimento sarebbe invalido per violazione o elusione del giudicato). In questo caso, non si tratterebbe di riutilizzare il potere originario né di intervenire in autotutela, ma di spendere un nuovo potere che, pur riferito al medesimo rapporto sostanziale, non ha nulla a che vedere col precedente. Si conferma dunque che in caso di interesse oppositivo, normalmente il giudicato rimane intangibile.

Chiaramente più complessa è la situazione laddove ci si confronti con un interesse pretensivo. Qui il ricorrente deve per forza passare per un riesercizio del potere pubblico ed è quindi naturalmente esposto al problema delle sopravvenienze. Pertanto, delle due l'una: o si dà preminenza alla tesi che legittima la riefusione *sine die* del potere pubblico e si riconosce sicuro rilievo alle sopravvenienze oppure si ritiene più ragionevole la strada del *one shot* e si conferisce importanza variabile alle sopravvenienze in parallelo coi margini residui di discrezionalità che il giudicato lascia all'amministrazione.

### 3.3 Segue: il diritto UE

In questo paragrafo sarà analizzato il rapporto tra il giudicato amministrativo e quella particolare forma di *ius superveniens* data da una sopravvenuta normativa di fonte europea ovvero, soprattutto, una pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia dell'Unione Europea - la quale assume la stessa valenza giuridica della fonte che va ad interpretare ed è pertanto valevole *erga omnes*. È, questo, un caso particolarmente interessante di sopravvenienza normativa, in quanto, da un lato, la sentenza, agganciandosi ad una normativa comunitaria, è affine ad una legge di interpretazione autentica, per sua natura retroattiva; dall'altro, essa incide pure sulla decisione futura che il giudice nazionale varerà all'esito del rinvio pregiudiziale.

L'*unicum* rappresentato da una struttura politico-giuridica, come quella dell'Unione europea, che rimane a metà strada tra uno Stato federale ed un organismo internazionale, che è dotata di potestà di normazione e connotata da proprie istituzioni, compresa una corte deputata a garantire la corretta interpretazione delle norme comuni, a cui gli Stati partecipanti hanno ceduto - irreversibilmente<sup>520</sup> - porzioni di sovranità, pone fatalmente delle raffinate questioni giuridiche. È innegabile l'influenza che la legislazione eurounitaria, protesa a fissare uno standard di tutela uniforme nello spazio comune, ha nei confronti degli ordinamenti nazionali<sup>521</sup>; questa affermazione è altrettanto vera rispetto alla branca amministrativa (basti, semplicemente, guardare al testuale rinvio che operano l'art. 1 c. 1 della l. 241/90 e l'art. 1 del codice di giustizia amministrativa). Si capisce come sempre più spesso le controversie di diritto pubblico vertano, almeno in parte, sul

---

<sup>518</sup> Urbano G., op. cit., 174 e ss..

<sup>519</sup> La distinzione tra efficacia ripristinatoria reale e obbligatoria è proposta in Pepe G., op. cit., 27.

<sup>520</sup> Almeno secondo la pronuncia Simmenthal, C-106/77 del 1978; ma si tengano a mente gli articoli dei trattati sulle procedure di recesso e di modifica dei medesimi (artt. 48 e 50 TUE).

<sup>521</sup> Tramite forme di assimilazione giurisprudenziale e legislativa, oltreché per intervento delle istituzioni comunitarie.

diritto sovranazionale che le autorità nazionali, sia in veste di organi interni, sia in qualità di apparati decentrati dell'amministrazione europea, sono chiamate ad applicare.

Per comprendere al meglio il tema, è necessario innanzitutto fare un breve cenno ai meccanismi che regolano le antinomie che possono generarsi tra il diritto interno e quello eurounitario, così da descrivere le modalità tramite le quali gli ordinamenti trovano la loro integrazione e, allo stesso tempo, come gli stessi mantengano una complessiva unità.

Nella prospettiva internazionalistica (o monistica) che la Corte di giustizia ha fatto propria fin dallo storico arresto reso nel caso *Simmenthal*<sup>522</sup>, i due ordinamenti si saldano per mezzo dei trattati istitutivi in una struttura unitaria, gerarchicamente orientata, al cui vertice si pongono le disposizioni comunitarie. Le eventuali antinomie - persino rispetto a disposizioni costituzionali interne - devono essere risolte dai giudici nazionali, i quali sono chiamati, in nome dei principi di *primauté* ed efficacia diretta della regolazione di fonte comunitaria, a disapplicare (*recte*: non applicare) le norme nazionali confliggenti. Questo, a parere della corte europea, è l'unico<sup>523</sup> sistema per garantire l'uniforme applicazione del diritto comunitario.

Le corti costituzionali nazionali, invece, hanno seguito itinerari più complessi<sup>524</sup>. In Italia<sup>525</sup>, le prime pronunce costituzionali in materia, adagiandosi sull'impostazione monistica sopra ricordata, propongono di risolvere le eventuali antinomie, dapprima, col criterio cronologico ("*lex posterior abrogat priorem*")<sup>526</sup> e, successivamente, col controllo di costituzionalità ex art. 11 Cost.<sup>527</sup>.

Tuttavia, ambo le ricostruzioni si dimostrano insufficienti: la prima perché non corrispondente né al principio di *primauté* (non registrandosi alcun rapporto gerarchico) né l'efficacia diretta (perché tutto dipende solo dal dato temporale); la seconda in quanto, seppure coerente col principio di supremazia, non rispetta l'efficacia diretta, dal momento che si rende necessario l'intervento della Consulta.

È con la sentenza *Granital*<sup>528</sup> che il giudice delle leggi muta orientamento e perviene a conclusioni oggi unanimemente accettate e confermate dal legislatore costituzionale all'art. 117 c. 1 Cost.<sup>529</sup>.

Abbandonando l'approccio monistico a favore di quello dualistico, la Consulta ritiene che l'ordinamento interno e quello esterno, pur rimanendo separati, si coordinano tra di loro per mezzo del principio di competenza: quindi, qualora una disposizione nazionale si ponga in contrasto con la normativa comunitaria avente efficacia diretta<sup>530</sup>, sta invadendo attribuzioni che non le spettano,

---

<sup>522</sup> C-106/77 del 1978. La pronuncia porta a naturale compimento l'*iter* già tracciato a partire dalla sentenza *Van Gend & Loos*, C-26/62 del 1963.

<sup>523</sup> La Corte di giustizia non ha però negato del tutto - almeno in tema di diritti fondamentali - che la prevalenza del diritto europeo possa essere garantita tramite un controllo di costituzionalità delle leggi nazionali: si vedano i *dicta* Melki e Abdeli (C-188/10 e C-189/10 del 2010) e A/B (C-112/13 del 2014). Anche la Consulta (sentenza n. 269/2017) sembra andare verso la stessa direzione.

<sup>524</sup> In Germania si è disposta una modifica della Legge fondamentale (par. 23 c. 1; cosiddetto *Europa Artikel*). In quell'ordinamento, la tematica ha assunto proporzioni in parte differenti; si vedano le note pronunce del Tribunale costituzionale tedesco *Solange I* e *Solange II* e sull'adesione della Repubblica federale al Trattato di Maastricht e al Trattato di Lisbona.

<sup>525</sup> Per approfondimenti si rinvia a Cannizzaro E., *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino, Giappichelli, 2018, 301 e ss..

<sup>526</sup> C. Cost. 14/1964, nota anche come caso *Costa v. Enel*. A mente di questa decisione, le norme comunitarie avrebbero dunque lo stesso rango gerarchico di quelle interne e, pertanto, solo il criterio cronologico sarebbe in grado di risolvere le eventuali contraddizioni. L'art. 11 Cost., in quest'ottica, garantirebbe solamente la possibilità per l'Italia di sottoscrivere trattati di tal fatta.

<sup>527</sup> C. Cost. 232/1975, caso I.C.I.C.; sviluppando alcune intuizioni presenti nelle sentenze n. 98/1965 (*Acciaierie San Michele*) e n. 183/1973 (*Frontini*), la Consulta supera la concezione "permissiva" dell'art. 11 Cost., a favore di una sua lettura costitutiva: le disposizioni comunitarie, per il tramite di questa norma, assumono rango costituzionale; perciò, le antinomie vanno risolte col criterio gerarchico (cioè, con l'intervento dello stesso giudice delle leggi).

<sup>528</sup> C. Cost. 170/1984, poi raffinato nelle sentenze 113/1985, 389/1989, 168/1991.

<sup>529</sup> Riformulato in tal senso con la l. cost. 3/2001.

<sup>530</sup> Cioè i regolamenti e le direttive *self-executive*.

è pertanto priva di efficacia e va disapplicata dal giudice comune. Si è così pervenuti alle medesime conclusioni che la Corte di giustizia propugnava da anni, pur sulla base di un retroterra teorico del tutto speculare. La Corte costituzionale ha però eccezionato alcuni casi in cui il suo intervento si rende comunque necessario<sup>531</sup>.

Dunque, possiamo concludere che in caso di conflitto tra norme sostanziali interne (comprese quelle di rango costituzionale)<sup>532</sup> ed esterne, il giudice, fallito il tentativo di un'interpretazione conforme, è tenuto a disapplicare la disciplina nazionale confliggente, salva sempre la possibilità del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (ex art. 267 TFUE).

In questa sede, preme approfondire il discorso rispetto alle norme strumentali-processuali<sup>533</sup>. In assenza di una disciplina positiva sul punto, l'evenienza di un contrasto tra giudizi, i quali, pur integrati in un sistema giurisdizionale unitario, rimangono appartenenti ad ordinamenti giuridici diversi, non è poi così rara; a pagare lo scotto di questa interrelazione è, in alcuni casi, l'istituto della cosa giudicata, evenienza che può ingenerare un vistoso *vulnus* alla sovranità nazionale<sup>534</sup> e fomentare l'incertezza dei rapporti, soprattutto in un settore, quello amministrativo, che mal tollera andamenti ondivaghi. Nè può dirsi che la diretta applicabilità del diritto europeo da parte delle corti nazionali sia in grado da solo di evitare questo problema.

A differenza degli Stati federali moderni, infatti, l'Unione non è dotata di giudici "federali", aventi il compito di interpretare ed applicare il diritto unionale in ciascun Stato membro. L'effettività e l'attuazione del diritto di matrice comunitaria è dunque affidata agli apparati processuali (ed amministrativi<sup>535</sup>) nazionali.

D'altronde, secondo il principio di attribuzione<sup>536</sup>, le istituzioni europee non hanno competenza in materia processuale (nemmeno in quella organizzativa e procedimentale); di conseguenza, salvati alcuni settori in cui sono presenti normative di armonizzazione, la stragrande maggioranza delle posizioni sostanziali di rango comunitario sono affidate alla cura degli Stati membri, conformemente ai propri sistemi processuali (e amministrativi).

Se dunque l'Unione europea lasciasse completa autonomia agli Stati circa questi aspetti, l'intero sistema di integrazione verrebbe messo in forse, minato dall'altalenante applicazione del diritto di fonte sovranazionale. Onde evitare tale degenerazione, la giurisprudenza comunitaria, da decenni, ha fissato due limiti - aventi fondamento nel più ampio principio di leale cooperazione di cui all'art. 4 TUE - all'autonomia processuale (e organizzativa e procedimentale), che si tramutano in grimaldelli tramite cui le istituzioni europee possono ingerirsi anche di ambiti materiali sui quali non

---

<sup>531</sup> Raggruppabili in quattro classi: il primo caso si ha quando l'antinomia coinvolge norme comunitarie sprovviste di efficacia diretta (qui non potrà infatti trovare spazio la disapplicazione); il secondo emerge ove il contrasto riguardi una disposizione regionale; il terzo - dibattuto - esempio (C. Cost. 269/2017) si rinviene ove la disciplina nazionale sia in contrasto con la Carta di Nizza (avente una impalcatura valoriale sovrapponibile a quella della Carta costituzionale); infine, l'evenienza dei controlimiti, cioè il contrapporsi della normativa comunitaria ai principi fondamentali della Repubblica italiana (C. Cost. 173/1983, caso Frontini; ma si veda anche la vicenda Taricco, conclusa con la pronuncia costituzionale n. 24/2017).

<sup>532</sup> Come non ricordare il caso Taricco (C-105/14 del 2015), che ha coinvolto il principio costituzionale di irretroattività sfavorevole in materia penale.

<sup>533</sup> Che, comunque, non è l'unico terreno di scontro; si rifletta ad esempio sul tema dell'atto amministrativo contrastante col diritto comunitario o sull'espansione della nozione di pubblica amministrazione.

<sup>534</sup> Carbone A., *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Diritto processuale amministrativo*, II, 2016, 459: "L'impossibilità per lo Stato di determinare l'incontrovertibilità dell'oggetto dell'accertamento giurisdizionale [...] comporta, infatti, la menomazione dello stesso esercizio della funzione giurisdizionale [...]".

<sup>535</sup> Almeno finché l'Unione non si doterà di una struttura amministrativa diretta.

<sup>536</sup> Cfr. art. 2 TFUE.

vanterebbero alcuna competenza<sup>537</sup>: il principio di equivalenza (o di non discriminazione) e quello di effettività<sup>538</sup>.

Il primo è un criterio relazionale: gli Stati devono garantire alle posizioni di rango sovranazionale una protezione almeno omologa a quella che essi prevedono per analoghe posizioni di diritto interno<sup>539</sup>. Il secondo limite si struttura, invece, come un giudizio assoluto di idoneità, a mente del quale le forme di tutela nazionali non devono scadere in simulacri di mera forma, allorché si tratti di proteggere diritti e interessi di matrice esterna<sup>540</sup>.

A questi principi<sup>541</sup>, che potremmo definire generali, se ne possono aggiungere altri, specifici, derivanti dalle regole di concorrenza ("nel mercato", "per il mercato" e "antitrust"), queste sì aventi una base in una competenza esclusiva dell'Unione<sup>542</sup>, e dalle quattro libertà fondamentali<sup>543</sup>, riconosciute dai trattati.

Ora, rispetto al diritto processuale, la giurisprudenza unionale è ferma nel rimarcare la rilevanza, anche per il diritto UE, dell'istituto della cosa giudicata<sup>544</sup>: l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici che su di essa si innesta, infatti, è tassello imprescindibile ed insieme obiettivo da perseguire per la costruzione di uno spazio economico e giuridico comune. Quindi, di norma, al di fuori dei sistemi di impugnazione e di preclusione nazionali, non sarà possibile rimettere in discussione una pronuncia divenuta inoppugnabile.

Nondimeno, i casi Lucchini<sup>545</sup> e Olimpiclub<sup>546</sup> - entrambi, è d'obbligo ricordarlo, afferenti a controversie sorte in sede extra-amministrativa - dimostrano come queste affermazioni non sempre siano rispettate: nella prima controversia, la Corte di giustizia ha imposto la disapplicazione dell'art. 2909 c.c. e quindi della *res iudicata* sostanziale perché impediva il recupero di aiuti di Stato riconosciuti sì validi dal giudice civile, ma in un secondo momento

---

<sup>537</sup> Adinolfi A., *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni giuridiche soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Diritto dell'unione europea*, 2001, 41 e ss..

<sup>538</sup> Fin dalle storiche sentenze C-33/76 del 1976 (Rewe), C-45/76 del 1976 (Comet) e C-199/82 del 1983 (San Giorgio).

<sup>539</sup> Secondo la canonica formula giurisprudenziale: "*le condizioni imposte dal diritto nazionale per applicare una norma di diritto comunitario non [devono essere] meno favorevoli di quelle che disciplinano l'applicazione delle norme di pari rango del diritto nazionale*" (Asturcom, C-40/08 del 2009).

<sup>540</sup> "[Le forme di tutela nazionali] *non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario*" (Asturcom, cit.).

<sup>541</sup> Che a ben guardare non sono poi tanto dissimili da quelli che traspaiono, sul versante interno, dal combinato disposto degli artt. 3, 24, 103 e 113 Cost..

<sup>542</sup> Greco G., *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Rivista di diritto pubblico comparato*, I, 2014, 1 e ss.; Galetta D. U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, Giappichelli, 2009, 15 e ss..

<sup>543</sup> Di circolazione delle persone, delle merci, dei capitali e dei servizi.

<sup>544</sup> Ricordiamo le decisioni C-224/01 del 2003 (Köbler) e C-234/04 del 2006 (Kapferer).

<sup>545</sup> C-119/05 del 2007; note critiche sono presenti in Consolo C., *La sentenza Lucchini della Corte di giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Rivista di diritto processuale*, I, 2008, 225, e Cerulli Irelli V., *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, II, 2008, 433; più ampiamente, Cerulli Irelli V., *Diritto europeo e diritto interno nel sistema di tutela giurisdizionale delle controversie di diritto pubblico (intorno al principio di effettività)*, in *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, I, 2010, 215 e ss..

<sup>546</sup> C-2/08 del 2009. Il nuovo approccio era stato già presagito nel caso Larys, C-118/00 del 2001.



dichiarati illegittimi da una decisione definitiva della Commissione<sup>547</sup>: è l'atto inoppugnabile dell'istituzione comunitaria a prevalere dunque sull'atto definitivo del giudice interno. Il risultato è che l'amministrazione nazionale, come *longa manus* dell'apparato comunitario, deve revocare il contributo economico erogato, nonostante il giudicato contrario, divenuto ormai *tamquam non esset*. Qui allora l'atto amministrativo di revoca che, nella normalità dei casi sarebbe nullo ex art. 21 septies l. 241/90 in quanto adottato in contrasto con la *res iudicata*, diviene non solo valido, ma doveroso<sup>548</sup>.

Nella seconda pronuncia, il giudice comunitario ha ordinato la disapplicazione di un giudicato esterno in materia tributaria armonizzata, la cui esecuzione avrebbe altrimenti comportato una menomazione generalizzata (cioè in tutti i rapporti da esso dipendenti) degli interessi finanziari unionali<sup>549</sup>. Ma è evidente come il bilanciamento tra le norme processuali nazionali e l'effettività del diritto europeo porti inevitabilmente a dar preminenza a quest'ultima, dal momento che qualsiasi meccanismo processuale è idoneo ad influenzare l'applicazione di norme sostanziali; il tutto con buona pace dell'autonomia processuale degli Stati membri<sup>550</sup>.

Nella vicenda Pizzarotti<sup>551</sup>, la Corte di giustizia sembra ritornare alla precedente esegesi dell'intangibilità del giudicato, limitando la *regula iuris* sopra esposta alla specificità del caso concreto<sup>552</sup>.

Se allora si vuole provare a trarre le fila di questo discorso si può concordare con quanti<sup>553</sup> ritengono che il principio generale, anche nel diritto sovranazionale, sia quello dell'immutabilità della cosa giudicata e che, viceversa, siano del tutto eccezionali le ipotesi in cui essa possa essere rimessa in discussione: non ogni violazione del diritto UE è in grado di giustificare il venir meno del giudicato, ma solo quelle particolarmente qualificate, perché riferite a competenze esclusive dell'Unione (caso Lucchini) oppure perché perpetuanti *sine die* la lesione della normativa comunitaria (caso Olimpiclub). In simili frangenti, i principi di equivalenza ed effettività paiono assumere una valenza invertita rispetto all'ordinario, venendo a creare un sistema differenziato di tutela giurisdizionale, distinto a seconda che la controversia sia retta da norme interne o da norme esterne<sup>554</sup>.

---

<sup>547</sup> Si legge nella sentenza: “[...] il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano [...] nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva”.

<sup>548</sup> Di vero e proprio “stravolgimento di principi consolidati” parla, non a caso, Cerulli Irelli V., op. cit., 224.

<sup>549</sup> Nel caso Olimpiclub la Corte, pur ridimensionando la statuizione della vicenda Lucchini, afferma: “[...] Laddove la decisione giurisdizionale divenuta definitiva sia fondata su un'interpretazione delle norme comunitarie relative a pratiche abusive in materia IVA in contrasto con il diritto comunitario, la non corretta applicazione di tali regole si riprodurrebbe per ciascun nuovo esercizio fiscale [...]”.

<sup>550</sup> A queste conclusioni perviene Greco G., op. cit., 12-13: “[...] il canone della garanzia dell'effetto utile finisce per togliere ogni capacità selettiva ai [...] criteri dell'equivalenza e dell'effettività [...]; dunque imporrebbe, più che una limitazione, una vera e propria eliminazione dell'autonomia procedurale degli Stati membri”. Pertanto, l'autore propone di privilegiare un giudizio di “equivalenza verticale”, che metta cioè in raffronto gli istituti processuali nazionali con quelli soprannazionali, affinché si valuti il grado di concreta effettività dei primi nell'ottica comunitaria.

<sup>551</sup> C-213/13 del 2014, poi decisa internamente da Cons. St. Ad. Plen. 11/2016.

<sup>552</sup> Viene affermato nella pronuncia: “in assenza di una normativa dell'Unione in materia, le modalità di attuazione del principio dell'intangibilità del giudicato rientrano nell'ordinamento giuridico degli Stati membri [...] il diritto dell'Unione non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme procedurali interne che attribuiscono forza di giudicato a una pronuncia giurisdizionale, neanche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una situazione nazionale contrastante con detto diritto”.

<sup>553</sup> Cannizzaro E., op. cit., 341

<sup>554</sup> I dubbi sono messi in luce in Cerulli Irelli V., *Diritto europeo e diritto interno nel sistema di tutela giurisdizionale delle controversie di diritto pubblico (intorno al principio di effettività)*, cit., 204.

Nel diritto amministrativo il tema è stato approfondito nell'evenienza in cui un provvedimento, divenuto inoppugnabile a seguito di un contenzioso giurisdizionale, si ponga in via sopravvenuta in contrasto con un nuovo orientamento pretorio della Corte di giustizia. Nei casi Kühne & Heitz<sup>555</sup> e Kempter<sup>556</sup> il giudice europeo ha individuato le quattro condizioni al ricorrere delle quali l'amministrazione nazionale è obbligata - si badi - non ad annullare *tout court* in via di autotutela l'atto, ma ad attivare il procedimento di secondo grado (vincolatività nell'*an*, non nel *quid*). Le condizioni sono che, innanzitutto, l'ordinamento nazionale preveda il potere di secondo grado in capo al soggetto procedente; che la decisione amministrativa sia divenuta inoppugnabile a seguito di un giudicato; che la sentenza si basi su un'ermeneusi sopravvenutamente riconosciuta non corretta dal giudice europeo, adito in via pregiudiziale da un altro giudice; che l'interessato richieda tempestivamente l'intervento in autotutela<sup>557</sup>.

Questa posizione giurisprudenziale, autorevolmente criticata<sup>558</sup>, sembra inserirsi nella medesima logica para-sanzionatoria che sta alla base, ad esempio, del riconoscimento dell'efficacia diretta alle direttive *self-executing* rimaste inattuato: il giudice che ha reso incontrovertibile il provvedimento amministrativo, avrebbe potuto sollevare un rinvio pregiudiziale; non facendolo, si è basato, nel decidere, su una interpretazione che era non conforme al diritto eurounitario. La sanzione sta allora nel privare di forza la *res iudicata* che ne è derivata. Ciò è figlio dell'idea che i giudici nazionali tutti si inseriscono, quando applicano ed interpretano il diritto UE, in una rete giurisdizionale uniforme nei confronti della quale la Corte di giustizia viene a svolgere un ruolo verticistico, quasi nomofilattico.

A ben vedere però in questi casi non tutta l'autorità della cosa giudicata viene meno (come accade invece applicando le *regulae iuris* Lucchini-Olimpiclub) ma solo la componente della irretrattabilità del provvedimento amministrativo<sup>559</sup>.

Come si può osservare dagli esempi addotti, le sopravvenienze di fonte unionale nella maggioranza dei casi non pregiudicano la decisione giudiziaria passata in giudicato: i meccanismi che regolano il rinvio pregiudiziale, infatti, ben di rado portano ad un contrasto tra giudicati e, allorquando ciò si realizzi, lo stesso diritto UE comunque rende eccezionali e sottoposte a peculiari limitazioni le forme di tutela in via specifica per mezzo della disapplicazione della *res iudicata* ovvero dell'obbligo di autotutela amministrativa.

Ma quando ciò accade, possono affiorare dubbi di tenuta costituzionale<sup>560</sup>.

La diversificazione di tutele tra posizioni giuridiche disciplinate ora dal diritto interno, ora dal diritto europeo, suscita invero perplessità. L'istituto del giudicato è plastica esemplificazione del principio di certezza dei rapporti. Non è seriamente ipotizzabile il suo superamento né a tanto sembrano spingersi le sopra menzionate sentenze della Corte di giustizia; benché meno, neppure può pensarsi ad una sua applicazione intermittente, a seconda dell'ambito materiale di riferimento (competenze esclusive dell'UE o competenze degli Stati), tenuto conto del fatto che il basilare canone del diritto di difesa, incastonato nell'art. 24 Cost., non tollera differenziazioni e, operando a tutti gli effetti come un controlimite, potrebbe addirittura mettere in forse la partecipazione dell'Italia all'opera di integrazione.

---

<sup>555</sup> C-453/00 del 2004.

<sup>556</sup> C-2/06 del 2008, ove si aggiungerà, rispetto al precedente caso, la non necessità che il ricorrente abbia invocato l'applicazione del diritto comunitario nel ricorso giurisdizionale.

<sup>557</sup> Può dirsi in un certo senso che il giudicato in questo frangente non copra il deducibile.

<sup>558</sup> Cannizzaro E., op. cit., 337. In particolare la prima condizione non sarebbe soddisfacente, in quanto non è detto che la legge nazionale preveda in quel contesto una forma di autotutela; anche la seconda non convince, dal momento che non si vede perché l'amministrazione, dopo un giudicato a lei favorevole, dovrebbe essere obbligata all'autotutela; la terza non sembra avere nulla a che vedere con la questione, visto che coinvolge i rapporti tra giudice interno e quello esterno, non la p.a.; infine, la quarta condizione fa dipendere il tutto dalla solerzia dell'interessato.

<sup>559</sup> La differenza è avvertita in Consolo C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, Giappichelli, 2019, 122.

<sup>560</sup> *Funditus* Cerulli Irelli V., op. cit., 230 e ss..

### 3.4: Segue: i rimedi

Sul piano interno, i meccanismi funzionali ad evitare o risolvere i contrasti tra pronunce nazionali e decisioni del giudice europeo possono distinguersi in preventivi e successivi, a seconda che siano esperibili prima o dopo la deliberazione del giudice amministrativo. Gli strumenti preventivi già li abbiamo ricordati nel paragrafo precedente e sono l'interpretazione conforme e, quando questa fallisca o porti a risultati abnormi, il rinvio pregiudiziale<sup>561</sup>; quelli successivi, consistono nel ricorso per cassazione, (potenzialmente) nella revocazione e nell'azione risarcitoria contro lo Stato membro per violazione del diritto sovranazionale (nei casi più gravi si potrebbe arrivare al procedimento di infrazione ex artt. 258 e ss. TFUE). Ci soffermeremo ora su questi ultimi. Il ricorso di legittimità avverso le sentenze del Consiglio di Stato è ammesso, per disposto costituzionale (art. 111 Cost. ult. c.)<sup>562</sup>, per i soli motivi inerenti la giurisdizione<sup>563</sup>. Essendo pacifico che sia possibile far valere doglianze concernenti i cosiddetti limiti esterni della giurisdizione (cioè il difetto relativo o assoluto di giurisdizione - cosiddetto sconfinamento - ovvero l'errata declaratoria di difetto di giurisdizione, nota come arretramento), nella prassi della Suprema Corte si è fatto spazio negli ultimi tempi un orientamento volto a sottoporre al sindacato del giudice della nomofilachia qualcosa di più, cioè le modalità tramite cui sia stata spesa la *potestas iudicandi* del giudice amministrativo, estendendolo in pratica a *errores in procedendo e in iudicando*<sup>564</sup>. In quest'ultima nozione, la Cassazione, in ciò seguita pure dal Consiglio di Stato<sup>565</sup>, ha fatto confluire il caso che qui ci occupa, riconoscendo dunque la possibilità di adire la Suprema Corte, impugnando le sentenze - definite anomali o abnormi - del Consiglio di Stato, per mancata o errata applicazione del diritto UE o per omesso rinvio pregiudiziale (vizio di rifiuto di giurisdizione). L'idea che sta alla base di questo orientamento, sospinta dai principi di equivalenza<sup>566</sup> ed effettività<sup>567</sup>, consiste nel leggere le sentenze della Corte di giustizia come sopravvenienze normative che, impattando su un procedimento ancora in corso, determinano non un conflitto ma una successione cronologica di regole, le quali, se non vengono rispettate, giustificano il ricorso di legittimità. Qualora il contrasto concerna, invece, una pronuncia del giudice di Lussemburgo precedente al giudicato nazionale, avendo la prima la stessa efficacia delle disposizioni che interpreta, si concretizza un ordinario contrasto con la disciplina comunitaria. In altri termini, più in generale, le sentenze di tal fatta sarebbero afflitte da vizio di difetto assoluto di giurisdizione per aver l'organo giudicante abusato delle sue prerogative, compiendo un'attività di

---

<sup>561</sup> L'evoluzione circa l'obbligatorietà di questo fondamentale strumento processuale è passata per le pronunce C-283/81 del 1982 (CILFIT), C-314/85 del 1987 (Foto-Frost) e C-396/09 del 2011 (Interedil).

<sup>562</sup> Ribadito dall'art. 110 c.p.a..

<sup>563</sup> Dal punto di vista rituale, si seguono le formule indicate dal codice di procedura civile per il ricorso al giudice di legittimità (artt. 360 e ss. c.p.c.).

<sup>564</sup> Rientrano in questo filone Cass. Sez. Un. 19598/2020, 31226/2017, 956/2017, 6891/2016, 2242/2015, 2403/2014.

<sup>565</sup> Cons. St. Ad. Plen. 11/2016, in cui leggiamo: “[Legittima il ricorso per cassazione ]la sentenza del giudice amministrativo che non abbia evitato la formazione, anche progressiva, di un giudicato in contrasto con il diritto dell’Unione europea (o con altre norme di rango sovranazionale cui lo Stato è tenuto a dare applicazione), quale risulti da una successiva pronuncia della Corte di giustizia dell’Unione europea”. Va comunque sottolineato che l’affermazione è proposta dal giudice amministrativo nell’alveo della dibattuta tesi del giudicato a formazione progressiva.

<sup>566</sup> Lo rimarca Cass. Sez. Un. 19598/2020, per la quale sarebbe sicuramente discriminatorio ammettere il ricorso per motivi di giurisdizione quando si contesti lo straripamento di potere del Consiglio di Stato rispetto all'autorità del legislatore nazionale, ma non anche quando ciò avvenga nei confronti del legislatore comunitario.

<sup>567</sup> Le disposizioni comunitarie fanno divieto agli Stati membri di limitare, tramite riforme legislative o prassi pretorie, i poteri processuali che il diritto UE riconosce in capo ai giudici nazionali per garantire la piena efficacia della normativa eurounionaria (cfr. i casi C-188 e 189/10 del 2010, Melki e Abdeli).

produzione normativa in un settore, quello comunitario, nei confronti del quale lo Stato è sprovvisto di potere sovrano.

Si tratta dunque di individuare uno strumento funzionale a scongiurare che le corti amministrative emanino pronunce in contrasto col diritto di rango europeo, esponendo lo Stato italiano all'azione risarcitoria del singolo e alla procedura di infrazione comunitaria. Per questo, si è riconosciuta la possibilità di attivare il ricorso per cassazione persino in sede di ottemperanza<sup>568</sup>.

Tuttavia, questa impalcatura concettuale ha subito un brusco arresto con l'intervento della Corte costituzionale<sup>569</sup>, la quale, innanzi alla preoccupazione che questa ermeneusi portasse di fatto all'equiparazione tra il ricorso in cassazione per violazione di legge (di cui all'art. 111 c. 7 Cost.), generalmente ammesso al di fuori del settore amministrativo, e quello, eccezionale, per motivi inerenti la giurisdizione rispetto ai giudici speciali (art. 111 c. 8 Cost.), ha compresso il perimetro del rimedio, ritenendo di confinarlo ai soli limiti esterni, gli unici veramente afferenti alla giurisdizione. Nonostante che la giurisprudenza di legittimità successiva abbia seguito l'arresto del giudice delle leggi<sup>570</sup>, il dibattito non si è sopito ed è stato più di recente ravvivato dalla Corte di Cassazione, che ha rimesso alla Corte di giustizia, tra altre questioni, anche quella concernente la corretta interpretazione dell'art. 111 ult. c. Cost.<sup>571</sup>. Ebbene, la Corte di giustizia, pronunciandosi sul punto<sup>572</sup>, ha posto una pietra tombale sulla problematica: pur accertando nel merito la non correttezza della pronuncia del Consiglio di Stato<sup>573</sup>, ha dichiarato che il diritto interno, che non prevede la possibilità di impugnare le sentenze del giudice amministrativo in Cassazione, non si pone in contrasto col diritto europeo, fintantoché sia garantita una tutela giurisdizionale non discriminatoria<sup>574</sup> ed effettiva<sup>575</sup>.

La revocazione, come strumento processuale atto in potenza a sopperire ai contrasti tra giudicati interni ed esterni, è un'impugnazione a critica vincolata, ammessa nel processo amministrativo

---

<sup>568</sup> Si veda sempre Cons. St. Ad. Plen. 11/2016. *De iure condendo*, si potrebbe anche ipotizzare che il giudicato comunitario sia esso stesso passabile di ottemperanza in sede interna.

<sup>569</sup> C. Cost. 6/2018.

<sup>570</sup> Come dimostrato dalle sentenze Cass. Sez. Un. 18592/2020, 6460/2020, 29085/2019, 13243/2019, 32622/2018.

<sup>571</sup> Cass. Sez. Un. 19598/2020 (pronunciata sull'annosa questione dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente), la quale, apertamente in contrasto con la ricordata pronuncia del giudice delle leggi, dichiara laconicamente che *“di conseguenza, la violazione del diritto dell'Unione europea da parte dei giudici amministrativi è (o sia afferma essere) irrimediabile nell'ordinamento nazionale, se non in via indiretta e succedanea mediante il risarcimento del danno per responsabilità dello Stato [...]”*, tanto più che un potenziale strumento, come la revocazione, non pare trovare spazio: *“Tale rimedio, comunque, non sarebbe agevolmente praticabile per i imiti strutturali dell'istituto della revocazione [...] e, specialmente, quando le sentenze delle Corti sovranazionali siano precedenti alla sentenza impugnata”*.

<sup>572</sup> C-497/20 del 2021 (caso Randstad).

<sup>573</sup> Per violazione della *regula iuris* fissata nella pronuncia C-333/18 del 2019 (Lombardi).

<sup>574</sup> Si legge in sentenza: *“Per quanto riguarda il rispetto del principio di equivalenza, risulta [...] che l'articolo 111, ottavo comma, della Costituzione, come interpretato dalla sentenza 6/2018 [della Consulta], limita, con le medesime modalità, la competenza della Corte suprema di cassazione a trattare ricorsi avverso sentenze del Consiglio di Stato, indipendentemente dal fatto che tali ricorsi siano basati su disposizioni di diritto nazionale o su disposizioni di diritto dell'Unione. In tali circostanze, si deve ritenere che una siffatta norma di diritto interno non violi il principio di equivalenza”*.

<sup>575</sup> *Ibidem*: *“Per quanto riguarda il principio di effettività, occorre ricordare che il diritto dell'Unione non produce l'effetto di obbligare gli Stati membri a istituire mezzi di ricorso diversi da quelli già contemplati dal diritto interno, a meno che, tuttavia, dalla struttura dell'ordinamento giuridico nazionale in questione risulti che non esiste alcun rimedio giurisdizionale che permetta [...] di garantire il rispetto dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione, o che l'unico modo per poter adire un giudice da parte di un singolo sia quello di commettere violazioni del diritto. Nel caso di specie, [...] nessun elemento [...] induce a ritenere a priori che il diritto processuale italiano abbia, di per sé, l'effetto di rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, in tale settore del diritto amministrativo, dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione”*.

(art. 106 c.p.a.)<sup>576</sup>, sulla base del modello civilistico testualmente richiamato (395 e ss. c.p.c.); oggetto di gravame possono essere sia le sentenze non passate in giudicato (revocazione ordinaria: per i vizi nn. 4 e 5 dell'art. 395 c.p.c.) sia quelle divenute definitive (revocazione straordinaria: solo per i vizi nn. 1, 2, 3 e 6 dell'art. 395 c.p.c.).

In generale, essa è funzionale ad evitare il consolidarsi di giudicati ingiusti, in quanto macchiati da elementi esterni al processo, spesso sopravvenuti, che rendono sostanzialmente non corretto il *decisum*<sup>577</sup>. Non a caso, il giudice dell'impugnazione è lo stesso che si è già pronunciato. Questi vizi sono tassativamente enumerati nelle disposizioni citate; nell'elencazione, però, manca il richiamo alla sopravvenienza data dal giudicato comunitario (ed internazionale)<sup>578</sup>. La lacuna legislativa, come sarà precisato nel successivo paragrafo, è stata oggetto di rinvio di costituzionalità da parte dell'Adunanza Plenaria<sup>579</sup> in riferimento al diritto di matrice convenzionale; ma l'auspicato intervento della Consulta non c'è stato<sup>580</sup>.

Ma le due ipotesi - diritto UE, diritto convenzionale - non sono pienamente sovrapponibili, alla luce delle differenti modalità di raccordo tra i rispettivi sistemi processuali e quello nazionale. Basti qui rimarcare che nel caso del diritto comunitario è necessario passare per un rinvio pregiudiziale, in assenza del quale la *quaestio iuris* comunitaria rimarrà di cognizione del solo magistrato di prima cure e degli eventuali giudici di gravame (processo di revocazione compreso).

Occorre allora domandarsi come la revocazione si adatterebbe ove ammettessimo che la violazione del diritto di fonte unionale sia vizio idoneo ad accedervi, essenzialmente tramite la doglianza dell'errore di fatto (n. 4, art. 395 c.p.c.). La dottrina<sup>581</sup> ha individuato quattro possibili scenari: nel primo, il contrasto col diritto europeo viene prospettato pendente il giudizio di merito, ma viene disatteso senza attivare il rinvio pregiudiziale; in questa evenienza sarebbe superfluo domandare allo stesso giudice tramite la revocazione di pronunciarsi su una questione che ha già scartato: qui il gravame servirebbe solamente a spronare il rinvio alla Corte di giustizia<sup>582</sup>.

Nel secondo caso, la violazione del diritto soprannazionale non affiora nel giudizio, ma traspare da una consolidata giurisprudenza comunitaria; nel terzo - che è utile trattare in connessione col precedente - abbiamo che la violazione, prospettata o meno, viene comunque disattesa e al giudicato sopravviene una pronuncia, resa in un altro caso, della Corte di giustizia con esso contrastante. In tali due ipotesi, la revocazione potrebbe assumere un peso specifico rilevante, giacché, a differenza della prima, la *regula iuris* è stata già espressa - anche in casi diversi - dal giudice europeo e questo elemento sarebbe proprio alla base del gravame. Occorre solo domandarsi se è legittimo ammettere l'impugnazione rispetto ad un diritto pretorio che già poteva essere richiamato nel giudizio originario ovvero - come pare più ragionevole - confinarla alla sola casistica di una giurisprudenza sopravvenuta.

Infine, nella quarta situazione la violazione del diritto europeo si concretizza verso un atto decisivo delle istituzioni comunitarie non giurisdicenti, ignorato dal giudice interno. Anche qui, come nei due

---

<sup>576</sup> Fin dalla normativa più risalente: artt. 28 e 36 l. 1034/1971, art. 46 r.d. 1054/1924, art. 38 r.d. 638/1907.

<sup>577</sup> Per un'analisi più dettagliata sulla natura dell'impugnazione, si rinvia a Attardi A., *La revocazione*, Padova, CEDAM, 1959, 10 e ss.. Tra la dottrina più recente, ricordiamo Consolo C., op. cit., II, 631 e ss.. Per il processo amministrativo, Carbone A., *Corso di giustizia amministrativa. Il processo amministrativo*, 2016, Roma, La Sapienza Editrice, 159 e ss., e Travi A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2021, 349 e ss..

<sup>578</sup> La percorribilità dello strumento della revocazione rispetto alla sopravvenienza comunitaria è stata propugnata da Picardi N., *Eventuali conflitti fra principio del giudicato e principio della superiorità del diritto comunitario*, in *Giustizia civile*, III, 2008, 561, e da Ferraro V., *L'intangibilità del giudicato amministrativo e il diritto europeo: le recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico*, V, 2005, 1065.

<sup>579</sup> Cons. St. Ad. Plen. 2/2015.

<sup>580</sup> C. Cost. 123/2017.

<sup>581</sup> Carbone A., op. cit., 536.

<sup>582</sup> Con l'avvertenza, da parte di Carbone A., op. cit., 537, che “[...] in questo caso la revocazione verrebbe a configurarsi come impugnazione diretta [...] nei confronti della corte di giustizia, alla quale sarebbe demandata la decisione sull'interpretazione relativa alla questione controversa, stravolgendo il sistema del rinvio pregiudiziale”.

precedenti frangenti, emerge un contrasto con un atto sovranazionale già varato; ma, stavolta, trattasi di una decisione non giurisdizionale: dunque siamo al di fuori della tematica dei rapporti tra giudicati e la revocazione potrebbe allora assumere la veste di strumento per garantire la completa applicazione del diritto UE.

Da quanto affermato pare potersi desumere che l'impugnazione per revocazione possa ammettersi, più ampiamente, laddove vi sia una sentenza della Corte di giustizia o un atto di un altro organo europeo idoneo a mettere in discussione la pronuncia nazionale, in analogia con i principi già riconosciuti dal giudice comunitario circa l'obbligo di riesame degli atti amministrativi (la *regula Kühne-Kempton* per intenderci)<sup>583</sup>.

Da ultimo, abbiamo la tutela per equivalente. Quando un qualsiasi organo dello Stato violi il diritto comunitario, non solo lo espone, sul piano dei rapporti Unione-Stati, alla procedura di infrazione ex artt. 258 e ss. TFUE, ma anche, sul piano delle relazioni Stati-cittadini, all'azione di responsabilità<sup>584</sup>.

Il danno ingiusto può derivare da una scorretta applicazione del diritto sovranazionale da parte del legislatore<sup>585</sup>, dell'amministrazione<sup>586</sup> e, per quanto qui rileva, dal giudice di ultima istanza. In quest'ultimo caso, si faccia attenzione, non si tratta di rimettere in discussione gli effetti della cosa giudicata, ma di riconoscere il diritto al risarcimento danni per coloro che siano attinti da un pronunciamento che cristallizzi la violazione del diritto di fonte europea. Anzi, qui il giudicato funge da elemento costitutivo della *causa petendi* risarcitoria<sup>587</sup>. Il *petitum*, ovviamente, non potrà che essere un ristoro per equivalente, non l'utilità illegittimamente negata.

L'ammissibilità dell'obbligazione risarcitoria in capo allo Stato-legislatore, prevista fin dal noto caso Francovich<sup>588</sup>, è stata infatti estesa nella pronuncia Köbler<sup>589</sup> agli organi giurisdizionali, secondo un modello di responsabilità oggettiva, che prescinde quindi dall'elemento soggettivo.

In disparte rimane il contenzioso col singolo magistrato: infatti, secondo la l. 117/1988 l'azione in parola deve essere esperita contro la Presidenza del Consiglio dei Ministri; pur potendo il giudice intervenire, egli rimarrà normalmente estraneo alla lite, salvo il successivo giudizio di rivalsa che la Presidenza potrà (*recte*: dovrà) esperire nei suoi confronti in sede erariale, in caso di soccombenza. Anche sul punto, comunque, si registra un importante arresto della giurisprudenza comunitaria<sup>590</sup>, volto ad evitare sacche di impunità degli Stati.

*Mutatis mutandis*, il principio sotteso a questa interpretazione non è dissimile da quello che abbiamo sopra analizzato in caso di contrasti tra giudicati: la lite processuale, conclusa in via definitiva in sede nazionale, può riaprirsi (o, meglio, proseguire) laddove si riscontri, nel suo

---

<sup>583</sup> Alle stesse conclusioni perviene anche Urbano G., op. cit., 202. Nondimeno, Carbone A., op. cit., 540, ammonisce che “*appare quantomeno perplessa l'ipotesi di estendere l'ambito di applicazione della revocazione alla violazione del diritto comunitario quando ancora non è del tutto chiara né la portata del principio di supremazia del diritto comunitario in tale ambito, né il ruolo che la revocazione sarebbe chiamata a svolgere*”.

<sup>584</sup> Che peraltro sono gli unici rimedi che la stessa Corte di giustizia, nel citato caso Randstad, ritiene spendibili.

<sup>585</sup> Si vedano la sentenza Cass. Sez. Un. 9147/2009 sulla natura contrattuale della responsabilità e la riforma recata con l. 183/2011, art. 4 c. 43 sulla prescrizione dell'azione.

<sup>586</sup> Si pensi alla responsabilità - oggettiva - della p.a. in caso di violazione della normativa sui contratti pubblici: C-314/09 del 2010 (Stadt Graz).

<sup>587</sup> La stessa Corte di giustizia nel caso Köbler lo ricorda: “*il riconoscimento del principio della responsabilità dello Stato per la decisione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, non ha di per sé come conseguenza di rimettere in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata*” trattandosi di un processo che “*non ha lo stesso oggetto e non implica necessariamente le stesse parti del procedimento [...]*”.

<sup>588</sup> C-6/90 e C-9/90 del 1991, poi approfondito nei successivi arresti C-46/93 (Brasserie du pêcheur) e C-48/93 (Factortame) del 1996.

<sup>589</sup> C-24/01 del 2003.

<sup>590</sup> Il riferimento è alla pronuncia C-173/03 del 2006 (Traghetti del Mediterraneo) che ha poi portato alla riforma nel 2015 (l. n. 18) della l. 117/1988.

contenuto dispositivo, una contraddizione col diritto comunitario<sup>591</sup>. È per questo che l'apertura avvenuta con la pronuncia Köbler assume una valenza più dirompente rispetto a quella avuta nella controversia Francovich: se nell'evenienza di violazione da parte del legislatore nazionale, il modello della responsabilità che ne consegue non è poi così lontano da quello, oramai pienamente acquisito nel nostro ordinamento, della responsabilità della pubblica amministrazione (certamente, con i dovuti accorgimenti); differente pare il caso della giurisdizione: non perché, ovviamente, i magistrati non possano sbagliare, ma perché esiste un principio, altrettanto consolidato nella nostra esperienza giuridica, quello dell'immutabilità della *res iudicata*, che rende le decisioni dei giudici - salvo eccezioni - non rimediabili, a differenza delle altre deliberazioni assunte ad ogni altro livello costituzionale (per i provvedimenti amministrativi, abbiamo l'autotutela e il sistema dei ricorsi giustiziali e giurisdizionali; per gli atti legislativi, l'abrogazione e la giustizia costituzionale)<sup>592</sup>.

### 3.5 Segue: il diritto convenzionale

La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) è un trattato internazionale siglato a Roma nel 1950<sup>593</sup> tra gli Stati aderenti al Consiglio d'Europa, un organismo regionale sorto all'indomani della seconda guerra mondiale.

La Convenzione spicca nel panorama degli accordi internazionali per due ordini di ragioni. In primo luogo, per l'oggetto: normalmente il diritto pattizio concerne la sfera politico-commerciale degli Stati, ma in questo caso abbiamo invece un accordo che riguarda i diritti e le libertà fondamentali degli individui. Può allora dirsi che obiettivo della Convenzione è la fissazione di uno standard uniforme e minimo di protezione delle prerogative individuali<sup>594</sup>.

In secondo luogo, gli Stati contraenti hanno dato vita ad un moderno sistema di protezione dei diritti riconosciuti dall'accordo tramite l'istituzione di un apposito organo giurisdizionale, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU). Il suo compito è quello di garantire la corretta interpretazione ed applicazione della carta non per mezzo di pronunce costitutive - che invalidino cioè le disposizioni nazionali confliggenti o la decisione del giudice interno - ma di sentenze ricognitive, le quali accertino la violazione del diritto di fonte pattizia e, per l'effetto, condannino a porvi rimedio.

Si comprende come la Convenzione non abbia un ambito materiale specificamente delimitato ma, coinvolgendo i diritti della persona, assuma una valenza trasversale. Sebbene dunque la sua *alma mater* sia naturalmente il diritto penale<sup>595</sup>, nulla esclude il suo peso nelle altre branche dell'ordinamento, diritto amministrativo compreso<sup>596</sup>. In quest'ultimo frangente, il diritto

---

<sup>591</sup> La similitudine è enfatizzata energicamente in Cerulli Irelli V., op. cit., 227.

<sup>592</sup> Ivi, 230.

<sup>593</sup> Ed entrato in vigore tre anni dopo. L'Italia ha ratificato la Convenzione con la legge n. 848 del 1955.

<sup>594</sup> Come del resto riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale; *ex multis* C. Cost. 43/2017.

<sup>595</sup> Per maggiori approfondimenti, sia consentito rinviare a Marinucci G., Dolcini E., Gatta G. L., *Diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2022, 65 e ss..

<sup>596</sup> La dottrina avverte: “[...] dall'impostazione fatta propria dalla Convenzione si ricava il sostanziale rifiuto dell'autonoma rilevanza del diritto amministrativo: questo, infatti, non ha una propria consistenza nell'ambito del diritto europeo-convenzionale [...] ma risulta associato o, sotto il profilo sostanziale, ad autonomi diritti oggetto di copertura convenzionale [...] o, sotto il profilo della garanzia procedurale, alla materia civile o penale, a seconda dei casi. [...] Il diritto amministrativo si divide così in tre settori: ciò che rientra nelle criminal charges, che gode della protezione procedurale di cui all'art. 6, §1-3, CEDU; ciò che rientra nei civil rights and obligations, per i quali la garanzia procedurale è limitata alle previsioni dell'art. 6, §1, CEDU; ciò che assume rilevanza sotto il profilo sostanziale in relazione ad un diritto garantito in ambito convenzionale” (Carbone A., *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Diritto processuale amministrativo*, II, 2016, 490).

convenzionale ha assunto un ruolo via via crescente<sup>597</sup> in tema, ad esempio, di espropriazione<sup>598</sup>, di misure di prevenzione<sup>599</sup> e, soprattutto, di sanzioni<sup>600</sup>.

Prima di affrontare il tema oggetto della presente trattazione, cioè le sopravvenienze di matrice convenzionale, occorre brevemente soffermarsi sui rapporti tra diritto interno e diritto CEDU.

Sul punto, la consolidata giurisprudenza costituzionale<sup>601</sup> ritiene che la normativa nazionale contrastante con un disposto convenzionale venga fatta oggetto, se non è possibile un'interpretazione conforme, di rinvio di costituzionalità, perché, mercé il dettato dell'art. 117 c. 1 Cost.<sup>602</sup>, la CEDU assurge a norma interposta, la cui violazione si risolve, pertanto, in un contrasto indiretto con la Carta costituzionale<sup>603</sup>.

Sono dunque lampanti le differenze tra l'ordinamento eurounitario e quello convenzionale: mentre in caso di conflitto tra norma interna e disposizione comunitaria, il giudice nazionale, tramite un sindacato diffuso, può direttamente disapplicare la prima<sup>604</sup> in forza del trasferimento di sovranità e competenze dagli Stati alle istituzioni europee; invece, laddove il contrasto coinvolga un articolo della Convenzione, l'organo giudiziario, non essendosi registrata alcuna cessione di sovranità, non può disapplicare, ma deve sollevare questione di costituzionalità. Questa ricostruzione, si badi, varrà finché l'Unione non darà seguito al disposto dell'art. 6 par. 2 TUE<sup>605</sup>, che la vincola a sottoscrivere la CEDU; quando ciò avverrà, la Convenzione diventerà parte integrante del diritto comunitario e sarà sottoposta ad un uniforme regime giuridico<sup>606</sup>.

Viene così a strutturarsi un complesso sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali<sup>607</sup>, stratificato su tre piani di fonti e di giurisdizioni: quello internazionale, quello europeo, quello nazionale; ma i rapporti tra i vari stadi non sono in ogni caso lineari ed armonici.

Difatti l'armamentario così congegnato non è sempre in grado di evitare che le antinomie rimangano irrisolte e vengano addirittura assorbite in un giudicato; nella maggior parte dei casi,

---

<sup>597</sup> Tanto che la dottrina ha individuato un nucleo di principi generali di diritto amministrativo di matrice convenzionale: Carbone A., op. cit., 484.

<sup>598</sup> Per l'ammontare dell'indennizzo: CEDU ric. 36813/97, deciso nel 2006 (Scordino v. Italia); per l'espropriazione indiretta: CEDU ric. 31524/96, deciso nel 2000 (Belvedere Alberghiera v. Italia) e CEDU ric. 24638/94, deciso nel 2000 (Carbonara e Ventura v. Italia).

<sup>599</sup> Da ultimo, CEDU ric. 43395/09, deciso nel 2017 (De Tommaso v. Italia).

<sup>600</sup> Per la nozione autonoma di materia penale, si veda il cruciale arresto CEDU ric. 5100/71 deciso l'8 giugno 1976 (Engel e altri c. Paesi Bassi). Per l'estensione delle garanzie sostanziali di cui all'art. 7 della Convenzione alla confisca urbanistica, si rinvia a CEDU ric. 75909/01, deciso nel 2009 (Sud Fondi v. Italia) e a CEDU ric. 1828/06, deciso nel 2018 (G.I.E.M. v. Italia); per l'estensione delle tutele procedurali - in particolare il cosiddetto doppio binario sanzionatorio - fissate dall'art. 6, CEDU ric. 18640/10, deciso nel 2014 (Grande Stevens v. Italia) e ric. 24130/11 deciso nel 2016 (A e B v. Norvegia).

Per completezza, dobbiamo ricordare anche il dibattito, legato al precedente, sul principio del giusto procedimento amministrativo ex art. 6 CEDU e sulla *full jurisdiction*: CEDU ric. 7299/75 e 7496/76, decisi nel 1983 (Albert and Le Compte v. Belgio); tra la letteratura: Carbone A., op. cit., 477 e ss., e Cintioli F., *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Diritto processuale amministrativo*, II, 2015, 507.

<sup>601</sup> A partire dalle sentenze gemelle - rese in materia di espropriazione - nn. 348 e 349 del 2007.

<sup>602</sup> E non dell'art. 11 Cost., dal momento che, con la Convenzione, gli Stati non hanno sacrificato porzioni della loro sovranità.

<sup>603</sup> Laddove poi la normativa pattizia abbia un contenuto precettivo corrispondente a quello di una consuetudine generalmente riconosciuta, entra in gioco pure l'art. 10 Cost..

<sup>604</sup> Salve le residuali ipotesi - i controlimiti - in cui anche qui si rende necessario il ricorso alla Consulta.

<sup>605</sup> Si veda anche l'art. 1 del protocollo allegato n. 8. Del tutto minoritaria la tesi della già avvenuta comunitarizzazione della Convenzione: cfr. Cons. St. sez. IV 1220/2010 e TAR Lazio, Roma, sez. II bis 11984/2010.

<sup>606</sup> Dopo aver intrapreso le procedure per l'adesione, l'Unione si è chiamata fuori a seguito del parere vincolante n. 2/2013 del 2014 reso dalla Corte di giustizia.

<sup>607</sup> *Amplius*, Ridola P., *Il principio libertà nello stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2018, 166 e ss..



d'altronde, per il modo in cui è costruito il ricorso alla Corte EDU, il singolo ottiene la tutela per i propri diritti fondamentali solo a seguito della chiusura della controversia sul piano nazionale. Come fatto nel paragrafo precedente, anche qui possiamo distinguere tra rimedi preventivi e successivi, a seconda che siano utilizzabili prima o dopo il formarsi di una *res iudicata* nazionale. Tra i primi annoveriamo quelli già citati dell'interpretazione conforme e dell'incidente di costituzionalità; in più vi aggiungiamo il ricorso per cassazione (in attesa di ulteriori sviluppi giurisprudenziali) e il parere non vincolante che la Corte convenzionale è chiamata a pronunciare, in forza del protocollo aggiuntivo n. 16 (artt. 1 e 5), su istanza del giudice *a quo*<sup>608</sup>, ma sulla cui utilità è lecito dubitare<sup>609</sup>.

I rimedi successivi, d'altra parte, constano del ricorso alla Corte EDU, dell'equo indennizzo, della revocazione e dell'ottemperanza (gli ultimi due almeno in potenza).

Per quanto concerne l'impugnazione innanzi al giudice di legittimità, valgono le stesse affermazioni fatte nel paragrafo precedente circa i rapporti col diritto comunitario: anche qui si registra un orientamento pretorio della Cassazione<sup>610</sup> e velatamente avallato dalla giurisprudenza amministrativa<sup>611</sup>, di recente fattura, a mente del quale sarebbe censurabile in punto di giurisdizione ex art. 111 ult. c. Cost., la sentenza del Consiglio di Stato che si ponga in contrasto col diritto convenzionale, così come interpretato dalla Corte EDU. Non è però chiaro se ciò valga solo rispetto a pronunce della Corte di Strasburgo sopravvenute oppure in ogni caso<sup>612</sup>.

La *ratio* di una tale estensione - non dissimile da quella evocata rispetto al diritto europeo<sup>613</sup> - è da individuare nella volontà di evitare il consolidarsi di una cosa giudicata in contraddizione con vincoli che lo Stato italiano ha assunto sul piano internazionale; al contempo si tratta, tramite l'esaltazione del principio di effettività della tutela, di conferire al singolo gli strumenti idonei per garantire le sue prerogative.

Nondimeno, già lo si è visto, questa lettura è stata esplicitamente arginata dal giudice delle leggi<sup>614</sup> che ha rimarcato la necessità di mantenere distinti il ricorso in cassazione del comma 7 dell'art. 111 Cost., ammesso nella giurisdizione comune per la violazione di legge, e quello del comma successivo, eccezionalmente prescritto per i soli motivi di giurisdizione rispetto ad alcune magistrature speciali (quella amministrativa e quella contabile). In un'ottica sistematica, si aggiunge, l'equipollenza dei due strumenti finirebbe per mettere seriamente in forse l'assetto

---

<sup>608</sup> Anche il Comitato dei Ministri ex art. 47 CEDU può richiedere un parere preventivo.

<sup>609</sup> *De iure condendo*, come propone Carbone A., *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, cit., 528, si potrebbe anche ritenere che le sentenze nazionali non passino in giudicato fintantoché non siano decorsi i termini per il ricorso al giudice convenzionale. Lo stesso autore avverte però che questa strada "appare tuttavia difficilmente praticabile, anche per la scarsa coerenza del collegamento ipotizzato con l'impostazione strutturale del ricorso alla Corte di Strasburgo".

<sup>610</sup> Cristallizzato da Cass. Sez. Un. 6891/2016, in cui leggiamo: "[...] il giudizio sulla giurisdizione rimesso alle Sezioni Unite non è più riconducibile ad una verifica di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo, né è rivolto al semplice accertamento del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato, ma costituisce uno strumento per affermare il diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi". Ancor prima in Cass. Sez. Un. 30254/08: "[...] è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca". Si contrappone tuttavia un nutrito filone contrario: Cass. Sez. Un. 13976/2017, 21617/17, 8117/17.

<sup>611</sup> Cons. St. Ad. Plen. 11/2016 (anche se in un *obiter dictum*).

<sup>612</sup> Rispetto al diritto UE, Cass. Sez. Un. 19598/2020 lo ammette per ambo i casi.

<sup>613</sup> Il parallelismo è espressamente richiamato in Cass. Sez. Un. 6891/2016.

<sup>614</sup> C. Cost. 6 del 2018, pronunciata proprio in riferimento all'ordinanza di rinvio contenuta in Cass. Sez. Un. 6891/2016. *Mutatis mutandis* valga anche il rinvio al caso Randstad trattato nel paragrafo precedente.

pluralistico delle giurisdizioni, ereditato dallo Stato liberale e fatto salvo dai costituenti<sup>615</sup>. Nè, vieppiù, colgono nel segno i richiami a principi generali - quali la *primauté* internazionale, l'effettività della tutela, il giusto processo - che, pur innegabilmente rilevanti, non assumono alcun peso rispetto alla questione di giurisdizione.

Nonostante l'autorevole arresto, sta di fatto che il problema persiste e non pare risolvibile invocando, come la Consulta fa, il solo strumento della remissione in termini per errore scusabile (art. 37 c.p.a.); non a caso lo stesso giudice delle leggi, lucidamente e coerentemente rispetto al *dictum* dell'anno precedente<sup>616</sup>, propone di superare l'ostacolo con l'introduzione, per opera del legislatore, di un nuovo motivo di revocazione<sup>617</sup>. Nel medesimo percorso si situa la Cassazione che, *ut supra* ricordato, seppur limitatamente al diritto europeo, si è fatta portavoce, a mezzo di un rinvio pregiudiziale, delle difficoltà di raccordo tra i due microcosmi normativi<sup>618</sup>. Questi esempi, a prescindere da quali saranno i successivi sviluppi normativi e giurisprudenziali, paiono dimostrare il deficit di effettività di un sistema di tutela, come quello amministrativo, caratterizzato da due gradi di giudizio di merito ma sprovvisto di un giudizio di legittimità paragonabile a quello esistente nel processo civile (e penale), eppure esposto al contempo, ma per i soli motivi di giurisdizione, al sindacato della Cassazione<sup>619</sup>.

Il rimedio successivo per eccellenza è il ricorso diretto alla Corte di Strasburgo; legittimati attivi ex artt. 33 e 34 della carta sono gli Stati contraenti (ma è molto raro che si verifichi) e le persone fisiche e giuridiche (ciò che rappresenta un *unicum* nel panorama internazionale). Legittimato passivo è chiaramente il Paese aderente che non ha rispettato il disposto convenzionale. L'itinerario processuale della fase di cognizione<sup>620</sup> e di quella esecutiva<sup>621</sup> segue proprie scansioni normative.

---

<sup>615</sup> Rammenta la Consulta nella pronuncia citata: “Con la sentenza n. 204 del 2004 si è infatti rilevato che l'unità funzionale non implica unità organica delle giurisdizioni, e che i Costituenti hanno ritenuto di dover tener fermo l'assetto precostituzionale [...]”. Ricordando il discorso di Mortati, pronunciato in seno all'Assemblea costituente il 27 novembre del 1947, si rimarca la volontà di escludere la “soggezione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti al controllo di legittimità della Corte di Cassazione”, limitando quest'ultimo al solo eccesso di potere giudiziario. Ancora: “Con la sentenza n. 77 del 2007 [...] questa Corte ha aggiunto che perfino il supremo organo regolatore della giurisdizione, la Corte di cassazione, con la sua pronuncia può soltanto, a norma dell'art. 111, comma ottavo, Cost., vincolare il Consiglio di Stato e la Corte dei conti a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma certamente non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione”.

<sup>616</sup> Si tratta di C. Cost. 123/2017, che sarà analizzata subito appresso.

<sup>617</sup> Nelle parole della Consulta: “[...] il problema indubbiamente esiste, ma deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione, eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione [...]”.

<sup>618</sup> Ci si riferisce a Cass. Sez. Un. 19598/2020.

<sup>619</sup> Ad esempio, nel diritto francese, la giustizia amministrativa si articola su due gradi di merito e sul ricorso di legittimità al *Conseil d'État*, che funge da vero organo di nomofilichia. Le questioni di giurisdizione non sono poi affidate alla Cassazione, ma ad un organo a composizione mista. Per approfondimenti: Masucci A., *Il processo amministrativo in Francia*, Milano, Giuffrè, 1995, *passim*.

<sup>620</sup> Il ricorso deve essere innanzitutto ricevibile; i casi di irricevibilità sono elencati all'art. 35 CEDU e su di esse delibera un giudice della Corte.

Se la questione è ricevibile e può essere agevolmente risolta sulla base di una giurisprudenza consolidata, essa è deferita ad un comitato di tre giudici; altrimenti, viene decisa da una sezione composta da sette magistrati. Ciascuna sezione, ancora, può declinare la propria competenza a vantaggio della Grande Camera quando ritenga che il caso sia particolarmente complesso o possa generare una frattura giurisprudenziale; allo stesso modo, la Grande Camera assume il ruolo di giudice di legittimità a cui il soccombente può rivolgersi entro tre mesi per impugnare il *decisum*, ma solo se il gravame solleva gravi problemi di interpretazione o un'importante questione di carattere generale (art. 43 CEDU). *Funditus Cannizzaro E.*, *Diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2014, 390.

<sup>621</sup> L'esecuzione delle sentenze è rimessa alla discrezionalità degli Stati condannati; tuttavia, su di essa vigila il Comitato dei Ministri, istituzione interna al Consiglio d'Europa, il quale può, in forza del protocollo n. 14 di riforma dell'art. 46 della Convenzione, coinvolgere la Corte EDU.

L'attivazione del ricorso è sottoposta al principio di sussidiarietà o di residualità: per poter adire la Corte, il ricorrente, oltre a dover rispettare il termine decadenziale di sei mesi decorrente dalla pronuncia interna, deve aver esaurito tutti gli strumenti rimediali ordinari che l'ordinamento gli conferisce sul piano interno, purché siano effettivi e materialmente accessibili<sup>622</sup> (art. 35 CEDU). Ciò significa allora che, nell'ottica pattizia, i principi della carta devono essere garantiti in prima battuta dai giudici nazionali; solo quando questi abbiano fallito il loro compito, potrà intervenire il giudice convenzionale. Successivamente, spetterà allo Stato soccombente riparare al nocumento. Le decisioni della Corte hanno, come già ricordato, un contenuto dichiarativo-condannatorio e l'art. 46 CEDU rammenta che il giudice convenzionale può anche corrispondere un'equa soddisfazione alla parte lesa, ove il diritto interno non garantisca una completa cancellazione del pregiudizio arrecato. Ora, l'equa soddisfazione a cui si riferisce la carta non è intesa semplicemente come risarcimento in forma equivalente (comunque previsto dall'art. 41 CEDU), ma soprattutto come *restituito in integrum*, che potrebbe consistere, a seconda dei casi, in una riforma legislativa retroattiva, nell'autotutela amministrativa, nella riapertura del processo, nello stralcio del giudicato. La Corte EDU, infatti, ove individui incompatibilità strutturali, magari con sentenze pilota, può indicare le disposizioni interne in conflitto e che gli Stati sono chiamati a revisionare<sup>623</sup>. Da quanto detto derivano due corollari importanti: la violazione convenzionale viene, nella quasi totalità dei casi, accertata a fronte di una *res iudicata* già consolidata e lo Stato contraente è vincolato a rispettare la pronuncia della Corte internazionale, attivandosi di conseguenza<sup>624</sup>. L'approntamento di uno strumento di impugnazione straordinaria - come vedremo subito, specialmente nei casi di comprovata violazione delle garanzie procedurali dell'art. 6 CEDU - appare, se non obbligatorio, quantomeno opportuno; la revocazione sembra poter svolgere questo ruolo.

Dal momento che la citata impugnazione è un rimedio eccezionale, radicato su censure tassative, l'estensione analogica della medesima al caso che qui ci interessa non sarebbe possibile, pena la violazione dell'art. 14 preleggi. Pertanto, l'ampliamento è ipotizzabile solo per mezzo di una riforma legislativa<sup>625</sup> o di una pronuncia additiva della Consulta<sup>626</sup>; il Consiglio di Stato, di recente, ha tentato quest'ultima strada<sup>627</sup>. Ma la Corte costituzionale<sup>628</sup> ha rigettato la questione, sulla base

---

<sup>622</sup> CEDU ric. 25803/94, deciso nel 1999 (Selmouni v. Francia).

<sup>623</sup> Cfr. CEDU ric. 56581/00 (Sejdovic v. Italia) e ric. 31443/96 (Broniowski v. Polonia), entrambi decisi nel 2004; ancor prima, si veda il caso Scozzari e Giunta v. Italia (ric. 39221/98 e 41963/98, decisi nel 2000).

<sup>624</sup> Il tema dei limiti soggettivi - noto anche come problema dei "fratelli minori" - del giudicato convenzionale è assai dibattuto; di massima, l'orientamento pretorio prevalente (avallato anche dalla Consulta: sentt. 236/11, 210/13, 49/15 e 123/17 e dal regolamento procedurale della CEDU, art. 61) ritiene che le decisioni CEDU possano dispiegare effetti *erga omnes* solo se contenute in sentenze cosiddette pilota o se derivano da una giurisprudenza consolidata. La questione è stata di recente affrontata nel settore penale in esito alla nota vicenda Contrada (cfr. Cass. Sez. Un. Pen. 8544/2020). Nella letteratura amministrativistica, sembra ammettere l'efficacia *ultra partes* Carbone A., op. cit., 542.

<sup>625</sup> Il d.d.l. S.3354 della XIV legislatura, all'art. 3, proponeva la riforma in tal senso dell'art. 395 c.p.c.. Nel panorama europeo numerosi Stati membri del Consiglio d'Europa hanno riformato le proprie disposizioni processuali: la Germania nel 2006 ha aggiunto un nuovo caso di revocazione straordinaria all'art. 580 ZPO; la Spagna nel 2015 ha introdotto l'art. 5 bis alla *Ley Orgànica del Poder Judicial*; ancora, la Francia, nel 2016, ha novellato il *Code de l'organisation judiciaire* all'art. 452-1.

<sup>626</sup> Salvo a voler forzare il vizio di errore di fatto.

<sup>627</sup> Il riferimento è a Cons. St. Ad. Plen. n. 2 del 2015, concernente la sopravvenuta sentenza CEDU Mottola e altri v. Italia (ric. 29932/07, deciso nel 2014), che ha affrontato il problema dell'interpretazione pretoria dell'art. 69 c. 7 d. lgs. 165/2001.

<sup>628</sup> C. Cost. 123 del 2017, commentata da Police A., *Giudicato amministrativo e sentenze di Corti sovranazionali. Il rimedio della revocazione in un'analisi costi benefici*, in *Diritto processuale amministrativo*, II, 2018, 646, e Travi A., *Pronunce della Corte di Strasburgo e revocazione delle sentenze: un punto fermo della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, III, 2017, 1260. Stessa sorte si è registrata nei successivi arresti C. Cost. nn. 93 e 18 del 2018.

Analogamente, il problema è stato trattato, sul piano civilistico, in C. Cost. 238/2014.

dell'idea che, a differenza del processo penale<sup>629</sup>, la riapertura del processo, come rimedio in forma specifica, non sia un obbligo imposto dalla giurisprudenza convenzionale<sup>630</sup>; inoltre nel processo amministrativo (come in quello civile e diversamente da quello penale) è assai probabile che la controversia attinga soggetti terzi (controinteressati, eredi, aventi causa) che si sono affidati in buona fede alla conservazione del giudicato per loro favorevole. Non avendo costoro cagionato la lesione che ha dato scaturigine al processo presso la Corte EDU (imputabile invece alle autorità nazionali) e non essendo evocati nel processo a Strasburgo, è ragionevole ipotizzare una loro aspettativa non maliziosa circa la conservazione del *dictum* interno. Così facendo, la Consulta ha delegato la delicata ponderazione degli interessi in gioco (quelli dello Stato, del ricorrente, dei suoi "fratelli minori", dei terzi) al Parlamento<sup>631</sup>. Ciò comporterebbe, come ha denunciato certa dottrina<sup>632</sup>, una sorta di deresponsabilizzazione dello Stato italiano circa l'adempimento degli obblighi pattuiti ex art. 46 CEDU.

La revocazione non è nuova al settore del diritto internazionale; il legislatore, infatti, aveva individuato in questa impugnazione lo strumento tramite cui revisionare le pronunce interne che, in maniera sopravvenuta, si palesassero contrastanti con una decisione della Corte Internazionale di

---

<sup>629</sup> Per il quale si veda C. Cost. 113/2011, resa all'esito del caso Dorigo. Attenta dottrina denuncia la paventata eterogeneità, ai nostri fini, del processo penale rispetto a quello amministrativo, giacché la differenza - non ontologica, ma qualitativa - deriverebbe solo da questo, che è più frequente nel primo il tema della riapertura del processo (Pirrone A., *Obbligo di conformazione alla pronuncia della Corte di Strasburgo e revocazione della sentenza amministrativa: la sentenza n. 123/2017 della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, 537).

<sup>630</sup> Non spetta infatti alla Corte EDU sancire i rimedi, anche se a fronte della violazione dell'art. 6 CEDU, il riesame del caso appare lo strumento più opportuno "senza indebitamente stravolgere i principi della res iudicata o la certezza del diritto nel contenzioso civile, in particolare quando tale contenzioso riguarda terzi con i propri legittimi interessi da tutelare": CEDU ric. 22251/08, deciso nel 2015 (Bochan v. Ucraina); nello stesso senso, più di recente, CEDU ric. 19867/12, deciso nel 2017 (Moreira Ferreira v. Portogallo). Queste affermazioni sono avvalorate dalla pur non vincolante Raccomandazione R(2000)2 del 2000, emanata dal Comitato dei Ministri. Nelle parole di sintesi della Consulta: "[...] l'obbligo di conformazione alle sentenze della Corte ha un contenuto variabile, le misure ripristinatorie individuali diverse dall'indennizzo sono solo eventuali e vanno adottate esclusivamente laddove necessarie per dare esecuzione alle sentenze stesse, e il riesame del caso o la riapertura del processo sono tuttavia da ritenersi le misure più appropriate nel caso di violazione delle norme convenzionali sul giusto processo". La revocazione sarà allora d'obbligo solo in quegli ordinamenti, diversi dal nostro, che la prevedono in materia. *Contra* Pirrone A., op. cit., 527, che sottolinea la necessaria variabilità del rimedio della *restitutio in integrum* di cui all'art. 46 CEDU, dipendente dal contenuto della pronuncia. Il medesimo autore peraltro contesta anche l'importanza data alla posizione dei terzi per negare lo strumento revocatorio.

<sup>631</sup> Auspicando, sul piano interno, una apposita modifica dell'art. 395 c.p.c. e, sul piano internazionale, un maggior coinvolgimento dei controinteressati tramite il meccanismo previsto dall'art. 36 c. 3 CEDU. L'augurio è stato ribadito anche nella più volte citata decisione n. 6 del 2018. Critico verso questa estensione è Conti R. G., *L'esecuzione delle sentenze della Corte edu nei processi non penali dopo Corte cost. n. 123 del 2017*, in *Consulta online*, II, 2017, 341.

<sup>632</sup> Conti R. G., op. cit., 342. Per evitare il problema, altra letteratura propone di differenziare la revocazione a seconda delle parti in causa: se il legittimato passivo è un soggetto pubblico, l'impugnazione è senz'altro ammissibile; se invece la lite coinvolge terzi privati, la revocazione è possibile solo se i rimedi risarcitori siano inefficaci (Tedoldi A. M., *Intangibilità dei giudicati civili e amministrativi contrari alla CEDU*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 2019, 468).

giustizia<sup>633</sup>. In effetti, diversamente dal caso del diritto UE, in tale frangente questo gravame potrebbe dimostrarsi particolarmente utile, visto che la dialettica corte nazionale-corte convenzionale passa necessariamente per il formarsi di un giudicato e per la sopravvenuta pronuncia internazionale<sup>634</sup>, caratterizzata da una spiccata aderenza al caso concreto (logica del *case by case*)<sup>635</sup>.

Nondimeno, non ogni violazione del diritto pattizio deve per forza risolversi nella riapertura del rapporto processuale<sup>636</sup>: come nel diritto penale<sup>637</sup>, ove il problema si pone negli stessi termini, la revocazione può attagliarsi perfettamente alle fattispecie connotate dalla violazione dell'art. 6 CEDU, in cui cioè il nuovo segmento processuale, aperto appunto con l'impugnazione straordinaria, sia volto a riparare il diritto, a suo tempo violato, ad un giusto processo. Fronteggiare, viceversa, una violazione delle garanzie sostanziali (in particolare, dell'art. 7 CEDU) con la riapertura della vicenda processuale, non sarebbe granché utile, ché anzi, paradossalmente, porterebbe alla perpetuazione della lesione. Qui si rende necessaria un'azione *ad hoc* esogena (riforma legislativa retroattiva o autotutela amministrativa) o endogena (cioè, giurisdizionale). Sotto quest'ultimo profilo, se nel processo penale, si è fatto riferimento all'istituto

---

<sup>633</sup> La complessa vicenda ruotava attorno al problema dell'immunità di diritto internazionale che la Germania aveva opposto innanzi ai giudici italiani, aditi da alcuni cittadini che domandavano la condanna dello Stato tedesco, come successore del *Reich* nazista, al risarcimento danni per i contegni avuti durante l'occupazione dell'Italia centro-settentrionale durante la seconda guerra mondiale. La Cassazione (a partire da Sez Un. 5044/2004), sulla base di una innovativa interpretazione, aveva disposto la condanna della Germania, argomentando l'invalidità della regola di *ius cogens* circa il divieto di crimini di guerra.

La Corte dell'Aja, invece, ha disatteso questa ricostruzione (CIG 16883/2014 Germania v. Italia). Lo Stato italiano per assecondare il *dictum* della Corte e per porre rimedio alle pronunce di condanna aveva introdotto, con legge n. 5 del 2013, una speciale variante di revocazione. La diatriba si è conclusa con la declaratoria di incostituzionalità della citata riforma (C. Cost. 238/2014). Per i risvolti internazionalistici della controversia, si rinvia a Cannizzaro E., *Diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2022, 358 e ss..

<sup>634</sup> Carbone A., op. cit., 540; ma l'autore afferma pure che: "[...] la revocazione non pare idonea ad assumere il ruolo, pur da alcuni prospettato, di strumento capace di risolvere in ogni caso la problematica relativa al rapporto tra giudicato del giudice nazionale e decisioni dell'organo sovranazionale [...]". Ancora: "Pur tuttavia, neppure si vuole sminuire il rilievo che il mezzo di impugnazione in esame verrebbe ad assumere laddove il suo ambito applicativo fosse esteso nei termini sin qui considerati [...]" (ivi, 543).

<sup>635</sup> Si mostra favorevole all'ammissibilità della revocazione anche Urbano G., *Contributo sull'effettività del giudicato amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020, 200, ove afferma: "La previsione di un'ulteriore ipotesi di revisione straordinaria rappresenterebbe, infatti, il punto di equilibrio e di composizione delle due anime del principio di effettività della tutela giustiziale, ossia dell'esigenza di giustizia sostanziale, da una parte, e di certezza giuridica, dall'altra [...]". L'autrice, senza mezzi termini, definisce "imbarazzante" lo stallo creatosi a seguito delle ricordate pronunce della Consulta e, in aggiunta, propugna una necessaria rivisitazione dell'orientamento per evitare irragionevoli discriminazioni tra il processo penale, ove la revoca per sopravvenienza sovranazionale è ammessa, e gli altri processi; tuttavia, poiché "l'ammissibilità della revocazione del giudicato interno andrebbe a riconoscere un diverso livello di garanzie e tutele, basato essenzialmente sul grado di soddisfazione del ricorrente [...] a discapito della certezza dei rapporti giuridici a cui il giudicato è preposto", conclude che "sembra offrire maggiore soddisfazione l'altra soluzione [...] ossia quella che prevede formule di ristoro risarcitorio".

<sup>636</sup> Per un'interessante distinzione tra i casi in cui sarebbe ammesso il solo rimedio risarcitorio, quelli in cui potrebbe essere tollerata anche la *restitutio in integrum* e quello in cui non potrebbe che essere riconosciuto solo quest'ultimo, si veda Trapasso M. T., *Articolo 46. Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze*, in Beltrani S. (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Bologna, Zanichelli, 2022, 1450.

<sup>637</sup> Dove la revisione ex art. 630 c.p.p. è pacificamente ammessa solo a fronte di una violazione procedurale.

dell'incidente di esecuzione<sup>638</sup>, in quello amministrativo la dottrina<sup>639</sup> propone di impiegare - con curiosa simmetria - il rito dell'ottemperanza (definita "particolare")<sup>640</sup>. In questo modo, la revocazione diverrebbe superflua, sostituita da un ordito processuale volto a collegare direttamente la pronuncia convenzionale all'esecuzione interna. Va comunque registrato che la gran parte della giurisprudenza amministrativa sembra, allo stato, restia ad ammettere l'ottemperanza<sup>641</sup>. Le ragioni principali sono, in primo luogo, che le sentenze di Strasburgo non valgono come titoli esecutivi nell'ordinamento interno (ed infatti l'art. 112 c.p.a non le indica), esaurendo il loro ruolo solo sul piano internazionale e non avendo contenuto pienamente condannatorio (ma solo ricognitivo); in secondo luogo, che non si potrebbe usare l'art. 113 c.p.a per determinare il giudice competente.

Non bisogna poi dimenticare che il legislatore, nel tentativo di armonizzare l'ordinamento interno con quello convenzionale, ha incentivato degli strumenti di raccordo, anche finalizzati alla soddisfazione della posizione del ricorrente, con la legge 12/2006. In particolare, tale normativa, novellando l'art. 5 c. 3 l. 400/1988, impone a carico del Presidente del Consiglio dei Ministri una serie di adempimenti volti all'attuazione delle sentenze CEDU.

L'analisi svolta dimostra, nel suo complesso, come anche nei rapporti tra giudicato amministrativo, riedizione del potere e sopravvenienza comunitaria o internazionale, la tesi di un *one shot* sembri essere la più congeniale: in assenza di *ius superveniens*, è in grado di garantire, a seconda dei casi, un giudicato a spettanza stabilizzata; nel caso di novità di rango europeo o convenzionale, è capace di adattarsi e di tenerne conto.

Pure in questi settori, dunque, in consonanza con quanto osservato più in generale circa i rapporti tra giudicato e rieffusione del potere pubblico, si rende necessaria una difficile convivenza tra certezza delle relazioni giuridiche ed effettività della tutela, tra stabilità e libertà, entrambi intese come attributi primari dell'individuo<sup>642</sup>. Il collegamento tra i due diritti è altresì conosciuto a livello sovranazionale: sul piano europeo, agli artt. 67 par. 1 TFUE e 6 par. 1 TUE; sul piano convenzionale, all'art. 5 CEDU, rubricato "Diritto alla libertà e alla sicurezza". Una equilibrata convivenza tra queste posizioni soggettive sembra poter essere garantita non tanto dalla teoria dell'inesauribilità del potere - la quale, per la verità, pare sacrificarli entrambi - ma da quella del *one shot*, l'unica idonea a stabilizzare la relazione amministrazione-cittadino, senza però

---

<sup>638</sup> Cass. Pen. sez. I 43112/2017 (ancora sul caso Contrada).

<sup>639</sup> Carbone A., op. cit., 541, il quale, anzi, stima questa strada, *de iure condito*, già percorribile tramite l'art. 112 c. 2 lett. d) c.p.a.. Non sembra d'accordo la giurisprudenza prevalente: Cons. St. sez. IV 2866/2015.

<sup>640</sup> *Ibidem*: "[...] l'ottemperanza assumerebbe una forma particolare rispetto a quella ordinaria, atteso che, nel caso di una decisione che eventualmente comporti l'illegittimità di un atto, non essendosi al cospetto dell'esecuzione di una sentenza di annullamento del giudice amministrativo, al giudice dell'ottemperanza sarebbe demandato il ruolo di pronunciare anche (o in ipotesi unicamente) la statuizione costitutiva di annullamento".

<sup>641</sup> Cons. St. sez. IV 2866/2015 e TAR Sicilia, Catania, sez. II, 424/2014. Cercano di andare oltre questi ostacoli, per esempio, Grillo E., *Un nuovo motivo di revocazione straordinaria del giudicato amministrativo per dare esecuzione alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2017, 213, e Lipari M., *L'esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo nella giurisdizione amministrativa tra margine di apprezzamento nazionale ed effettività del diritto di difesa: restituito in integrum, ottemperanza, revocazione e autotutela doverosa*, ne *Il Processo*, II, 2019, 270. Il primo adduce che la formula di cui all'art. 112 c.p.a sarebbe aperta e che dunque anche le sentenze convenzionali potrebbero essere ottemperabili; significativa in tal senso l'evoluzione del diritto pretorio circa l'estensione del processo di ottemperanza a tutela degli interessi legittimi. Inoltre per le regole di competenza, si potrebbe far riferimento ai criteri ordinari fissati dal codice.

Il secondo autore citato, pur rimarcando l'importanza della "unitarietà della tutela multilivello", mette in guardia dai rischi insiti nel rito di ottemperanza, *sub specie* dei limiti soggettivi del giudicato convenzionale, sia per quanto riguarda la posizione di terzi sia per il caso in cui il legittimato passivo sul piano interno non sia lo Stato (che risulta invece legittimato passivo sul versante esterno).

<sup>642</sup> Bin R., *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, disponibile al sito federalismi.it, 2018, 9 e ss..

pretermettere il rilievo di sopravvenienze dall'innegabile importanza, come un giudicato sovranazionale<sup>643</sup>.

## 3.6 Giudicato, riedizione ed integrazione postuma della motivazione

### 3.6.1 Inquadramento e fondamento giuridico

Con la formula integrazione postuma della motivazione e altre consimili<sup>644</sup> si fa riferimento al fenomeno per cui l'amministrazione, parte resistente in un giudizio di impugnativa provvedimento ormai pendente, completa la parte motiva dell'atto avverso con elementi di fatto e di diritto a suo tempo non esplicitati ma già presenti nella fattispecie<sup>645</sup>, al dichiarato fine di evitare l'annullamento giurisdizionale per vizio motivazionale.

L'istituto non possiede, nel nostro ordinamento<sup>646</sup>, un'esplicita base normativa; questa è una delle principali ragioni del ricco dibattito, pretorio e dottrinale, circa la sua ammissibilità nel panorama giuridico italiano. Prima però di approfondire quest'ultimo aspetto<sup>647</sup>, è pregiudiziale risolvere alcuni nodi problematici fondamentali per comprendere i confini della figura, cioè quello della base normativa e quello della distinzione da figure affini.

---

<sup>643</sup> *"L'esecuzione del giudicato amministrativo [...] non può essere il luogo per tornare a mettere ripetutamente in discussione la situazione oggetto del ricorso introduttivo di primo grado, su cui il giudicato ha, per definizione, conclusivamente deciso; se così fosse, il processo [...] rischierebbe di non avere mai termine, e questa conclusione sarebbe in radicale contrasto con il diritto alla ragionevole durata del processo, all'effettività della tutela giurisdizionale, alla stabilità e certezza dei rapporti giuridici [...]; da qui l'obbligo di esecuzione secondo buona fede e senza che sia frustrata la legittima aspettativa del privato alla stabile definizione del contesto procedimentale"* (Cons. St. Ad. Plen. 11/2016).

<sup>644</sup> Quali "motivazione successiva", "motivazione sopravvenuta", "integrazione successiva". Per una definizione dottrinale, Occhiena M., *Il divieto di integrazione in giudizio della motivazione e il dovere di comunicazione dell'avvio dei procedimenti ad iniziativa di parte: argini a contenimento del sostanzialismo*, in *Foro amministrativo TAR*, II, 2003, 528: " [le integrazioni sono] modifiche al discorso argomentativo elaborato dall'amministrazione a sostegno del dispositivo provvedimento dirette ad introdurre, ex novo e dopo l'adozione della decisione, dati motivanti obiettivamente suscettibili di giustificare il provvedimento emanato, che non siano riscontrabili oppure che non siano sufficientemente articolati nell'atto impugnato".

<sup>645</sup> Se venissero in rilievo elementi sopraggiunti, si dovrebbe per forza riaprire un procedimento ex novo.

<sup>646</sup> A differenza, ad esempio, del sistema tedesco con il par. 114, seconda frase, VwGO (che, introdotto nel 1997, dispone: "L'amministrazione può indicare ulteriori ragioni a sostegno della propria decisione nei procedimenti innanzi all'autorità giurisdizionale"). La ratio della disposizione è così individuata nella risoluzione della Commissione giuridica del 1996 sul progetto di riforma della legge sul processo amministrativo: "Conformemente alla giurisprudenza del Tribunale amministrativo federale, si chiarisce che l'amministrazione può anche introdurre considerazioni discrezionali relative al diritto sostanziale durante il procedimento giudiziario". Per approfondimenti, Axmann M., *Das Nachschieben von Gründen im Verwaltungsrechtsstreit*, Francoforte, Peter Lang, 2001, 92 e ss.; per analisi di più ampio respiro, Sodan H., Ziekow J., *Verwaltungsgerichtsordnung. Grosskommentar*, Baden-Baden, Nomos, 2018, 2326 e ss. e 2426 e ss., e Gärditz K. F., *VwGO Kommentar*, Colonia, Heymanns, 2018, 1024 e ss. e 1050 e ss.. Sulla necessità comunque di un'interpretazione restrittiva della citata disposizione, si veda Axmann M., op. cit., 182, secondo il quale: "[...] l'ammissibilità dell'integrazione ai sensi del par. 114 deve essere risolta in ogni caso negativamente se il procedimento istruttorio, in particolare il test di opportunità, appare indispensabile per la tutela giurisdizionale dell'attore o se al procedimento istruttorio viene attribuito un peso non trascurabile in un determinato ambito".

<sup>647</sup> Si rinvia fin da ora al paragrafo successivo.

Dietro l'etichetta "integrazione postuma" si celano almeno tre significati<sup>648</sup>, tutti accomunati da un elemento processuale (la pendenza di un'azione di annullamento) e da uno sostanziale (il provvedimento è viziato dal lato motivazionale e pertanto, in astratto, il contenzioso dovrebbe risolversi a favore del ricorrente; l'esito sfavorevole per la parte pubblica viene però evitato, appunto, a mezzo dell'integrazione). Le tre decodificazioni che si propongono sono le seguenti: la p.a. integra il profilo motivazionale per mezzo degli scritti difensivi presentati nel processo; il giudice amministrativo ricostruisce la complessiva motivazione provvedimento sulla base di atti che sono ricavabili dal procedimento amministrativo e sono stati acquisiti al processo (cosiddetta motivazione implicita); il soggetto pubblico colma il vizio motivazionale tramite un sopravvenuto e autonomo atto di manutenzione.

La prima variante è generalmente ritenuta immeritevole di riconoscimento<sup>649</sup>. Pertanto, l'integrazione fatta a mezzo di scritti difensivi è *tamquam non esset*. Piuttosto agevole capire le ragioni di questa esclusione: sul piano delle attribuzioni, non può il difensore della parte pubblica resistente assumere le vesti dell'amministrazione, in totale spregio dell'ordine legale delle competenze, fornendo valutazioni e operando decisioni che l'ordinamento riserva alla p.a.. Sul piano delle garanzie individuali, inoltre, l'integrazione avverrebbe al di fuori della cornice procedimentale fissata dalla legge n. 241/90.

Quello che semmai si potrebbe arrivare a concepire, come propone autorevole dottrina<sup>650</sup>, è che questa casistica, ridondando nella seconda sopra richiamata, risulti in definitiva ammissibile. Non si tratterebbe più allora di un completamento motivazionale offerto con gli atti di parte, ma di allegare al processo tutto il materiale necessario per guidare il giudice nella comprensione della fattispecie. Ciò non significa che la giustificazione errata venga ampliata indicando nuove ragioni di fatto o di diritto, non potendo essere presentati elementi che non siano stati precedentemente menzionati nella motivazione. Piuttosto, è da intendersi come la spiegazione più dettagliata di componenti già esistenti, ma non chiaramente formulate. In questi termini, il centro dell'analisi si sposta dal difensore (comunque sempre abilitato, in forza dell'art. 24 Cost., al pari della controparte, a presentare elementi utili a fini difensivi) all'organo giudicante, chiamato, grazie al principio dispositivo e al contraddittorio endoprocessuale, a enucleare il sostrato della contesa, su cui poggiare la propria deliberazione.

Si potrebbe dunque ritenere che la condotta processuale dell'amministrazione, se non propriamente in grado di integrare la motivazione dell'atto avverso, quantomeno sia idonea a fare luce sul rapporto sotteso (un po' come se fossero dei chiarimenti ex art. 63 c. 1 c.p.a. non richiesti d'ufficio dal magistrato, ma offerti unilateralmente dalla parte resistente). La giurisprudenza, invero, ha in alcune pronunce<sup>651</sup> assecondato questa ricostruzione, ma confinandola al rispetto di precisi presupposti, estrapolati dal tessuto costituzionale (su tutti, il diritto di difesa, art. 24 Cost., e l'equo processo, artt. 111 e 113 Cost.) ed erti per evitare che il

---

<sup>648</sup> La distinzione è presente in dottrina (Virga G., *Motivazione successiva e tutela della pretesa alla legittimità sostanziale del provvedimento amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, V, 1993, 510; Tropea G., *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto*, in *Diritto processuale amministrativo*, IV, 2017, 1242) e, da ultimo, ha attecchito, con piccole sfumature, anche in giurisprudenza: cfr. Cons. St. sez. VI 3385/2021, con nota critica di Aperio Bella F., *Limiti alla convalida del vizio di motivazione in corso di giudizio*, disponibile al sito [giustiziansieme.it](http://giustiziansieme.it), 2021, 1.

<sup>649</sup> Virga G., op. cit., 510, ma si veda subito *infra*; Tropea G., op. cit., 1242; Cons. St. n. 3385 cit. e sez. VI 5984/2018. Il tema è di recente stato approfondito in TRGA Trento 81/2021 che, richiamando l'arresto del Consiglio di Stato del medesimo anno, conferma l'inammissibilità dell'integrazione a mezzo scritti difensivi.

<sup>650</sup> Il riferimento è a Virga G., *ibidem*. Ancor più radicalmente, si avverte in Giannini M. S., voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, 267, in nota, che la questione se sia possibile per il difensore dell'amministrazione integrare la motivazione mediante gli scritti difensivi "[...] è mal posta e si risolve in un luogo comune; il problema è solo probatorio, in quanto il provvedimento può essere collegato ad altri provvedimenti, a comportamenti, a prassi, che non sono enunciati in alcun atto del procedimento di formazione ma che, se tuttavia, esistono, e se ne dimostra il collegamento, non danno luogo ad alcuna supposizione del difensore all'autorità".

<sup>651</sup> Cons. St. sez. IV 1018/2014, sez. V 4194/2013, sez. VI 1241/2010; in dottrina, si rinvia a Caporale M., *Dal Consiglio di Stato un tentativo di canonizzazione della motivazione postuma*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, 1696.



giudice abusi delle sue prerogative<sup>652</sup>, con grave *vulnus* alla indipendenza della magistratura. Dunque, l'integrazione-chiarimento può trovare cittadinanza nel nostro ordinamento, a patto che concerna provvedimenti vincolati, che il completamento non metta in discussione il diritto di difesa del ricorrente (*recte*: che quest'ultimo possa comunque contestarlo, nel medesimo processo, tramite motivi aggiunti), che gli elementi addotti siano in realtà già evincibili dalla complessiva dinamica processuale<sup>653</sup>.

Due sembrano essere i capisaldi su cui poggia questa ricostruzione: l'uno, condivisibile, risiede nella distinzione tra giustificazione e motivazione in senso stretto, l'altro, più opinabile, nel richiamo, a volte implicito, altre esplicito, all'art. 21 octies c. 2 della l. 241.

La dicotomia giustificazione-motivazione, con la prima intendendosi l'indicazione dei presupposti legali e fattuali del potere e con la seconda la enunciazione dell'iter logico seguito per emanare il provvedimento, ha radici lontane<sup>654</sup> e può essere qui ripresa nel senso che per gli atti vincolati, non venendo in gioco alcuna valutazione discrezionale, sarebbe sufficiente indicare la mera giustificazione. In tali evenienze, quindi, il successivo contegno della parte pubblica in sede processuale, anche desumibile dagli scritti difensivi, sarebbe idoneo non già ad integrare una motivazione che tale strettamente non è, quanto piuttosto a puntualizzare il provvedimento stesso nei suoi aspetti formali. Si avrà così un'"integrazione postuma della giustificazione", tollerabile al ricorrere degli indicati presupposti<sup>655</sup>.

L'altra colonna portante di questa interpretazione è, come detto, l'art. 21 octies c. 2, primo alinea. Se il provvedimento è vincolato ed il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso, i vizi motivazionali che lo affliggono, intesi come patologie meramente formali, non possono condurre alla sua invalidazione. L'idea è dunque quella di dequotare<sup>656</sup> il vizio di motivazione a vizio formale non invalidante secondo la disciplina sinteticamente richiamata. Queste conclusioni non sono in verità generalmente tollerate. Ora, tralasciando ardite tesi<sup>657</sup> che addirittura pervengono ad elevare la motivazione ad elemento essenziale del provvedimento, la cui mancanza ne comporterebbe la nullità, è prevalente l'impostazione<sup>658</sup> che ritiene la patologia motivazionale come vizio sostanziale (per lo più, eccesso di potere), non sussumibile nella regolamentazione di cui all'art. 21 octies c. 2.

---

<sup>652</sup> Tramutandosi "in un organo ausiliario o in un'officina di riparazione dell'amministrazione" (Axmann, op. cit., 143).

<sup>653</sup> Nella letteratura e nella giurisprudenza tedesca al posto del primo limite, se ne indica un altro, e cioè che l'integrazione non snaturi la funzione dell'atto; in forza del par. 114 VwGO secondo periodo infatti anche un provvedimento discrezionale può essere completato nei termini riferiti nel testo: cfr. Sodan H., Ziekow J., op. cit., 2729. Si ha inammissibile mutamento dell'atto (*Wesenänderung*), a parere di quest'ultima dottrina (ivi, 2731), allorché si muti il contenuto dispositivo, si sostituiscano i fatti sottesi, si converta l'atto da vincolato a discrezionale, si cambi la base giuridica della decisione discrezionale, si verifichi una carenza di competenza decisionale. Non si può tuttavia escludere che lo "snaturamento" non sia altro che una tacita (e ammissibile) abrogazione della precedente deliberazione.

<sup>654</sup> Iaccarino C. M., *Studi sulla motivazione con particolare riguardo agli atti amministrativi*, Roma, Società Editrice del Foro italiano, 1933, 42.

<sup>655</sup> Sempre ammissibile è l'integrazione della mera giustificazione secondo Guantario A., *Dequotazione della motivazione e provvedimento amministrativo*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, XXI, 2002, 2233.

<sup>656</sup> Preferisce parlare di depotenziamento e non di dequotazione della motivazione, Ramajoli M., *Il declino della decisione motivata*, in *Diritto processuale amministrativo*, III, 2017, 895.

<sup>657</sup> Ferrara L., *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, in *Foro amministrativo TAR*, IV, 2008, 1197 e Cassatella A., *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, CEDAM, 2013, 287. Secondo quest'ultimo in particolare la nozione di provvedimento andrebbe decodificata nella sineddoche "decisione motivata": pertanto la motivazione assurgerebbe a rango di elemento essenziale. Ancora, in Mannucci G., *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Diritto pubblico*, III, 2012, 885, si giustifica la tesi della nullità, in quanto la carenza di motivazione comporterebbe l'indeterminatezza dell'oggetto provvedimentale.

<sup>658</sup> Ci limitiamo a ricordare che la Consulta, in due occasioni (ordd. 92/2015 e 58/2017), ha avallato questa lettura, richiamando la corrispondente massima giurisprudenziale (*ex multis*, Cons. St. sez. III 1629/2014).

Non rimane, a questo punto, che approfondire il discorso concernente l'ultima e più discussa casistica, quella che più propriamente si indica come integrazione postuma della motivazione, cioè il completamento adoperato per mezzo di un sopravvenuto atto conservativo. Su questo ci soffermeremo nel paragrafo seguente.

### 3.6.2 Ammissibilità dell'integrazione conservativa: il ruolo del *one shot*

L'amministrazione è riconosciuta generalmente come titolare non solo di poteri di autotutela caducatori, cioè volti ad eliminare una previa statuizione (secondo i limiti previsti dagli artt. 21 quinquies e nonies, primo comma, della l. 241/90, dedicati l'uno alla revoca, l'altro all'annullamento ufficioso), ma anche di potestà di autotutela conservativa o manutentiva, finalizzate cioè a salvaguardare la precedente attività da una possibile invalidazione<sup>659</sup>. Questa ultima forma di potere di secondo grado trova, dopo la novella avvenuta con la l. 15/2005, una base normativa espressa nel testo dell'art. 21 nonies c. 2 l. 241/90, dedicato alla convalida<sup>660</sup>, ma vi si riconducono, in senso più ampio, altre varianti, quali la sanatoria, il ritiro, la ratifica<sup>661</sup>, tutte accomunate da un medesimo sostrato di fondo, il principio di conservazione e di economicità dell'azione amministrativa, per lo più ricondotto a sua volta al canone costituzionale di buon andamento-efficienza (art. 97 Cost. e art. 1 c. 1 l. 241 cit.)<sup>662</sup>.

In questo contesto, è cruciale diffondersi sulla figura della convalida<sup>663</sup>. Per mezzo di questo strumento, la legge abilita l'amministrazione competente ad emendare i propri atti afflitti da un vizio di legittimità, evitandone così l'annullamento, attraverso una postuma manifestazione di volontà, avente efficacia *ex tunc*<sup>664</sup> e volta proprio a conservare la delibazione prodotta, sempreché ciò avvenga entro un termine ragionevole e corrisponda ad un pubblico interesse (il comma secondo dell'art. 21 nonies è in questo senso costruito simmetricamente al comma primo). Ne scaturisce una fattispecie complessa, per cui al provvedimento viziato (che rimane tale, essendo stato già

---

<sup>659</sup> La distinzione dell'autotutela in base al profilo funzionale è proposta in Giannini M. S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, 557 e in Immordino M., *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in Scoca F. G. (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2015, 340.

<sup>660</sup> In generale, si può rinviare a Santaniello G., voce *Convalida (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, Giuffrè, 1962, 503; Cannada Bartoli E., voce *Conferma (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, Giuffrè, 1961, 856; Mazarolli L., voce *Convalida (dell'atto amministrativo)*, in *Enciclopedia giuridica*, IX, Roma, Treccani, 1988, 2.

<sup>661</sup> Diverso carattere rivestono, pur rientrando nella categoria dell'autotutela conservativa, la mera conferma, la conferma, la rettifica, la conversione.

<sup>662</sup> Nel diritto pubblico, questo aspetto è particolarmente evidente, dal momento che, nelle dinamiche quotidiane, emerge l'esigenza che "*le energie dell'azione pubblica non vadano, entro i limiti consentiti dal sistema, disperse, là dove possono invece venire senza pregiudizio risparmiate*" (Sandulli A. M., *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1964, 351).

<sup>663</sup> Anche nel diritto civile, sulla base sempre del principio di conservazione dei valori giuridici, è codificato l'istituto della convalida del negozio annullabile (art. 1444 c.c.) - ed eccezionalmente, di quello nullo (in materia testamentaria: art. 590 c.c., in materia di donazione: art. 799 c.c.) - ma qui è la parte titolare del diritto alla caducazione a risanare il negozio, non la controparte, come invece avviene nel diritto amministrativo. Inoltre, nella convalida privatistica, a differenza di quella pubblicistica, il contenuto dell'atto negoziale rimane sempre inalterato.

<sup>664</sup> La rinnovazione dell'atto, cioè la produzione, all'esito di un nuovo procedimento, di un provvedimento dall'identico contenuto ma completamente risanato, non potrebbe invece che avere efficacia *ex nunc*. Contrario alla naturale efficacia retroattiva della convalida, Falcon G., *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 2020, 182.

emanato) si salda una successiva manifestazione di volontà della p.a. da cui far scaturire una "sintesi effettuale autonoma"<sup>665</sup>, stavolta immune da vizi (o almeno immune da quelli convalidati). In sintesi, dunque, i requisiti della convalida sono, oltre ovviamente alla presenza di un atto annullabile<sup>666</sup>, una sopravvenuta manifestazione di volontà del soggetto pubblico, secondo i più ritenuta, sulla falsariga dello schema civilistico, necessariamente esplicita<sup>667</sup>: la p.a. cioè dovrà indicare il vizio e la chiara intenzione di porvi rimedio. In aggiunta, devono ricorrere ragioni di pubblico interesse, ossia il consolidamento dell'atto al fine di dare certezza e stabilità ai rapporti giuridici<sup>668</sup>, e il rispetto di un termine ragionevole dall'emanazione, onde equilibrare l'esigenza conservativa con il legittimo affidamento dell'istante<sup>669</sup>. Infine, presupposto implicito di legittimità della convalida, è che questo strumento non porti ad uno snaturamento funzionale e contenutistico della decisione amministrativa.

Ora, tutto ciò premesso in via generale, si deve affrontare una questione fondamentale ai fini del presente studio, e cioè se sia emendabile il vizio di motivazione (*sub specie* di eccesso di potere)<sup>670</sup> e, in caso di risposta affermativa, se sia possibile farlo in corso di giudizio, esemplificando così la fattispecie surrichiamata della integrazione postuma della motivazione<sup>671</sup>. Mentre si ritiene comunemente che le patologie formali siano passibili di convalida<sup>672</sup>, maggiori dubbi emergono ove si abbia a che fare con vizi sostanziali<sup>673</sup>, intesi come la mancanza di presupposti legali ovvero l'irragionevolezza della deliberazione. La giurisprudenza, dal canto suo, ha di recente<sup>674</sup> confermato la distinzione, proprio in tema di motivazione: qualora l'inadeguatezza motivazionale rifletta un vizio sostanziale della funzione (in termini di contraddittorietà, travisamento, difetto dei presupposti), la convalida è squalificata, in quanto essa non potrebbe mai assicurare il permanere, senza mutamenti, del dispositivo originale; se invece la patologia corrisponda solamente ad una insufficiente rappresentazione della parte motiva ovvero al non corretto riepilogo della medesima, la convalida risulta ammissibile, affiorando un mero vizio formale dell'atto. Come vedremo nelle battute finali di questo paragrafo, in verità, la teorica del *one*

---

<sup>665</sup> In termini Cons. St. 3385/2021 cit..

<sup>666</sup> Non si può dunque convalidare un atto nullo, che al massimo sarà passibile di ritiro, né un atto irregolare, semplicemente rettificabile, né tanto meno i provvedimenti non invalidabili secondo il regime dell'art. 21 octies c. 2. Sicuramente estranei all'ambito applicativo della convalida risultano inoltre i poteri connotati da termini perentori, geneticamente non riesercitabili.

<sup>667</sup> Ciò serve anche a rendere più netta la distinzione tra convalida e figure affini. Lo sostengono, tra gli altri, Virga P., *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 2001, 143, e Sandulli A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, 688.

<sup>668</sup> In realtà, il ripristino della legalità violata parrebbe già essere una sufficiente ragione di rilievo pubblico: Falcon G., op. cit., 181, e Ramajoli M., Villata R., op. cit., 694.

<sup>669</sup> Dubbi su questo presupposto sono presenti in Falcon G., op. cit., 181.

<sup>670</sup> Il quesito in senso più ampio potrebbe invero ridursi a questo: si può convalidare - in qualsiasi forma si palesi - il vizio di eccesso di potere?

<sup>671</sup> Proseguendo la comparazione col diritto tedesco, il par. 45 VwVfG mentre al comma 1 n. 2 prevede la convalidabilità dei provvedimenti viziati sotto il profilo formale adducendo in via sopravvenuta la "*necessaria motivazione*", al comma 2 esclude questo potere allorché sia pendente il processo giurisdizionale.

<sup>672</sup> Cfr. Santaniello G., op. cit., 505; Mazzarolli L., op. cit., 2; Falcon G., op. cit., 181. A parere di Ramajoli M., Villata R., op. cit., 696-697, dal combinato disposto con l'art. 21 octies c. 2, le uniche patologie convalidabili sono quelle di incompetenza e comunque giammai quelle sostanziali: "*Non appare più corretto sostenere, come in passato, che convalida e annullamento sono conseguenze possibili di un medesimo presupposto, e cioè dell'illegittimità dell'atto [...]*".

<sup>673</sup> La tesi positiva è ad esempio sostenuta in Antonelli V., *Commento all'art. 21-nonies*, in Paolantonio N., Police A., Zito A. (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, Giappichelli, 2006, 675.

<sup>674</sup> Cons. St. 3385 cit.. In realtà, la distinzione è presente anche in dottrina: Nigro M., *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996, 449

*shot*, puro o temperato che sia, può condurci ad una conclusione ancor più netta, e cioè ad ammettere la cosiddetta convalida persino per vizi sostanziali.

Riprendendo l'ordine discorsivo prefissato, per quanto concerne il profilo dell'integrazione lite pendente, l'impostazione tradizionale è stata in prevalenza di avviso contrario<sup>675</sup>. Una volta attivato un processo, come quello amministrativo *ante codicem*, incentrato prettamente sul momento formale del provvedimento, ammettere la convalida in corso di giudizio avrebbe significato dar la possibilità alla parte pubblica resistente di disporre unilateralmente del *thema decidendum*, deturpando le prerogative dell'organo giudicante - già adito - in uno con le garanzie difensive del ricorrente<sup>676</sup>, di fatto costretto a "ricorsi al buio", cioè promossi solo per poter arrivare a conoscere l'effettiva motivazione sottesa alla deliberazione amministrativa. Una prassi del genere, inoltre, avrebbe significato degradare la motivazione a mero elemento accidentale dell'atto<sup>677</sup>, da addurre solo se e in quanto promossa un'iniziativa processuale, minando alle fondamenta la sua polifunzionalità (difensiva, costituzionale, di controllo) e ponendosi altresì in contrasto con i canoni sovranazionali (segnatamente, l'art. 296 TFUE sull'obbligo di motivazione degli atti delle autorità europee e l'art. 41 della Carta di Nizza sul diritto ad una buona amministrazione)<sup>678</sup>. A conferma dell'impostazione, si aggiungeva che il legislatore, con ciò confermando il principio generale di segno negativo, ha ammesso *expressis verbis* eccezionalmente la ratifica del provvedimento, cioè la convalida dell'atto viziato sotto il solo profilo dell'incompetenza relativa<sup>679</sup>.

I postulati che sosterebbero l'inammissibilità dell'integrazione a processo pendente paiono, però, oggi sgretolarsi, con le riforme del processo amministrativo che hanno visto la luce negli ultimi anni<sup>680</sup>. Innanzitutto, come visto anche in questo studio, l'oggetto del processo non può più dirsi confinato all'esclusivo fronte attizio, ma si è esteso ben oltre i suoi confini (fino a ricomprendere il rapporto pubblicistico tra p.a. e privato, secondo taluni). Esemplicazioni di questo passaggio sono rinvenibili oltre che nell'art. 21 octies c. 2, negli artt. 31 c. 3 e 34 c. 1 lett. c) del codice. La metamorfosi, si badi, non investe solamente l'attività amministrativa vincolata, ma anche quella discrezionale.

---

<sup>675</sup> In giurisprudenza, *ex multis* Cons. St., sez. III 1656/2016, sez. V 750/2016, sez. III 2247/2014, sez. VI 2840/2009, sez. V 342/2003, sez. VI 4158/2000; TAR Lazio, Roma, sez. II 9347/2001. In dottrina, già Mortati C., *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione negli atti amministrativi (a proposito del procedimento di scrutinio nelle promozioni per merito comparativo)*, in *Giurisprudenza italiana*, III, 1943, 1; più di recente, Santaniello G., *op. cit.*, 505 e Mazzarolli L., *op. cit.*, 3. Criticamente, in Romano Tassone A., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987, 394, si qualifica questo orientamento come immotivato e tralaticio.

<sup>676</sup> Rimarca vigorosamente il punto, Occhiena M., *Il divieto di integrazione in giudizio della motivazione e il dovere di comunicazione dell'avvio dei procedimenti ad iniziativa di parte: argini a contenimento del sostanzialismo*, in *Foro amministrativo TAR*, II, 2003, 530.

<sup>677</sup> Di crisi della motivazione in ogni attività pubblica (giurisdizione compresa) parla Ramajoli M., *Il declino della decisione motivata*, in *Diritto processuale amministrativo*, III, 2017, 894: "[...] si decide anche senza motivare, forti di un'istanza efficientistica che condiziona norme di legge e principi di diritto". A suo tempo, già denunciava Zito A., *L'integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta*, in *Diritto processuale amministrativo*, III, 1994, 586-587, che tale ricostruzione "[...] potrebbe [...] aprire la strada ad una prassi dell'amministrazione fatta di provvedimenti poco o nulla motivati [...]".

<sup>678</sup> La motivazione come "forma sostanziale" è un *Leitmotiv* presso la giurisprudenza sovranazionale: cfr. C-89/08 del 2009 (Commissione c. Irlanda).

<sup>679</sup> Ci si riferisce, come noto, all'art. 6 della l. 249/1968.

<sup>680</sup> In giurisprudenza, un primo storico arresto fu CGARS 149/1993 in *Diritto processuale amministrativo*, V, 1993, 507, con note critiche di Virga G., *Motivazione successiva e tutela della pretesa alla legittimità sostanziale del provvedimento amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, V, 1993, 516 e di Zito A., *op. cit.*, 577; in realtà ancor prima, TAR Veneto, sez. I, 648/1987, in *Diritto processuale amministrativo*, 1989, 469. Altre pronunce di segno positivo: Cons. St. sez. VI 1054/2003 e 4993/2009; TAR Molise, 41/2003; TAR Lazio, Roma, sez. I, 398/2002. In dottrina, Giannini M. S., voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, 267; Caianiello V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, UTET, 1988, 411; Falcon G., *op. cit.*, 182; Virga G., *op. cit.*, 1993, 512; Corso G., *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Foro italiano*, 1989, 428; Vaccari S., *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 322.

I paventati rischi di elusione dei principi di parità delle armi e di *fairness* processuale sono peraltro fugati dai nuovi meccanismi processualistici, su tutti i motivi aggiunti (art. 43 c.p.a.), che permettono di mantenere l'equilibrio tra le posizioni dei litiganti: fatta la convalida-integrazione, il ricorrente ben potrà, alternativamente, rimanere inerte ed attendere l'accertamento dell'improcedibilità del processo per sopravvenuta carenza di interesse (potrebbe in tesi pensarsi anche all'estinzione per rinuncia al ricorso) oppure coltivare il contenzioso ed impiegare i motivi aggiunti per avversare, insieme con l'atto originario, quello di convalida (per vizi propri e/o per assunta inammissibilità *tout court* dell'integrazione).

Che la p.a. poi rimanga titolare del potere di intervenire anche in autotutela, nonostante l'iniziativa processuale, lo dimostrano sia l'assenza dell'automatico effetto sospensivo del ricorso sia la disciplina della cessazione della materia del contendere, che logicamente presuppone l'ammissibilità di una iniziativa postuma.

Il giudice peraltro non è affatto vincolato alla rispettiva valutazione giuridica della controversia operata dalle singole parti coinvolte nel processo. Il magistrato difatti è sottoposto solo alla legge (art. 101 Cost.). L'area di responsabilità della funzione giudiziaria non viene vulnerata in questo contesto, purché il giudice non assuma una decisione riservata all'amministrazione; questi si limita a esaminare, in conformità all'art. 64 c. 4 c.p.a., le argomentazioni avanzate dalle autorità, in qualità di parte del processo, allo stesso modo di quelle dell'attore. Assisteremmo invece alla violazione del principio della separazione dei poteri quando l'organo giudicante, d'ufficio, si spinga fino ad appianare errori sia formali che materiali, iniettando nuovi contenuti nel provvedimento.

A rigore, inoltre, una volta ammessa la risarcibilità dell'interesse legittimo per provvedimento invalido, negare l'integrazione della motivazione, equivarrebbe ad impedire alla p.a. di adoperarsi, in armonia con i doveri solidaristici di cui all'art. 2 Cost., per cancellare o quantomeno attenuare le conseguenze dannose della propria condotta.

In ogni caso, dandosi per buona questa impostazione, non si può lasciare carta bianca alla parte pubblica. Innanzitutto, alla parte privata deve essere riconosciuto il diritto di agire per il risarcimento danni contro il funzionario responsabile (art. 28 Cost.)<sup>681</sup>.

Ci si aspetta inoltre un ragionevole riparto delle spese processuali, dal momento che, seguendo altrimenti le ordinarie regole in materia (artt. 26 c.p.a. e 91 c.p.c.), sarebbe il ricorrente a doversi sobbarcare i costi del processo, in quanto soccombente a seguito dell'integrazione sopravvenuta. Pertanto, il magistrato è chiamato ad effettuare una prognosi postuma su quello che sarebbe stato l'esito del ricorso originario se non fosse sopravvenuta l'integrazione: se il ragionamento controfattuale conduce a ritenere che sarebbe stata più probabile la vittoria del privato, i costi del processo vanno addossati per intero alla p.a., pure qualora risulti vittoriosa nel merito<sup>682</sup>.

In conclusione, dunque, l'estensione dei confini oggettivi del contenzioso tramite l'integrazione postuma di un provvedimento (vincolato, ma anche) discrezionale, magari sotto sollecitazione del giudice<sup>683</sup>, non solo non sarebbe ostacolata da altri principi, ma anzi sarebbe da salutare con favore nell'ottica dell'effettività e concentrazione della tutela<sup>684</sup>. Con un unico ricorso, sommato a motivi aggiunti, l'istante riesce ad opporsi una volta per tutte all'azione amministrativa, trattata finalmente nel suo complesso, senza che la parte pubblica possa rivederla infinite volte; d'altronde, sul versante pubblico, grazie all'intervento manutentivo, si eviterebbero (o almeno si cercherebbe

---

<sup>681</sup> Per non parlare poi delle conseguenze sulla valutazione individuale della performance. Per completezza, inoltre, potrebbe ritenersi ammissibile l'azione risarcitoria contro l'amministrazione, *sub specie* di lesione degli interessi procedurali del singolo, comunque lesi da un'azione che, in fin dei conti, risultava a monte *contra legem*. L'insufficienza dell'armamentario difensivo a disposizione del ricorrente è comunque messa in luce da Aperio Bella F., op. cit., 29 e ss.

<sup>682</sup> Non è tuttavia facile giustificare *de iure condito* questa conclusione. In tema di responsabilità processuale aggravata l'art. 96 c.p.c., applicabile al processo amministrativo per mezzo del rinvio di cui all'art. 26 c.p.a., fa infatti esclusivo riferimento al soccombente. Diverso il discorso invece nell'ordinamento tedesco, ove il par. 155 c. 4 VwGO recita: "*I costi processuali derivanti dalla colpa di una parte, ricadono su questa*".

<sup>683</sup> Si pensi al *remand* cautelare o alle dinamiche dell'istruttoria. Tali poteri ovviamente devono essere impiegati dal giudice in ossequio ai canoni costituzionali di imparzialità, indipendenza e parità delle armi, e non per sostituirsi alla parte pubblica.

<sup>684</sup> Martucci di Scarfizzi F. S., *L'integrazione postuma della motivazione alla luce dell'art.21 octies comma 2 della Legge n.241 del 1990. Profili di incidenza sugli atti regolatori adottati dalle Autorità Amministrative Indipendenti*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, III, 2015, 18.

di evitare) annullamenti giurisdizionali sproporzionati rispetto alla reale portata dell'interesse del privato, dimostrando che la decisione amministrativa in ultima analisi sia corretta. Ragioni di simmetria processuale, impongono che così come il ricorrente, in pendenza del giudizio, è in grado di beneficiare (e questo, invero, da sempre) di un rinnovato esercizio del potere amministrativo in senso a lui favorevole, allo stesso modo può anche, all'inverso, essere esposto ad un nuovo provvedimento diretto ad emendare un vizio del precedente atto. Perciò, se si ammette la possibilità per l'amministrazione di un riesame della legittimità in pendenza del giudizio, sembra irrazionale limitare le conseguenze di tale riesame *secundum eventum*: accordare, cioè, la possibilità di intervenire quando ciò richieda un atto di ritiro, e negare la stessa possibilità, invece, quando il riesame si traduca in una manutenzione della precedente determinazione<sup>685</sup>. Uno schema, quello appena descritto, che pare infine conciliarsi perfettamente con la teoria del *one shot*: se la p.a., in forza di questa ricostruzione, è già chiamata a completare l'esercizio del potere discrezionale entro al massimo due giudicati amministrativi, tanto vale riconoscere l'esaurimento con la convalida. L'alternativa, d'altra parte, sarebbe che, estromessa l'integrazione e pronunciato l'annullamento del provvedimento, l'amministrazione possa in seconda battuta (e per un'ultima volta) emanare un atto dal medesimo contenuto dispositivo di quello precedente, ma adeguatamente motivato (passibile in ogni caso di un ulteriore ricorso), pervenendo così al medesimo risultato che si sarebbe avuto se fosse stata ammessa l'aggiunta di ragioni in pendenza del primo giudizio. In sintesi, l'integrazione postuma si ergerebbe così a *second shot* ancor prima che ci sia una *res iudicata* caducatoria, con tutte le conseguenze che abbiamo analizzato<sup>686</sup>. Nell'insieme, il meccanismo descritto disinnescerebbe la tentazione, da parte del soggetto pubblico, di pretermettere parte delle ragioni a sostegno della propria decisione, nell'idea di poter colmare eventuali lacune *sine die*<sup>687</sup>.

## CONCLUSIONI

Col presente studio si è cercato di affrontare un tema che, radicato su basi teoriche che coinvolgono in profondità i caratteri propri del diritto amministrativo e del rapporto tra funzioni costituzionali, possiede, all'evidenza, un forte taglio pratico. Dietro i vari concetti di potere, *one shot*, esaurimento della discrezionalità, si deve ritenere che si staglino concrete esigenze della vita di tutti i giorni, quali autorizzazioni per lo svolgimento di un'attività imprenditoriale, permessi edilizi, licenze e così via. Insomma, alle spalle della cornice giuridica, stanno tangibili rapporti economici e sociali.

La tematica qui trattata e gli approdi raggiunti, sebbene non sempre provvisti di un esplicito riconoscimento legislativo, testimoniano - in uno con altri esempi<sup>688</sup> - una (temibile) patologia, in grado potenzialmente di incidere sulle fondamenta della moderna concezione di amministrazione,

---

<sup>685</sup> In termini, TAR Lazio n. 398 cit.; la suggestione è peraltro ripresa in Carbone A., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, 255, ove l'autore difatti si dimostra propenso ad ammettere l'integrazione postuma.

<sup>686</sup> Non è un caso che la più volte citata pronuncia n. 3385 del Consiglio di Stato in chiusura faccia esplicito riferimento al nuovo testo dell'art. 10 bis.

<sup>687</sup> Sembrano essere queste le conclusioni a cui mira Tropea G., op. cit., 1258 e ss., quando richiama la possibilità di applicare il principio del dedotto e del deducibile al processo amministrativo (la cui analisi è stata già affrontata al par. 1.1.3.2). Il rischio di un *regressus ad infinitum* è paventato indirettamente anche in Ramajoli M., *Il declino della decisione motivata*, cit., 907, ove si cita il tema dell'inesauribilità del potere, e più esplicitamente in Ramajoli M., Villata R., op. cit., 316. Ancor prima, Piras A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962, 447, anche in nota.

<sup>688</sup> Quali il proliferare delle leggi provvedimento, il sempre più frequente ricorso a fonti governative dal dubbio inquadramento dogmatico, l'avversione per la digitalizzazione, l'abdicazione a favore di moduli di diritto privato nell'agire amministrativo.

che potremmo definire in modo un po' provocatorio, come "accidia" o "sciatteria amministrativa". Procedimenti lenti, istruttorie superficiali e inconcludenti, improbabili ricostruzioni fattuali, scarso coinvolgimento degli interessati, decisioni finali irrazionali e di dubbio gusto, sono i frutti avvelenati di questa involuzione: se non ci fossero situazioni del genere, non ci sarebbe affatto bisogno di arrivare a giustificare ardite tesi, come quelle divisate in questo studio.

Sia concesso a tale ultimo riguardo un parallelismo, non troppo peregrino come si vedrà, con l'evoluzione registrata negli ultimi tempi nel diritto penale, circa i rapporti tra Corte costituzionale e legislatore parlamentare, allorquando la prima, caducando una normativa *contra Constitutionem* (caso tipico, i limiti edittali), imponga al secondo l'esigenza di colmare il vuoto regolamentare così venutosi a creare. Anche qui, a fronte della sovente e spesso denunciata inerzia parlamentare, la giurisprudenza costituzionale ha reagito, dapprima ammettendo la possibilità che la stessa Consulta intervenga sulla normativa di risulta solo ove la scelta sia di fatto vincolata<sup>689</sup>, successivamente e più di recente riconoscendo questa possibilità finanche in situazioni di discrezionalità ancora aperta ma in cui esista già una soluzione ragionevole offerta dal sistema normativo nel suo complesso<sup>690</sup>.

Ebbene, spiccano alcuni tratti comuni tra questa ipotesi e quella oggetto del presente scritto: in ambo i casi si assiste ad un dialogo tra due poteri costituzionali, uno di matrice giurisdizionale (Corte costituzionale, giudice amministrativo), l'altro per lo più chiamato a compiere scelte discrezionali (Parlamento, amministrazione); in entrambi le difficoltà derivano dall'inerzia del secondo potere; le soluzioni adottate per risolvere il problema affondano, in tutte e due gli esempi, le proprie radici su ricostruzioni sistematiche di ampio respiro, estrapolandole da un'esigenza di mantenimento di una razionalità complessiva (cioè, rispettivamente, evitare di lasciare irragionevoli lacune nel diritto punitivo e di tenere perpetuamente il privato soggetto al potere amministrativo). Non si vuole certamente negare con questo che le funzioni costituzionali possano dialogare vicendevolmente, in una costante dinamica di arricchimento reciproco: influenzare l'area dell'altra autorità con l'obiettivo di una cooperazione costruttiva è insito nel sistema di separazione dei poteri voluto dalla Costituzione. L'analogia tra le descritte casistiche serve, a ben vedere, ad evidenziare la tensione verso una deresponsabilizzazione dei decisori pubblici e lo scadimento qualitativo degli ingranaggi che dovrebbero garantire il funzionamento della *res publica*, alla luce del fatto che o le decisioni vengo prese non correttamente o non vengono proprio assunte. Non si può continuare a sperare che sia il potere della magistratura a "rattoppare" il sistema, distorcendo il suo ruolo e facendogli assumere ora il *munus* di legislatore ora quello di amministrazione<sup>691</sup>.

---

<sup>689</sup> Cosiddette "rime obbligate", a partire da C. Cost. 236/2016 in tema di reato di alterazione di stato di neonato.

<sup>690</sup> "Rime consigliate"; cfr. C. Cost. 40/2019 in tema di reati in materia di stupefacenti. L'apice di questa evoluzione si è raggiunto con la pronuncia in tema di eutanasia, con la Consulta che, dopo aver lasciato un lasso di tempo per una riforma normativa, sospendendo il giudizio di costituzionalità (C. Cost. 207/2018), ha costruito sulla base del diritto vigente la regolamentazione di riferimento: C. Cost. 242/2019.

<sup>691</sup> Lo denuncia in tema di integrazione postuma della motivazione, Tropea G., *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto*, in *Diritto processuale amministrativo*, IV, 2017, 1250: "[...] all'ampliamento del potere sostitutivo del giudice, anche quello amministrativo, che finisce per operare come in un appello con effetto devolutivo pieno, spesso consegue una svalutazione del ruolo della pubblica amministrazione: dietro al principio di effettività della tutela sembra quindi celarsi un consistente spostamento dall'amministrazione al giudice del potere effettivo di disporre in ordine all'affare".

## BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, I, Camera dei Deputati - Segretariato Generale, Roma, 1970-1971
- ADINOLFI A., *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni giuridiche soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Diritto dell'unione europea*, 2001, 41
- ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, CEDAM, 1965
- ALLEN M., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012
- ALLORIO E., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, Giuffrè, 1935
- ALLORIO E., *Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato*, Milano, Giuffrè, 1957
- AMORTH A., *Figura giuridica e contenuto del diritto subiettivo affievolito*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940
- AMOVILLI P., *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza (art. 10 bis l. 241/90) tra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio "ad armi pari"*, disponibile al sito [lisug.it](http://lisug.it), 2009, 1
- ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1979
- ANTONELLI V., *Commento all'art. 21-nonies*, in PAOLANTONIO N., POLICE A., ZITO A. (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, Giappichelli, 2006
- APERIO BELLA F., *Limiti alla convalida del vizio di motivazione in corso di giudizio*, disponibile al sito [giustiziainsieme.it](http://giustiziainsieme.it), 2021, 1
- ATTARDI A., *L'interesse ad agire*, Padova, CEDAM, 1955
- ATTARDI A., *La revocazione*, Padova, CEDAM, 1959
- ATTARDI A., *La cosa giudicata*, in *Jus*, 1961, 1
- ATTARDI A., *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1990, 475
- AULETTA G., *Poteri conformativi e diritti potestativi*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 1939, 557
- AXMANN M., *Das Nachschieben von Gründen im Verwaltungsrechtsstreit*, Francoforte, Peter Lang, 2001
- AZZARITI G., *Dalla discrezionalità al potere: la prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, CEDAM, 1989
- BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1966
- BARONE G., voce *Discrezionalità*, in *Enciclopedia giuridica*, XI, Roma, Treccani, 1989, 1
- BARTOLOMEI F., *Giudizio di ottemperanza e giudicato amministrativo. Contributo per un nuovo processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1987
- BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, I, 1952, 118
- BENVENUTI F., *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, I, 1955, 223
- BENVENUTI F., voce *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, 743
- BENVENUTI F., voce *Giudicato (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, 893
- BENVENUTI F., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, CEDAM, 1975
- BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, CEDAM, 1986
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, Giuffrè, 1953
- BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018
- BIANCA C. M., *Diritto civile. L'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 2019
- BIANCA C. M., *Diritto civile. Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2019
- BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI F. D., NATOLI U., *Diritto civile*, I, Torino, UTET, 1989
- BIN R., *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, disponibile al sito [federalismi.it](http://federalismi.it), 2018, 1
- BOTTINO G., *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di parte: considerazioni su di una prima applicazione giurisprudenziale del nuovo art. 10-bis l. n. 241/1990*, in *Foro amministrativo TAR*, VII, 2005, 1557
- BOVE M., *Lineamenti di diritto processuale civile*, Torino, Giappichelli, 2016, 226
- BUSNELLI F. D., *Considerazioni sul significato e sulla natura della cosa giudicata*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1961, 1317
- CACCIARI A., *In difesa dell'interesse legittimo*, in *Foro amministrativo TAR*, XII, 2012, 4073



CACCIAVILLANI C., *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, CEDAM, 2005

CAIANIELLO V., *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Foro amministrativo TAR*, I, 1980, 853

CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, UTET, 1988

CALABRÒ C., *Il giudizio di ottemperanza*, in AA. VV., *Studi per il centocinquantesimo anniversario del Consiglio di Stato*, III, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1981

CALABRÒ C., voce *Giudicato (dir. proc. amm.)*, in *Enciclopedia giuridica*, XV, Roma, Treccani, 2002, 1

CALAMANDREI P., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, 1943

CAMMEO F., *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giurisprudenza italiana*, III, 1902, 275

CAMMEO F., *Sulla efficacia di cosa giudicata delle pronunce della IV Sezione emesse in sede di legittimità ed in sede di ricorso straordinario*, in *Giurisprudenza italiana*, III, 1905, 104

CAMMEO F., *Pretesa efficacia vincolante delle decisioni degli organi di giustizia amministrativa in casi simili*, in *Rivista di diritto pubblico*, III, 1911, 534

CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, Vallardi, 1911

CANNADA BARTOLI E., *L'inapplicabilità dell'atto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950

CANNADA BARTOLI E., voce *Conferma (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, Giuffrè, 1961, 856

CANNADA BARTOLI E., voce *Interesse (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano, Giuffrè, 1972, 1

CANNIZZARO E., *Diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2020

CANNIZZARO E., *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino, Giappichelli, 2018

CAPACCIOLI E., *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1979

CAPACCIOLI E., *Per l'effettività della giustizia amministrativa, ne Il processo amministrativo. Scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, Giuffrè, 1979

CAPACCIOLI E., *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 1983

CAPONI R., *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, Giuffrè, 1991

CAPORALE M., *Dal Consiglio di Stato un tentativo di canonizzazione della motivazione postuma*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, 1696

CARBONE A., *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*, in *Foro amministrativo TAR*, VI, 2011, 1518

CARBONE A., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012

CARBONE A., *Pluralità delle azioni e tutela di mero accertamento nel nuovo processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, III, 2013, 854

CARBONE A., *Corso di giustizia amministrativa. Il processo amministrativo*, Roma, La Sapienza Editrice, 2016

CARBONE A., *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Diritto processuale amministrativo*, II, 2016, 456

CARBONE A., *Potere e situazioni soggettive nel processo amministrativo*, I, Torino, Giappichelli, 2020

CARBONE A., *Potere e situazioni soggettive nel processo amministrativo*, II-1, Torino, Giappichelli, 2022

CARDI E., voce *Procedimento amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica*, XXIV, Roma, Treccani, 1991, 3

CARLASSARE L., voce *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia giuridica*, XVIII, Roma, Treccani, 1990, 1

CARNELUTTI F., *Efficacia diretta ed efficacia riflessa della cosa giudicata*, in *Studi di diritto processuale*, Padova, 1925, 429

CARNELUTTI F., *Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*, in *Rivista di diritto processuale*, I, 1935, 205

CARNELUTTI F., *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, CEDAM, 1936

CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, Napoli, Morano, 1958

CASSETTA E., *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, 611

CASSETTA E., *Osservazioni sull'ammissibilità delle decisioni di mero accertamento da parte del giudice amministrativo*, in *Rassegna di diritto pubblico*, I, 1953, 149

CASSETTA E., *Attività e atto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1957, 293

CASSETTA E., voce *Attività amministrativa*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, I, Torino, UTET, 1987, 528

CASSETTA E., *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Diritto e economia*, 1998, 503

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2007

CASSETTA E., FRACCHIA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2021

CASSATELLA A., *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, CEDAM, 2013

CASSESE S., *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1973

CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Roma, Garzanti, 2000

CERBO P., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, in *Diritto processuale amministrativo*, I, 2017, 31

CERINO CANOVA A., *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in ALLORIO E. (a cura di), *Commentario del Codice di procedura civile*, II, Torino, UTET, 1980

CERRETO A., *Il giudizio di ottemperanza nella sua evoluzione*, disponibile al sito [lexitalia.it](http://lexitalia.it), 2013, 1

CERRI A., voce *Potere e potestà*, in *Enciclopedia giuridica*, XVI, Roma, Treccani, 1998, 2

CERULLI IRELLI V., *Osservazioni generali sulla legge di modifica della L. n. 241/90 - Il parte*, in *Giustizia amministrativa*, I, 2005, 14

CERULLI IRELLI V., *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, II, 2008, 433

CERULLI IRELLI V., *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, disponibile al sito [astrid-online.it](http://astrid-online.it), 2009, 1

CERULLI IRELLI V., *Diritto europeo e diritto interno nel sistema di tutela giurisdizionale delle controversie di diritto pubblico (intorno al principio di effettività)*, in *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, I, 2010, 215

CERULLI IRELLI V., *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Diritto pubblico*, I, 2011, 33

CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Diritto processuale amministrativo*, II, 2012, 436

CERULLI IRELLI V., *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014

CERULLI IRELLI V., *Corso di giustizia amministrativa. La giurisdizione e le azioni*, Roma, La Sapienza Editrice, 2016

CHIOVENDA G., *Cosa giudicata e preclusione*, in *Rivista italiana di scienze giuridiche*, I, 1933, 3

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, Jovene, 1960

CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1965

CHIOVENDA G., *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1993

CIFERNI B., *La discrezionalità esaurita ed il suo accertamento nel processo amministrativo: considerazioni e spunti ricostruttivi alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, disponibile al sito [giustamm.it](http://giustamm.it), 2016, 1

CIFERNI B., *Le sopravvenienze nel processo amministrativo. Riflessioni sulla natura "condizionata" del giudicato alla luce del giudizio sul rapporto*, disponibile al sito [giustamm.it](http://giustamm.it), 2019, 3

CINTIOLI F., *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Diritto processuale amministrativo*, II, 2015, 507

CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, CEDAM, 1989

CLARICH M., *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1995

CLARICH M., *L'effettività della tutela nelle decisioni del giudice amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, III, 1998, 523

CLARICH M., *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, III, 2005, 557

CLARICH M., *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del codice e apertura a nuove tutele*, disponibile al sito [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it), 2010, 1

CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2013

CONSOLO C., *Per un giudicato pieno e paritario a prezzo di un procedimento amministrativo all'insegna del principio di preclusione*, in *Diritto processuale amministrativo*, I, 1990, 175

CONSOLO C., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. Dei limiti oggettivi del giudicato costitutivo*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, I, 1991, 215

CONSOLO C., *La sentenza Lucchini della Corte di giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Rivista di diritto processuale*, I, 2008, 225

CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, Giappichelli, 2019

CONTI R. G., *L'esecuzione delle sentenze della Corte edu nei processi non penali dopo Corte cost. n. 123 del 2017*, in *Consulta online*, II, 2017, 341

CORASANITI M., *Gli strumenti preposti alla esecuzione del giudicato amministrativo in base al principio di effettività della tutela. Il giudizio di ottemperanza, il commissario ad acta e l'astreinte*, disponibile al sito [contabilita-pubblica.it](http://contabilita-pubblica.it), 2019, 1

CORSO G., *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Foro italiano*, 1989, 428

CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2022

CUDIA C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008

D'ALBERTI M., *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2021

D'AMICO M., *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1993

DE LISE P., *L'efficacia soggettiva del giudicato amministrativo*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1966, 250

DI LULLO M., *Riedizione del potere, elusione e violazione del giudicato, giudizio di ottemperanza*, in *Diritto processuale amministrativo*, IV, 2017, 1517

DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale. Art. 1173-1176*, Bologna, Zanichelli, 1988

FALCON G., *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Diritto processuale amministrativo*, II, 2001, 287

FALCON G., *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 2020

FALZEA A., voce *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965, 477

FALZEA A., *Sulla sentenza n.500/99 delle S.U. Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Rivista di diritto civile*, V, 2000, 679

FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, CEDAM, 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, Giuffrè, 2003

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 *Diritto amministrativo*, III, 2006, 591

FERRARA L., *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, in *Foro amministrativo TAR*, IV, 2008, 1193

FERRARA L., MANNUCCI G., *Giudicato [dir. amm.]*, in *Diritto online Treccani*, 2015

FERRARA L., *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di rigetto: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Diritto amministrativo*, III, 2021, 573

FERRARO V., *L'intangibilità del giudicato amministrativo e il diritto europeo: le recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico*, V, 2005, 1065

FILOMUSI GUELFY F., *Silvio Spaventa, Discorso letto il 20 maggio 1894 nella sala Dante in Roma per la solenne commemorazione promossa dall'associazione abruzzese Silvio Spaventa*, Lanciano, 1894

FOIS S., voce *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 659

FOLLIERI E., *Giudicato sull'incompetenza e potere della Pubblica amministrazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, IV, 1983, 463

FOLLIERI E., *Il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi alla luce del D. L.vo. n. 80/98*, in *Rivista di diritto privato*, 1988, 453

FOLLIERI F., *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, III, 2012, 1012

FORNACIARI M., *Situazioni potestative, tutela costitutiva e giudicato*, Torino, Giappichelli, 1999

FRANCARIO F., *Inerzia ed ottemperanza al giudicato: spunti per una riflessione sull'atto di ottemperanza*, in *Foro amministrativo*, 1985, 745

FRANCARIO F., *La violazione del giusto processo dichiarata dalla CEDU non è motivo di revocazione della sentenza passata in giudicato*, disponibile al sito [federalismi.it](http://federalismi.it), 2017, 1

GALETTA D. U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, Giappichelli, 2009

GALGANO F., *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, in *Contratto e impresa*, II, 1997, 423

GALLO C. E., *Giudicato amministrativo e successione di leggi nel tempo*, in *Foro italiano*, III, 100

GÄRDITZ K. F., *VwGO Kommentar*, Colonia, Heymanns, 2018

GARBAGNATI E., *La giurisdizione amministrativa. Concetto ed oggetto*, Milano, Giuffrè, 1950

GARBAGNATI E., *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, in *Rivista di diritto processuale*, 1976, 257

GASPARRI P., *Sulla riemanazione di provvedimenti annullati in sede giurisdizionale*, in *Foro amministrativo*, I, 1952, 192

GIANNINI M. S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939

GIANNINI M. S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950

GIANNINI M. S., *Contenuto e limiti del giudizio di ottemperanza*, in *Atti del Convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, Napoli, 24-25 aprile 1960, Milano, 1962, 141

GIANNINI M. S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Rivista di diritto processuale*, III, 1963, 522

GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970

GIANNINI M. S., PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 229

GIANNINI M. S., *La giustizia amministrativa*, Roma, Jandi Sapi, 1972

GIANNINI M. S., *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini*, II, 1973, 179

GIANNINI M. S., voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, 267

GIANNINI M. S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981

GIANNINI M. S., *Discrezionalità amministrativa e pluralismo*, in *Quaderni del pluralismo*, II, 1984, 109

GRECO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980,

GRECO G., *Responsabilità civile della pubblica amministrazione nell'urbanistica (con particolare riferimento alla lesione degli interessi legittimi dinamici)*, in *Diritto e società*, 1983, 565

GRECO G., *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, III, 1992, 481

GRECO G., *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, V, 1999, 1126

GRECO G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, Giappichelli, 2003

GRECO G., *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Diritto amministrativo*, III, 2014, 479

GRECO G., *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Rivista di diritto pubblico comparato*, I, 2014, 1

GRECO G., *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Diritto e società*, II, 2016, 203

GRILLO E., *Un nuovo motivo di revocazione straordinaria del giudicato amministrativo per dare esecuzione alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2017, 194

GUANTARIO A., *Dequotazione della motivazione e provvedimento amministrativo*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, XXI, 2002, 2233

GUARINO G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rassegna di diritto pubblico*, III-IV, 1949, 49

GUARINO G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, Jovene, 1990, 238

GUICCIARDI E., *L'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato dei tribunali*, in *Archivio di diritto pubblico*, III, 1938, 250

GUICCIARDI E., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, in *Giurisprudenza italiana*, III, 1941, 17

GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, Padova, CEDAM, 1956

GUICCIARDI E., *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, UTET, 1967

HAURIOU M., *Note sous Conseil d'État 31 janvier 1902 Grazietti*, *Recueil Sirey*, III, Parigi, 1903, 113

HEINITZ E., *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, CEDAM, 1937

IACCARINO C. M., *Studi sulla motivazione con particolare riguardo agli atti amministrativi*, Roma, Società editrice del Foro italiano, 1933

IMMORDINO M., *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, Giappichelli, 1999

IMMORDINO M., *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in SCOCA F. G. (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2015

INVREA F., *La servitù del giudicato*, in *Rivista di diritto processuale civile*, I, 1930, 230

LA VALLE F., *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza delle libertà e dei diritti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, III, 1969, 842

LAZZARA P., *Nullità (dir. amm.)*, in *Diritto online Treccani*, 2013, 1

LEDDA F., *L'attività amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1987

LEDDA F., *Agonia e morte ingloriosa dell'interesse legittimo*, ne *Il sistema della giustizia amministrativa dopo il d. lgs. n. 80 del 1998 e la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 500 del 1999*, Atti dell'incontro di studio svoltosi a Roma, Palazzo Spada, il 18 novembre 1999, Milano, 2000

LESSONA S., *Giudicato di legittimità dell'atto amministrativo e potere di autoimpugnativa*, in *Foro italiano*, III, 1949, 172

LEVI F., *L'attività conoscitiva della Pubblica Amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967

LIEBMAN E. T., *Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata*, in *Rivista di diritto processuale civile*, I, 1936, 237

LIEBMAN E. T., *Sulla rilevabilità d'ufficio dell'eccezione di cosa giudicata*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1947, 360

LIEBMAN E. T., *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, Giuffrè, 1962

LIEBMAN E. T., voce *Giudicato (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia giuridica*, XV, Roma, Treccani, 1988, 1

LIEBMAN E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 2002

LIPARI M., *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, disponibile al sito [federalismi.it](http://federalismi.it), 2010, 1

LIPARI M., *L'esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo nella giurisdizione amministrativa tra margine di apprezzamento nazionale ed effettività del diritto di difesa: restitutio in integrum, ottemperanza, revocazione e autotutela doverosa*, ne *Il Processo*, II, 2019, 265

LOCKE J., *Two treaties of government*, Londra, 1689

LOPILATO V., *Cognizione ed esecuzione nel giudizio di ottemperanza*, disponibile al sito [giustamm.it](http://giustamm.it), 2013, 1

LOPILATO V., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020

LUBRANO E., *Le azioni a tutela degli interessi pretensivi nel nuovo processo amministrativo*, Roma, Istituto Editoriale Regioni Italiane, 2012

LUCIANI F., *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, Giappichelli, 2010

LUCIANI M., *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*, III, 2014, 433

LUISO F., *Principio del contraddittorio e efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, Giuffrè, 1981

LUISO F., VACCARELLA R., *Le impugnazioni civili*, Torino, Giappichelli, 2013

LUISO F., *Diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 2019

MANDRIOLI C., CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, Torino, Giappichelli, 2019

MANFREDI G., *Accordi e azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2001

MANNORI L., SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma, Laterza, 2004

MANNUCCI G., *Uno, nessuno, centomila. Le motivazione del provvedimento amministrativo*, in *Diritto pubblico*, III, 2012, 885

MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè

MARTUCCI DI SCARFIZZI F. S., *L'integrazione postuma della motivazione alla luce dell'art.21 octies comma 2 della Legge n.241 del 1990. Profili di incidenza sugli atti regolatori adottati dalle Autorità Amministrative Indipendenti*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, III, 2015, 6

MARZUOLI C., ORSI BATTAGLINI A., *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Diritto pubblico*, 1999, 487

MASSERA A., *Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, IV, 2010, 834

MASUCCI A., *Il processo amministrativo in Francia*, Milano, Giuffrè, 1995

MAZZAROLLI L., voce *Convalida (dell'atto amministrativo)*, in *Enciclopedia giuridica*, IX, Roma, Treccani, 1988, 2

MAZZAROLLI L., *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in *Diritto processuale amministrativo*, II, 1990, 240

MAZZAROLLI L., *Il processo amministrativo come processo di parti e l'oggetto del giudizio*, in *Diritto processuale amministrativo*, XV, 1997, 463

MELIS G., *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, Il Mulino, 2020

MENCHINI S., *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, Giuffrè, 1987

MERUSI F., *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970

MEUCCI L., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, F.lli Bocca, 1909

MIELE G., *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amministrativo*, IV, 1940, 56

MIELE G., *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 1944, 114

MODUGNO F., *Diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2017

MONTELEONE G., *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padova, CEDAM, 1978

MONTESQUIEU C. L., *De l'esprit des lois*, Ginevra, 1748

MOREA P., *Giudicato amministrativo e vincoli della P.A. Spunti ricostruttivi*, in *Tribunale amministrativo regionale*, V-VI, 1981, 163

MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, in MAZZAROLLI G., PERICU A., ROMANO F., ROVERSI MONACO A., SCOCA F. G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi Editoriale, 2005

MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, Vallardi, 1900 (circa)

MORTATI C., *Potere discrezionale*, in *Nuovo digesto italiano*, X, Torino, UTET, 1939, 76

MORTATI C., *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione negli atti amministrativi (a proposito del procedimento di scrutinio nelle promozioni per merito comparativo)*, in *Giurisprudenza italiana*, III, 1943, 1

MORTATI C., voce *Discrezionalità*, in *Novissimo digesto italiano*, V, Torino, UTET, 1960, 1099

MORTATI C., *Le leggi provvedimento*, Milano, Giuffrè, 1968

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1975

NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in CICU A., MESSINEO F. (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, II, Milano, Giuffrè, 1974

NIGRO M., *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27, n. 4 della legge sul Consiglio di Stato*, in *Rassegna di diritto pubblico*, I, 1954, 228

NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1960

NIGRO M., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966

NIGRO M., *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1970, 744

NIGRO M., *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro italiano*, II, 1975, 17

NIGRO M., *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in *Rivista di diritto processuale*, II, 1978, 249

NIGRO M., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Rivista di diritto processuale*, II, 1980, 261

NIGRO M., *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1980, 6

NIGRO M., *Il nodo della partecipazione*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, XXXIV, 1980, 226

NIGRO M., *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1981, 1157

NIGRO M., *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro italiano*, X, 1987, 469

NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2002

OCCHIENA M., *Il divieto di integrazione in giudizio della motivazione e il dovere di comunicazione dell'avvio dei procedimenti ad iniziativa di parte: argini a contenimento del sostanzialismo*, in *Foro amministrativo TAR*, II, 2003, 522

ORLANDO V. E., voce *Contenzioso amministrativo*, in *Digesto italiano*, VIII, Torino, UTET, 1895-1898, 909

ORLANDO V. E., *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, Barbera, 1915

ORLANDO V. E., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, 1905

ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, I, 1988, 3

OTTAVIANO V., *Merito*, in *Novissimo digesto italiano*, X, Torino, UTET, 1964, 575

PAJNO A., *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, in *Foro amministrativo*, 1987, 1645

PAOLANTONIO N., *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003

PAOLANTONIO N., voce *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, Giuffrè, 2007, 855

PAOLANTONIO N., *Esistenza dell'interesse legittimo? (Rileggendo Franco Ledda)*, in *Diritto amministrativo*, I, 2015, 1

PATRONI GRIFFI F., *Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*, disponibile al sito [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it), 2010, 1

PATRONI GRIFFI G., *Forma e contenuto della sentenza*, in *Diritto processuale amministrativo*, I, 2015, 17

PATRONI GRIFFI F., *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico-storico-evolutivi e prospettive*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, I, 2016, 115

PEPE G., *Giudicato amministrativo e sopravvenienze*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017

PERROT R., voce *Chose jugée*, in *Encyclopédie Dalloz de procédure civile*, Parigi, 1978, 47

PICARDI N., *Eventuali conflitti fra principio del giudicato e principio della superiorità del diritto comunitario*, in *Giustizia civile*, III, 2008, 561

PICARDI V., GIULIANI A., *I Codici napoleonici. Codice di procedura civile del 1806*, Milano, Giuffrè, 2000

PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962

PIRAS A., voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, 65

PIRRONE A., *Obbligo di conformazione alla pronuncia della Corte di Strasburgo e revocazione della sentenza amministrativa: la sentenza n. 123/2017 della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, 515

POLI G., *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A.. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, Giappichelli, 2012

POLICE A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Roma, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998

POLICE A., *Giudicato amministrativo e sentenze di Corti sovranazionali. Il rimedio della revocazione in un'analisi costi benefici*, in *Diritto processuale amministrativo*, II, 2018, 646

POTOTSCHNIG U., *Atti amministrativi e affievolimento di diritti soggettivi*, in *Jus*, II, 1953, 245

PRESUTTI E., *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giurisprudenza italiana*, IV, 1910, 47

PRESUTTI E., *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, Società Editrice Libreria, 1911

PROTO PISANI A., *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale*, 1990, 386

PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 2014

PROTTO M., *Il rapporto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008

PUGLIATTI S., *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, Milano, Giuffrè, 1964, 64

PUGLIESE G., voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, 785

PUGLIESE G., voce *Giudicato civile (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, 782

RAGGI L., *Diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 1933

RAIMONDI S., *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel Codice del processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, III, 2011, 917

RAMAJOLI M., *La connessione nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002

RAMAJOLI M., *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, I, 2013, 100

RAMAJOLI M., *Il declino della decisione motivata*, in *Diritto processuale amministrativo*, III, 2017, 894

RAMAJOLI M., VILLATA R., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017

RANELLETTI O., *A proposito di una questione di competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano, 1892

RANELLETTI O., *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, Pierro, 1912

RANELLETTI O., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1934

RANELLETTI O., *Sulla esecuzione in via amministrativa delle decisioni del Consiglio di Stato e delle Giunte Provinciali Amministrative*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1951, 56

RENNA M., *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Diritto amministrativo*, III, 2005, 573

RIDOLA P., *Il principio libertà nello stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2018

RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1965

ROMAGNOSI G. D., *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato, Tipografia Guasti, 1835

ROMANO A., *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1958

ROMANO A., *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1975

ROMANO A., *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Diritto amministrativo*, I, 1998, 1

ROMANO A., *Sono risarcibili, ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro italiano*, I, 1999, 3222

ROMANO S., *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, Padova, CEDAM, 1932

ROMANO S., *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947

ROMANO TASSONE A., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987

ROMANO TASSONE A., voce *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Enciclopedia del diritto*, Agg. II, Milano, Giuffrè, 1998, 978

ROMANO TASSONE A., *Sulla regola del dedotto e deducibile nel giudizio di legittimità*, disponibile al sito [giustamm.it](http://giustamm.it), 2006, 1

RUGGERI A., *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino, Giappichelli, 2009

SALA G., *L'eccesso di potere amministrativo dopo la l. 241/90: un'ipotesi di ridefinizione*, in *Diritto amministrativo*, II, 1993, 173

SALANDRA A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi: con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino, UTET, 1904

SANDULLI A. M., *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940

SANDULLI A. M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, Morano, 1963

SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1952

SANDULLI A. M., *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, in AA. VV., *Atti del convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962

SANDULLI A. M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, Morano, 1963

SANTANIELLO G., voce *Convalida (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, Giuffrè, 1962, 503

SANTISE M., *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, Jovene, 2012

SATTA F., *I soggetti dell'ordinamento. Per una teoria della responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Rivista di diritto civile*, 1977, 61

SATTA F., *Giustizia amministrativa*, Padova, CEDAM, 1986

SATTA F., *La lesione di interessi legittimi: variazioni giurisprudenziali sull'inammissibilità del risarcimento e principi comunitari*, in *Giurisprudenza italiana*, I, 1992, 1797

SATTA S., voce *Accertamento incidentale*, in *Enciclopedia giuridica*, I, Milano, Giuffrè, 1958, 245

SAVIGNY F. C., *System des heutigen römischen Rechts*, Berlino, Veit, 1849

SCIALOJA V., *Sulla funzione della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Giustizia amministrativa*, IV, 1901, 79

SCIALOJA V., *Come il Consiglio di stato divenne organo giurisdizionale*, in *Rivista di diritto pubblico*, I, 1931, 407

SCOCA F. G., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1971



SCOCA F. G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in AMOROSINO S. (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti dagli allievi per gli ottanta anni di M. S. Giannini*, Milano, Giuffrè, 1995

SCOCA F. G., *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi: una lettura critica*, in Clemente di San Luca G. (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, Giappichelli, 2005

SCOCA F. G., *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2011

SCOCA F. G., *Il Consiglio di Stato e i conflitti di attribuzione (1865-1877)*, in AA. VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, Zanichelli, 2011

SCOCA F. G., *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017

SCOCA F. G., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017

SCOCA S. S., *Violazione ed elusione del giudicato: differenza anodina o utile?*, disponibile al sito giustamm.it, 2012, 1

SODAN H., ZIEKOW J., *Verwaltungsgerichtsordnung. Grosskommentar*, Baden-Baden, Nomos, 2018

SORACE D., voce *Atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, III, Milano, Giuffrè, 2010, 46

STELLA RICHTER P., *L'inoppugnabilità*, Milano, Giuffrè, 1970

STELLA RICHTER P., *L'aspettativa di provvedimento*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, I, 1981, 21

TARULLO S., *L'art. 10-bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, disponibile al sito giustamm.it, 2008, 1

TEDOLDI A. M., *Intangibilità dei giudicati civili e amministrativi contrari alla CEDU*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 2019, 445

TOSATO E., *Interesse materiale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa di legittimità*, Padova, CEDAM, 1937

TRAPASSO M. T., *Articolo 46. Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze*, in BELTRANI S. (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Bologna, Zanichelli, 2022

TRAVI A., *Il giudicato amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, IV, 2006, 912

TRAVI A., *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, in *Rivista amministrativa regione Lombardia*, III, 2011, 162

TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014

TRAVI A., *Pronunce della Corte di Strasburgo e revocazione delle sentenze: un punto fermo della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, III, 2017, 1260

TRENTIN S., *La cosa giudicata nelle decisioni delle Sezioni giurisdizionali del consiglio di Stato*, Pisa, Tipografico F. F. Nistri, 1910

TRIMARCHI M., *Sui vincoli alla riedizione del potere amministrativo dopo la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 2/2013*, in *Diritto processuale amministrativo*, I, 2015, 384

TRIMARCHI M., *L'inesauribilità del potere giuridico. Profili critici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018

TRIMARCHI BANFI F., *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Politica del diritto*, II, 1993, 124

TRIMARCHI BANFI F., *Il terzo nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Diritto processuale amministrativo*, I, 2014, 25

TRIMARCHI BANFI F., *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, II, 2016, 361

TROPEA G., *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto*, in *Diritto processuale amministrativo*, IV, 2017, 1242

URBANO G., *Contributo sull'effettività del giudicato amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020

VACCARI S., *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017

VACCARI S., *"Ius superveniens" e giudicato a formazione progressiva*, in *Foro italiano*, IV, 2017, 204

VAIANO D., *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in PREFETTI R. (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, CEDAM, 2008

VALAGUZZA S., *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, Giuffrè, 2016

VALAGUZZA S., *L'illusione ottica del giudicato a formazione progressiva*, in *Diritto processuale amministrativo*, I, 2018, 296

VERDE G., *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, in *Rivista di diritto processuale*, IV, 1980, 642

VILLATA R., *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza e attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1989, 369

VIPIANA P. M., *Contributo allo studio del giudicato amministrativo. Profili ricognitivi ed individuazione della natura giuridica*, Milano, Giuffrè, 1990

VIPIANA P. M., *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1990

VIRGA G., *Motivazione successiva e tutela della pretesa alla legittimità sostanziale del provvedimento amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, V, 1993, 507

VIRGA P., *Il provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1979

VIRGA P., *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 2001

VOLPINO D., *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*, Padova, CEDAM, 2008

ZANOBINI G., *L'attività amministrativa e la legge*, in *Rivista di diritto pubblico*, I, 1924, 208

ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1958

ZITO A., *L'integrazione in giudizio della motivazione: una questione ancora aperta*, in *Diritto processuale amministrativo*, III, 1994, 585

ZITO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996