SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

STEFANO VACCARI

IL GIUDICATO NEL NUOVO DIRITTO PROCESSUALE AMMINISTRATIVO

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO
(DIRITTO AMMINISTRATIVO)
XXIX CICLO

RELATORE
CH.MO PROF. V. CERULLI IRELLI

a.a. 2015/2016

A Gianfranco, Maria, Dario, Betty, Anna…

per tante ragioni.

SOMMARIO

PREMESSA 1

Capitolo I

GIUDICATO, EFFICACIA DELLA SENTENZA E OGGETTO DEL GIUDICATO NELLA TEORIA GENERALE DEL PROCESSO

1.1 Il giudicato nella teoria generale del processo. Prime questioni terminologiche 5

1.2 L'emersione di un «dualismo concettuale»: l'incertezza definitoria del giudicato (in particolare civile) tra teorie «processuali» e «sostanziali» 10

1.3 Il giudicato nell'ordinamento positivo italiano: esegesi e teoria..... 17

1.3.1. (segue): Il problema del rapporto tra passaggio in giudicato e autorità (propria del) giudicato 29

1.4 Il (preteso) superamento del dibattito sulla natura sostanziale/formale del giudicato attraverso la distinzione tra efficacia ed autorità della sentenza 32

1.5 I «contorni» del giudicato tra oggetto e (suoi) limiti oggettivi..... 40

1.5.1. (segue): Peculiarità e problematiche della «*causa petendi*» e dei limiti oggettivi del giudicato nelle azioni costitutive 53

1.5.2. (segue): Il problema del rapporto tra giudicato e motivazione della sentenza 58

Capitolo II

IL «GIUDICATO AMMINISTRATIVO» COME (NUOVO) PROBLEMA DELLA SCIENZA GIURIDICA. GENESI E PRIME COSTRUZIONI TEORICHE

2.1 Le peculiarità della giustizia amministrativa e loro riflesso sull'impostazione di uno studio sul «giudicato amministrativo» (e sull'efficacia della sentenza). Il bisogno di uno studio diacronico per cogliere le ragioni di specialità e le principali problematiche al fine di una (possibile) prospettiva ricostruttiva adattabile all'attuale «diritto processuale amministrativo» 65

2.2 La genesi del dibattito sul giudicato amministrativo va ricollegata nell'ambito della più ampia discussione sulla "natura" della IV sezione del Consiglio di Stato. Approfondimento sulla tesi "amministrativa" e corollario «negazionista» in tema di giudicato 75

2.3 Le prime costruzioni «proto-civilistiche» sul giudicato amministrativo a "stabilità limitata". Recupero, *a contrario*, della concezione «negazionista» per un'impostazione del discorso sul giudicato a base "ampia" 98

Capitolo III

VERSO UNA PIÙ MATURA ELABORAZIONE DEI CONCETTI DI «GIUDICATO AMMINISTRATIVO» (ED «EFFICACIA DELLA SENTENZA»). LE PRINCIPALI COSTRUZIONI TEORICHE. PREGI E LIMITI

3.1 L'iniziale prevalenza di un'impostazione "civilistica" del «giudicato amministrativo» a "*causa petendi* ristretta" volta a concentrare l'attenzione sul momento "a valle" dell'obbligo di conformazione alla sentenza più che sulla riflessione "critica" del momento strutturale "a monte", ossia sul "tipo" di effetti della pronuncia e sui conseguenti «limiti oggettivi» del giudicato 121

3.1.1. (segue): Le principali criticità proprie di tale approccio..... 138

3.2 Il «giudicato amministrativo» come "fatto": la tesi volta a contrarre pesantemente i "limiti oggettivi" del giudicato in funzione di una piena "equiparazione" ed indipendenza fra giurisdizione e amministrazione 144

3.2.1. (segue): I *pro* e i *contra* a tale ricostruzione 161

3.3 Il tentativo di "scomposizione" strutturale ed analitica degli "effetti della sentenza amministrativa" al fine di creare un maggiore vincolo e collegamento fra processo e ri-edizione del potere amministrativo alla luce del principio di effettività della tutela 166

3.3.1. (segue): Aspetti positivi della dottrina in esame e sue (possibili) debolezze..... 200

3.4 La costruzione del processo amministrativo come "processo sul rapporto". Il più elevato sforzo teorico volto ad assicurare la (maggiore) "stabilità" del risultato processuale all'interno di un giudizio incentrato sull'azione di annullamento 211

3.4.1. (segue): Critiche alla costruzione del "giudicato sul rapporto" e spunti per una proposta ricostruttiva adattabile alla (mutata) struttura del processo amministrativo attuale 236

Capitolo IV

PER UNA RICONSIDERAZIONE DEL PROBLEMA DEL GIUDICATO ALL'INTERNO DELL'ATTUALE DIRITTO PROCESSUALE AMMINISTRATIVO

4.1 Una premessa di lettura: il *favor* verso un'"inversione del metodo" come chiave esegetica per interpretare il dato "strutturale" alla luce degli attuali "valori funzionali" del processo..... 247

4.2 Il (nuovo) dato "strutturale" rappresentato dal Codice del processo amministrativo con la sua "sistematica" di azioni. La pluralità delle

azioni all'interno del processo amministrativo come "fascio" di tecniche processuali a disposizione dell'attore per la protezione e soddisfazione (effettiva) dei "bisogni" differenziati di tutela. Riflessi in punto di giudicato amministrativo: "limiti oggettivi" ad "ampiezza variabile" in conformità alla modulazione delle pretese processuali del ricorrente 265

4.3 Verso un giudicato amministrativo di "spettanza" (o di "rigetto" della pretesa) c.d. "stabilizzato". Le differenti tecniche di tutela degli interessi legittimi (pretensivi e oppositivi) e loro collegamento con i limiti/ostacoli tradizionali opposti ad un giudicato amministrativo "pieno e stabile" 286

4.3.1. (segue): La contrazione dei «limiti oggettivi» del giudicato amministrativo per effetto della "discrezionalità residua" e/o del ri-esercizio del potere fondato su differenti "fatti costitutivi" 293

4.3.2. (segue): Spunti per un "esaurimento" delle "alternative" amministrative all'interno della sede procedimentale. Verso un "onere preclusivo" di tipo procedimentale in capo alla P.A. 319

4.3.3. (segue): La valorizzazione delle eccezioni e degli strumenti dell'istruttoria processuale come (ulteriore) via per l'esaurimento del potere in funzione di un giudicato di "stabilità". Resistenze legate al (superabile) "divieto d'integrazione postuma della motivazione" del provvedimento amministrativo..... 349

4.4 I riflessi di "sistema" della ri-costruzione suggerita, ossia il riequilibrio "fisiologico" tra fasi processuali: cognizione "completa" ed ottemperanza "esecutiva" attraverso la sostituzione del "giudicato a formazione progressiva" con un giudicato amministrativo a "limiti oggettivi" completi e stabili..... 367

CENNI CONCLUSIVI..... 391

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI..... 397

PREMESSA

Scopo del presente lavoro è offrire uno studio del «giudicato» nel processo amministrativo, l'istituto che, come noto, rappresenta il "punto" di chiusura della vicenda contenziosa e (almeno nelle intenzioni) dovrebbe offrire la "stabilità" agli effetti contenuti all'interno della sentenza, rispetto a futuri giudizi "*de eadem re*" e alla successiva attività delle parti coinvolte.

La ripresa di un tale tema, invero assai complesso, è parsa necessaria per due ordini di ragioni. In primo luogo, l'avvento del nuovo Codice del processo amministrativo ha realizzato una grande rivoluzione nel sistema di tutela delle controversie di diritto pubblico, giacché, grazie ad una nuova "sistematica" di azioni si è cercato di "andare oltre" rispetto al precedente angusto modello di giustizia amministrativa a carattere rigidamente impugnatorio che la dottrina, con grandi sforzi teorici, da tempo cercava di superare onde raggiungere una miglior corrispondenza fra "bisogni di protezione" e "tecniche processuali" corrispondenti. In secondo luogo, perché la giurisprudenza, nazionale e sovranazionale, sempre più si è fatta attenta all'attuazione dei c.d. "valori funzionali" del processo (es. effettività, satisfattività, concentrazione, etc.) che ogni sistema giurisdizionale dovrebbe realizzare e che, conseguentemente, orientano lo studioso verso la lettura del "dato strutturale" secondo scelte interpretative (quando ciò sia possibile) più in linea con la "sostanza" assiologica richiamata.

Tuttavia, per procedere con rigore si è ritenuto dapprima sviluppare lo studio del tema secondo un approccio graduale e diacronico al fine di analizzare le principali problematiche e le fondamentali costruzioni dottrinali che hanno interessato il dibattito, per poi presentare la proposta ricostruttiva che si vuole suggerire per un nuovo «giudicato amministrativo» (che definiremo) "a spettanza stabilizzata" nel quadro del nuovo "diritto processuale amministrativo" seguito all'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo.

Pertanto, dapprima nel Capitolo I si è cercato di offrire alcune "coordinate teoriche" minime di teoria generale del processo al fine di tracciare i confini dell'istituto del «giudicato», specialmente con riguardo alla tradizionale distinzione tra giudicato "in senso formale" e giudicato "in senso sostanziale/materiale", nonché di perimetrare la distinzione dogmatica tra il concetto di «giudicato» e quello di «efficacia della sentenza» al fine di porre in risalto il *proprium* della funzione "stabilizzante" del primo. Inoltre, è stato essenziale, per una miglior comprensione delle riflessioni successive, cercare di illustrare i criteri che consentono di comprendere l'ambito di estensione dei c.d. «limiti oggettivi» del giudicato ponendo in risalto il collegamento sussistente tra «criteri identificativi delle azioni», «oggetto del processo» e «oggetto del giudicato», oltre a rappresentare le peculiarità del problema riferibili alle azioni c.d. "costitutive" (specie per l'importanza che riveste l'azione d'annullamento all'interno del processo amministrativo).

Dopo aver delineato, dal punto di vista della teoria generale del processo, le categorie dogmatiche funzionali al presente studio, si è iniziato — nel Capitolo II del presente lavoro — a declinare i concetti all'interno del modello di processo che ha corrisposto alle forme di tutela giurisdizionale dinanzi agli organi della giurisdizione amministrativa. Per fare ciò si è optato di partire, storicamente, dal momento della nascita della "giustizia amministrativa", ossia dall'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, poiché è proprio all'interno del dibattito sulla natura (giurisdizionale o amministrativa) delle nuove funzioni attribuite al Consiglio di Stato che nasce il "problema" del «giudicato amministrativo». In tal modo, presentando al lettore uno "spaccato" del dibattito delle "origini" del sistema di giustizia amministrativa (specialmente, prendendo a modello delle due concezioni contrapposte, le posizioni dei due capiscuola rappresentati dal CAMMEO e dall'ORLANDO) si è cercato di far emergere il "cuore" del problema del «giudicato amministrativo» ed, in particolare, la delicata questione circa il

rapporto tra «limiti oggettivi» dello stesso e spazio "libero" di ri-edizione del potere amministrativo *post*-giudizio.

Dopo aver esposto i termini del problema nella loro portata "prima" e semplificata — come può consentire la lettura del dibattito delle origini — è stato quindi possibile procedere, nel Capitolo III, con l'esposizione delle principali "tappe" del percorso teorico che hanno condotto allo sviluppo delle costruzioni teoriche "moderne" ancora presenti nell'odierno dibattito sul giudicato e sull'efficacia della sentenza amministrativa. Al riguardo, nell'esame dei contenuti delle diverse tesi che compongono il panorama dottrinale dell'elaborazione moderna dell'istituto, si è cercato di far emergere i *pro* e i *contra* di ciascuna tesi al fine di mettere in rilievo la relatività di ogni posizione e la "non vittoria" di ogni tesi sull'altra così da lasciare sempre aperto il dibattito sul punto.

In particolare, si è operata una selezione delle principali costruzioni teoriche per offrire uno "spaccato" il più ampio possibile delle diverse impostazioni di fondo proprie delle diverse correnti dottrinali (più attente alla sola dimensione dell'"atto" o con, maggiori o minori, aperture al c.d. "rapporto amministrativo").

L'esposizione dovrebbe far comprendere, aldilà dei contenuti e delle problematiche principali che interessano il tema in analisi, anche il "limite" invalicabile che la dottrina moderna incontrava nello studio del «giudicato amministrativo», vale a dire il dato "strutturale" povero di azioni e incentrato, essenzialmente, sull'egemonia dell'azione di annullamento.

Questa era la ragione che impediva di operare una ricostruzione teorica dell'istituto del «giudicato amministrativo» realmente satisfattiva e stabilizzante (s'intende, rispetto al risultato di acquisizione di un dato "bene della vita", soprattutto con riguardo ai titolari di posizioni d'interesse legittimo pretensivo), salvo procedere ad alcune eccessive forzature onde non rinunciare comunque agli ambiziosi obiettivi di qualità, vale a dire i valori funzionali del processo.

Tuttavia, come si è già appena anticipato, oggi lo scenario pare essere mutato: l'entrata in vigore del nuovo Codice del processo amministrativo consente al sistema di giustizia amministrativa di acquisire un vero "abito" processuale, avvicinandosi sempre più ai modelli realmente processuali (per i quali, il processo civile storicamente funge da metro di paragone) e offrendo un apparato di strumenti di tutela (di azioni) completo e ritagliato sulla fisionomia delle differenti posizioni giuridiche sostanziali che sono nella titolarità dei soggetti ricorrenti.

Il "nuovo" dato strutturale rappresenta, dunque, lo sfondo per poter tentare di elaborare una proposta ricostruttiva in tema di «giudicato amministrativo» (quale si è cercata di esporre nel Capitolo IV) al fine di realizzare gli obiettivi di effettività e satisfattività che hanno animato, da sempre, la dottrina nell'affrontare il tema per quanto costretta a scontare un imprescindibile *deficit* "strutturale" (salvi i generici auspici "*de jure condendo*"). Si è trattato, dunque, di verificare se sia possibile costruire realmente un «giudicato amministrativo» a c.d. "spettanza stabilizzata" che impedisca alla P.A. di ri-esercitare il potere amministrativo *post* giudizio chiudendo ogni "alternativa amministrativa" o ogni spazio di libertà che residua dai limiti oggettivi del giudicato stesso per assicurare un acquisto o una conservazione stabile delle utilità inerenti al "bene della vita" sotteso alle diverse posizioni giuridiche che dialogano con il potere amministrativo.

Capitolo I

GIUDICATO, EFFICACIA DELLA SENTENZA E OGGETTO DEL GIUDICATO NELLA TEORIA GENERALE DEL PROCESSO.

SOMMARIO: 1.1. Il giudicato nella teoria generale del processo. Prime questioni terminologiche – 1.2. L'emersione di un «dualismo concettuale»: l'incertezza definitoria del giudicato (in particolare civile) tra teorie «processuali» e «sostanziali» – 1.3. Il giudicato nell'ordinamento positivo italiano: esegesi e teoria – 1.3.1. (segue): Il problema del rapporto tra passaggio in giudicato e autorità (propria del) giudicato – 1.4. Il (preteso) superamento del dibattito sulla natura sostanziale/formale del giudicato attraverso la distinzione tra efficacia ed autorità della sentenza – 1.5. I «contorni» del giudicato tra oggetto e (suoi) limiti oggettivi 1.5.1. (segue): Peculiarità e problematiche della «*causa petendi*» e dei limiti oggettivi del giudicato nelle azioni costitutive 1.5.2. (segue): Il problema del rapporto tra giudicato e motivazione della sentenza.

1.1. Il giudicato nella teoria generale del processo. Prime questioni terminologiche.

Il termine «giudicato» denota un concetto giuridico proprio della dogmatica processualistica, oggetto di approfonditi studi ed elaborazioni teoriche da parte della «teoria generale del diritto»[1] (o meglio, di quella sotto-articolazione

[1] La «teoria generale del diritto» rappresenta quella branca della scienza giuridica che studia gli aspetti che paiono comuni ai vari «diritti» al fine di enucleare, attraverso una visione sistematica dell'intero ordinamento, alcuni concetti giuridici formali con pretesa di universalità. Nel fare ciò, attraverso una comparazione tra i vari dati positivi (c.d. «metodo a posteriori») e per mezzo della ricerca di costanti necessarie per tutti i diritti (c.d. «metodo a priori»), si ricavano concetti giuridici quali quelli di norma giuridica, ordinamento, fatto e atto giuridico, diritto soggettivo, ordinamento, fonte del diritto, giudicato, etc. Cfr., sul punto, P. CAPPELLINI, *Teoria e scienza del diritto (teoria generale)* (voce), in Enc. Dir., vol. XLIV, Milano, Giuffrè, 1992. Per una bibliografia minima, senza pretese di esaustività, sulla teoria generale del diritto si rinvia, quanto meno, a A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, Bari, Laterza, 2010; G. VISENTINI, *Lezioni di teoria generale del diritto*, Padova, Cedam, 2000; A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1999; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica: saggi*, Milano, Giuffrè, 1996; M. JORI, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli,

di tale settore della dottrina giuridica rappresentato dalla «teoria generale del processo»[2]) nonché, di conseguenza, degli studiosi dei vari diritti processuali i quali ne hanno adattato i portati generali alle diverse tipologie di processi (civile, penale, amministrativo, etc.).

La locuzione «giudicato», o «cosa giudicata» come spesso anche si rinviene nei testi giuridici, rappresenta la traduzione dell'equivalente nozione latina di «*iudicatum*» (o «*res iudicata*»[3] quanto alla seconda forma rappresentativa del

---

1995; B. MONTANARI, *Profili di teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995; A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1970; H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, Edizioni di comunità, 1963; N. BOBBIO, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1955; D. BARBERO, *Studi di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1953; H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (a cura di R. TREVES), Torino, Einaudi, 1952.

[2] Lo studio del processo, in particolare a cominciare dall'opera di FRANCESCO CARNELUTTI fino al culmine raggiunto con gli studi di ELIO FAZZALARI, si è inserito sin da subito nell'alveo della metodica della teoria generale del diritto (vd. nota precedente) mostrando una tendenza all'elaborazione di una nozione di processo (e di correlati concetti giuridici) che trascende le singole *species* processuali ideando nozioni a vocazione universale che accomunino tanto i processi civili quanto quelli penali (un discorso a parte andrebbe fatto per il processo amministrativo, stante la diversa e peculiare genesi). Vd., sul punto, gli studi di E. RICCI, *Principî di diritto processuale generale*, Torino, Giappichelli, 1995; V. FAIREN GUILLEN, *Doctrina general del derecho procesal*, Barcelona, Bosch, 1990; E. FAZZALARI, *Processo (Teoria generale)*, in Nss. Dig. It., vol. XIII, Torino, Utet, 1966, pagg. 1067 ss.; ID., *Appunti di teoria generale del processo*, Pisa, Coop. Lib. Univ., 1966; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, Morano, 1958; H. SCHIMA, *Compiti e limiti di una teoria generale dei procedimenti*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1953, VII, pagg. 762 ss.

[3] Lo studio sul giudicato nel diritto romano ha destato, in epoca moderna, particolare attenzione soprattutto, ma non solo, nei romanisti di scuola tedesca (il riferimento va, in particolare, al filone inaugurato dalla c.d. «scuola pandettistica», la quale ha rappresentato lo sviluppo della c.d. «scuola storica» fondata da FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY) che vi hanno dedicato ampi studi monografici. *Ex multis*, cfr. G. PUGLIESE, *Due testi in materia di «res iudicata»*, in AA.VV., *Studi in memoria di Guido Zanobini*, V, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 491 ss.; M. MARRONE, *L'effetto normativo della sentenza (Corso di diritto romano)*, Palermo, Manfredi ed., 1960; H.H. PFLÜGER, *Causa iudicati*, Weimar, Hermann Böhalu, 1922; E. BETTI, *D. 42, I 63 - Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, Stab. Tip. Bianchini, 1922; P. COGLIOLO, *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata secondo il diritto romano e il codice civile italiano con accenni al diritto intermedio*, Torino, Fratelli Bocca, 1883; M.A. von BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. Der römische Civilprozess*, I, Bonn, Marcus, 1864; E.I. BEKKER, *Die processualische consumption im classischen römischen recht*, Berlin, Hertz, 1853; F.C. von SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, VI, Berlin, Veit, 1847 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale*, VI, Torino, Unione tipografico ed., 1896); F.L. von KELLER, *Über «litis contestation» und Urtheil nach classischem römischem Recht*, Zürich, Geßner, 1827. Sottolinea la differenza di significato tra le espressioni «*iudicatum*» e «*res iudicata*» G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, Enc. Dir., vol. XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, pag. 786. L'Autore, infatti, evidenzia come nel linguaggio processuale romano la locuzione «*res*» aveva assunto un significato tecnico preciso consistente nell'indicare l'intero rapporto litigioso o l'intera lite posta *sub iudice* e, di qui, la distinzione rispetto al concetto di «*iudicatum*» — in

concetto, di cui *supra*) ed indica, con prima definizione sommaria, la pronuncia definitiva sopra ad una lite o ad una questione sottoposta all'esame di un organo chiamato a (e dotato dei poteri di) giudicare[4]. La *ratio* propria dell'istituto è quella di porre fine alle liti insorte contribuendo, al contempo, alla certezza del diritto[5] nonché alla pace tra i consociati[6].

---

rapporto di *species* rispetto al *genus* della «*res iudicata*» — idoneo a denotare in generale un qualunque elemento che sia oggetto del giudizio ma che non esaurisca l'intera *res litigiosa*, ovvero indichi una questione contenuta nel rapporto o ad essa pregiudiziale.

[4] Si veda anche, per completezza, la definizione contenuta in E.T. LIEBMAN, *Giudicato* (voce), in Enc. Giur., Roma, Treccani, 1989, pag. 1, ove si definisce il «giudicato» o la «cosa giudicata» come la «[…] *decisione contenuta nella sentenza del giudice, quando è divenuta immutabile in conseguenza della preclusione delle impugnazioni*». L'Autore pone l'accento, inoltre, sulla circostanza che nel diritto moderno, rispetto alla passata epoca romana, il concetto giuridico di «giudicato» si è incentrato sempre più sulla decisione giudiziale al fine di garantirne la stabilità, da intendersi come preclusione di ulteriori giudizi *de eadem re*, da un lato, e come forza vincolante nel prodursi, in chiave non contestata e/o impedita, degli effetti della pronuncia. Si riporta anche, per la Sua autorevolezza nonché per l'ampia influenza esercitata in dottrina, la peculiare definizione del giudicato propria di G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, Jovene, 1935, pag. 342, il quale lo definisce come «[…] *l'affermazione indiscutibile d'una volontà concreta di legge, che riconosce o disconosce un bene della vita a una delle parti*».

[5] Tale obiettivo si raggiunge anche grazie alla stabilità propria del giudicato, corollario essenziale della funzione giurisdizionale la quale, per svolgere pienamente il proprio ruolo di funzione della sovranità coperta dall'art. 24 Cost., deve condurre, nei propri esiti — ovvero aldilà del proprio accesso sempre garantito — a risultati saldi e durevoli. Tale principio di certezza del diritto deve bilanciarsi, tuttavia, con l'esigenza (altresì prioritaria) volta ad attribuire al soggetto risultato soccombente nel processo la possibilità di far valere, per mezzo di un apparato rimediale (impugnazioni e gravami), i pretesi errori della sentenza o il suo carattere ingiusto dinanzi ad un diverso ed ulteriore giudice che riesamini il caso deciso. L'equilibrio tra le due esigenze ricordate fa sì che la serie di mezzi d'impugnazione delle sentenze non sia illimitata e, pertanto, poiché il processo non può durare all'infinito — in quanto finalizzato ad una decisione definitiva e stabile delle controversie —, una volta esaurite le vie di riesame offerte in un dato ordinamento, la sentenza deve acquistare un carattere di stabilità e immutabilità (contribuendo, dunque, alla certezza del diritto). Vd., *amplius*, sul tema, A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, 2ª ed., Padova, Cedam, 1997, in part. pag. 416.

[6] Cfr. E.T. LIEBMAN, *Giudicato* (voce), op. cit., pag. 1. È evidente, dunque, l'importanza dello studio del giudicato e degli effetti della sentenza giacché è intorno ad essi che ruota la realizzazione pratica degli scopi del processo. Tale idea era già ben presente in E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, Cedam, 1937, pag. 20, laddove l'Autore rimarca che «[…] *il legislatore, per raggiungere lo scopo del processo civile, doveva conferire alla sentenza certe qualità e certi effetti. Alla parte non può bastare di avere in mano un documento, contenente determinati accertamenti o comandi. L'essenziale è quale forza sia inerente alla sentenza; in che modo sia cambiata la situazione giuridica delle parti; quali siano, detto generalmente, i suoi effetti*».

È importante ribadire sin da ora, al fine di una chiara precisazione dei confini terminologici, come il concetto di «giudicato» in analisi sia fortemente correlato e, spesso, connesso con quello di «sentenza»[7].

Tuttavia, tale elementare collegamento merita un chiarimento in quanto, ad analisi più approfondita, emerge un certo *iato* tra i due termini.

Infatti, in primo luogo il rapporto tra giudicato e sentenza sembra essere quello che sussiste tra «contenuto» e «contenitore», ciò a dire che il giudicato identifica la sostanza, la materia, in altri termini il contenuto e il risultato che viene veicolato a mezzo dell'«atto» sentenza[8].

In second'ordine, vi possono essere ipotesi di «giudicato senza sentenza», poiché per taluni casi e/o questioni si prevede, nei vari settori processuali, che la lite si concluda con un atto diverso per *nomen* dalla sentenza (es. ordinanza, decreto, etc.)[9] e, *ex adverso*, casi di «sentenze non passate in giudicato» tutte le volte in cui un dato ordinamento conferisca lo *status* di giudicato unicamente a

---

[7] Sulla sentenza in generale vd., quantomeno, A. CHIZZINI, *Sentenza nel diritto processuale civile*, in Dig. Civ., Torino, Utet, 1998; E. FAZZALARI, *Sentenza civile*, in Enc. Dir., Milano, Giuffrè, 1989; A. ROCCO, *La sentenza civile*, Torino, Bocca, 1906.

[8] Ciò era ben chiaro sin dal XVI sec. grazie agli studi — ed alle «*distinctiones*» — sul *Corpus iuris civilis* effettuati/e dalla c.d. «scuola dei commentatori». Cfr., in particolare, BARTOLO DA SASSOFERRATO, in *De re iudicata* (D. 42, 1, 1), n. 1, fol. 105, *Commentaria in primam Digesti Novi partem*, Venetiis, 1575, ove si osserva che la sentenza (l'«*actus iudicandi*») è «*res iudicans*» mentre la «*res iudicata*» è «*causa, quae finem controversiae a sententia accipit*», ovvero la controversia, il rapporto litigioso che il giudice ha deciso in modo stabile e irreversibile.

[9] Vd., *amplius*, E.T. LIEBMAN, *Giudicato* (voce), op. cit., pag. 8, il quale, nel trattare la problematica circa gli atti cui si può riferire il giudicato, oltre ad ammettere l'acquisto dell'autorità di giudicato per tutte le sentenze, definitive (e non), totali o parziali — una volta esaurite o precluse le impugnazioni ordinarie — sostiene che lo stesso avvenga per i «[…] *provvedimenti che, pur essendo rivestiti di una forma diversa da quella propria delle sentenze (art. 132 c.pc.), hanno tuttavia per contenuto una pronuncia sulle materie indicate dall'art. 279, 2° co., c.p.c. come quelle sulle quali il giudice deve pronunciare con sentenza. Vi sono casi in cui la legge, per motivi vari, dispone che il giudice pronunci nella forma dell'ordinanza o del decreto, sebbene l'oggetto della decisione esigerebbe la forma della sentenza*». In senso conforme cfr., anche, E. GARBAGNATI, *Sull'impugnazione dei provvedimenti emessi in forma di ordinanza*, in Giur. it., 1949, I, in part. pag. 385. In giurisprudenza cfr. Cass., sez. II, 24 aprile 1980, n. 2762, in Giust. civ., 1981, I, pagg. 571 ss.; Cass. 7 marzo 1977, n. 924; Cass. 28 dicembre 1973, n. 3453, in Giur. it., 1974, I, pagg. 1714 ss. Più controversa, in dottrina, è invece la possibilità di estendere la nozione di giudicato al decreto ingiuntivo e/o all'ordinanza di convalida dello sfratto. Si rinvia, per un approfondimento sul tema, quantomeno a E. GARBAGNATI, *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*, 5ª ed., Milano, Giuffrè, 1979; nonché a E. FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1956, pagg. 1306 ss.

quelle sentenze non più soggette a (tutti o a certi) meccanismi di gravame e/o impugnazione per decadenza dei termini o per statuizione definitiva dell'organo di ultima istanza[10]. Ciò fa emerge l'importante notazione che «[…] *la sentenza non è sempre di per sé giudicato*».[11]

Da ultimo, ma in realtà (forse) è il profilo che più interessa ai fini del tema oggetto del presente lavoro e che, pertanto, sarà maggiormente approfondito *infra*, la distinzione giudicato/sentenza attiene anche all'ambito dell'«efficacia», ovvero al complesso degli effetti prodotti. Infatti, è da tale carattere che emerge una chiara frattura tra i due termini, seppur sempre avvinti da un forte legame, dato che si può notare come la sentenza abbia un *proprium* di effetti non sovrapponibile esattamente a quelli peculiari del giudicato, ciò a dire che alcuni effetti della sentenza si producono anche quando la stessa non sia ancora «passata in giudicato»[12] e, altri ancora, sono ulteriori e distinti rispetto a quelli propri del giudicato[13].

Ciò premesso, si cercherà ora di far emergere, a livello di teoria generale per il necessario inquadramento teorico, le caratteristiche del «giudicato» tratteggiandone gli effetti, espressi sinteticamente nella formula «autorità del giudicato»[14], per poi illuminare meglio quella distinzione, ora solo abbozzata, tra quest'ultimi e gli effetti propri della «sentenza».

---

[10] Tale ultime condizioni (scadenza del termine di proposizione delle impugnazioni o intervenuta sentenza di grado massimo) determinano ciò che si esprime con la formulazione «passaggio in giudicato» della «sentenza» la quale, prima di tale momento, esisteva come atto e, come tale, con propri effetti (vd. *infra*), pur senza possedere ancora tale ulteriore caratteristica con i relativi corollari.

[11] G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, op. cit., pag. 786.

[12] Vd., con prima approssimazione, nota n. 10.

[13] Chiaramente, infatti, G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, op. cit., pag. 787 rimarca, in argomento, come «[s]*embra dunque corretto dire che gli effetti del giudicato sono effetti della sentenza, ma che non tutti gli effetti della sentenza sono da ricondursi al giudicato*».

[14] Espressione di derivazione latina, come i concetti di «*iudicatum*» e «*res iudicata*», dalla locuzione «*auctoritas rei iudicatae*». Tale influenza romanistica si è propagata anche negli ordinamenti francese e tedesco ove, per l'appunto, l'istituto trova espressione nei rispettivi termini di «*autorité de la chose jugée*» (Francia) e «*Rechtskraft*» (Germania). Sul concetto di giudicato nell'ordinamento francese, si rinvia, per un inquadramento generale, a R. PERROT, N. FRICERO, *Autorité de la chose jugée* (voce), in *Jurisclasseur. Procédure civile*, fasc. 554, Paris, 1998; H. MOTULSKY, *Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Paris, Dalloz 1968; J.

1.2. L'emersione di un «dualismo concettuale»: l'incertezza definitoria del giudicato (in particolare civile) tra teorie «processuali» e «sostanziali».

Tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento, la dottrina italiana che si occupava dello studio del processo subì una forte influenza culturale dall'area germanica, rispetto ad un passato ove, viceversa, era il modello dottrinale francese ad essere quello dominante[15]. Ciò determinò il trapianto nel dibattito culturale nazionale di alcune tematiche dottrinali che già avevano diviso gli autori tedeschi tempo addietro, in particolare, per quanto qui interessa, la *vexata quaestio* circa la (pretesa) distinzione tra «giudicato formale» e «giudicato sostanziale», espressioni che alludono a due correnti di pensiero ortodosse tra loro opposte.

Il problema, che ha creato tale profonda contrapposizione in dottrina — e che sarà esposto *infra* più ampiamente —, si può sintetizzare, sin d'ora, nei seguenti termini al fine di un'immediata comprensione del cuore della questione: la decisione (o meglio, la regola giuridica) espressa dal giudice e contenuta nella sentenza riguarda (*id est*: appartiene a) il diritto processuale o il diritto materiale?

Per comprendere al meglio i termini del problema, poi recepito dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiane, financo dal legislatore del 1942, occorre sintetizzare brevemente i poli del dibattito *de qua*, cominciando con il dire che quest'ultimo ha destato vivo interesse in autori tedeschi d'impianto romanista e/o appartenenti alla scuola «pandettistica» proprio perché, in assenza di prese di posizione espresse del codice tedesco sul punto del giudicato, la soluzione

---

FOYER, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile, essai d'une définition*, Paris, Thèse, 1954. Sul giudicato nell'ordinamento tedesco vd., invece, *infra*.

[15] La ragione dell'originaria influenza francese sulla dottrina processualistica italiana va ricercata nella motivazione storica dell'emanazione di codici civili modellati sul paradigma del *Code Napoléon* del 1804. Infatti, volgendo lo sguardo ai codici civili degli Stati preunitari, è agevole notare come, in tema di giudicato, si poteva rinvenire una forma speculare, con lievi modifiche, della soluzione contenuta negli artt. 1350 e 1352 del codice civile francese. Vd., per un elenco analitico dei codici dell'epoca con indicazione puntuale degli articoli oggetto d'interesse, G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, op. cit., pag. 794, in part. nt. n. 47.

positiva andava rintracciata nelle fonti romane di cui se ne predicava l'applicazione attuale.

Da un lato il SAVIGNY[16] può essere considerato il primo esponente di quel filone interpretativo che attribuisce al giudicato un'efficacia c.d. «sostanziale», in altre parole l'idea che dal giudicato discenda un *quid novi* in punto di situazione giuridica sostanziale, *id est*, una forza creativa di nuove situazioni giuridiche sostanziali come effetto della «finzione di verità» (vd. poco dopo) propria della «*Rechtskraft*»[17] (autorità di giudicato) tedesca. L'Autore individuò due funzioni[18] all'interno della c.d. «*exceptio rei iudicatae*» romana: una prima funzione definibile come «negativa» consistente nel mero fatto dell'emanazione di una sentenza e funzionale al solo obiettivo di evitare ogni forma di futuro giudizio *de eadem re*, quasi come un effetto preclusivo del tipo «*ne bis in idem*»[19] al fine di evitare duplicazioni di giudizi; ed una seconda funzione, viceversa, «positiva» quale vincolo in capo al successivo giudice di adeguarsi in senso conforme alla pronuncia precedente, con imposizione contestuale del divieto di decisione difforme[20].

Attraverso una tale interpretazione dell'eccezione di cosa giudicata, il SAVIGNY delinea il fondamento della sua teorica sul giudicato, qualificabile (come

---

[16] Cfr. F.C. von SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, op. cit., in part. pagg. 274 ss.

[17] Cfr. nt. 14 del presente Capitolo.

[18] Riprendendo l'insegnamento del KELLER, il quale per primo si approcciò al tema abbozzando la distinzione in testo, ripresa poi dal SAVIGNY come base per la propria ricostruzione. Cfr., sul punto, F. L. von KELLER, *Über «litis contestation» und Urtheil nach classischem römischem Recht*, op. cit., in part. pagg. 221 ss.

[19] Sul principio del «*ne bis in idem*» vd., *ex multis*, lo studio di V. ANDRIOLI, *Il principio del «ne bis in idem» e la dottrina del processo*, in Annali triestini, 1941, pagg. 271 ss.

[20] Sulla simile definizione della c.d. «funzione positiva» del giudicato contenuta nell'opera del KELLER, vd. l'interpretazione offerta da G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, op. cit., pag. 787, ove sostiene che «[…] *anche la funzione positiva si esplicava con l'impedire una pronunzia; essa tuttavia si ricollegava, secondo il Keller, ad una nuova efficacia riconosciuta alla sentenza, che non era più soltanto quella di "consumare" l'azione, bensì quella della Rechtskraft, come solevano dire i tedeschi. E nondimento si esplicava anch'essa in modo negativo ossia con l'impedire una pronuncia contraria alla sentenza e non con l'imporre una pronunzia conforme ad essa*». Sul dibattito sorto successivamente, anche in Italia, in merito al solo carattere di «funzione negativa» e/o anche, in aggiunta, di «funzione positiva» proprio dell'autorità di giudicato si veda *infra*, in part. par. 1.3.

detto poc'anzi) quale teoria di tipo «sostanziale», ovvero l'enucleazione dell'essenza del giudicato nella c.d. «finzione di verità». Tale concetto deriva soprattutto dalla ripresa delle massime romane «*res iudicata pro veritate accipitur*» e «*sententia facit ius*», le quali consentono di attribuire al giudicato la forza creativa di situazioni giuridiche sostanziali nuove, portando lo stesso SAVIGNY [21] ad equiparare tale finzione di verità alla creazione di diritti in senso formale — anche divergenti dal diritto materiale — prima non esistenti o alla modificazione di diritti già esistenti in precedenza[22].

Più in generale, dunque, la teoria «sostanziale» del giudicato ritiene che la forza, l'imperatività propria del giudicato tragga fondamento da una serie di precetti aventi applicazione nel terreno del diritto sostanziale e, per effetto di quest'ultimi, operi per mezzo della creazione di una situazione giuridica sostanziale di tenore analogo a quella dichiarata nell'atto-sentenza [23]. Tale

---

[21] Cfr. F.C. von SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, op. cit., in part. pag. 263 (per la versione italiana, con traduzione a cura di da VITTORIO SCIALOJA, si rinvia a F.C. von SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, VI, Torino, Unione tipografico ed., 1898, in part. pagg. 261 e 263).

[22] Concetto ripreso anche da G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, op. cit., pag. 789, laddove espone che «[…] *il Savigny aveva desunto che il giudicato creava una finzione di verità; dalla finzione di verità lo stesso Savigny e altri romanisti e pandettisti avevano desunto che il giudicato incideva sul diritto o rapporto sostanziale fatto valere o nel senso di fissarne l'esistenza o l'inesistenza o addirittura nel senso di crearne uno nuovo o di estinguere quello già esistente*». Prima ancora dell'emersione della teorica sulla c.d. «finzione di verità» ad opera del SAVIGNY, vi era stata, nella dottrina francese a cavallo tra il XVII e il XVIII sec. (vd., tra tutti, J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Chez Jean Baptiste Coignard, 1689; nonché R.J. PHOTIER, *Traité des obligations*, Paris, Debur l'aînè, 1761), un'interpretazione del giudicato volta ad assimilarlo ad una «presunzione di verità», ovvero una specie di presunzione legale di tipo *iuris et de iure* tale, dunque, da non consentire alcuna prova in senso contrario (infatti, vi fu l'inclusione del giudicato, all'interno del *Code civil* napoleonico del 1804 — in part. nella disposizione dell'art. 1350 —, tra le presunzioni di tipo legale).Per una critica al significato «assiologico» del giudicato, proprio della teoria della «presunzione di verità», basata sull'idea che il legislatore non voglia (né possa) obbligare a considerare come «vero» il contenuto delle statuizioni giudiziali ma, semmai, si preoccupi di garantire la stabilità e l'immutabilità del complesso degli effetti derivanti dalla decisione, cfr. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3ª ed., Napoli, Jovene, 1923, pag. 909.

[23] Vd., sul punto, le chiare osservazioni di G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, op. cit., pag. 813; nonché la precisa e sintetica spiegazione contenuta in E.T. LIEBMAN, *Giudicato* (voce), op. cit., pag. 6, ove viene mostrato come «[i] *seguaci della teoria sostanziale, che trovano nel riferito atteggiamento del Savigny una prima formulazione del loro punto di vista, ritengono che la sentenza passata in giudicato sia fonte diretta e immediata della configurazione che assumono i rapporti giuridici delle parti con riguardo all'oggetto della lite*».

situazione giuridica sostanziale trova la propria spiegazione teorico-genetica secondo varie ricostruzioni, corrispondenti alle peculiarità delle molteplici tesi dei vari Autori[24] che hanno declinato in maniera personale la visione circa l'essenza del giudicato sostanziale, quali (a titolo di esempio): l'equiparazione tra la sentenza ed una «*lex specialis*» produttiva di diritto; l'analogia tra la sentenza e un negozio giuridico; la spiegazione della sentenza come particolare fattispecie legale cui l'ordinamento riconnette la potenzialità creativa di situazioni e rapporti giuridici. Tuttavia, aldilà di tali piccole differenze ricostruttive, ciò che davvero rappresenta l'essenza comune a tutti i teorici fautori di una concezione sostanziale del giudicato è una certa «efficacia costitutiva sostanziale della sentenza», *rectius*: l'assegnazione alla sentenza passata in giudicato di un particolare tipo di efficacia che consiste nel ricadere sulla situazione sostanziale con portata costitutiva, modificativa o estintiva — per il rapporto giuridico oggetto di contesa — secondo il *proprium* del contenuto di accertamento della sentenza.

Tale visione non è andata però esente da critiche[25] le quali hanno aperto la via per un nuovo inquadramento del giudicato diametralmente opposto rispetto alla citata teoria «sostanziale» contenuta negli studi del Savigny. Tale contraria visione, identificabile quale polo opposto del dibattito sul punto del giudicato, è stata definita come teoria «processuale» e trova la sua formulazione prima nell'opera del BRINZ[26]. In essa, si è sostenuto che il concetto di «finzione di

[24] Tra gli Autori, seguiti alla via interpretativa (per così dire) aperta dal SAVIGNY, che hanno abbracciato una visione «sostanziale» del giudicato vd. R. COESTER, *Die Rechtskraft des Staatsakte*, München, Duncker & Humblot, 1927; C. CROME, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, Tübingen, Mohr, 1900-1912; M. PAGENSTECHER, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, Berlin, F. Vahlen, 1904; O. BÜLOW, *Absolute Rechtskraft des Urtheils*, Freiburg, Mohr, 1894; J. KOHLER, *Der Prozess als Rechtsverhältnis*, Mannheim, 1888; C.G. FREUDENSTEIN, *Die Rechtskraft nach der Reichscivilprocessordnung und ihre Wirkungen auf die subjectiven Rechte*, Hamburg, Preußischer Kulturbesitz, 1884.

[25] Si rinvia, tra tutte, alle contestazioni contenute in E.I. BEKKER, *Die processualische consumption im classischen römischen recht*, op. cit., con part. rif. pagg. 13 ss.; G.W. WETZELL, *System des ordentlichen Civilprocess*, Leipzig, 1878, in part. pagg. 574 ss.

[26] A. von BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, I, Erlangen, Deichert, 1873, in particolare pagg. 348 ss.

verità» proprio della teoria «sostanziale» ha una validità teorica e, come tale, consente al giudicato una funzione creativa, ovvero di «*ius facere*», ma, tuttavia, tale effetto viene relegato ad una posizione di eccezione limitata a casi residuali[27]. L'opposta regola generale, viceversa, impone che, nella normalità della casistica processuale, laddove una stessa questione venga portata nuovamente *sub iudice* ci si limiti ad allegare l'*exceptio rei iudicatae* basandosi sul solo fatto che si sia già giudicato, ossia senza riferimento alcuno al contenuto della sentenza.

Da ciò discende che, secondo la teoria «processuale» del giudicato, non possa esistere un diritto creato dalla sentenza, la natura della quale non consente di porsi come fattore genetico od estintivo di diritti in senso civilistico[28], bensì possa limitarsi unicamente a porre un'incontestabilità in senso rigorosamente processuale, *id est*, a creare soltanto obblighi in capo agli organi giudicanti.[29]

Tale approccio divenne, ben presto, il più seguito nella riflessione giuridica tedesca[30], la quale parve sbilanciarsi in misura maggiore, tra i due lembi del dibattito, verso il corno «processuale» della teoria del giudicato[31]. Ciò, forse, per

---

[27] Consistenti secondo l'Autore nei rari casi ove il giudicato assume una valenza c.d. *erga omnes* e, dunque, pare assumere una sembianza normativa.

[28] Riprende questo ordine di argomentazioni anche K. HELLWIG, *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, Leipzig, 1901, in part. pagg. 12 ss.

[29] Cfr. G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, op. cit., pag. 790. *Ivi*, si afferma che «[…] *l'effetto del giudicato sarebbe unicamente quello di creare obblighi a carico di eventuali nuovi giudici (o magari dello stesso giudice, che ha prima pronunciato, se dinanzi a lui venga di nuovo portato il processo*». Tale visione corrisponde, all'interno della bipartizione della «*exceptio rei iudicatae*» romana ricavata dal KELLER e (poi) dal SAVIGNY (vd. *supra*), alla sola «funzione negativa» del giudicato. Per una definizione di «teoria processuale» del giudicato vd., anche, E.T. LIEBMAN, *Giudicato* (voce), op. cit., pag. 6, il quale, sinteticamente, la identifica con quell'orientamento che «[…] *nega qualsiasi influsso della sentenza sulla situazione giuridica dedotta in giudizio e ravvisa l'essenza del giudicato nel vincolo di ogni futuro giudice all'accertamento risultante dalla pronuncia, con la conseguenza (più o meno apertamente espressa) che quella situazione giuridica rimane per conto suo invariata e quindi, in ipotesi, non coincidente con la sentenza*».

[30] Si segnalano, senza pretesa di esaustività, i lavori di L. ROSENBERG, K.H. SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, 13ª ed., Munchën, Beck, 1981, in part. par. 152; E. BÖTTICHER, *Kritische Beiträgezur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess*, Berlin, Liebmann, 1930; J. GOLDSCHMIDT, *Der prozess als Rechtslage*, Berlin, J. Springer, 1925; F. LENT, *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgherlichen Recht und Zivilprozess*, Leipzig, 1916.

[31] Ciò non significa che, pur in presenza di una corrente di pensiero maggioritaria, non vi fossero alcuni detrattori, in particolare autori che sostennero con validità e grande pregio scientifico il percorso proprio della opposta «teoria sostanziale». Cfr., per un riferimento a tali Autori, la nt. n. 24 del presente lavoro.

una ragione culturale ravvisabile, secondo alcuni[32], nella crescita di autonomia scientifica degli studi processualistici e nel loro progressivo affrancarsi dai vicini studi civilistici sostanziali con conseguente frattura e separazione tra i due diritti, sostanziale e processuale, oggetto di studio da parte di giuristi di scuole e afferenze diverse.

Come si è sopra accennato, il dibattito esposto per sommi capi, tra sostenitori di una «*formelle Rechtskraft*» (giudicato formale e/o processuale) e interpreti aderenti al filone sulla «*materielle Rechtskraft*» (giudicato materiale e/o sostanziale), si innestò nel dibattito dottrinale esistente in Italia tra gli studiosi del processo impegnati nella riflessione sulla teoria del giudicato.

Esattamente come nell'area tedesca, anche in Italia vi fu una divisione in dottrina tra teorici più vicini alla tesi processuale del giudicato[33] e (in un

---

[32] Tra cui, molto chiaramente, G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, op. cit., pag. 791, il quale, nel cogliere tale nuovo approccio culturale, sottolinea come emerse, altresì, l'idea che il diritto processuale fosse un sistema chiuso, ossia un settore dell'ordinamento dotato, oltreché di norme giuridiche proprie, di strumenti in grado di risolvere ogni questione al proprio interno senza bisogno di alcuna osmosi o rinvio ad altri rami del diritto. Gli studiosi che si affacciavano all'interpretazione del *corpus* di norme del sistema ritenevano di essere in grado di elaborare in totale autonomia i propri concetti e le proprie categorie, quali (ad esempio) quella di giudicato in esame. Tale compiuto isolamento dei teorici del diritto processuale all'interno del proprio alveo metodologico/concettuale, con disinteresse assoluto per i fenomeni propri del diritto sostanziale, venne criticato da E. REDENTI, *Il giudicato sul punto di diritto*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1951, pag. 697, ricorrendo alla metafora della «gabbia». *Ivi*, infatti, l'Autore afferma che tale approccio, dal quale prende le distanze, sia «[…] *una gran gabbia nella quale il pubblico non avrebbe accesso, se non per porgere ai giudici, chiusi là dentro, suppliche, istanze, esposti, od altri materiali da elaborare*».

[33] In particolare, vd. G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, Giuffrè, 1963; E. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, Società ed. lib., 1911; A. ROCCO, *Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale*, Modena, Soliani, 1904. Circa il CHIOVENDA v'è dubbio sulla Sua collocazione tra i fautori di una teoria processuale del giudicato nonostante secondo taluni, anzi, Egli rappresenterebbe proprio l'archetipo della concezione processuale italiana del giudicato. Ciò in quanto è sorto un dibattito tra alcuni Autori (tra tutti il LIEBMAN e l'HEINITZ) in merito alla Sua ricostruzione del giudicato che ha portato a ritenerlo, o un oppositore di una nozione meramente processuale del giudicato o, quantomeno, l'ideatore di una concezione mediana ed intermedia tra i due estremi. In particolare, l'elemento di specificità del pensiero dell'Autore viene ravvisato nel costante riferimento ch'Egli fa, nelle sue principali opere (vd., tra tutte, G. CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, Foro it., 1931, in part. pagg. 407 ss.; nonché ID., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1906, in part. pagg. 338 ss.) al concetto di «volontà concreta di legge» e di «bene della vita» in relazione alla definizione di giudicato. Tali elementi, infatti, esulano dalle tradizionali teorie processuali del giudicato (e connotano nel senso di una certa innovatività il pensiero del CHIOVENDA), le quali paiono limitate, com'è noto, a precisare il mero effetto negativo di esso nell'accezione di

momento cronologicamente di poco successivo) giuristi più vicini alla concezione sostanziale dello stesso[34].

preclusione ad ogni nuova pronuncia sulla medesima questione da parte di un nuovo giudice. Tra i sostenitori della concezione processuale figurano anche C. VOCINO, *Considerazioni sul giudicato*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1962, pagg. 1485 ss.; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, op. cit., in part. pagg. 79 ss.; E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, Foro it., 1936; E.T. LIEBMAN (seppur con alcune particolarità proprie nella ricostruzione), *Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata*, in Riv. dir. proc. civ., 1936, I, pagg. 237 ss.; S. SATTA, *Premesse generali alla dottrina dell'esecuzione forzata*, in Riv. dir. proc. civ., 1932, I, pag. 352. All'elencazione potrebbe anche aggiungersi, per certi versi, A. PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, Jovene, 1965. Ritiene, invece, E.T. LIEBMAN, *Giudicato* (voce), op. cit., pag. 6, che una piena adesione alla teoria processuale in senso rigoroso, così come formulata dai primi Autori tedeschi, in Italia si abbia avuta solo con l' HEINITZ, in quanto gli altri Studiosi che la tradizione include tra i teorici vicini alla visione processuale del giudicato, ad un'indagine maggiormente approfondita, risultano divergere dalla visione più ortodossa di tale teoria al fine di evitarne gli inconvenienti pratici più macroscopici e/o per trovare soluzioni di compromesso più consone all'obiettivo di superamento del dibattito radicale esistente in tema di giudicato sostanziale/giudicato processuale.

[34] Vd., come «aprifila», F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1925, in part. pag. 270 ss., ove viene concepita l'idea che la sentenza equivale ad una sorta di «comando», più precisamente una statuizione del giudice che comporta un'integrazione della norma giuridica con riferimento alla *res litigiosa* concreta. Questo implica, per usare le parole dell'Autore, che «[…] *prima esisteva una lex generalis per tutti i casi, cioè un comando in ipotesi, ora esiste una lex specialis, cioè un comando in tesi, proprio di quel caso e per quel caso*». Cfr., anche, ID., *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, Foro it., 1956, n. 79. Tra gli Autori successivi, convinti sostenitori di un'accezione sostanziale della cosa giudicata, vd. A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, in Jus, 1961, I, in part. pag. 16; F.D. BUSNELLI, *Considerazioni sul significato e sulla natura della cosa giudicata*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1961, pagg. 1317 ss.; M. VELLANI, *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Milano, Giuffrè, 1958; E. REDENTI, *Il giudicato sul punto di diritto*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1949, II, pagg. 257 ss.; E. ALLORIO, *Natura della cosa giudicata*, in Riv. dir. proc. civ., 1935, I, pagg. 215 ss.; ID., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, Giuffrè, 1935, in part. pagg. 3 ss.: «[…] *la sentenza dichiarativa, divenuta irrevocabile, determina un nuovo regolamento dei rapporti sostanziali con essa decisi: il quale, se conforme a quello, che già in precedenza la legge dettava per quei rapporti (caso della sentenza giusta) concorre col regolamento precedente; mentre, se ne è difforme (caso della sentenza ingiusta) lo sostituisce*».

1.3. Il giudicato nell'ordinamento positivo italiano: esegesi e teoria.

È importante ribadire, sin da subito, come lo *iato* teorico esposto nel paragrafo precedente interessò anche il legislatore italiano, il quale nel momento in cui si trovò, nel corso dell'importante opera di emanazione dei nuovi codici (civile e processuale civile) del 1942, ad affrontare la questione del giudicato, al fine di dettarne una disciplina positiva, decise di non prendere posizione espressa tra le due citate visioni tra loro opposte esistenti in dottrina e le recepì entrambe contribuendo (forse) a radicalizzare il dibattito *de qua*.

S'intende dire che furono adottate due diverse disposizioni in tema di giudicato inserite, rispettivamente, l'una nel nuovo Codice civile del 1942 e l'altra all'interno dell'altrettanto nuovo Codice di procedura civile dello stesso anno.

Quanto alla prima, ci si riferisce all'art. 2909 c.c., la cui rubrica è intitolata «[c]osa giudicata»[35], ove si dispone che «[l]*'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa*».

Quanto alla seconda, viceversa, il riferimento va all'art. 324 c.p.c., il quale chiaramente è rubricato (in antitesi alla nozione di cui *supra*) «[c]osa giudicata formale», ove nel delineare cosa s'intenda sul piano formale per sentenza passata in giudicato si individua come tale «[…] *la sentenza che non è più soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'articolo 395*».

L'ideazione, da parte del legislatore dei due codici (civile e processuale), di una duplice nozione di giudicato ha acuito i termini del dibattito citato[36] ed, in

[35] Nonostante il legislatore, nell'emanare la norma contenuta nell'art. 2909 c.c., non abbia adottato per la rubrica l'espressione più pregnante «cosa giudicata materiale» o «cosa giudicata sostanziale», bensì la più generica locuzione «cosa giudicata», ciò non ha impedito alla dottrina di ravvisare, sin da subito, in essa la consacrazione delle riflessioni maturate nel solco della concezione sostanziale del giudicato.

[36] Seppur, in realtà, a partire dagli anni '50 del secolo scorso in dottrina si è avviato un percorso, da parte di alcuni, volto al superamento (lo stesso è avvenuto anche in Germania, culla della genesi del contrasto teorico in commento) di tale rigida forma di contrapposizione tra teoria processuale e teoria sostanziale (ortodosse) al fine di non rendere il dibattito sterile e

particolare, ha fatto sorgere l'interrogativo circa l'esistenza o meno di due nozioni ontologicamente separate ed autonome di giudicato, l'uno materiale/sostanziale (art. 2909 c.c.) e l'altro formale/processuale (art. 324 c.p.c.), e, di converso, circa gli eventuali rapporti tra i due tipi.

Al fine di riprendere brevemente tale annosa questione va rilevato che il problema è stato affrontato da due differenti angoli visuali[37]: da un lato, si ritiene che la locuzione «cosa giudicata» si declini come diverso concetto giuridico negli artt. 2909 c.c. e 324 c.c.; dall'altro, viceversa, si considera che l'espressione «cosa giudicata» abbia un unico significato e, conseguentemente, che le due disposizioni ideate dal legislatore italiano si riferiscano al campo di applicazione (rispettivamente, processuale o sostanziale) dell'unitario istituto.

Il primo approccio interpretativo muove dall'idea di una duplicità di significati della locuzione «giudicato» a seconda che venga intesa nell'accezione di «cosa giudicata formale» o «cosa giudicata sostanziale».

Prima facie si è sostenuto [38] che l'espressione «giudicato» abbinata all'aggettivo «formale» denoti un concetto giuridico idoneo ad indicare una sentenza non più soggetta ad impugnazione con possibilità, dunque, di dispiegare

---

meramente nominalistico (e come tale incapace di risolvere i veri aspetti problematici). Vi furono sempre più, pertanto, teorie intermedie o teorie di nuova costruzione personale degli Autori che si affacciavano allo studio dell'istituto del giudicato. In particolare, si sono affacciate teorie c.d. «monistiche» (proprio in quanto volte a porsi aldilà del dualismo giudicato formale/giudicato sostanziale) tra le quali si segnala, per l'importante seguito avuto ed il peculiare e suggestivo approccio al problema del giudicato, quella della c.d. «efficacia preclusiva sostanziale» elaborata dal FALZEA (Cfr. A. FALZEA, *Accertamento* (voce), in Enc. Dir., Vol. I, Milano, Giuffrè, 1958, pagg. 209 ss.; ID., *Efficacia* (voce), in Enc. Dir., Vol. XIV, Milano, Giuffrè, 1958, pagg. 498 ss.). L'Autore, infatti, afferma che dal giudicato discenda un effetto di tipo preclusivo (la premessa metodologica di tale approccio consiste nell'individuare, tra le categorie dei fatti, oltre a quelli costitutivi e dichiarativi, un *tertium genus* consistente nei fatti preclusivi, ad es. prescrizione, usucapione, etc.) nell'ambito del diritto sostanziale idoneo a produrre una soluzione di continuità nel divenire giuridico. Ciò in quanto viene preclusa ogni possibile indagine in merito alla sussistenza di situazioni sostanziali conformi o difformi al giudicato stesso eliminando, in conseguenza, qualsiasi incertezza su di esse. Vd., anche, l'approccio moderato del MENCHINI (S. MENCHINI, *Regiudicata civile*, in Dig. disc. priv., Torino, Utet, 1998, pag. 408), il quale, nel sottolineare la complementarietà (più che la rigida distinzione) tra giudicato formale e giudicato sostanziale, afferma che ambedue «[…] *sono in modo identico necessari per realizzare lo scopo perseguito dal legislatore (la certezza delle relazioni giuridiche intersoggettive)*».

[37] Vd., in proposito, G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, op. cit., pag. 801.

[38] *Ibidem*, pag. 802.

per intero gli effetti propri del tipo di appartenenza (es. costitutivi, dichiarativi, etc.).

All'inverso, l'attribuzione dell'aggettivo «sostanziale» consentirebbe di esprimere un concetto di giudicato differente e corrispondente a quel «fare stato» (di difficile enucleazione, tuttavia, nei suoi effetti propri) di cui all'art. 2909 c.c.

Per contro, altra Autorevole dottrina[39], nel tentativo di porre chiarezza sul dilemma interpretativo qui riportato per sommi capi, ha impostato il proprio percorso argomentativo sull'elemento di comunanza tra i due articoli citati, ravvisato nell'espressione «*passata in giudicato*» che si ritrova tanto nell'art. 2909 c.c. quanto nell'art. 324 c.p.c. Di qui ne ha tratto la conseguenza[40] che l'art. 324 c.c. svolga una funzione definitoria consistente proprio nel precisare cosa si intenda per passaggio in giudicato di una sentenza, in funzione anche dell'art. 2909 c.c. ove, come detto, si riscontra un'omologa espressione.

Il ruolo dell'art. 324 c.p.c., dunque, assurgerebbe a linea di demarcazione tra i vari mezzi di impugnazione esistenti nell'ordinamento al fine di fissare un distinguo tra mezzi di impugnazione c.d. "ordinari" (regolamento di competenza, appello, ricorso per cassazione, revocazione ai sensi dell'art. 395, nn. 4 e 5, c.p.c.), i quali — durante la loro proposizione o in pendenza del relativo termine decadenziale per l'esperimento — impediscono la formazione del giudicato, e mezzi di impugnazione c.d. "straordinari" a carattere eccezionale (opposizione di terzo ai sensi dell'art. 404, commi 1 e 2, c.p.c. e revocazione *ex* art. 395, nn. 1, 2, 3, 6, c.p.c.), i quali, di converso, non posseggono tale effetto impeditivo bensì possono porsi come condizione risolutiva degli effetti della sentenza impugnata (anche se passata in giudicato).

---

[39] Ci si riferisce a G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, op. cit., pag. 802.

[40] L'Autore, *ivi*, ritiene che la Sua ricostruzione attuale rappresenti, in realtà, una lettura che coglie il punto di arrivo di un lungo percorso storico, le cui tappe principali sono: «*a) l'introduzione dell'appello e poi di altri mezzi di impugnazione; b) la formazione del principio che l'appellabilità e poi, più ampiamente, l'impugnabilità della sentenza fossero di ostacolo al sorgere della res iudicata; c) infine la distinzione tra mezzi di impugnazione ordinari e straordinari*».

Perciò, in analogia al meccanismo di operatività delle condizioni sospensive (*rectius*: *condiciones iuris* sospensive), fintanto che le impugnazioni "ordinarie" non siano esperite e (contestualmente) non sia decaduto il termine per il relativo esperimento (o, ancora, non sia stata prestata acquiescenza), si permane in una situazione di pendenza della lite e di assenza di giudicato.

Qualora, invece, si sia realizzata una delle predette condizioni si avrà la conclusione del processo con annesso passaggio in giudicato della lite, salva la proposizione dei mezzi di impugnazione straordinaria segnalati i quali, al pari di una *condicio iuris* di tipo risolutivo, determineranno la risoluzione degli effetti dell'atto impugnato anche passato in giudicato.

Grazie a tale puntualizzazione terminologica la linea interpretativa considerata ha conferito un duplice significato complementare alle locuzioni «cosa giudicata formale», da un lato, e «cosa giudicata sostanziale», dall'altro.

Il significato della «cosa giudicata formale» di cui all'art. 324 c.p.c. dovrebbe apprezzarsi, dunque, nella sua accezione di «passaggio in giudicato», ossia, come detto poco sopra, quel momento in cui, grazie ad una serie di requisiti formali e processuali, si produce il giudicato sulla lite e, perciò, la stabile ed intera produzione degli effetti della sentenza conclusiva[41], salvo l'intervento, in chiave risolutiva di essi, di eventuali mezzi di impugnazione straordinari.

---

[41] Per completezza, si sottolinea che il riferimento alla locuzione «sentenza», per spiegare gli atti che possono acquistare l'autorità di giudicato, è volutamente esemplificativo ma non esaustivo, giacchè, ad essere rigorosi, non solo gli atti aventi la forma esteriore della sentenza sono idonei a passare in giudicato. Infatti, oltre alle sentenze «in senso formale», nell'ambito definito dall'art. 279 c.p.c. (rubricato «forma dei provvedimenti del collegio»), hanno idoneità ad acquisire l'autorità della cosa giudicata anche tutti quei provvedimenti giudiziali (es. ordinanze, decreti, etc.) che, sebbene rivestiti di una «forma» diversa da quella strutturalmente propria della sentenza (vd., a proposito, i requisiti formali di cui all'art. 132 c.p.c.), hanno una «sostanza» (*id est*: un contenuto) identico a quello fissato dal citato art. 279 c.p.c. per il quale, in via generale (in assenza di precise deroghe legislative), andrebbe pronunciata una sentenza anche in senso formale. Da ciò si può comprendere come l'espressione «sentenza passata in giudicato» contenuta nell'art. 2909 c.c. vada intesa, al fine di comprendere l'esatta estensione della figura dell'autorità del giudicato, in un'accezione «sostanziale», e non meramente «formale» (ossia legata al solo *nomen iuris*). Nello stesso senso, cfr. E.T. LIEBMAN, *Giudicato* (voce), op. cit., pag. 8, nella parte in cui si ammette che «[…] *riceve un trattamento equiparato a quello della sentenza ed è quindi anche idoneo ad acquistare l'autorità della cosa giudicata, ogni provvedimento — qualunque sia la sua forma — che abbia un contenuto decisorio, in quanto pronuncia con efficacia vincolante sui diritti delle parti o sulla sorte*

La locuzione «cosa giudicata sostanziale» dovrebbe assumere il senso pregnante dell'espressione latina «autorità della cosa giudicata»[42] al fine di rimarcare lo specifico valore di vincolo proprio della sentenza su di una lite passata in giudicato.

Tale approccio interpretativo ha avuto il merito di riportare ad unità la frattura dottrinale esistente tra le due teorie del giudicato, quella processuale e quella sostanziale (che, come visto *supra*, avevano diviso gli Autori tedeschi, oltreché italiani), in quanto asserisce la validità teorica di ambedue le ricostruzioni purché collocate nei rispettivi ambiti. Ciò a dire che, da una parte, la teoria processuale ha una propria area di validità nel terreno processuale riferendosi al giudicato formale, da intendersi come giudicato che si realizza unicamente all'interno del processo, e, dall'altra, che la teoria sostanziale lo è altrettanto per il versante sostanziale, ossia per l'ambito del giudicato sostanziale che si ricollega al rapporto oggetto del giudizio e sul quale si è pronunciato il giudice con l'atto-sentenza[43].

Più chiaramente, secondo tale interpretazione il giudicato formale avrebbe valore di vincolo e forza di autorità con riferimento al solo processo pendente, mentre il giudicato sostanziale dispiegherebbe la medesima forza oltre il processo[44], proiettandosi direttamente sul rapporto sostanziale e operando in

---

del processo»; nonché, nello specifico, C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 1978, vol. II, pag. 262; E. GARBAGNATI, *Sull'impugnazione dei provvedimenti emessi in forma di ordinanza*, op. cit., pag. 285.

[42] Vd. nota n. 14.

[43] Il vero problema di una tale interpretazione, secondo G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, op. cit., pag. 801, è quello di individuare quale giudicato sarebbe di tipo formale e, come tale, operante soltanto all'interno del processo, e quale, viceversa, sostanziale con ambito di azione diretta sul rapporto. La giurisprudenza più datata che si è occupata del problema ha identificato con il concetto di giudicato formale il giudicato formatosi sulle pronunce riferite a questioni di giurisdizione e/o competenza in quanto ambito di autorità della statuizione con margine applicativo ristretto al solo processo di cui alla sentenza emanata senza alcuna forza difuori di esso e/o in ulteriori processi.

[44] Cfr., in argomento, G.F. RICCI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, Giappichelli, 2005, in part. pag. 277, nella parte in cui ammette che «[…] *è solo attraverso il richiamo al giudicato sostanziale e precisamente al profilo dell'"accertamento", che si può riuscire a spiegare il fenomeno dell'espansione del giudicato al di fuori del processo in corso, sia sui rapporti legati da nessi di pregiudizialità-dipendenza, sia in quei casi in cui la sua efficacia si estende ad eventuali terzi che non hanno partecipato al processo*».

ogni eventuale/futuro processo che dovesse coinvolgere il medesimo rapporto deciso.

Sviluppando maggiormente tale approccio metodologico si può dire, quindi, che la sentenza passi in giudicato formale quando non siano più esperibili mezzi d'impugnazione di tipo ordinario (perché già presentati e decisi, ovvero per decorrenza dei termini decadenziali) così come suggerito da un'interpretazione letterale dell'art. 324 c.p.c., ove si esplicita, per l'appunto, che «[…] *s'intende passata in giudicato la sentenza che non è più soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'articolo 395*».

A contrario[45] , un ulteriore corollario interpretativo è quello per cui lo stesso art. 324 c.p.c. pone, al contempo, implicitamente la regola circa

[45] Vd., *amplius*, le argomentazioni di E.T. LIEBMAN, *Giudicato* (voce), op. cit., pag. 3. L'Autore, infatti, ricava detta regola dalla constatazione che il legislatore ha ritenuto, nel momento in cui ha elaborato l'istituto in esame, di rilievo trascurabile la circostanza che avverso una certa sentenza fossero proponibili mezzi d'impugnazione straordinaria, avendo presente anche il fatto che quest'ultimi sono esperibili a tempo indeterminato. Pertanto, o si escludeva del tutto l'esistenza di un giudicato formale, stante la pendenza *sine die* del termine per le impugnazioni straordinarie, o (come poi scelto dal legislatore) si giudicava sufficiente, per attribuire la qualifica di «passata in giudicato» ad una sentenza, il solo fatto di non essere più soggetta a impugnazione del tipo ordinario. Nel senso che il nostro ordinamento ha accolto un'immutabilità di tipo «relativo» vd. A. ATTARDI *Diritto processuale civile*, op. cit., pag. 416. L'Autore, *ivi*, partendo dalla premessa che il legislatore possa declinare secondo diverse modalità l'immutabilità della sentenza, ha individuato due possibili opzioni normative a riguardo: l'una, definibile come «assoluta», volta a riconoscere rilievo all'immutabilità della sentenza solamente laddove non sia più possibile esperire alcun gravame o mezzo d'impugnazione; l'altra c.d. «relativa», invece, che ritiene sufficiente allo scopo unicamente che la sentenza non sia più assoggetta alla possibilità di riesame con i mezzi di tipo «ordinario» (ferma restando la possibile riapertura del processo, attraverso i mezzi d'impugnazione «straordinari», laddove vengano scoperti successivamente vizi occulti). Di qui l'idea che «[…] *emerge, peraltro, chiaramente, che, nel sistema vigente, cosa giudicata, o giudicato, formale implica solo un'immutabilità relativa della sentenza, dal momento che si ha passaggio in giudicato di questa pur se essa sia impugnabile per revocazione per i motivi di cui ai nn. 1, 2, 3 e 6 dell'art. 395, motivi che sono relativi a circostanze che possono concretarsi o venire a conoscenza della parte interessata anche ad anni di distanza dalla pubblicazione della sentenza stessa*». Vd., anche, quanto osservato da S. MENCHINI, *Regiudicata civile*, op. cit., pag. 409, il quale indica, come caratteri del giudicato formale, «[…] *la raggiunta stabilità del provvedimento giurisdizionale, il quale non è revocabile dal giudice che lo ha emesso, e non è annullabile dai giudici superiori, essendo ormai inoppugnabile dalle parti*».

l'irrilevanza della pendenza e/o dell'esperimento di mezzi di impugnazione di tipo straordinario[46] sul passaggio in giudicato formale della sentenza.

L'esistenza di un giudicato formale, tuttavia, sebbene impedisca ogni impugnazione contro una determinata sentenza, non è da sola sufficiente per realizzare appieno gli scopi propri della funzione giurisdizionale e del giudicato, tra i quali, come si è già anticipato, la stabilità delle decisioni e la conseguente certezza del diritto.

Infatti, il solo passaggio in giudicato della sentenza offre di per sé protezione — come si è appena visto — unicamente all'atto-sentenza, ma non a quanto corrisponde al contenuto decisorio della stessa. E, poiché è sempre immanente il rischio che il medesimo rapporto giudicato venga riproposto, non nel medesimo contesto processuale, bensì in un diverso giudizio nel quale ci si potrebbe trovare di fronte alla seria possibilità di emanare decisioni contrastanti con la prima pronuncia (con evidenti conseguenze intollerabili per la coerenza e l'unità dell'ordinamento giuridico), si è reso necessario proteggere, oltre all'atto sentenza, anche il contenuto della decisione nel suo complesso di effetti.

Si è pertanto individuato un altro versante/aspetto dell'unitario concetto di giudicato corrispondente, in dottrina, a quanto definito con la locuzione «giudicato materiale/sostanziale».

Sul versante sostanziale/materiale il giudicato rende il contenuto del *decisum* giudiziale vincolante oltreché immodificabile proprio perché identifica quella che è la regola concreta che deve disciplinare, a norma del diritto positivo vigente, il rapporto oggetto della controversia[47].

Ne discende che tale rapporto, una volta formatosi il giudicato formale, per opera dell'art. 2909 c.c. (norma che positivizza il versante sostanziale del giudicato) farà «[…] *stato a ogni effetto fra le parti, i loro eredi o aventi causa*».

---

[46] Tali sono, come già accennato, la revocazione *ex* art. 395, nn. 1, 2, 3, 6, c.p.c e l'opposizione di terzo ai sensi dell'art. 404, commi 1 e 2, c.p.c.

[47] Si veda la chiara esegesi dell'art. 2909 c.c. offerta da E.T. LIEBMAN, *Giudicato* (voce), op. cit., pag. 4.

Ed è proprio la locuzione «fare stato ad ogni effetto» che significa, all'interno della disposizione di cui all'art. 2909 c.c., che il rapporto giuridico veicolato in giudizio dovrà avere valenza ed essere considerato *pro futuro*, in qualunque contesto processuale e/o extraprocessuale, così come accertato nella sentenza passata in giudicato con stabilità e immutabilità di effetti[48].

Tuttavia, tale versante sostanziale del giudicato, e dunque l'autorità propria dello stesso, ha avuto nella dottrina italiana un'oscillazione di significato, come già in quella tedesca, tra una visione volta ad attribuirvi una mera «funzione negativa» ed una, di converso, che vi scorgeva una «funzione positiva»[49].

Dapprima si è attribuita all'autorità del giudicato una mera «funzione negativa», come espressione del principio «*ne bis in idem*», risolvendo l'autorità di giudicato in una mera preclusione (*id est*: divieto) in capo al futuro giudice di giudicare nuovamente quanto oggetto di una controversia già decisa con sentenza passata in giudicato[50].

Tale visione è stata però gradualmente superata, lasciando il campo alla teoria sulla c.d. «funzione positiva» del giudicato, per opera delle critiche che le

---

[48] Nello stesso senso E.T. LIEBMAN, *Giudicato* (voce), op. cit., pag. 4, ove in merito all'espressione «fare stato ad ogni effetto» dell'art. 2909 c.c. se ne inferisce il carattere di «[…] *indubbio significato, anche se di dubbia eleganza linguistica: in qualsiasi occasione e in tutte le sedi giudiziarie e non giudiziarie, il rapporto giuridico o, più genericamente, la situazione giuridica che ha formato oggetto della sentenza varrà e sarà considerato fra le parti così come la sentenza lo ha accertato, con i suoi eventuali effetti complementari costitutivi od esecutivi*».

[49] Per un approfondimento completo sul dibattito *de qua* si rinvia a G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, op. cit., pagg. 818 ss., il quale osserva come tale dibattito, avviato all'interno delle scuole di stampo romanista ottocentesche, si fondi sull'alternanza di significato da attribuire al giudicato tra una visione riduttiva che lo confini a mera preclusione di futuri giudizi *de eadem re* e, viceversa, un approccio positivo che si sostanzi nell'imposizione ad ogni futuro giudice (che si trovi a confrontarsi con la medesima questione) dell'obbligo di giudicare in senso uniforme o, quantomeno, non difforme al giudicato esistente.

[50] Si richiama, per quanto riguarda la dottrina tedesca, quantomeno il capostipite della teorizzazione riportata, ovvero L. BÖTTICHER, *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß*, op. cit., in part. pagg. 139 ss.; e, con riferimento alla dottrina italiana, A. SEGNI, *Della tutela giurisdizionale*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA, F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il foro Italiano, 1960, in part. pag. 295; M. VELLANI, *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, op. cit., in part. pagg. 92 e 121; con adesione minore alla tesi si segnala anche E. FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, op. cit., in part. pag. 1324 nonché C. VOCINO, *Considerazioni sul giudicato*, op. cit., pagg. 41 ss.

sono state mosse da una serie di Autori[51], i quali ne hanno mostrato l'insufficienza ai fini della stabile protezione del risultato ottenuto nel processo.

Si è infatti ritenuto che la funzione negativa del giudicato (e, dunque, il mero divieto di giudicare nuovamente) sia idonea e sufficiente a proteggere l'efficacia del giudicato, o meglio, il risultato raggiunto per opera della decisione contenuta nella sentenza passata in giudicato, soltanto quando si dibatta di una lite nuova ma identica in tutto e per tutto alla precedente.

Viceversa, tale funzione si dimostra assolutamente manchevole ove la cosa giudicata venga invocata in un nuovo processo vertente su di una lite diversa dalla precedente ma legata ad essa da un rapporto di dipendenza logica[52].

In tal caso, ciò che il giudicato impone al nuovo giudice non è tanto, come nell'idea della funzione negativa, un dovere di astensione totale da ogni possibile

---

[51] Si rinvia, tra tutti, per la completezza delle argomentazioni esposte, alle critiche contenute in E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, op. cit., in part. pag. 87; nonché per un'efficace sintesi del dibattito in analisi a G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, op. cit., pag. 820. Nello specifico della critica rivolta alla teoria del vincolo meramente negativo del giudicato materiale vd., anche, A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, op. cit., pag. 428, il quale afferma che «[c]*hi sottolinea il momento cosiddetto negativo dell'istituto del giudicato per lo più si richiama al principio del ne bis in idem — la pronuncia di una decisione di accertamento dell'esistenza di una situazione giuridica sostanziale estinguerebbe automaticamente l'azione e il correlativo potere di giurisdizione — o all'esistenza di un'apposita norma che sancirebbe, di fronte ad un accertamento giudiziale, il divieto dei futuri giudici di pronunciarsi nuovamente sulla medesima questione e, quindi, il venir meno del potere giurisdizionale di tutti i giudici: e in tal modo la cosa giudicata è considerata un effetto della sentenza come fatto e non già come atto e — pur restando fermo che il giudicato riguardi l'accertamento giudiziale contenuto nella sentenza — viene escluso che la cosa giudicata materiale contrassegni l'efficacia d'accertamento della decisione giudiziale. Tale modo di intendere il giudicato non spiega affatto la forza vincolante di una sentenza in un successivo processo*».

[52] Spesso, infatti, i rapporti giuridici all'interno di un dato ordinamento sono posti in relazione tra loro sulla base di varie forme di collegamento. In particolare può sussistere tra questi un legame di dipendenza, *rectius*: «pregiudizialità», ossia un tipo di connessione che si ha qualora tra due (o più) diritti e/o rapporti l'uno (o gli uni) si caratterizza (si caratterizzano) come antecedente/i logico giuridico/i necessario/i dell'altro (altri) in modo da rientrare nella più ampia fattispecie del secondo rapporto e condizionarlo. Infatti, laddove il rapporto pregiudiziale sia stato accertato con una sentenza passata in giudicato, la parte del rapporto logicamente dipendente da quello pregiudiziale rimane stabilita dal contenuto di accertamento della sentenza passata in giudicato senza che possa essere disattesa dal nuovo giudice. Sul rapporto di «pregiudizialità processuale» si veda, in dottrina, quantomeno, S. RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova, Cedam, 1999; S. MENCHINI, *Accertamenti incidentali* (voce), in Enc. Giur., I, Roma, Treccani 1995, pagg. 1 ss.; AA.VV., *Pregiudizialità e connessione nel processo civile. Atti del 16 Convegno nazionale della Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Trieste, 2-3 ottobre 1987*, Rimini, Maggioli, 1989; F. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, op. cit., in part. pagg. 319 ss.; F. MENESTRINA, *La pregiudiciale nel processo civile*, Vienna, Manz, 1904.

giudizio sulle questioni della lite già decisa, bensì un *quid pluris* consistente nell'assumere ciò che è stato deciso nella sentenza cui il giudicato si riferisce per porlo come base decisoria incontestabile (o premessa certa) del giudizio di fronte a lui pendente avente ad oggetto una lite diversa ma dipendente logicamente dalla prima[53].

In conclusione, si può osservare perciò come la dottrina prevalente, in chiave critica verso la prassi invalsa tra gli Autori volta a creare bipartizioni concettuali dell'istituto del giudicato, ha manifestato la convinzione che ogni distinzione tra le locuzioni di cui agli artt. 324 c.p.c. e 2909 c.c. non valga a validare la tesi che ravvisa una duplicità di significato dell'istituto del giudicato (formale e sostanziale) il quale, in realtà, è unitario[54]: la locuzione «giudicato» indica, infatti, secondo l'Autorevole dottrina già ricordata[55] «[…] *la lite (o la questione di una lite) giudicata con una sentenza che conclude il processo in tutte le sue prevedibili fasi, in quanto dalla legge è considerata non più impugnabile*».

Pertanto, sembra che si possa superare l'idea circa l'esistenza di due diversi tipi di giudicato, formale e sostanziale, attraverso una scomposizione dell'unitario

---

[53] Nello stesso senso vd. le chiare parole di G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, op. cit., pag. 820, ove l'Autore, nel descrivere tale profilo dell'autorità del giudicato, afferma che «[è] *vero dunque che il nuovo giudice non deve più riesaminare il merito della questione e deve rifiutare ascolto a qualsiasi contestazione al riguardo, ma ciò soltanto perché deve fare propria la decisione espressa nel giudicato, assumendola a presupposto dell'ulteriore suo giudizio*». Per un esempio chiarificatore di quanto espresso in nota e in corpo cfr. E.T. LIEBMAN, *Giudicato* (voce), op. cit., pag. 4, nella parte in cui, dopo aver tratteggiato in sintesi il significato attribuito al giudicato dai teorici della funzione positiva, lo dimostra con il caso in cui «[…] *se in un precedente giudizio P. è stato riconosciuto padre di F., quest'ultimo, proponendo una domanda per ottenere gli alimenti, non dovrà dimostrare nuovamente il suo rapporto di filiazione, ma basterà che si richiami al precedente giudicato che non potrà essere rimesso in discussione, e il nuovo giudizio dovrà soltanto accertare se sussistono le ulteriori condizioni richieste dalla legge per l'obbligo della prestazione alimentare. In questo e in tutti i consimili casi non basta che il giudice non possa e non debba conoscere del rapporto pregiudiziale: occorre invece che egli lo assuma, così come accertato nella sentenza, quale premessa non contestabile del rapporto dipendente*».

[54] Analogamente E.T. LIEBMAN, *Giudicato* (voce), op. cit., pag. 2, il quale, aderendo alla tesi esposta in corpo, afferma che «[l]*a cosa giudicata formale è data da una sentenza non impugnabile, o non più impugnabile. Tale sentenza si dice passata in giudicato (cfr. art. 324 c.p.c.). La cosa giudicata sostanziale è data invece dalla decisione vincolante contenuta nella sentenza passata in giudicato (art. 2909 c.c.). La cosa giudicata formale si presenta perciò come il presupposto della cosa giudicata sostanziale (o autorità della cosa giudicata). Ma non si tratta di due diverse specie di "cosa giudicata", bensì soltanto di due diversi aspetti di un'unica cosa giudicata*».

[55] Cfr. G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, op. cit., pag. 803.

fenomeno giuridico nei due aspetti dell'insieme dei fatti e del complesso degli effetti[56].

Ciò a dire che il «giudicato formale» descrive un insieme di fatti, quali la decisione di un organo del potere giudiziario in combinato con ulteriori circostanze come, ad esempio, la decorrenza dei termini per le impugnative o il grado dell'organo giurisdizionale, mentre il «giudicato sostanziale» una serie di effetti, *id est*, l'efficacia e l'autorità del complesso dei fatti appena indicati.

Pertanto, non esistono — a giudizio della stessa dottrina[57] — due diverse autorità di giudicato, quella formale e quella sostanziale, giacché l'autorità di giudicato è unica ed è quella propria dell'art. 2909 c.c.

L'inimpugnabilità dell'art. 324 c.p.c., infatti, svolge un ruolo servente e strumentale rispetto all'autorità di giudicato di cui all'art. 2909 c.c. e non costituisce un'ulteriore autorità di per sé in quanto, nel sistema italiano, l'art. 2909 c.c. subordina la produzione dell'autorità del giudicato al passaggio in giudicato della sentenza, ovvero alla sua inimpugnabilità, senza porre requisiti ulteriori[58].

In conclusione, vanno rifiutate le teorie che intendano spiegare il giudicato ricorrendo in chiave unidirezionale al solo approccio formale o sostanziale, ma si dovrebbe accogliere una visione composita che, partendo dalla premessa metodologica dell'unità del fenomeno «giudicato», colga al suo interno le implicazioni formali o sostanziali corrispondenti ai diversi angoli visuali di studio. Tali differenti piani consistono, tanto nell'aspetto formale, che si ha qualora si volga lo sguardo unicamente all'interno del processo, quanto nell'aspetto sostanziale, laddove ci si concentri anche sul «di fuori», ossia sulla situazione giuridica sostanziale e/o sul rapporto giuridico dedotti dinanzi al giudice sui quali

---

[56] *Ibidem.*

[57] Cfr. G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, op. cit., pag. 805.

[58] Si potrebbe dire, altrimenti, che l'unitario concetto giuridico di giudicato si declina nei due diversi aspetti di cui all'art. 324 c.p.c. e 2909 c.c. Nello specifico, l'aspetto formale del giudicato consisterebbe in un fenomeno processuale identificabile con l'esistenza di una sentenza che definisce e conclude il processo, mentre l'aspetto sostanziale dovrebbe attenere al contenuto dell'atto sentenza qualificandone l'efficacia con gli attributi della stabilità e della forza pregnante.

andranno a dispiegarsi i vari tipi di effetti (dichiarativi, costitutivi, etc.) propri dei diversi e possibili contenuti delle sentenze[59].

[59] Il LIEBMAN (E.T. LIEBMAN, *Giudicato* (voce), op. cit., pag. 2; ma anche ID., *Efficacia ed autorità della sentenza*, rist., Milano, Giuffrè, 1962, pag. 44; ID., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1980, n. 395), sul punto, completa l'osservazione indagando anche la possibile influenza che l'oggetto della pronuncia può avere sul piano dell'efficacia della sentenza. Infatti, Egli chiarisce che, quando una sentenza intervenga unicamente su «questioni processuali» (es. la valida instaurazione del processo, la sua estinzione, etc.), l'oggetto del giudicato sarà ristretto a tale ambito non interessando pienamente il merito, se non nella (sola) questione circa l'ammissibilità o meno di una decisione del merito. Diversamente, quando una sentenza intervenga sui profili di merito della controversia, la sua efficacia si dispiegherà pienamente al difuori del processo in questione realizzando in toto il *proprium* della funzione giurisdizionale. Tale visione, tuttavia, postula già una presa di posizione precisa all'interno della problematica sul giudicato attinente a sentenze che decidano questioni processuali. Infatti, come noto, secondo una parte autorevole e consistente della dottrina (si richiamano, tra i tanti, S. COSTA, *Diritto processuale civile*, Torino, Utet, 1980, pag. 242; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, Jovene, 1979, pag. 933; L. MONTESANO, *Sentenze endoprocessuali nei giudizi civili di merito*, in Riv. dir. proc., 1971, I, pag. 17; F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, op. cit., nn. 79-80; G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, in Riv. it. sc. giur., 1933, I, pag. 3; ID., *Cosa giudicata e competenza*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, op. cit., pag. 411) il giudicato si potrebbe formare esclusivamente con riferimento alle sentenze che decidano profili di merito della controversia giacché, per l'appunto, soltanto in tal caso la statuizione giudiziale si troverebbe a realizzare valutazioni e determinazioni in ordine al bene della vita con riguardo alle parti in giudizio (rievocando la nota teoria del CHIOVENDA, cui in nt. 4). Viceversa, nel caso di sentenze che risolvano semplicemente «questioni processuali» (tra le quali sono includibili anche le questioni di giurisdizione e competenza), l'unico giudicato che ne potrebbe derivare, se si vuole proprio discutere di giudicato, sarebbe quello «formale» *ex* art. 324 c.p.c. ma non quello «sostanziale» di cui all'art. 2909 c.c., con l'ovvia conseguenza di produrre un mero effetto preclusivo limitato al processo all'interno del quale furono pronunciate. Nella giurisprudenza più recente, sembra seguire detta posizione Cass., sez. II, 4 luglio 2014, n. 15383, in Giust. civ. Mass.; nonché Cass., sez. III, 12 febbraio 2013, n. 3291, in Giust. civ. Mass., 2013 («[l]*e sentenze che statuiscono sulla competenza — ad eccezione delle decisioni della corte di cassazione in sede di regolamento di competenza — non sono suscettibili di passare in cosa giudicata in senso sostanziale, poiché la decisione sulla questione di competenza, emessa dal giudice di merito con sentenza non più impugnabile, dà luogo soltanto al giudicato formale, il quale si concreta in una preclusione alla riproposizione della questione soltanto davanti al giudice dello stesso processo, ma non fa stato in un distinto giudizio promosso dalle stesse parti dinanzi ad un giudice diverso)*». In senso contrario all'orientamento appena esposto, si è collocata, invece, un'altra parte della dottrina (oltre al LIEBMAN, nelle opere in nota, si segnalano F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, op. cit., pag. 271; C. FERRI, *Sentenze a contenuto processuale e cosa giudicata*, in Riv. dir. proc., 1966, pag. 419; V. DENTI, *I giudicati sulla fattispecie*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1957, pag. 1341; A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, op. cit., pag. 54), la quale, partendo dal dato letterale degli artt. 324 c.p.c. e 2909 c.c., giunge alla considerazione che il diritto positivo non imponga alcuna distinzione interna tra le sentenze (per quanto attiene al tipo di questioni decise, di merito o soltanto processuali) e, pertanto, le disposizioni normative in tema di giudicato debbano avere un'applicazione generale, ossia estesa alla generalità delle sentenze (comprese le sentenze sul processo) le quali, una volta passate in giudicato *ex* art. 324 c.p.c., acquisteranno tutte l'autorità di giudicato (e la connessa stabilità) ai sensi dell'art. 2909 c.c. La suddetta concezione si riconnette, chiaramente, all'idea, già esposta nel corso del presente paragrafo, dell'unicità dell'istituto del giudicato, la quale non ammette alcuna validità teorica alle bipartizioni

1.3.1. (segue): Il problema del rapporto tra passaggio in giudicato e autorità (propria del) giudicato.

Circa il rapporto tra inimpugnabilità (definita come giudicato formale) e autorità di giudicato (ovvero, come detto, giudicato sostanziale) vanno tuttavia fatte ulteriori precisazioni.

Ci si è interrogati, infatti, in merito al rapporto di necessaria consequenzialità e condizionamento tra giudicato formale e giudicato sostanziale, valutando se l'autorità e il valore di stabilità del giudicato necessiti sempre (e comunque) il previo passaggio in giudicato della sentenza cui si riconnette.

Con un primo approccio meramente logico il problema pareva potersi risolvere in maniera piana e agevole: se si discute di autorità e forza di giudicato è essenziale e imprescindibile che si sia formato un giudicato; e poiché, come s'è detto *supra*, il giudicato sorge con il passaggio in giudicato della sentenza, ne deriva che quest'ultimo momento è premessa necessaria per discutere di autorità del giudicato[60].

Tuttavia, ad uno sguardo più approfondito e involgente anche considerazioni storico-comparatistiche, si comprende invece come non vi sia alcuna costante logica e assoluta che imponga un qualche rapporto di necessaria subordinazione tra autorità del giudicato e inimpugnabilità della sentenza facendo assurgere la scelta, circa il rapporto tra i due momenti, ad una valutazione di tipo politico-legislativo.

---

concettuali volte a separare un giudicato formale da un giudicato sostanziale, ritenendo, infatti, che l'aspetto formale e quello sostanziale siano unicamente due ambiti e due aspetti dell'unitaria realtà in cui si articola il fenomeno del giudicato. Per una sintesi sull'interpretazione del LIEBMAN in merito alle «sentenze processuali» vd. E.T. LIEBMAN, *Giudicato* (voce), op. cit., pag. 9, ove si spiega che «[l]*'accertamento che l'art. 2909 rende vincolante comprende anche quello che decide questioni attinenti al processo (art. 279, 2° co., nn. 2 e 4, c.p.c.), anch'esso costituisce un risultato vantaggioso conseguito dalla parte, un'utilità sia pure strumentale sul cammino della decisione della lite, superando una tappa verso la definizione del processo (oppure chiudendo un processo male impostato); anch'esso è un effetto che deve diventare stabile, in modo che non possa riproporsi controversia su ciò che fu deciso*».

[60] Vd., più chiaramente, G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, op. cit., pag. 806.

Partendo dal sistema romano[61] si può osservare come all'epoca le sentenze emanate dai giudici non fossero soggette a mezzi d'impugnazione e, pertanto, in tale periodo storico vi era sempre coincidenza tra emanazione della sentenza — da parte dell'organo giudicante — e «*res iudicata*». Il problema in merito al momento temporale di formazione del giudicato si può collocare storicamente con la nascita dell'appello[62] (e degli altri mezzi d'impugnazione) in quanto la possibilità di successivi riesami/riforme delle sentenze emanate generò l'interrogativo circa (la presenza o l'assenza del) lo stato di giudicato delle sentenze passibili di annullamento e/o riforma.

Di qui le differenti opzioni di politica legislativa in punto di rapporto di subordinazione (o meno) dell'autorità di giudicato rispetto alla qualifica di inimpugnabilità delle sentenze in questione.

In particolare, come noto, l'ordinamento francese ha accolto un orientamento che attribuisce l'«*autorité de la chose jugée*» non appena venga emanata la sentenza che definisce il processo in corso, anche se suscettibile di impugnazione[63].

---

[61] Per una ricostruzione completa e sistematica della storia del giudicato civile, con particolare attenzione al sistema romano, si rimanda all'esauriente trattazione di G. PUGLIESE, *Giudicato civile (storia)*, in Enc. Dir., vol. XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, pagg. 735 ss. Vd., anche, per completezza, M. MARRONE, *Dal divieto di agere acta all'auctoritas rei iudicatae. Alle radici delle moderne dottrine del giudicato*, in AA.VV., *Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, II, Napoli, Jovene, 1997, pagg. 3 ss.

[62] Vd., a proposito, nt. 40 del presente lavoro.

[63] Vd. J. VINCENT, S. GIUNCHARD, *Procédure civil*, Paris, Dalloz, 1981, pagg. 85 ss.; R. PERROT, *Chose jugée*, in *Enc. Dalloz de proc. civ.*, 2 ed., Paris, 1978, pag. 47; ID., *Chose jugée*, in Revue Procédures, III, 2009, commentaire n. 76, p. 13; A. TISSIER, R. MOREL, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*; III, Paris, Libr. du Rec. Sirey, 1929, pag. 921. Lo stesso principio è seguito, volgendo lo sguardo al di fuori del panorama europeo, dall'ordinamento americano nonché dalla dottrina e dalle Corti inglesi. In tali sistemi, infatti, si ritiene che il giudicato sia fonte di un c.d. «*estoppel*», quale strumento, *rectius*: impedimento processuale, volto ad evitare ripetizioni infinite delle medesime cause già giudicate, il quale si produce alla presenza di un c.d. «*final judgement*», ossia una sentenza avente carattere definitivo (e non meramente interlocutorio), senza che sia necessario, al contempo, il carattere di inimpugnabilità. Ciò denota, pertanto, come anche in tale sistema giuridico non vi siano problemi di subordinazione della «*res iudicata*» al «giudicato formale» nella sua accezione di «passaggio in giudicato» della sentenza. Per un approfondimento sul giudicato nella dottrina anglo-americana si rinvia, quantomeno, a D. VOLPINO, *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*, Padova, Cedam, 2008; E.J. COHN, *Die materielle Rechtskraft im englischen Recht*, in

L'Italia (come anche la Germania[64]), viceversa, optò per la diversa soluzione possibile, vale a dire quella della subordinazione tale per cui si riconnette il passaggio in giudicato della sentenza alla sua inimpugnabilità intesa come assenza di possibilità di esperimento di mezzi di impugnazione, o meglio, di mezzi ordinari d'impugnazione[65]. Tuttavia, sviluppando tale visione, si comprende agevolmente come vi sia uno iato temporale tra l'emanazione della sentenza e il suo passaggio in giudicato, per effetto della decorrenza dei termini decadenziali d'impugnazione e/o l'esaurimento di tutti i possibili gradi di riesame. Durante tale lasso temporale la sentenza è comunque «efficace»[66] e, dunque, idonea a dispiegare gli effetti giuridici tipici inerenti al suo contenuto anche se non ancora rivestita del carattere d'immutabilità quale corollario del giudicato[67].

Di qui, in dottrina[68], si è iniziato ad ipotizzare una possibile distinzione concettuale tra «efficacia della sentenza» ed «autorità della cosa giudicata».

Festschrift für Hans Carl Nipperdey, I, Berlin und München, Beck, 1965, in part. pagg. 877 ss.; HALSBURY, *Estoppel*, in *The laws of Englands*, XV, London, Butterworth, 1956, in part. pag. 177; G.S. BOWER, *The doctrine of res iudicata*, London, Butterworth, 1924.

[64] Si rinvia alle considerazioni sull'ordinamento tedesco, belga, francese e italiano, con riguardo al rapporto tra giudicato e inimpugnabilità della sentenza, contenute in L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziale*, V, Torino, F.lli Bocca, 1905, pag. 20.

[65] Vd., sulla distinzione tra mezzi d'impugnazione ordinari e mezzi d'impugnazione straordinari il par. prec.

[66] Cfr. G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, op. cit., pag. 806, nella parte in cui l'Autore ammette che «[l]*a prima constatazione da fare al riguardo* (aggiungiamo: in merito all'opzione politica del legislatore italiano circa il rapporto di subordinazione tra autorità di giudicato e inimpugnabilità della sentenza) *è che la sentenza può produrre effetti quando è ancora impugnabile, e non solo effetti inerenti alla sua natura estrinseca di atto processuale, ma anche effetti classificabili come principali, in quanto derivanti dal suo contenuto*». Nello stesso senso si vd., anche, E.T. LIEBMAN, *Giudicato* (voce), op. cit., pag. 2, ove L'Autore, trattando della formazione del giudicato, afferma che «[…] *nel vigente diritto italiano (ed in quello germanico, austriaco, brasiliano, ecc.) il problema* (aggiungiamo: sulla possibilità di considerare cosa giudicata la sentenza suscettibile di annullamento o di riforma) *è risolto negativamente: la sentenza passa in giudicato soltanto quando non è soggetta alle (ad alcune, le principali) impugnazioni. Prima o fuori di quella condizione le sentenze (di primo e di secondo grado) sono tuttavia efficaci (altrimenti non sarebbero neanche sentenze)*».

[67] Si tratta, ovviamente, di un'efficacia di tipo precario giacché il possibile annullamento e/o la modifica della sentenza in questione potrebbe far venire meno gli effetti *medio tempore* prodottisi.

[68] Il PUGLIESE (G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, op. cit., pag. 806) ammette che gli effetti prodotti da una sentenza ancora impugnabile siano effetti diversi da quelli propri di ciò che si definisce «autorità della sentenza» (o del giudicato) ma, in realtà, l'ideazione propria della

1.4. Il (preteso) superamento del dibattito sulla natura sostanziale/formale del giudicato attraverso la distinzione tra efficacia ed autorità della sentenza.

Un diverso punto di vista sul giudicato, che si pone aldilà (e non è interessato ad entrare nel) dibattito circa la relazione tra giudicato formale e sostanziale[69], è, dunque, quello avviato dal LIEBMAN[70] attraverso l'enucleazione del concetto di «efficacia della sentenza» da contrapporsi a quello di «autorità della sentenza».

---

dicotomia concettuale esposta *supra* (e di cui *infra*) appartiene al LIEBMAN (vd. nt. successiva) il quale realizzò una compiuta teorizzazione del concetto di efficacia della sentenza.

[69] La dottrina italiana, dopo essersi divisa, come visto, tra le due concezioni ortodosse del giudicato (sostanziale, da un lato, e processuale, dall'altro) ha lentamente mostrato, attraverso una serie di critiche, le incongruenze e le illogicità di entrambe le tesi. In particolare, i rilievi mossi contro la teoria sostanziale del giudicato si possono riassumere (vd. la sintesi offerta da E.T. LIEBMAN, *Giudicato* (voce), op. cit., pag. 7 e, in esteso, da A. SEGNI, *Regiudicata civile*, in *Scritti giuridici*, I, Torino, Utet, 1965, in part. pag. 597; nonché da C. VOCINO, *Considerazioni sul giudicato*, op. cit., pag. 1487) nel problema di compatibilità tra lo sviluppo della concezione sostanziale (in tutti i suoi corollari) e l'art. 2908 c.c. Infatti, mentre secondo la teoria sostanziale tutte le sentenze, in quanto innovanti e incidenti sul diritto materiale, ovvero sul rapporto giuridico veicolato in giudizio, dovrebbero avere portata costitutiva, l'art. 2908 c.c. (la cui rubrica è, per l'appunto, «effetti costitutivi delle sentenze»), invece, stabilisce che i pretesi effetti costitutivi delle sentenze (s'intende, la possibilità, per l'autorità giudiziaria, di costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici) siano ammessi nei soli casi previsti dalla legge. Ne deriva, dunque, una necessaria previsione legislativa *ad hoc* per le sentenze appartenenti a tale tipologia che non ammette una portata generalizzante riferibile a tutte le sentenze come fanno intendere i fautori della concezione sostanziale pura. Ma anche la teoria processuale è stata oggetto di critiche volte a palesarne l'inaccettabilità dal punto di vista metodologico oltreché dei risultati ottenibili. Nello specifico (vd. la critica di E. REDENTI, *Il giudicato sul punto di diritto*, op. cit., pag. 698, già richiamata in nt. 32) le si rimprovera un atteggiamento di isolamento dei fenomeni processuali dal mondo del diritto sostanziale, all'interno del quale i provvedimenti dell'autorità giurisdizionale non si troverebbero mai a produrre i propri effetti (lasciando sempre inalterate le situazioni giuridiche sostanziali oggetto delle decisioni) limitandosi a imporre un divieto agli organi giurisdizionali di decidere nuovamente quanto è passato in giudicato. Tale atteggiamento di chiusura del settore processuale viene indicato come «errore fondamentale» da E.T. LIEBMAN, *Giudicato* (voce), op. cit., pag. 7, il quale, infatti, afferma che «[l]*'errore iniziale, che inquina tutta la disputa sulla cosa giudicata, è dato dal rapporto che si attribuiva al processo nei confronti del diritto sostanziale, perché si supponeva che il processo fosse chiuso nel suo guscio* […] *e non potesse avere alcuna presa sul rapporto giuridico sostanziale dedotto in giudizio*».

[70] Il riferimento primo di tale approccio interpretativo va all'opera di E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, Giuffrè, 1935. La medesima ricostruzione si rinviene anche nel saggio dello stesso Autore, di poco successivo, *Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata*, op. cit. e in ID., *Manuale di diritto processuale civile*, op. cit., in part. pag. 383. In senso conforme vd., anche, G. VERDE, *Profili del processo civile*, I, 6ª ed., Napoli, Jovene, 2002, in part. pagg. 276 ss.; E. FAZZALARI, *Processo civile (diritto vigente)*, in Enc. Dir., XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, pag. 189.

Il concetto di «efficacia della sentenza», per usare le parole dell'Autore, è idoneo ad indicare «[…] *l'attitudine (della sentenza) a produrre i suoi effetti e* [l]*'effettiva produzione di essi*»[71], e si differenzia dal concetto di «autorità della sentenza», il quale non appartiene all'ambito dell'efficacia (e degli effetti) non essendo «[…] *un ulteriore e diverso effetto della sentenza, ma una qualità dei suoi effetti e a tutti i suoi effetti riferibile, precisamente la loro immutabilità*».[72]

L'obiettivo che guida l'Autore, nella sua opera di personale ricostruzione dell'istituto del giudicato, è proprio quello di evitare gli inconvenienti pratici nonché gli errori metodologici in cui, a Suo avviso (ma, del resto, conformemente alle critiche espresse da ampi settori della dottrina), ricadrebbero tanto la teoria sostanziale quanto quella processuale[73].

Per cui l'impostazione di base da cui partire dovrebbe essere quella di ritenere che la sentenza, senza sconfinare dai suoi caratteri di atto processuale e/o dal suo terreno caratteristico, riesca, pur tuttavia, a non rimanere relegata a mero fenomeno processuale, ma possa configurare/riconfigurare il rapporto

---

[71] E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, op. cit., pagg. 93 ss. Si sottolinea come tale produzione di effetti si ponga come conseguenza della semplice pronuncia di una sentenza valida.

[72] *Ibidem.* La cosa giudicata, dunque, in tale ricostruzione dovrebbe investire la sentenza, non tanto nel suo aspetto formale di atto, bensì nel suo contenuto decisorio sancendone l'immutabilità con riguardo al comando *ivi* incluso e correlativamente stabilizzandone gli effetti. Ne deriva che, in disaccordo con l'insegnamento dominante della dottrina, il LIEBMAN dissocia il concetto di giudicato da quello di efficacia della sentenza proprio in quanto la cosa giudicata non rappresenta, nella Sua visione, uno dei vari effetti propri della sentenza ma una qualità d'insieme — che accomuna tutto il fascio di effetti che promanano da una data sentenza — identificabile nel conferimento dell'immutabilità e della resistenza temporale di essi al fine di proteggerli da ogni possibile e futura decisione contraria in ulteriori processi. Nello stesso ordine d'idee sembra collocarsi anche F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, Giuffrè, 2007, pag. 146, ove da risalto sul piano terminologico all'opportunità di parlare di «effetti della sentenza passata in giudicato» più che di «effetti della cosa giudicata o del giudicato» proprio perché, in linea con l'impostazione del LIEBMAN, il giudicato non è un effetto aggiuntivo della sentenza ma una qualità di essa che realizza la stabilità degli effetti già prodotti dalla sentenza efficace. Esemplificando tale notazione, osserva che «[i]*l provvedimento giurisdizionale produce gli effetti A, B, e C, i quali diventano stabili nel momento in cui la pronuncia passa in giudicato, perché da quel momento non sono più utilizzabili i mezzi di impugnazione ordinari. Non potendosi rimuovere la fonte degli effetti (se non con le impugnazioni straordinarie), è chiaro che gli effetti acquistano stabilità*».

[73] Cfr. quanto detto a proposito nella nt. 69 del presente lavoro.

giuridico dibattuto in maniera concorde allo specifico contenuto decisorio di essa[74].

Per fare ciò pare dunque necessario valorizzare il contenuto di «accertamento» proprio della sentenza all'interno della quale l'autorità giudiziaria adita dichiara, come esito della cognizione del caso per mezzo dello svolgimento dell'istruttoria e dell'interpretazione del diritto positivo, qual è (a suo avviso) lo stato giuridico esistente nella specifica situazione concreta[75]. Ovviamente, poiché il giudizio del singolo giudice, stante il suo incardinamento nel potere giudiziario, è, al contempo, giudizio proprio del potere giudiziario, quale complesso di organi deputati dal sistema costituzionale a svolgere la funzione sovrana definibile come «funzione giurisdizionale», ne consegue che tale accertamento assuma carattere vincolante per le parti (nell'accezione di «efficacia» riportata *supra*) con la qualità della stabilità e dell'immutabilità una volta intervenuto il passaggio in giudicato (vd. «autorità della sentenza»).

Il concetto di «autorità della sentenza», sopra riportato, riassumibile come qualità d'immutabilità e incontestabilità degli effetti prodotti dalla sentenza[76], non concerne né il solo diritto sostanziale, né — tanto meno — unicamente il diritto processuale (di qui, dunque, il superamento del dibattito tra le opposte teorie,

---

[74] Tale idea sembra evocare, a monte, un'impostazione di metodo che vede il «diritto processuale» in un rapporto di servizio rispetto al «diritto sostanziale» tale per cui il primo avrebbe il compito d'intervenire per rimediare alle violazioni delle norme sostanziali onde riaffermare la giuridicità dell'ordinamento attraverso un moto ellittico che parte dal diritto sostanziale e ritorna ad esso. Vd., *amplius*, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, op. cit., pag. 149, ove si riprende quest'approccio interpretativo sviluppando la teoria tale per cui «[g]*li effetti delle pronunce giurisdizionali devono per definizione avere influenza sul piano del diritto sostanziale, perché altrimenti verrebbe meno la funzione stessa della giurisdizione. Se i provvedimenti giurisdizionali non fossero in grado di incidere sulla realtà sostanziale, sarebbe inutile avere svolto l'episodio giurisdizionale*».

[75] Disponendone, ove possibile e/o ove occorra, in aggiunta al contenuto di accertamento, anche i dovuti effetti costitutivi (*ex* art. 2908 c.c.) — incidenti sulla realtà sostanziale — od effetti esecutivi e di condanna.

[76] Differentemente dall'altro orientamento esistente in dottrina che inquadra il «giudicato sostanziale» come un effetto della sentenza consistente nell'incontrovertibilità e nell'imperatività di quanto corrisponda, a lettera dell'art. 2909 c.c., al «contenuto d'accertamento» della sentenza. Cfr., in tal senso, A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, op. cit., pagg. 47 ss.; S. MENCHINI, *Regiudicata civile*, op. cit., pag. 413; A. BONSIGNORI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, op. cit., pag. 88; A. CHIZZINI, *Art. 2907 c.c.* (commento), in G. CIAN, A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, 8ª ed., Padova, Cedam, 2007, pag. 3502.

ampiamente riportato in testo), ma può essere sussunto nell'alveo dell'ordinamento giuridico generale, precisamente nel punto d'intersezione e confluenza tra processo e diritto sostanziale, ossia in quella posizione nella quale si realizza la fusione tra ambedue gli ambiti giuridici e si riesce a manifestare la specifica conformazione che l'ordinamento ha dato alla situazione giuridica o al rapporto *sub lite*[77].

Va notato, inoltre, che la distinzione concettuale tra «efficacia» e «autorità» della sentenza — teorizzata, *in primis*, dal LIEBMAN — troverebbe conferme, oltreché sul piano dell'argomentazione logica, altresì sotto il profilo cronologico. Infatti, come noto, all'interno del processo civile l'efficacia, e conseguentemente l'esecutività della sentenza intesa come possibilità di tradurre in fatto ciò che il comando della sentenza dispiega sul piano giuridico, si riferiscono anche alle sentenze non ancora passate in giudicato ai sensi dell'art. 324 c.p.c. con evidente scissione, per l'appunto, di tali categorie giuridiche nella prospettiva temporale. Tale spiegazione trova il suo fondamento normativo nell'art. 282 c.p.c. il quale, per effetto della novella operata dalla l. 353/1990, contiene la consacrazione del principio di «generalizzazione dell'esecuzione provvisoria»[78] esteso a tutte le

---

[77] Tale concetto è ben chiarito in E.T. LIEBMAN, *Giudicato* (voce), op. cit., pag. 8, ove si afferma che ciò è possibile «[…] *perché il diritto e il processo, pur essendo due sistemi distinti di norme, sono tra loro coordinati in modo da raggiungere risultati univoci e perciò sono legati da una relazione di reciproca implicazione: il processo raggiunge il suo fine dando applicazione al diritto, del quale è lo strumento privilegiato; ma immanente al diritto è a sua volta la destinazione istituzionale ad essere e a valere in concreto così come il giudice lo dichiara*». Si veda, anche, *amplius*, ID. *Manuale di diritto processuale civile*, op. cit., pagg. 425 e 426.

[78] Si rinvia, in argomento, agli approfondimenti contenuti in G. IMPAGNATIELLO, *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 2010. L'Autore, in particolare (vd. pag. 2), ribadisce come il fenomeno dell'esecuzione provvisoria della sentenza attiene ad un gioco di equilibri tra spinte e scelte opposte: queste vengono ravvisate nella tutela dell'aspettativa di colui che domanda la tutela giurisdizionale, da un lato, e nel bisogno di adeguata protezione di chi si difende in giudizio, dall'altro. Di qui, tale istituto diviene la migliore «cartina di tornasole» presente nell'ordinamento per valutare la capacità del legislatore di bilanciare le due esigenze di efficienza e garanzia. Vd., anche, la più datata (anche se sempre attuale) monografia di F. CARPI, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, Giuffrè, 1979; nonché le voci enciclopediche (sul tema) di G. MONTELEONE, *Esecuzione provvisoria* (voce), in Dig. civ., VII, Torino, Utet, 1991, pagg. 641 ss.; F. CARPI, *Esecutorietà (dir. proc. civ.)* (voce), in Enc. giur., XIII, Roma, Treccani ed., 1989; F. LANCELLOTTI, *Esecuzione provvisoria* (voce), in Nss. Dig. it., VI, Torino, Utet, 1960, pagg. 788 ss.

sentenze di primo grado, garantendo la possibilità di anticipare l'efficacia e l'esecutività della sentenza rispetto al suo passaggio in giudicato formale al fine di bilanciare in maniera più equilibrata le due opposte esigenze di celerità della tutela giurisdizionale e certezza del diritto (con riequilibrio in favore del primo dei due poli)[79]. È, pertanto, dall'osservazione pratica di tale iato temporale imposto dalla normativa processuale che si è impostata la riflessione teorica volta ad elaborare la distinzione cui *supra* e, dunque, giungere a stabilire che il fascio complessivo degli effetti della sentenza è sussumibile nel solo concetto di «efficacia» (e di forza esecutiva della sentenza), ridefinendo il concetto di «autorità» come estraneo al piano degli effetti e riferibile ad una qualità di essi, per l'appunto la stabilizzazione e cristallizzazione della forza esecutiva e dell'efficacia della sentenza.

Tale orientamento ebbe una grande eco nella dottrina[80], dell'epoca nonché moderna, incontrando, pur tuttavia, una serie di critiche.

In particolare, la principale di queste[81] si basa su di un rilievo di carattere semantico, basandosi sulla notazione che il concetto di «autorità», nel suo ambito di significanza, non ricomprende l'«immutabilità» ma, semmai, ha tra i suoi significati espressioni come peso, importanza, influenza, forza, tali da farlo

[79] Ovviamente tale *favor* per il celere raggiungimento pratico del risultato favorevole al vincitore del giudizio trova una serie di correttivi, onde evitare squilibri e disfunzioni patologiche, negli artt. 283 e 373 c.p.c., i quali consistono nella possibilità, a fronte di certi casi e/o situazioni particolati, di sospendere l'efficacia della sentenza onde attenderne la stabilizzazione degli effetti per opera del giudicato formale.

[80] Si rinvia, quantomeno, a S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1967, pag. 363; A. PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, op. cit., *passim*; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, Jovene, 1960, pag. 419; G.A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1959, pagg. 290 ss.; ID., *Efficacia, validità, revocabilità dei provvedimenti di giurisdizione volontaria*, in Riv. dir. proc., 1947, I, pag. 194.

[81] Si allude alla critica del CARNELUTTI, contenuta in F. CARNELUTTI, *Efficacia, autorità ed immutabilità*, in Riv. dir. proc. civ., 1935, I, in part. pagg. 205 ss. Per richiamare brevemente la concezione dell'Autore sul tema è opportuno ribadire com'Egli, nelle proprie opere principali, contrapponesse il concetto di «efficacia», non tanto a quello di «autorità» (come nella teorica del LIEBMAN), bensì a quello di «immutabilità» della sentenza. Ciò in quanto Egli riteneva, in senso classico, che l'«efficacia» coincidesse con la nozione di «giudicato sostanziale» nella sua idea di imperatività e autorità della sentenza, mentre l'«immutabilità» era espressione da riferire alla nozione di «giudicato formale» nell'accezione di divieto per ogni futuro giudice di ritornare a pronunciarsi sulla lite decisa (c.d. «*ne bis in idem*»). Sul punto, si veda, *amplius*, ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, IV, Padova, Cedam, 1930 (rist.), pagg. 422 ss.; ID., *Diritto e processo*, op. cit., pag. 277 (in part. nt. 2).

rientrare nel *genus* del più ampio concetto di «efficacia», *id est*, a definirlo come uno degli aspetti dell'efficacia della sentenza[82]. Inoltre, in dottrina[83], si è anche osservato, in chiave critica, come l'autorità di giudicato non possa riassumersi nella mera stabilizzazione dell'efficacia della sentenza emessa giacché vi sono una serie di effetti ulteriori che si riconnettono alla sentenza passata in giudicato[84] dai quali si può dedurre, sul piano metodologico, che tanto il concetto di «efficacia» quanto quello di «autorità» attengano (entrambi) al piano degli effetti della sentenza.

Avendo premesso, dunque, i profili ricostruttivi (e le relative critiche intervenute) in merito all'orientamento dottrinale postulante uno iato teorico tra il concetto di «efficacia della sentenza» e quello di «autorità della sentenza», è possibile, ora, attraverso un passaggio logico successivo, considerare la gamma degli effetti che la legge, come noto, attribuisce ai vari tipi di sentenze pronunciate da un organo giurisdizionale.

A tal fine, si può iniziare col mostrare che, per quanto concerne le sentenze di merito, esse possono classificarsi in decisioni di accoglimento e decisioni di rigetto. Le prime hanno un tipo di efficacia che corrisponde al loro contenuto, di modo che s'individuano tre tipi di efficacia (efficacia d'accertamento, efficacia esecutiva, efficacia costitutiva) coincidenti con le

---

[82] *Ad abundantiam*, si noti come G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, op. cit., pag. 811, nel condividere la critica mossa dal CARNELUTTI, aggiunga che il concetto di «autorità» ha una derivazione genetica diretta dall'equivalente locuzione romanistica «*auctoritas rei iudicatae*» (vd., *amplius*, la nt. 14 del presente lavoro) che all'epoca veniva ricollegata a sentenze che non possedevano il necessario corollario dell'immutabilità ma delle quali se ne predicava la forza vincolante e imperativa.

[83] Cfr., tra tutti, G.F. RICCI, *Diritto processuale civile*, op. cit., pag. 281.

[84] *Ibidem*. L'Autore fa l'esempio, tra i tanti, dell'effetto di vincolo che la sentenza passata in giudicato (e solo quella) può dispiegare in altre controversie dinanzi a differenti giudici. Vd. anche la critica mossa alla costruzione del LIEBMAN da E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, op. cit., in part. pagg. 21 ss., il quale, dopo aver premesso l'incontestabilità logica di una distinzione concettuale tra aspetto contenutistico degli effetti e profilo temporale di durata di essi, ritiene di non poter accogliere la visione in analisi in quanto, a Suo conto, è insufficiente e lacunoso un approccio che riassuma la cosa giudicata nella semplice immutabilità degli effetti. Ciò che difetta, a monte, è una compiuta definizione e caratterizzazione dell'essenza del concetto di «accertamento» del quale se ne inferisce il carattere immutabile.

tipologie di sentenza (sentenze di mero accertamento, sentenze di condanna, sentenze costitutive). In primo luogo, dunque, nel caso di sentenze di mero accertamento discende un'efficacia c.d. «d'accertamento» che si esplica nel dichiarare l'esistenza e le caratteristiche del diritto o del rapporto giuridico veicolato in giudizio; nel caso di sentenze di condanna, invece, si produce (oltre alla citata efficacia d'accertamento — presente in tutte le specie di sentenza[85] —) un'efficacia c.d. «esecutiva» che rende l'atto-sentenza «titolo esecutivo» abilitante (il soggetto a cui favore è pronunciata) ad avviare il processo di esecuzione forzata al fine di realizzare in chiave coattiva il contenuto decisorio proprio di essa nei confronti dell'obbligato; infine, le sentenze costitutive (oltre, come detto, all'effetto di accertamento) esplicano un'efficacia c.d. «costitutiva», la quale opera una diretta modifica sul piano del diritto materiale costituendo, modificando o estinguendo rapporti giuridici. Le sentenze di rigetto, che identificano l'altra macro-categoria delle sentenze di merito, posseggono, invece, sempre (e soltanto) un'efficacia dichiarativa poiché il loro contenuto si limita unicamente ad accertare in senso negativo il — ovvero ad affermare l'inesistenza del — diritto o il rapporto conteso.

Tra le tre tipologie d'efficacia ora indicate, è quella d'accertamento/dichiarativa quella di più complessa elaborazione essendo, altresì, comune a tutti i tipi di sentenza. Premessa l'insufficienza di ogni spiegazione sul contenuto d'accertamento della sentenza basata sull'attribuzione di un mero significato negativo (in applicazione del principio *ne bis in idem* — si vd. le critiche alla «funzione negativa» del giudicato riportate nel par. 1.3 —), si dovrebbe assegnare una «funzione positiva» all'efficacia dichiarativa della sentenza da

[85] Vd., a proposito, la notazione di A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, op. cit., pag. 427, ove, nel richiamare le varie tipologie di sentenze esistenti all'interno di un processo di accertamento, ricorda come «[…] *tutte* (aggiungiamo: siano esse di mero accertamento, costitutive o di condanna) *contengono un accertamento sull'esistenza o inesistenza, della posizione giuridica fatta valere ed esplicano un'efficacia di accertamento;* […] *e, poi, tener presente che contenuto di accertamento hanno non solo le sentenze che compongono una controversia civile, ma anche le decisioni emesse in altri rami del processo: l'amministrativo, il tributario e pure quello penale*».

intendersi come l'effetto tale per cui si generi un vincolo di tipo conformativo con riguardo al contenuto di statuizione della sentenza, *id est*, a considerare come esistente (e dunque adeguarsi a) la situazione giuridica come stabilita dall'organo giurisdizionale nella sentenza pronunciata tra le parti.

1.5. I «contorni» *del giudicato tra oggetto e (suoi) limiti oggettivi.*

Si è visto come l'oggetto della «cosa giudicata» possa essere identificato con la decisione contenuta nella sentenza per mezzo della quale il giudice statuisce in tutto o in parte sopra di una lite/controversia (o, in alcuni, casi su questioni processuali) sottoposta/e dalle parti alla sua attenzione[86].

La delimitazione dei confini di estensione dell'area coperta dalla forza di giudicato viene ad essere espressa sinteticamente con la formula «limiti oggettivi del giudicato»[87], la cui funzione, per l'appunto, consiste nell'individuare il «che

[86] Si rimanda a E.T. LIEBMAN, *Giudicato* (voce), op. cit., pag. 12; e a G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, op. cit., pag. 862. Per una definizione di «pronuncia», utile per lo sviluppo delle argomentazioni cui *infra*, vd. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, op. cit., pag. 150. L'Autore identifica la pronuncia del giudice con la decisione a carattere autoritativo sul «dover essere» della realtà sostanziale. Ciò in quanto «[…] *l'accertamento non attiene al passato, ma al futuro; riguarda non ciò che è stato, ma ciò che dovrà essere; è prescrittivo, non descrittivo; in tedesco si direbbe che attiene al sollen, non al sein*».

[87] Si tralascia, nel presente studio, per ragioni di economia di lavoro e di coerenza con ciò che più interessa ai fini dello sviluppo del tema nei Capitoli successivi, tutta l'ampia riflessione intorno ai c.d. «limiti soggettivi» del giudicato. Si accenna, ora, soltanto brevemente alla problematica in questione, la quale può riassumersi nell'indagine sul «chi», ovvero nei confronti di quali soggetti operi il giudicato, diversamente dal tema dei «limiti oggettivi» del giudicato che risponde, invece, al quesito sul «che cosa» sia coperto dal giudicato. Tali «soggetti» possono essere identificati, con (necessaria) approssimazione dovuta alle accennate esigenze di sintesi, in quelli descritti dall'art. 2909 c.c. nella parte in cui *ivi* si dispone che il giudicato «[…] *fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa*». Pertanto, in primo luogo tra questi vi sono le «parti» del giudizio al cui interno è stata pronunciata la sentenza passata in giudicato. In secondo luogo, accanto alle parti, la disposizione *cit.* estende la forza del giudicato anche ai loro «eredi» e «aventi causa», in altre parole coloro che, definiti come «prolungamento delle parti» (E.T. LIEBMAN, *Giudicato* (voce), op. cit., pag. 14) perché «terzi» in senso tecnico non sono, hanno fatto subentro ad esse nel diritto e/o nel rapporto giuridico conteso dopo il passaggio in giudicato della sentenza emanata. Dunque, dal tenore testuale della disposizione *de qua* si evince una regola che consacra, nel nostro ordinamento (ma la cui genesi risale già al diritto romano, ove si diceva «*res inter alios iudicatae nullum aliis praeiudicium faciunt*» - Dig. 44.2.1. -), il principio dell'«esclusiva operatività *inter partes* del giudicato» (G.F. RICCI, *Diritto processuale civile*, op. cit., pag. 283). Detto altrimenti, un precetto (rispettoso del diritto di difesa costituzionalmente garantito all'art. 24 Cost.) tale per cui il giudicato non dovrebbe vincolare persone terze rispetto alla controversia che non hanno potuto difendersi — o avere garanzie di contraddittorio — in ordine ad essa dinanzi al giudice. Per una trattazione esaustiva dei «limiti soggettivi» del giudicato si rimanda, tra tutti, a E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Pregiudizialità e rinvio (contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, Bologna, Bononia press, 2011; A. CHIZZINI, *L'intervento adesivo*, Padova, Cedam, 1992; N. TROCKER, *I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale*, in E. ALLORIO (a cura di), *Studi in onore di Enrico Allorio*, I, Milano, Giuffrè, 1989; A. PROTO PISANI, *Note in tema di limiti soggettivi della sentenza civile*, in Foro it., 1985,

cosa» è reso immutabile e stabile per opera della sentenza passata in giudicato formale e, come tale, idoneo a far scattare i vincoli per i futuri processi laddove una causa risulti identica a quella già decisa[88].

Poiché la statuizione del giudice interviene in funzione di risposta ad una (e su tutta la) domanda di parte, ecco dunque il necessario collegamento logico tra oggetto del giudicato, limiti oggettivi dello stesso, ed elementi d'identificazione della domanda: tali sono, come noto (secondo una risalente elaborazione giuridica avviata già all'epoca del diritto romano), le parti/soggetti[89], il «*petitum*» e la «*causa petendi*».

Tale passaggio merita alcune puntualizzazioni. *In primis*, è possibile osservare che la questione dell'estensione del giudicato ha come primo punto di riferimento l'atto-sentenza, e, dunque, la relazione con l'oggetto della lite che costituisce (o meglio: dovrebbe costituire[90]) ciò su cui il giudice ha deciso, giacché l'organo decidente, stretto dal divieto di ultrapetizione, non è facoltizzato ad individuare un proprio e libero oggetto di giudizio bensì è legato al campo di cognizione elaborato dalle domande di parte.

I, pagg. 2385 ss.; F.P. LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso i terzi,* Milano, Giuffrè, 1981; G. MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padova, Cedam, 1978; F. CARPI, *L'efficacia «ultra partes» della sentenza civile*, Milano, Giuffrè, 1974; E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, op. cit.; F. CARNELUTTI, *Efficacia diretta ed efficacia riflessa della cosa giudicata*, in ID., *Studi di diritto processuale*, I, Padova, Cedam, 1925; E. BETTI, *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata*, op. cit.

[88] Sui «limiti oggettivi del giudicato» il rinvio è d'obbligo all'opera, ancora attuale, di E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, op. cit., alla quale ci si deve riferire per una prima e compiuta impostazione rigorosa della questione. Si veda, in apertura, quanto affermato *ivi* (pag. 129): «[s]*e l'essenza della cosa giudicata sta nel vincolo costituito da essa per ogni futuro processo, bisogna precisare fino a che punto si estenda il vincolo suddetto*». Sul tema cfr., per completezza, A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1990, pagg. 475 ss.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, Giuffrè, 1987; A. PROTO PISANI, *Osservazioni sui limiti oggettivi del giudicato*, in Foro it., 1972, I, pagg. 89 ss.; E. HEINITZ, *Considerazioni attuali sui limiti oggettivi del giudicato*, in Giur. it., 1955, I, pagg. 755 ss.

[89] In ordine a tale elemento vd. nt. 87.

[90] Tale precisazione è utile perché tiene conto della possibile violazione, da parte del giudice, del divieto di procedere «*ultra petita partium*» in tutti quei casi in cui si venga a giudicare oltre (e, dunque, «di più» di) quanto sia stato chiesto o, viceversa, non ci si pronunci su tutto ciò che era stato domandato causando, dunque, una discrasia tra oggetto del giudizio e oggetto del giudicato (cui ci si riferisce, comunque, per definire i limiti oggettivi di esso, anche se in distonia rispetto al contenuto che la sentenza avrebbe dovuto avere in una situazione fisiologica).

Infatti, esiste un preciso rapporto di correlazione tra «oggetto della domanda» e «oggetto della pronuncia», proprio per il fatto che lo scopo della funzione giurisdizionale è quello di rispondere ai bisogni di tutela riferiti ad una situazione di diritto sostanziale veicolata in giudizio, nella sua «porzione di realtà»[91], ad opera della domanda dell'attore e sulla quale si dovrà esprimere il giudice con sentenza statuendone il modo d'essere. Di qui, dunque, è giocoforza ritenere che vi sia (tendenziale[92]) coincidenza tra «oggetto della domanda», «oggetto del processo» , «oggetto della pronuncia» e «oggetto del giudicato»[93]: ciò che è oggetto della domanda[94] circoscrive l'oggetto del processo, il quale a sua volta diviene l'oggetto della decisione del giudice e, consequenzialmente, l'oggetto del giudicato[95].

---

[91] Espressione mutuata da F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, op. cit., pag. 150. Si vd., anche, in tema, quanto osservato nella nt. 74 del presente lavoro.

[92] Cfr. nota n. 90 del presente lavoro. Sulla (possibile) non coincidenza tra «oggetto della domanda» e «oggetto della decisione» vd., per un approfondimento, la classificazione operata da F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, op. cit., pag. 150, ove si teorizza una distinzione tra non coincidenza «*secundum ius* processuale» ed una «*contra ius* processuale» a seconda del rispettivo carattere fisiologico (da un lato) o patologico (dall'altro). Riassumendo brevemente tale costruzione, si ha una non coincidenza «*secundum ius* processuale» quando la mancata sovrapponibilità dei due piani in esame non dipenda da errori del giudice ma dalla presenza di domande alternative e/o condizionate le quali, per le loro caratteristiche strutturali, possono far sì che egli decida soltanto alcune delle domande proposte causando, perciò, in via fisiologica lo scarto di cui si discute. Viceversa, si ha una non coincidenza «*contra ius* processuale» laddove l'organo giudiziario, operando erroneamente, decida meno di quanto aveva l'obbligo (di pronunciarsi) — dando vita ad un oggetto della decisione meno ampio dell'oggetto del processo — oppure decida «*ultra petita*» comportando, in tal caso, una dilatazione dell'oggetto della decisione rispetto al (meno ampio) oggetto del processo.

[93] *Ibidem*.

[94] Secondo A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., pag. 60, l'«oggetto della domanda» va ravvisato nel diritto fatto valere in giudizio, come confermato da una serie di disposizioni positive. Tali sono, al riguardo, l'art. 24 Cost. («*tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*»); l'art. 99 c.p.c. («*chi vuol far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente*»); l'art. 81 c.p.c. («*nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui*»); l'art. 2907 c.c. («*alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte*»); infine, l'art. 2697 c.c. («*chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono fondamento*»). Proseguendo l'Autore afferma, altresì, come esposto in corpo, «[o]*ggetto del processo (res in iudicium deducta) e oggetto del giudicato (res iudicata) coincidono con il diritto dedotto in giudizio*».

[95] Dunque, per effetto di tali concatenazioni logiche, nel nostro ordinamento il giudicato si trova a ricoprire ciò che è stato oggetto della pronuncia del giudice e non ciò che è stato oggetto della domanda di parte. Tale ragionamento, nella generalità dei casi, può risultare superfluo giacché, come s'è visto, esiste una «tendenziale» coincidenza tra i termini suddetti.

Pertanto, è il concetto di «oggetto del processo» che occorre indagare per impostare correttamente un discorso giuridico intorno ai «limiti oggettivi del giudicato» e, poiché fisiologicamente l'oggetto del processo dipende dall'esercizio dell'azione da parte dell'attore[96] (e dalle contro-richieste del convenuto nei limiti in cui sia possibile[97]), l'elaborazione del problema (sin dall'antichità) si risolve nello studio dei criteri di «identificazione dell'azione» [98] (ossia, come anticipato: *petitum* e *causa petendi*).

Tuttavia, in tutti quei casi in cui la predetta fisiologica sovrapposizione non si realizzi (vd., *amplius*, nt. 90 del presente lavoro) riacquista utilità la precisazione in nota in quanto ci si deve rapportare, nell'esame dell'estensione della cosa giudicata, a ciò che corrisponde alla decisione del giudice e non a ciò che le parti hanno domandato. Cfr., più ampiamente, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, op. cit., pag. 151, nella parte in cui rimarca che «[…] *ciò che rileva ai fini del giudicato è il quid decisum (cioè l'oggetto della sentenza) e non il quid disputatum (cioè l'oggetto della domanda), in quanto il giudicato si forma sulla decisione, cioè sulla res in iudicio decisa e non sulla res in iudicium deducta. Non c'è, nel nostro sistema, al contrario del sistema formulare romano, un fenomeno analogo all'efficacia preclusiva della litis contestatio; nel processo formulare romano, effettuata la litis contestatio, anche se poi si arrivava alla sentenza c'era ugualmente la preclusione. Nel nostro ordinamento non esiste una preclusione da res in iudicium deducta ma solo una preclusione da res in iudicium decisa*».

[96] Il quale, dunque, attraverso le sue domande delinea i confini per l'ambito di decisione del giudice, il quale dovrà pronunciarsi poi su tutte le richieste delle parti ma non oltre (vd. art. 112 c.p.c.). Cfr., nello specifico, C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, 19ª ed., Torino, Giappichelli, 2007, pag. 149, nella parte in cui l'Autore definisce come «evidente» il fatto che «[…] *l'oggetto sostanziale del processo si determina preminentemente attraverso l'esercizio dell'azione e che, pertanto, se si vuole individuare questo oggetto nei suoi esatti confini, si deve risalire all'azione*»; nonché G.F. RICCI, *Diritto processuale civile*, op. cit., pag. 296, il quale, anch'Egli, ritiene che l'indagine sui «limiti oggettivi del giudicato» si risolva «[…] *nell'indagine sugli elementi oggettivi della domanda e cioè sul petitum e sulla causa petendi. Una causa può infatti considerarsi identica a quella già decisa, non solo quando si svolge fra le stesse persone, ma anche quando presenta gli stessi elementi oggettivi. La variazione di uno di questi, comporta novità di azione e quindi sfugge all'operatività del giudicato*».

[97] È notorio, infatti, che anche il convenuto possa influire nella determinazione dell'oggetto del processo per mezzo delle sue eccezioni che hanno l'idoneità ad ampliare il *thema decidendum* ed influire sul *petitum* e sulla *causa petendi*. Vd., in giurisprudenza, Cass., sez. III, 6 marzo 2014, n. 5245, in Guida dir., 2014, XXIII, pagg. 88 ss («[i] *limiti oggettivi del giudicato possono estendersi oltre la causa petendi ed il petitum della domanda originaria sia quando la domanda riconvenzionale o l'eccezione del convenuto amplii l'oggetto del giudizio, sia quando una situazione giuridica sia comune a più cause tra le medesime parti, sicché la soluzione delle questioni di fatto o di diritto ad essa relative in una delle cause faccia stato nelle altre in cui quella rilevi*»).

[98] E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, op. cit., pag. 130. In generale, con il termine «identificazione dell'azione» si denota l'operazione logico-giuridica di riconoscimento dell'oggetto di un processo attraverso l'accertamento dei connotati dell'azione quale elemento giuridico concreto. Per usare le parole dell'Autore, che palesano la Sua particolare concezione dell'oggetto del processo, l'«[…]*"identificazione dell'azione", bisogna rilevare che si tratti di* (aggiungiamo: attività volta a) *identificare la richiesta fatta dall'attore nel processo per la concessione della tutela giuridica. Non si tratta di identificare né il rapporto processuale come tale, né il rapporto sostanziale di per sé, ma una "affermazione" dell'attore intorno a tale rapporto o stato giuridico. L'attore deve fare una determinata*

Lo scopo pratico dell'«identificazione dell'azione» è quello di fornire al giudice gli strumenti ermeneutici per risolvere i problemi di «confine» del giudicato, al fine di comprenderne i «limiti oggettivi» (e soggettivi) onde poter risolvere i quesiti circa l'identità (o meno)[99] di un'azione proposta dinanzi ad esso rispetto ad una precedente sulla quale (*rectius*: sulla cui decisione) si è formato il giudicato (con evidente preclusione di giudizio, per rispetto del principio del «*ne bis in idem*», nel caso di risposta affermativa all'interrogativo).

L'operazione di «identificazione dell'azione» si fonda sulla premessa logica tale per cui, poiché un'azione è definibile nei suoi caratteri sulla base dei suoi elementi soggettivi ed oggettivi, allora due azioni saranno identiche ove (e soltanto ove) vi sia identità totale dei loro elementi (soggettivi ed oggettivi)[100]. Il variare (anche) di uno soltanto dei predetti elementi farà venir meno l'identità tra

domanda, in base ai fatti da esso allegati. Tale domanda rispecchia l'unilaterale punto di vista dell'attore, di cui non consta, al principio del processo, se esso sia fondato di fatto e di diritto». Di qui l'assimilazione dell'oggetto del processo con la fondatezza (o meno) della «pretesa» di parte e la conseguente definizione dell'«identificazione dell'azione» come problema di determinazione degli elementi compositivi della pretesa, il cambiamento dei quali comporta modifica di pretesa processuale.

[99] Specifica (maggiormente) i tipi di relazione che possono sussistere tra gli oggetti dei due processi in successione F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, op. cit., pag. 152. L'Autore, infatti, individua tre tipi di relazioni astrattamente ipotizzabili tra i due oggetti: un rapporto d'identità, uno di dipendenza e, infine, uno di pregiudizialità. L'identità, come noto, si potrebbe riscontrare ove l'oggetto del secondo giudizio coincidesse *in toto* con ciò che è stato oggetto della sentenza passata in giudicato (schematizzando logicamente, a fronte di un oggetto del primo processo X, il secondo processo dovrebbe vertere anch'esso su X). Invece, si potrebbe avere pregiudizialità laddove l'oggetto della sentenza passata in giudicato si ponesse come situazione pregiudiziale rispetto all'oggetto del nuovo processo configurato come situazione dipendente (sempre schematizzando, si potrebbe avere la seguente situazione: A+B+C=X; X+D+E=Y; dove X è oggetto della prima sentenza e Y oggetto del secondo processo). Infine, si potrebbe discutere di dipendenza qualora, richiamando l'esempio grafico precedente, s'invertisse la regola in quanto, in tal caso, l'oggetto della sentenza passata in giudicato diventerebbe la situazione dipendente Y, mentre l'oggetto del processo successivo la situazione pregiudiziale X.

[100] Cfr., in giurisprudenza, Cass., sez. I, 24 marzo 2014, n. 6830, in Giust. civ. Mass., 2014, nella parte in cui sostiene che «[l]*'autorità del giudicato sostanziale opera soltanto entro i rigorosi limiti degli elementi costitutivi dell'azione e presuppone che tra la precedente causa e quella in atto vi sia identità di parti, di petitum e di causa petendi*». In senso conforme, anche, Cass., sez. II, 15 novembre 2012, n. 20003, in Giust. civ., 2013, III-IV, pagg. 611 ss.; Cass., sez. lav., 20 aprile 2011, n. 9043, in Giust. civ. Mass., 2011.

le due azioni (eventualmente si potrà parlare di connessione o altri fenomeni di diritto processuale) giacché l'identità, per definizione, o è piena o non vi è[101].

Venendo, dunque, a definire gli elementi oggettivi dell'azione[102] — e, di conseguenza, gli stessi limiti oggettivi del giudicato (per le coincidenze concettuali riportate *supra*) — essi sono l'oggetto (o «*petitum*»), da un lato, e il titolo (o «*causa petendi*»)[103], dall'altro.

Quanto al primo dei due (il c.d. «*petitum*»), esso può, con prima sintesi, definirsi come «[…] *ciò che si chiede con la domanda*»[104]. Tuttavia, tale concetto può essere meglio specificato riferendosi al «chi», *id est*: nei confronti di quale/i soggetto/i viene rivolta la domanda, poiché, ad uno sguardo più attento, si può notare come quest'ultima venga posta, e nei confronti del giudice, e nei confronti dell'altra parte, ai quali sono indirizzate richieste differenti concorrendo ad una duplicazione [105] di piani interni dell'elemento «*petitum*», sotto-classificabile, pertanto, in «*petitum* immediato» e «*petitum* mediato».

Infatti, il «*petitum* immediato» riguarda la domanda rivolta al giudice — in via «immediata» — consistente nella richiesta di un certo tipo di «provvedimento»

---

[101] Così G. CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni. Sulla regola "ne eat iudex ultra petita partium"*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, op. cit.; nonché ID., *Principii di diritto processuale civile*, op. cit., II, pagg. 278 ss. Per un approfondimento sull'«identificazione dell'azione» si rimanda anche ai contributi di E. ALLORIO, *Per una teoria dell'accertamento giudiziale*, in Jus, 1955, II-III, pagg. 266 ss.; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1952, in part. pagg. 48 ss.; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1943, in part. pagg. 133 ss.; P. D'ONOFRIO, *Identificazione delle azioni in rapporto alla teoria della litispendenza e della cosa giudicata*, Benevento, Coop. tip., 1924.

[102] Per quelli soggettivi e i relativi limiti (soggettivi) del giudicato vd. nt. 87 del presente lavoro.

[103] Vd., per tutti, la sintesi offerta da C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, op. cit., pagg. 159 ss.

[104] *Ibidem*.

[105] La contrapposizione cui *infra* può essere fatta risalire alle teorizzazioni del CHIOVENDA (Vd. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, op. cit., in part. pagg. 326 ss.) seguite poi dalla dottrina dominante nonché dalla giurisprudenza prevalente. Per una chiara sintesi cfr. G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, op. cit., pag. 862, ove si afferma che «[p]*etitum sarebbe, secondo la prevalente interpretazione, il provvedimento chiesto al giudice riguardo a un dato oggetto ulteriore*», e *ivi* alla nt. 316, ove si completa la definizione illustrando che «[s]*i distingue di solito fra oggetto immediato e oggetto mediato della domanda, il primo identificabile col provvedimento chiesto al giudice, il secondo col bene che attraverso di esso si intende o si può conseguire; ma in realtà, per avere del petitum una nozione concreta, anziché astratta, i due elementi devono necessariamente combinarsi*».

(es. condanna, accertamento, ecc.) con primaria astrazione del bene a cui si può riferire, tanto che, a fronte di richieste di provvedimenti giudiziali diversi, in differenti processi (anche tra gli stessi soggetti), si deve escludere l'identità di azione e, dunque, le preclusioni di giudizio.

Il «*petitum* mediato», invece, descrive l'ambito della domanda rivolta al convenuto/controparte cui si chiede, non un certo tipo di provvedimento, bensì uno specifico «bene della vita»[106] (un bene materiale, una prestazione di vario tipo, l'accettazione di subire una certa modifica della propria situazione giuridica sostanziale, etc.) la cui variazione in futuri processi (anch'essa) esclude l'identità.

A contrario, dunque, perché vi sia identità di azione, sotto il profilo dell'oggetto, occorre piena coincidenza di «*petitum* immediato» e «*petitum* mediato».

La descrizione, ora esposta, del primo dei due elementi d'identificazione oggettiva dell'azione offre la base giuridica per giungere, per mezzo di un collegamento logico, alla spiegazione/illustrazione del secondo elemento, vale a dire la «*causa petendi*». Essa può essere definita, semplificando, come la «ragione del domandare»[107], intesa nell'accezione di elemento/titolo che fornisce la giustificazione sul piano giuridico di quanto richiesto attraverso la formulazione della domanda giudiziale.

Il collegamento giuridico, anzidetto, con il «*petitum*» si fonda sulla circostanza che la pretesa/bene della vita («*petitum* mediato»), oggetto del provvedimento domandato al giudice, non è isolata in sé stessa, ma si riconnette

---

[106] C. MANDRIOLI, op. ult. cit. Preferisce, invece, parlare di «oggetto sostanziale» e «oggetto processuale» della domanda (in luogo della distinzione riportata in corpo tra «*petitum* immediato» e «*petitum* mediato»), A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 6ª ed., Napoli, Jovene, 2014, pag. 57. L'Autore, infatti, individua il primo oggetto della domanda (c.d. «oggetto sostanziale») nel diritto fatto valere in giudizio, mentre il secondo (c.d. «oggetto processuale») è riferito al contenuto del provvedimento giurisdizionale richiesto (es. condanna, sentenza costitutiva, pronuncia di mero accertamento, etc.).

[107] *Ibidem*. Definisce la «*causa petendi*» come fatto giuridico costitutivo della pretesa E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, op. cit., pag. 132, precisando, altresì, la difficoltà di elaborazione teorica del concetto in questione, cui si riannodano la maggior parte delle controvesie legate alla esatta determinazione dei confini oggettivi della cosa giudicata. Nello specifico per l'Autore (pag. 148) la «*causa petendi*», richiamando PACIFICI MAZZONI, è «[…] *il "fatto giuridico" il quale generò il diritto che una delle parti contendenti vuole far valere col mezzo dell'azione e della eccezione*».

sempre ad un titolo in senso giuridico, il quale diviene la ragione obiettiva su cui si fonda la domanda[108].

Tale elemento, dunque, evidenzia il diritto sostanziale che l'attore, affermandone[109] la titolarità, pone come base per giustificare la richiesta ch'egli ha fatto al giudice per mezzo del «*petitum* immediato» ed assolve la funzione identificatrice dell'azione in quanto la stessa pretesa/bene della vita potrebbe essere domandata in forza di diversi diritti/titoli giuridici.

Il «diritto affermato» — coincidente, nell'esposizione offerta, con la *causa petendi*» — va individuato nel suo versante concreto (e non astratto), ossia con riguardo non tanto alle norme giuridiche generali e astratte (che descrivono il diritto in questione nelle sue infinite e possibili declinazioni) bensì riferendosi agli specifici e concreti «fatti costitutivi» [110] dello stesso affermati e allegati

---

[108] Si vedano, a proposito, le chiare parole di C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, op. cit., pag. 160: «[…] *questo riferimento o affermazione di un diritto sostanziale che, da un lato, come si è ora osservato, qualifica come petitum il bene della vita richiesto, dall'altro lato, viene in rilievo, se considerato per sé stesso, come il secondo dei due elementi oggettivi di identificazione dell'azione, ossia il titolo o causa petendi.* […] *Petitum (mediato) e causa petendi sono dunque le due angolazioni del diritto sostanziale affermato, che è l'oggetto del processo. L'una mette a fuoco ciò che si domanda e l'altra il diritto sul cui fondamento si domanda; due angolazioni che si presuppongono a vicenda e si esprimono, in sintesi, nel diritto sostanziale affermato, ma la cui contrapposizione, d'altra parte, agevola, sul piano pratico, l'operazione dell'identificazione dell'azione che è, per natura sua, necessariamente analitica*». Dunque, emerge l'idea che le nozioni di «*petitum*» e «*causa petendi*» non vadano intese come isolate in senso assoluto ma, in realtà, debbano essere studiate come due lati di una realtà unitaria. Così, anche, E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, op. cit., pag. 135, ove si afferma che «[i]*l petitum è identificato, non soltanto motivato, dalla causa petendi, e anche la causa petendi è tale soltanto in relazione al petitum*», e pag. 200, ove si sostiene che «[l]*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*». Per un approfondimento maggiore dei profili del rapporto tra «*petitum*» e «*causa petendi*» si rinvia, *ex multis*, a C. MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di «petitum» e di «causa petendi»*, in Riv. dir. proc., 1984, III, pagg. 465 ss.

[109] Si parla di «affermazione» non in senso casuale, ma in chiave volutamente tecnica, in quanto, poiché l'operazione d'identificazione attiene agli elementi dell'azione, il diritto sostanziale della «*causa petendi*» è soltanto, per ora, affermato a fondamento e non ancora accertato giudizialmente nella sua esistenza. Qualora, invece, l'operazione d'identificazione sia funzionale alla risoluzione di un problema di limiti oggettivi del giudicato (a fronte di una comparazione tra un giudicato esistente ed una nuova azione), allora il secondo diritto affermato (nella seconda azione) sarà messo a paragone con il diritto già accertato con forza di giudicato nel primo processo concluso, onde trarne tutte le conseguenze d'identità (o meno) tra i due giudizi.

[110] Giacché le qualifiche normative/legislative non hanno idoneità a mutare l'oggetto del processo. Infatti, in base al principio «*jura novit curia*», il giudice ha il potere di riqualificare diversamente ciò che le parti hanno introdotto in giudizio senza con ciò mutare alcunché sotto il

dall'attore[111]. Ne consegue che, a seguito di un giudicato intercorso su di un'azione fondata su un determinato fatto costitutivo, sarebbe preclusa ogni futura azione riferita al medesimo fatto[112] quand'anche giuridicamente qualificata diversamente mediante l'invocazione di norme giuridiche differenti[113].

Viceversa, capovolgendo tale regola, dovrebbe essere possibile ricavarne una di portata generale tale per cui difronte ad ogni mutazione di un fatto principale costitutivo si avrà un diritto nuovo come tale non coperto dalla forza preclusiva del precedente giudicato con possibilità, dunque, di un nuovo processo a riguardo[114].

---

piano dell'oggetto del giudizio che rimane individuato dai fatti costitutivi allegati dall'attore. La teoria della «*causa petendi*» intesa come allegazione dei fatti costitutivi del diritto affermato non si è imposta in via univoca ma, al contrario, vi è stata una profonda divisione, in dottrina e giurisprudenza, tra due diverse concezioni mutuate dalla dottrina germanica. In particolare vi erano da un lato i sostenitori della c.d. «teoria della sostanziazione», la quale ritiene necessaria l'allegazione dei fatti costitutivi limitando ad essi l'estensione del giudicato, dall'altro i fautori della c.d. «teoria dell'individuazione», la quale identifica la «*causa petendi*» con il rapporto giuridico sostanziale affermato dall'attore. Per un approfondimento di tale *summa divisio* dottrinale, nonché per un'esame della varie posizioni assunte a riguardo dagli Autori italiani e di area germanica, cfr. M. BELLAVITIS, *L'identificazione delle azioni*, Padova-Venezia, 1924.

111 E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, op. cit., pag. 149: «[…] *nella causa petendi si considerano i fatti appunto quali costitutivi dell'azione; l'attore indica i fatti che ritiene idonei a generare l'effetto preteso; ciò basta per dare ai fatti la qualifica di "fatti giuridici"*». Talvolta la semplice allegazione del fatto non è sufficiente ma va integrata con l'allegazione del fatto lesivo e/o di contestazione funzionale a definire l'interesse ad agire in relazione alla «*causa petendi*».

112 È dovuta la precisazione che il «nucleo dei fatti» rilevanti per l'identificazione dell'azione, al fine di un'esatta perimetrazione dei confini oggettivi del giudicato, va individuato nei soli «fatti principali», ossia tutti quei fatti che rappresentano un presupposto necessario (a livello di fattispecie) per l'esistenza di un dato diritto, e non nei c.d. «fatti secondari» attinenti unicamente ad aspetti di marginale rilievo e contorno nella fattispecie il cui mutare non comporta alterazione del diritto in questione. Sulla distinzione, cfr. M. TARUFFO, *Onere della prova*, in Dig. disc. priv., XII, Torino, Utet, 1995, in part. pagg. 71 ss.; C. FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, Cedam, 1975, in part. pagg. 92 ss.; F. CARNELUTTI, *La prova civile*, 2ª ed., Roma, Ed. ateneo, 1947, in part. pagg. 154 ss. e 237 ss.

113 Si mutua, a proposito, l'esempio fornito da C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, op. cit., pag. 162: «[…] *un'azione proposta con riferimento ad un determinato fatto costitutivo (il giorno tale ti consegnai quella cosa in forza di un certo accordo con queste e queste modalità) non cambia per il fatto che quel medesimo accordo, storicamente individuato, sia qualificato comodato o, per es. locazione: e perciò se fosse sceso il giudicato su un'azione proposta con riferimento a quel fatto costitutivo ed in applicazione delle norme sul comodato, l'azione che venisse poi proposta tra gli stessi soggetti per la consegna della medesima cosa, con riferimento a quel medesimo fatto, ma invocandosi l'applicazione delle norme sulla locazione, sarebbe ancora quella stessa azione che è coperta dal giudicato, e perciò sarebbe preclusa*».

114 Più chiaramente G.F. RICCI, *Diritto processuale civile*, op. cit., pag. 297.

In realtà, il criterio accennato, una volta calato nella pratica, non è sempre di così semplice attuazione in quanto vi sono casi in cui non vale la regola semplicistica (illustrata per fini di chiarezza espositiva) che applica l'equivalenza «un fatto costitutivo = un diritto» poiché vi sono fattispecie concrete in cui più fatti costitutivi originano un unico diritto[115].

Da un'analisi del diritto sostanziale ci si avvede che la regola «un fatto costitutivo = un diritto» può ben valere per i diritti relativi (es. diritti di credito), i quali nascono con riferimento ad un determinato fatto costitutivo che svolge la funzione di precisa identificazione di essi poiché la loro «*causa petendi*» si riconosce solo in esso e ogni diverso fatto costitutivo individuerebbe un diverso diritto.

Tali diritti prendono il nome, nell'ambito dell'analisi dei criteri d'identificazione dell'azione, di «diritti eterodeterminati» in quanto per la loro individuazione è sempre necessaria una specificazione del preciso fatto costitutivo di essi. Ciò proprio in quanto, come accennato, ad ogni diverso fatto costitutivo corrisponde un diverso diritto (anche tra gli stessi soggetti) e, poiché per ogni diritto affermato vi è una diversa «*causa petendi*», vi sarà anche una diversa azione sul piano processuale[116].

---

[115] E, di qui, secondo C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, op. cit., pag. 164: «[n]*e deriva che il criterio orientatore per stabilire se il riferimento a fatti diversi implica diversità della "causa petendi" (e quindi dell'azione) sta nel verificare, con un'indagine, che è di diritto sostanziale, se il fatto diverso fonda un diritto diverso, oppure lo stesso diritto*».

[116] Ad esempio, se Tizio domanda a Caio la restituzione della somma X a titolo di mutuo, una volta formatosi un giudicato di rigetto della domanda *de qua*, Tizio potrà (non essendovi alcuna preclusione a riguardo) chiedere a Caio — in nuovo processo — la stessa somma X ma a titolo di risarcimento del danno. Infatti, il mutuo e il fatto illecito sono due diversi fatti costitutivi che originano due diritti differenti e, dunque, due azioni diverse, di modo che la seconda non rientrerà nel confine coperto dai limiti oggettivi del giudicato formatosi sulla prima. Sul punto dei diritti «diritti eterodeterminati» A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., pag. 66, sostiene che «[m]*entre le parti e il petitum sono indispensabili per identificare ogni diritto, la causa petendi (o fatto costitutivo) è indispensabile solo per identificare una certa categoria di diritti: i diritti eterodeterminati*». In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. I, 9 settembre 2011, n. 18567, in Giust. civ. Mass., 2011, IX, pagg. 1285 ss., specialmente nella parte in cui si fa riferimento a cause «[…] *diverse per causa petendi e per petitum, riguardando entrambe diritti cd. eterodeterminati, per l'individuazione dei quali è indispensabile il riferimento ai relativi fatti costitutivi*». Nello stesso senso, anche, Cass., sez. III, 27 gennaio 2010, n. 1707, in Giust. civ. Mass., 2010, I, pagg. 110 ss.; Cass., sez. I, 30 aprile 2008, n. 10966, in Giust. civ. Mass., 2008, IV, pagg. 648 ss.; Cass., sez III, 16 maggio 2006, n. 11356, in Giust. civ. Mass., 2006, V; Cass., sez. III, 16 gennaio 2006, n. 726, in Giust. civ. Mass., 2006,

La prospettiva muta, invece, con riferimento ai diritti assoluti (es. diritti reali) in quanto, a causa della loro relazione primaria con la «*res*», mantengono sempre l'identità anche al variare dei fatti costitutivi genetici.

Tali diritti, nel campo d'indagine in esame, prendono il nome di «diritti autodeterminati»[117] proprio per la loro capacità d'identificarsi in funzione del loro contenuto con indifferenza dei fatti costitutivi, i quali possono essere i più vari e convivere in numero maggiore di uno con lo stesso diritto[118].

Ragion per cui, in questi casi, la «*causa petendi*» è già specificata a sufficienza con la mera affermazione del diritto, a prescindere cioè da ogni riferimento ad un fatto costitutivo genetico preciso come nei diritti «eterodeterminati», con la conseguenza che essa si sovrappone al «*petitum*»[119].

La conseguenza pratica[120] in punto di giudicato, della distinzione cui *supra*, è che esso, una volta formatosi, coprirà nella sua estensione oggettiva tutti i fatti

---

III; Cass., sez. III, 2 dicembre 2004, n. 22667, in Dir e giur. agr., 2006, I, pagg. 37 ss.; Cass., sez. lav., 26 maggio 2004, n. 10168, in Giust. civ. Mass., 2004, V.

[117] In giurisprudenza, per una definizione, vd. Cass., sez. II, 13 febbraio 2007, n. 3089, in Giust. civ. Mass., 2007, II, specialmente laddove si sostiene che «[l]*a proprietà e gli altri diritti reali di godimento appartengono alla categoria dei cosiddetti diritti autodeterminati, individuati, cioè, sulla base della sola indicazione del relativo contenuto quale rappresentato dal bene che ne forma l'oggetto, con la conseguenza che la causa petendi delle relative azioni giudiziarie si identifica con i diritti stessi e non con il relativo titolo che ne costituisce la fonte, la cui eventuale deduzione non svolge, per l'effetto, alcuna funzione di specificazione della domanda, ma è rilevante ai soli fini della prova*». In senso conforme cfr., anche, Cass., sez. II, 24 novembre 2010, n. 23851, in Giust. civ. Mass., 2010, XI, pagg. 1505 ss.; Cass., sez. II, 5 novembre 2010, n. 22598, in Giust. civ. Mass., 2010, XI, pagg. 1412 ss.; Cass., sez. II, 26 novembre 2008, n. 28228, in Giust. civ. Mass., 2008, XI, pagg. 1692 ss.; Cass., sez. II, 23 novembre 2007, n. 24446, in Giust. civ. Mass., 2007, XI; Cass., sez. II, 7 dicembre 2005, n. 26973, in Giust. civ. Mass., 2005, XII; Cass., sez. II, 20 maggio 1997, n. 4460, in Giust. civ. Mass., 1997, pagg. 792 ss.

[118] Ad esempio, il diritto di proprietà X di Tizio può avere contemporaneamente come suo fondamento un contratto di compravendita con Caio, ma anche un usucapione, etc.

[119] Sulla sovrapposizione tra «*petitum*» e «*causa petendi*» nei diritti c.d. «autodeterminati» vd., *amplius*, C. CONSOLO, *Domanda giudiziale* (voce), in Dig. disc. priv., VII, Torino, UTET, 1991, in part. pagg. 72 ss., nonché A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, Torino, Utet, 1980, in part. pagg. 177 ss. e 186 ss.

[120] Contrappone una «conseguenza teorica» ad una «conseguenza pratica», originate dalla distinzione (ai fini dell'esatta determinazione della «*causa petendi*») tra diritti «autodeterminati» e diritti «eterodeterminati», G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, op. cit., pag. 863. Egli afferma, sul punto, che «[l]*a conseguenza teorica è che nei processi su rapporti assoluti petitum e causa petendi finiscono col sovrapporsi o con l'apparire solo due profili dello stesso elemento. La conseguenza pratica è invece che, mentre in materia obbligatoria il giudicato trova un limite nel fatto costitutivo, sicché l'attore soccombente può in massima*

genetici (possibili) — detto altrimenti, tutti i possibili titoli d'acquisto — del diritto assoluto affermato in giudizio[121] (con salvezza delle sopravvenienze[122]), a differenza del giudicato sui diritti relativi che è, invece, limitato al singolo fatto costitutivo fatto valere (con fattibilità di un secondo giudizio, tra gli stessi soggetti, per domandare lo stesso bene della vita allegando, però, un diverso fatto costitutivo quale «*causa petendi*» fondante il diritto azionato).

---

far valere lo stesso credito contro lo stesso convenuto in base a un fatto costitutivo diverso, in materia reale, per contro, il giudicato non incontra quel limite, ma si estende a tutti i possibili fatti costitutivi». Vd., anche, in tema di conseguenze, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., pag. 67, il quale, nell'analizzare i diritti c.d. «eterodeterminati», individua un primo risvolto giuridico di questa categoria nel fatto che «[…] *un giudicato di rigetto della domanda relativa ad un diritto eterodeterminato non preclude di dedurre in un secondo processo un fatto costitutivo diverso, pur già esistente al tempo del primo processo: si fa valere un diritto diverso che non è precluso dal primo giudicato*». La soluzione opposta viene invece individuata con riferimento ai diritti c.d. «autodeterminati», per i quali, diversamente dai diritti «eterodeterminati», «[u]*n giudicato di rigetto* […] *preclude di dedurre in un secondo processo un fatto costitutivo diverso, già sussistente al tempo del primo processo: si attenterebbe al primo giudicato, che ha accertato l'inesistenza dello stesso diritto*».

[121] Ad esempio, se Tizio proponesse un'azione di rivendica del bene X nei confronti di Caio allegando l'acquisto di esso a titolo di compravendita e il giudice rigettasse con sentenza passata in giudicato tale domanda, Tizio non potrebbe più, in un secondo processo, domandarne la rivendica (sempre nei confronti di Caio) sulla base di un diverso titolo (ad. es. usucapione, successione, etc.) salvo il campo delle sopravvenienze intervenute dopo la formazione del giudicato. Per un'applicazione giurisprudenziale di quanto esposto vd., *ex multis*, Cass., sez. II, 28 aprile 1993, n. 4997, in Giust. civ. Mass., 1993, pagg. 773 ss., nella parte in cui si rileva che «[r]*igettata la domanda di rivendicazione o accertamento del diritto reale proposta sulla base di un determinato titolo, resta preclusa una nuova identica azione basata su un fatto giuridico non fatto valere nel precedente procedimento ed anteriore al giudicato, atteso che restando invariato il rapporto reale posto a fondamento del petitum, il mutamento del titolo di acquisto (usucapione, compravendita, successione mortis causa) non importa novità dell'azione e non vale ad impedire l'operare della preclusione del giudicato*».

[122] Vd., in giurisprudenza, tra le tante, Cass., sez. lav., 3 agosto 2007, n. 17078, in Giust. civ. Mass., 2007, VII-VIII, laddove si rimarca che «[…] *il giudicato copre il dedotto e il deducibile, restando salva e impregiudicata soltanto la sopravvenienza di fatti e di situazioni nuove, che si siano verificate dopo la formazione del giudicato o, quantomeno, che non fossero deducibili nel giudizio, in cui il giudicato si è formato*». Quello delle sopravvenienze è un problema che si riconnette al più ampio tema dei «limiti temporali» del giudicato attenendo allo studio dei rapporti tra il giudicato e le modifiche intervenute sul diritto accertato per effetto di sopravvenienze di fatti e/o norme giuridiche. Nello specifico, si tratta di valutare le possibili incidenze di tali sopravvenienze sul diritto accertato con sentenza passata in giudicato. Per fare ciò si deve assegnare un preciso significato al concetto di «referente temporale» del giudicato, ossia il momento ultimo in cui certi fatti (anche sopravvenuti rispetto alla prima proposizione della domanda) possono essere allegati in giudizio, di modo che, tutto ciò che è sopravvenuto a questo momento esuli dal giudicato stesso e lasci impregiudicata la possibilità di successivi giudizi a riguardo. Per un primo approfondimento si rinvia ad A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., in part. pagg. 78 e 79.

Dunque, si può dire che con riferimento ai diritti c.d. «autodeterminati» trovi applicazione la regola per cui il giudicato copre «il dedotto e il deducibile»[123], con conseguente estensione (apparente) dell'oggetto del giudicato aldilà del dato letterale della sentenza in quanto comprendente anche ambiti non decisi dal giudice nello specifico[124].

---

[123] Il principio per cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile ha la funzione di precludere la possibilità, nel caso di un processo concluso con sentenza passata in giudicato (secondo G. FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano, Giuffrè, 1973, pag. 271, «[…] *quale strumento di garanzia della effettiva stabilità — indiscutibilità — del dictum giurisdizionale passato in giudicato in relazione al suo oggetto*»), di rimettere in discussione il risultato *ivi* raggiunto sulla base di fatti e/o ragioni giuridiche che in quel primo processo avrebbero potuto essere dedotti/e dall'attore o dal convenuto ma non lo sono stati/e per ragioni derivanti da loro colpa. Vd., in argomento, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., pag. 64, ove si afferma che «[…] *il principio che il giudicato copre il dedotto e deducibile prescrive che il risultato del primo processo non sia rimesso in discussione, diminuito o disconosciuto tramite la deduzione in un secondo giudizio di questioni (relative all'esistenza di fatti o all'applicazione di norme, attinenti a meri fatti o a rapporti pregiudiziali, rilevabili d'ufficio o solo su eccezione di parte, di merito o di rito) rilevanti ai fini dell'oggetto del primo giudicato, che sono state proposte (dedotto) o che si sarebbero potute proporre (deducibile) nel corso del primo giudizio*». In dottrina, si rinvia anche ad A. BONSIGNORI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, Bologna, Zanichelli, 1999, in part. pagg. 144 ss.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, op. cit., in part. pagg. 300 ss.; G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, op. cit., pag. 864; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, op. cit., in part. pagg. 229 ss.; G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, op. cit., in part. pag. 271. Cfr., in giurisprudenza, Cass., sez. lav., 21 dicembre 2010, n. 25862, in Giust. civ. Mass., 2010, XII, pagg. 1633 ss.; Cass., sez. lav., 12 aprile 2010, n. 8650, in Giust. civ. Mass., 2010, V, pagg. 658 ss.; Cass., sez. lav., 19 agosto 2009, n. 18381, in Giust. civ. Mass., 2009, IX, pagg. 1262 ss.; Cass., sez. lav., 30 giugno 2009, n. 15343, in Dir. e giust. *online*, 2009; Cass., sez. lav., 16 aprile 2008, n. 9978; Cass., sez. lav., 21 luglio 2006, n. 16781, in Giust. civ., 2007, III, pagg. 643 ss.; Cass., sez. III, 26 gennaio 2006, n. 1694, in Guida al dir., 2006, XVI, pagg. 83 ss. In particolare, sembra definire con chiarezza la portata della regola in esame Cass., sez. lav., 28 settembre 2006, n. 21032, in Giust. civ., 2007, V, pagg. 1259 ss., specialmente nella parte in cui sottolinea che «[…] *il principio per cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile implica che il risultato di un processo (conclusosi, appunto, con sentenza passata in giudicato) non possa più essere messo in discussione mediante ragioni o argomentazioni che in quello stesso processo avrebbero potuto essere fatte valere dall'interessato*». Vd., per completezza, anche Cass., sez. I, 11 marzo 1976, n. 852, in Foro it., 1976, I, pagg. 951 ss., nella parte in cui afferma che «[…] *l'eventuale giudicato di rigetto dell'azione di disconoscimento, coprendo il dedotto ed il deducibile, preclude la riproposizione dell'azione stessa, anche se, nel nuovo giudizio, la prova della negazione del rapporto di paternità abbia per oggetto un fatto tipico diverso da quello in precedenza invocato*».

[124] A tal fine sono stimolate le parti ad includere nelle proprie domande tutti i possibili fatti costitutivi di cui siano a conoscenza (onde evitare future preclusioni) i quali, comunque, non determinano un mutamento della domanda perché, come si è detto, quest'ultima s'identifica con il contenuto del diritto prescindendo dai singoli fatti costitutivi. A conferma, cfr., in giurisprudenza, Cass., sez. II, 26 novembre 2008, n. 28228, in Giust. civ. Mass., 2008, XI, pagg. 1692 ss.; Cass., sez. II, 30 dicembre 2002, n. 18370, in Dir. e giust., 2003, IV, pagg. 102 ss.; Cass., sez. II, 7 luglio 1999, n. 7078, in Giust. civ. Mass., 1999, pagg. 1594 ss. Nello specifico cfr.

1.5.1. (segue): Peculiarità e problematiche della «causa petendi» e dei limiti oggettivi del giudicato nelle azioni costitutive.

La complessità delle operazioni interpretative d'identificazione dell'azione, esposte nel paragrafo precedente ai fini della definizione dei limiti oggettivi del giudicato, si complica ulteriormente con riguardo alle c.d. «azioni costitutive» (es. impugnative negoziali), vale a dire quelle azioni il cui *petitum* immediato consiste in una domanda di modificazione giuridica della realtà sostanziale, basata sull'affermazione di un «diritto alla modificazione giuridica» (detto altrimenti «diritto potestativo»), per mezzo dell'intervento di una sentenza a carattere costitutivo.

Tale tipologia di azioni desta forte interesse nel presente lavoro in quanto quella che nel processo amministrativo, per lungo tempo, è stata la «regina» delle azioni e l'oggetto quasi unico di analisi da parte della dottrina processual-amministrativistica — ovvero l'azione di annullamento di un provvedimento amministrativo — rappresenta una *species* del *genus* delle azioni costitutive.

Riprendendo quanto appena esposto, poiché l'essenza del c.d. «diritto potestativo» risulta essere la modificazione giuridica richiesta, il problema[125] che attiene all'identificazione della domanda (che ha affaticato la dottrina che si è occupata di tale studio)[126] riguarda la diversa opzione ermeneutica[127] da

---

Cass., sez. II, 21 novembre 2006, n. 24702, in Giust. civ. Mass., 2006, XI, nella parte in cui si sottolinea che nei diritti «autodeterminati» è possibile il mutamento dei titoli a fondamento della domanda in quanto essi si identificano «[…] *in base alla sola indicazione del contenuto, rappresentato dal bene che ne costituisce l'oggetto*».

[125] Il riflesso, in punto di limiti oggettivi del giudicato, della questione concernente l'identificazione delle azioni d'impugnativa negoziale può essere riassunto nel seguente interrogativo: ammettendo, a livello d'ipotesi, l'esistenza di un contratto impugnabile sulla base di più cause di nullità, annullabilità e/o rescissione, una volta intervenuto un giudicato di rigetto su di una prima azione d'impugnazione per una di quelle cause, è ammissibile (o meno) una successiva impugnazione fondata su di un diverso fatto impeditivo già deducibile al momento della prima impugnativa, ma non effettivamente dedotto?

[126] Si rinvia a P. CENDON, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, Giuffrè, 2012, in part. pagg. 42 ss. Per anticipare, per mezzo di un'esemplificazione pratica, i termini del problema si può immaginare la seguente situazione: qualora Tizio esperisse in giudizio un'azione di

considerare come angolo visuale per impostare la soluzione della questione in esame, ossia il diritto alla modificazione giuridica ricollegato ai suoi fatti costitutivi oppure, viceversa, il piano degli effetti giuridici[128] attuabili per opera dell'eventuale sentenza costitutiva.

Di qui, pertanto, due differenti possibilità d'identificazione delle azioni costitutive[129]: la prima, assume come paradigma di riferimento il modello dei c.d. «diritti eterodeterminati» (cfr. par. prec.) e, pertanto, ritiene necessario il rimando preciso allo specifico fatto costitutivo del diritto alla modificazione giuridica azionato; viceversa, la seconda, basandosi sulla falsariga dei «diritti autodeterminati» (cfr. par. prec.), volge l'attenzione al solo «*petitum*» e, dunque, agli effetti della sentenza costitutiva che attuerà la modificazione giuridica richiesta.

---

annullamento del contratto stipulato con Caio facendo valere un vizio di dolo e il giudice la rigettasse con sentenza passata in giudicato, potrebbe Tizio riproporre nei confronti di Caio, in un nuovo giudizio, azione di annullamento del medesimo contratto per errore o per violenza? È evidente come la risposta al quesito muti a seconda dell'approccio all'identificazione delle azioni costitutive prescelto: infatti, qualora s'intendesse che l'annullamento per dolo e l'annullamento per violenza o errore siano due azioni distinte sarà allora possibile l'esperimento della seconda azione in un futuro giudizio senza preclusione alcuna; viceversa, qualora si ritenesse il diritto all'annullamento come unitario, anche se basato su una pluralità di fatti costitutivi (violenza, dolo, errore) tra loro fungibili, non sarà consentito un secondo giudizio per effetto dei limiti oggettivi del primo giudicato che si estendono a tutti i fatti costitutivi possibili.

[127] Il tema dei «limiti oggettivi» del giudicato presenta differenze d'impostazione e di disciplina anche nei diversi ordinamenti del contesto europeo. Vd., per una breve sintesi, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., pag. 82, ove, per l'appunto, si osserva che «[n]*otevoli differenze si riscontrano intorno ai limiti oggettivi del giudicato: si passa dalla ristretta soluzione tedesca, in cui l'oggetto del processo e del giudicato è delimitato dalla pretesa processuale fatta valere dalla parte, individuata attraverso i fatti allegati (§ 322 Zpo), alla intermedia soluzione italiana, in cui la legge e non solo la volontà delle parti può contribuire alla delimitazione oggettiva del giudicato (art. 34), per arrivare all'ampia soluzione anglosassone, che può precludere ogni nuova considerazione dei fatti oggetto della decisione giudiziale*».

[128] Principale sostenitore dell'orientamento volto a ritenere quale criterio d'identificazione dei «diritti alla modificazione giuridica» l'«effetto giuridico» è A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, op. cit., pag. 191, nella parte in cui asserisce che «[s]*e molteplici sussunzioni confluiscono in tanti e separati effetti, plurimi sono i diritti affermati nel processo; se esse sono coordinate dalla legge per un unico effetto* […] *unico è il diritto fatto valere*». Dunque, l'Autore ritiene che ove la legge statuisca l'unicità di effetto giuridico in conseguenza di una pluralità di fatti differenti, ne consegue la loro piena fungibilità sul piano della portata costitutiva e l'unicità del diritto d'azione con riferimento a tali fatti visti come serie. Segue il medesimo approccio interpretativo anche C. CONSOLO, *Domanda giudiziale* (voce), op. cit., pag. 73 ss.

[129] Cfr. P. CENDON, *Commentario al codice di procedura civile*, op. cit., *ivi.*

Più chiaramente, i possibili criteri d'identificazione delle azioni costitutive vanno da una soluzione estrema che postula diversità di diritti (e di azioni) per ogni fatto costitutivo (es. per ogni motivo di annullamento nel caso di azione d'impugnativa negoziale) a quella opposta — e più flessibile — che si basa sull'unità del diritto potestativo e dell'effetto costitutivo richiesto, anche se domandato secondo vari fatti costitutivi tra loro fungibili[130].

Le ricadute applicative in tema di limiti oggettivi del giudicato derivanti dai due differenti approcci esposti, sono manifeste: la seconda opzione interpretativa, che si basa sull'unicità degli effetti realizzabili, comporta un'ampia estensione dei confini oggettivi del giudicato, il quale si trova a ricoprire — con conseguente identica ampiezza quanto agli effetti preclusivi per futuri giudizi *de eadem re* — tutti i possibili fatti costitutivi (anche non dedotti) dell'unitario diritto potestativo azionato (con salvezza, ovviamente, delle sopravvenienze); viceversa, la prima impostazione teorica, in quanto fondata sul rilievo assunto da ogni singolo fatto costitutivo, estenderà il giudicato al solo profilo del fatto costitutivo allegato quale fondamento del diritto potestativo oggetto del giudizio, con assenza di preclusioni per future azioni fondate sul medesimo diritto potestativo ma riferite a differenti fatti costitutivi (essendo, secondo i corollari di tale approccio, diversi i diritti e, dunque, diverse le azioni).

In dottrina, vi è stata dapprima una corrente[131] che ha fatto propria la teoria secondo la quale l'elemento identificatore delle azioni costitutive sarebbe il

---

[130] Vi è anche chi, all'interno dei citati poli estremi, ha scelto di seguire una via c.d. «intermedia». In particolare, si atteggia come mediana, la soluzione adottata da C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, op. cit., pag. 169. Egli, infatti, basandosi sulla ricostruzione del CERINO CANOVA (cui *supra*), individua la «*causa petendi*» delle azioni costitutive guardando all'unità dell'effetto giuridico, realizzabile per mezzo della sentenza costitutiva, al quale fa corrispondere un unico diritto per ogni serie di fatti genetici sussumibili nella medesima portata costitutiva. Per usare le parole dell'Autore: «[c]*on riguardo, infine, ai diritti alla modificazione giuridica (o diritti potestativi) che fondano le azioni costitutive, la causa petendi può atteggiarsi in una maniera che potrebbe considerarsi intermedia rispetto ai due estremi del suo tendenziale identificarsi col singolo fatto genetico (come nei diritti relativi) o, viceversa, con tutti i possibili fatto genetici (come nei diritti assoluti). Qui infatti la causa petendi può investire una serie di fatti genetici in quanto considerati dalla legge come costitutivi del medesimo diritto*».

[131] Tra i fautori di detto indirizzo dottrinale si può inserire, come portavoce, il CHIOVENDA (G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 3ª rist., Napoli, Jovene, 1947,

diritto potestativo relazionato con lo specifico fatto costitutivo[132] (es., per l'azione di annullamento: dolo, errore o violenza) con conseguente molteplicità di azioni/diritti potestativi per ogni (possibile) fatto costitutivo generatore.

Tale orientamento fu sottoposto a critiche da parte di alcuni Autori[133] i quali, nutrendo una serie di dubbi sulla categoria dogmatica del diritto potestativo come oggetto delle azioni costitutive[134], hanno iniziato a focalizzare l'attenzione

---

pag. 320: «[…] *il bene da identificare consiste non nel semplice effetto giuridico a cui si tende, che è l'oggetto (risoluzione, annullamento e simili), ma in questo effetto ricollegato al fatto di cui è rimedio o sanzione (inadempimento, lesione, errore, dolo). Così che, se si hanno più fatti che danno diritto ad una azione d'annullamento, in realtà si hanno altrettante azioni quanti sono i fatti che le originano. Diremo quindi che la causa dell'azione è il fatto costitutivo del diritto al mutamento giuridico. Respinta un'azione d'impugnazione può proporsi la stessa impugnazione per un'altra causa*»).

[132] In tale visione il «fatto» non va inteso come semplice accadimento storico e fattuale ma come «fatto in senso giuridico» consistente nella categoria di vizio/motivo giuridico fondante il diritto potestativo (ad es. non i singoli fatti concreti attraverso cui può essere stato perpetrato il dolo da parte di uno dei due contraenti, bensì il «dolo» come categoria giuridica assorbente tutti i possibili fatti empirici di dolo). Molto chiaramente E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, Milano, Giuffrè, 2007, pag. 182: «[n]*elle azioni costitutive l'azione viene identificata dal diritto al mutamento giuridico che viene fatto valere e insieme dal fatto giuridico che gli ha dato origine. Anche qui, come sempre, bisogna distinguere le semplici circostanze di fatto dalla figura complessiva del fatto giuridico: quindi, se si va valere il dolo come vizio del consenso, non muta la causa se si allegano in momenti diversi circostanze differenti, come elementi che dovrebbero concorrere ad integrare la figura del dolo; si passa invece ad un'altra causa se si allega la violenza o l'errore*».

[133] Si veda, come caposcuola di tale approccio, il CERINO CANOVA (cfr. nt. 128), il quale, basandosi sull'idea che l'attuazione di una norma implichi l'applicazione dei suoi effetti, nel caso delle sentenze costitutive giunge a porre al centro, appunto, l'effetto costitutivo. E, per evitare future duplicazioni di processi sullo stesso effetto, sostiene, altresì, che le azioni costitutive vadano identificate sulla base dell'effetto richiesto, che diviene l'oggetto processuale. Tale teoria applicata, ad esempio, all'azione di annullamento implica che, essendo unitario ed uguale l'effetto costitutivo che discende dall'accoglimento dell'azione, ossia l'«effetto-annullamento», ne consegue che esiste un unico diritto all'annullamento ed un'unica azione a prescindere dai vari fatti costitutivi (dolo, errore, etc.) aventi carattere di fungibilità in quanto accomunati dalla legge sotto la veste di unità di effetto giuridico. Il corollario della citata tesi, come si è accennato, è che sul piano del giudicato vengono ad essere coperti dalla sua estensione oggettiva tutti i possibili fatti costitutivi, nell'esempio fatto tutti i possibili fatti di annullamento (dolo, errore, violenza) anche non dedotti (salve le sopravvenienze). Si può considerare, per certi versi, affine a tale impostazione anche A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., pag. 74, nella parte in cui suggerisce di ritenere che, «[…] *qualora prenda l'iniziativa processuale il soggetto interessato a rimuovere gli effetti del contratto e proponga azione di impugnazione negoziale, egli abbia l'onere di far valere tutti i fatti impeditivi o estintivi (deducibili) degli effetti del contratto o del negozio, cosicché il rigetto dell'azione di impugnazione negoziale precluda il dedurre in un secondo processo i fatti impeditivi (o estintivi) già deducibili nel primo processo. Per conseguire questo risultato si deve ritenere che oggetto del giudicato nelle azioni di impugnazione negoziale sia l'esistenza del rapporto nel suo complesso*».

[134] Per un approfondimento sulle critiche rivolte al diritto potestativo come oggetto dei processi costitutivi si rinvia alle riflessioni di A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, Jovene, 1991, in part. pagg. 79 ss. L'Autore, infatti, tra le varie argomentazioni critiche a

sugli effetti delle pronunce costitutive (più che sul diritto e i suoi relativi fatti costitutivi), ovvero sul mutamento sostanziale generato dalla sentenza del giudice e sul *petitum* quale criterio identificatore.

La giurisprudenza in tema di limiti oggettivi del giudicato nei processi costitutivi, o, più in generale, sui criteri d'identificazione delle azioni costitutive, non sembra invece seguire le vie estreme ipotizzate *supra*, bensì pare accogliere una via intermedia[135] che individua la «*causa petendi*» nei fatti in senso giuridico (non nei singoli fatti storici) come categorie legali di possibili vizi[136].

---

supporto della Sua personale ricostruzione in tema di azioni costitutive, sottolinea come uno dei principali problemi generati dalla tesi che pone il diritto potestativo come oggetto dei processi costitutivi sia quello di violare la parità processuale tra le parti del giudizio. Ciò in quanto sarebbe permesso all'attore, in caso di rigetto della prima azione, di proporre una seconda azione fondata sempre sul medesimo diritto potestativo ma allegando differenti fatti costitutivi caricando, dunque, il convenuto (che intenda difendersi da tale evenienza) dell'onere di riversare nel primo giudizio tutti i possibili fatti modificativi, impeditivi e/o estintivi.

[135] Una soluzione, dunque, affine alla ricostruzione del MANDRIOLI (vd. nota 130) il quale, come anticipato, ritiene, facendo l'esempio dell'azione di annullamento *ex* art. 1427 c.c., che non vi sia né un'unitaria azione d'annullamento indifferentemente poggiata sui vari fatti costitutivi tra loro fungibili, né tante azioni quanti sono i possibili fatti costitutivi (in senso storico) di errore, violenza o dolo; ma sia più corretto individuare tre diverse azioni corrispondenti ai tre diversi diritti all'annullamento per errore, per violenza e per dolo, ciascuna delle quali avente fondamento, a livello di «*causa petendi*», in tutti i possibili fatti storici di errore, o di violenza o di dolo. Perciò, la conseguenza è che l'identificazione delle azioni di annullamento vada effettuata con riguardo all'intero gruppo di fatti storici costitutivi di quel tipo di diritto all'annullamento (ad. es. tutti i fatti possibili di dolo per il diritto all'annullamento per dolo) ma non consente di includervi i fatti storici sussumubili negli altri diritti d'annullamento (ad. es. tutti i possibili fatti di errore che costituiscono il diverso diritto d'annullamento per errore). Applicando tale criterio l'Autore (C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, op. cit., pag. 170, in part. nt. 51) costruisce l'ipotesi tale per cui qualora «[…] *fosse stata respinta con sentenza passata in giudicato la domanda di annullamento del contratto per errore, ad es., sull'autore del quadro, non si potrebbe proporre un'altra domanda di annullamento dello stesso contratto per errore ad es. sulla cornice; ma si potrebbe proporre l'azione di annullamento di quel medesimo contratto facendo valere un fatto di violenza. D'altra parte, il giudicato non copre i fatti nella loro "materialità" ma in quanto prospettati in funzione di un tipo di tutela, sicchè se, ad es., è respinta un'azione di dolo sulla base di certi fatti, il giudicato non impedisce che, sulla base di quei fatti, possa essere domandata la rescissione per lesione*».

[136] Tale giurisprudenza, sviluppatasi soprattutto nel settore delle impugnative giudiziali, tradizionalmente viene fatta risalire, da successive pronunce conformi, alla Cass., sez. II, 25 maggio 1962, n. 1230, la quale, seppure non espone in maniera chiara il profilo della distinzione tra «fatto in senso storico» e «fatto in senso giuridico», sottolinea che «[…] *ai fini dell'eccezione di cosa giudicata occorre esaminare se l'accertamento da far valere come elemento ostativo di una reiterazione di esame coincida con il punto nuovamente sottoposto a giudizio, tenendo conto che le controversie si identificano, in rapporto al punto deciso o da decidere, secondo i comuni criteri dell'identità del petitum e della causa petendi, e che nelle azioni costitutive la causa petendi è data dal fatto dal quale si assume derivare il diritto al mutamento giuridico, per cui, ove più siano i fatti su cui si voglia fondare tale diritto, da ciascuno di essi deriva una azione*

1.5.2. (segue): Il problema del rapporto tra giudicato e motivazione della sentenza.

All'individuazione dei limiti oggettivi del giudicato si collega l'ulteriore tematica concernente il controverso rapporto — in dottrina e in giurisprudenza — tra dispositivo e motivazione della sentenza in ordine all'oggetto del giudicato[137].

Si deve premettere, anche se noto, che l'atto sentenza può essere idealmente scomposto, dal punto di vista contenutistico, in due parti[138] (oltre, ovviamente, agli aspetti di intestazione): dispositivo, da un lato, e motivazione, dall'altra.

Il «dispositivo» rappresenta quella parte di sentenza che contiene la precisa statuizione in ordine alle domande proposte al fine di risolvere, con la forza e l'efficacia imperativa assegnata dall'ordinamento all'autorità giudiziaria, la controversia esistente tra le parti processuali.

---

distinta ed una differente causa petendi, per modo che la pronuncia ottenuta su una di queste, che abbia acquistato autorità di giudicato, non può precludere l'esame delle altre». Sulla distinzione tra le varie azioni di annullamento per dolo, errore o violenza vd., tra le tante, Cass., sez. II, 9 gennaio 1993, n. 141, in Giust. civ. Mass., 1993, pagg. 25 ss.; Cass., sez. I, 3 dicembre 1984 n. 6301, in Giust. civ. Mass., 1984, XII. Inoltre cfr., anche, Cass., sez. II, 18 febbraio 1988, n. 1737, in Giust. it., 1989, I, pagg. 1924 ss., la quale ha distinto tra un'azione di risoluzione per vizi redibitori ed una per *aliud pro alio*. Sotto il profilo del mutamento della domanda (in particolare sul divieto di passaggio da un motivo di annullamento all'altro) vd. Cass., sez. II, 9 gennaio 1993, n. 141, in Giust. civ. Mass., 1993, pagg. 25 ss.; e, più recentemente, Cass., sez. II, 20 marzo 2006, n. 6166, in Giust. civ. Mass., 2006, III.

[137] Si tratta, dunque, di comprendere quali elementi/parti della sentenza siano interessati/e dalla forza del giudicato.

[138] Cfr., a proposito, E.T. LIEBMAN, *Giudicato* (voce), op. cit., pag. 13, il quale, nell'introdurre la Sua visione circa il rapporto tra giudicato e motivazione (cui *infra*), spiega il modello teorico di sentenza ricorrendo al seguente schema: un insieme di premesse (di fatto e di diritto) ed una conclusione consistente nell'applicazione del diritto al fatto. Sulla sistematica dei requisiti della sentenza vd., *amplius*, F. LANCELLOTTI, *Sentenza civile*, in Nss. Dig. it., Torino, Utet, 1969, il quale ne ha teorizzato una suddivisione tra «requisiti soggettivi» (provenienza da un organo appartenente al potere giudiziario italiano) e «requisiti oggettivi» (a loro volta, di forma o di contenuto) in relazione ai quali la sentenza si suddivide ulteriormente nelle macro-parti «espositiva», «motiva», e «dispositiva».

La «motivazione»[139], invece, è quella parte di sentenza che contiene «*la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione*» (vd. art. 132, comma 1, n. 4, c.p.c.), ossia l'esposizione grafica dell'*iter* logico-giuridico seguito dal giudice per addivenire alla decisione cui in dispositivo, il quale viene illustrato — *rectius*: deve essere obbligatoriamente illustrato *ex* art. 111, comma 6, Cost. — al fine di fornire la giustificazione (alle parti, e ai cittadini in nome dei quali è amministrata la giustizia) della soluzione adottata.

Il punto nodale della questione è se, visto lo scopo illustrativo/giustificativo della motivazione, il giudicato copra (nei suoi limiti oggettivi e nelle connesse preclusioni) unicamente le statuizioni contenute nel dispositivo oppure si estenda anche alle questioni inserite nella parte motiva della sentenza; detto più chiaramente se «[…] *il giudicato tragga il suo contenuto dal dispositivo della sentenza o anche dalla motivazione*»[140].

Il problema è acuito dal fatto che, spesso, il dispositivo della sentenza è fortemente sintetico, assertivo o lacunoso sotto certi profili, tale da non lasciar intendere all'interprete l'esatta portata del contenuto della decisione giudiziale.

Di qui l'interrogativo circa il possibile (o meno) ruolo suppletivo da assegnare alla motivazione e, conseguentemente, i riflessi in termini di limiti oggettivi del giudicato ed effetti preclusivi.

Ora, parti della dottrina[141] e della giurisprudenza[142] ritengono che dinanzi alla situazione appena prospettata, ossia un dispositivo manchevole e

---

[139] Gli studi sulla «motivazione» della sentenza sono numerosissimi. Si rinvia, quantomeno, a F. SANTANGELI, *L'interpretazione della sentenza civile*, Milano, Giuffrè, 1996; M. TARUFFO, *Motivazione della sentenza* (voce), in Enc. giur., Roma, Treccani ed., 1990; nonché ID. *La motivazione della sentenza civile*, Padova, Cedam, 1975; S. EVANGELISTA, *Motivazione della sentenza* (voce), in Enc. Dir., Milano, Giuffrè, 1977. Di recente si segnala, in argomento (soprattutto sul versante dell'importanza della motivazione ai fini dello sviluppo della certezza del diritto nell'ordinamento), G. MONTELEONE, *Riflessioni sull'obbligo di motivare la sentenza (motivazione e certezza del diritto)*, in Giusto proc. civ., 2013, I, pagg. 1 ss.

[140] G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, op. cit., pag. 864.

[141] *Ibidem*. L'Autore, afferma espressamente che «[…] *di fronte a un dispositivo, non diciamo giuridicamente insufficiente, ma laconico, non c'è nulla di scorretto a integrarlo e interpretarlo ricorrendo alla motivazione e combinando l'uno con l'altra. Si tratta insomma di stabilire come il giudice abbia deciso la lite oggetto del processo in tutti i punti o le questioni che essa può comprendere; e se la decisione di alcuni punti o*

insufficiente, quest'ultimo possa essere completato (in chiave ermeneutica) valendosi della combinazione (con esso) di parti di motivazione al fine di ricostruire con esattezza il portato della decisione giudiziale; con il corollario che la parte motiva utilizzata a tal scopo rientrerà nei confini del giudicato.

In particolare, un certo indirizzo giurisprudenziale[143], che si evince dalla massimazione contenuta nei repertori di giurisprudenza, sembra costante nel ritenere che il giudicato si estenda anche a quella parte di motivazione che contiene la soluzione di questioni che rappresentano il presupposto logico necessario del successivo dispositivo. Tali dovrebbero essere, secondo tale approccio, tutte quelle questioni che hanno rappresentato uno «*step*» essenziale e

---

questioni non appare dal dispositivo, ma è indicata nella motivazione, questa viene legittimamente a far parte del giudicato». In senso adesivo anche V. DENTI, *Ancora sull'efficacia della decisione di questioni preliminari di merito*, in Riv. dir. proc., 1970, IV, in part. pag. 569. Osserva, invece, G.F. RICCI, *Diritto processuale civile*, op. cit., pag. 278, che nel caso di dispositivo incompleto è sì consentita l'integrazione di esso facendo ricorso alla motivazione della sentenza, ma che tale operazione interpretativa deve rispettare alcuni limiti rigorosi. A Suo avviso, infatti, nel fare ciò si deve porre massima attenzione a non procedere ad un allargamento surrettizio dei confini del dispositivo inserendovi incisi di rilevanza occasionale tratti dalla motivazione (c.d. «*obiter dicta*»), ma selezionare unicamente i tratti di accertamento inclusi in motivazione che appaiono strettamente e funzionalmente connessi con ciò che è espressamente statuito nel dispositivo. Imposta, invece, in maniera più cauta il problema E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, op. cit., in part. pag. 201, il quale, da un lato afferma che il reale senso del dispositivo — a fronte di sue manchevolezze in punto di chiarezza — può essere spiegato e chiarificato (in via interpretativa) per mezzo della motivazione (utilizzando, dunque, un argomento che sembra convincere anche i detrattori dell'estensione della cosa giudicata ai motivi), ma dall'altro sostiene che la vera e cruciale questione è «[…] *se, oltre a tale spiegazione ed interpretazione, i motivi partecipino al giudicato*».

142 Cfr., *ex multis*, Cass., sez. III, 17 giugno 1966, n. 1559; Cass. 18 febbraio 1965, n. 266; Cass. 23 luglio 1964, n. 1988; Cass. 27 agosto 1963, n. 2366. *Ad abundantiam*, vd. la rassegna giurisprudenziale sul tema del giudicato esteso alla motivazione contenuta in P.C. TACCHI VENTURI, *I limiti oggettivi del giudicato*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1960, III, pagg. 1189 ss.

143 Cfr., in aggiunta alle sentenze cui in nt. prec., ad. es. Cass. 14 ottobre 2010, n. 21132 (nella parte in cui afferma che il giudicato si estende alla motivazione ove «[…] *costituisce il presupposto logico e necessario della decisione della sentenza*»). In senso conforme, cfr. Cass., sez. trib., 26 giugno 2009, n. 15158, in Guida dir., 2009, XLI, pagg. 98 ss.; Cass., sez. lav., 26 giugno 2009, n. 15093, in Giust. civ. Mass., 2009, VI, pagg. 993 ss.; Cass., sez. lav., 10 novembre 2008, n. 26927, in Giust. civ. Mass., 2008, XI, pagg. 1603 ss.; Cass., sez. lav., 17 giugno 2003, n. 9685, in Giust. civ. Mass., 2003, VI; Cass., sez. III, 18 giugno 1980, n. 3862, in Giust. civ. Mass., 1980, VI; Cass., sez. II, 6 dicembre 1979, n. 6342, in Giust. civ. Mass., 1979, XII; Cass., sez. I, 16 febbraio 1979, n. 1038, in Foro pad., 1979, I, pagg. 94 ss. Consultando la giurisprudenza più datata, tale orientamento si scorge già in Cass. 12 giugno 1924, in Giur. it., 1924, pag. 610; nonché in Cass. 17 maggio 1927, in Foro it., 1927, ove viene dato risalto soprattutto all'idea che motivazione e dispositivo siano «un tutto unico»/«un tutto inscindibile».

necessario (sul piano logico) per addivenire alla pronuncia giudiziale, ravvisando la suddetta «essenzialità» (o meno) della questione sulla base di una verifica ipotetica di influenza di esse sul contenuto della decisione: ciò a dire che esse sono da considerarsi momento necessario solo ove, qualora fossero state risolte in chiave differente, la decisione finale in dispositivo sarebbe stata anch'essa differente[144].

Tuttavia, tale orientamento pare avversato da un'altra parte consistente della dottrina[145] la quale ritiene, in senso opposto, che la parte motiva della sentenza sia esclusa dall'area del giudicato[146].

---

[144] Ciò che non è, sulla base di tale criterio, «questione essenziale» è, viceversa, «*obiter dictum*», ossia una questione che, pur avendo un minimo collegamento in senso giuridico con il *thema decidendum*, non è momento logico essenziale dell'*iter* che il giudice deve seguire per poter risolvere la controversia ma rappresenta soltanto un'occasione di dissertazione giuridica su tali tematiche senza possedere alcuna capacità d'influenza sul risultato decisorio (nel senso che anche in sua assenza si avrebbe sempre e comunque identità di decisione).

[145] In part. vd. le critiche rivolte alle citate massime giurisprudenziali cui *supra* da E.T. LIEBMAN, *Giudicato* (voce), op. cit., pag. 13, ma anche — in senso adesivo — da E. HEINITZ, *Considerazioni attuali sui limiti oggettivi del giudicato*, in Giur. it, 1955, I, in part. pag. 756, nonché da A. PROTO PISANI, *Osservazioni sui limiti oggettivi del giudicato*, op. cit., pag. 89, i quali lamentano l'ambiguità e l'equivocità delle espressioni in esse contenute e la conseguente incertezza che discenderebbe sull'istituto del giudicato il cui ambito di estensione risulterebbe totalmente nelle mani dei giudici. Questi, infatti, con fare arbitrario, potrebbero comprendervi o, viceversa, escludervi (a seconda dei singoli casi esaminati) le varie questioni analizzate per addivenire ad una data decisione. Nello specifico, il primo Autore disapprova la formulazione delle massime della Cassazione citate sostenendo che «[s]*ono del resto espressioni erroneamente indicate ad esprimere il contenuto di una sentenza, frutto di un'errata tecnica di massimazione, che invece di riassumere la ragione giuridica della concreta decisione, pretende di indicarne il contenuto con proposizioni astratte e generiche egualmente comprensive di tutto e di niente. In effetti, tutte le questioni risolte in una sentenza sono il presupposto necessario della conclusione, perché il giudice non esamina questioni superflue ed estranee all'oggetto del giudizio. Perciò la massima tante volte ripetuta prova troppo e va nettamente respinta e, nella misura in cui estende il giudicato ad alcune (quali?) questioni di fatto e di diritto risolte in via incidentale, essa deve essere ritenuta contraria al diritto positivo*». Cfr., in senso conforme alla citata visione, E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, op. cit., pag. 600; N. JAEGER, *La riconvenzione nel processo civile*, Padova, Cedam, 1930, pag. 38; G. CHIOVENDA, *Sulla cosa giudicata* (1905), riprodotto in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, op. cit., pagg. 411 ss. Sottolinea, invece, con forza, l'argomento dell'esistenza di profili di casualità e arbitrarietà nella motivazione, al fine di inferirne gli inconvenienti pratici derivanti dalla tesi in critica, E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, op. cit., in part. pag. 207.

[146] Tale visione è anche quella dominante in Germania ove, rispetto all'originaria impostazione contraria del SAVIGNY, dal XIX sec. la scelta normativa del § 322 Z.P.O. ha chiuso ogni possibile contrasto in dottrina sul punto, divenendo granitico l'orientamento giurisprudenziale che sostiene il ruolo solamente interpretativo della parte motiva (in relazione al dispositivo) senza alcuna partecipazione al giudicato. Questa impostazione fu anche accolta dalla dottrina italiana del primo Novecento, la quale come sostenuto dal MENESTRINA (Vd. F.

In particolare, si ritiene che qualora si facessero rientrare nei confini del giudicato tutte le questioni sulle quali il giudice si è trovato a decidere per potersi pronunciare sulla/e domanda/e delle parti si andrebbero a forzare eccessivamente[147], con conseguenti incertezze ed ambiguità, i limiti dell'oggetto del processo così come circoscritto a mezzo delle azioni di parte ponendosi, peraltro, in contrasto con il dato letterale dell'art. 34 c.p.c.[148]

Tale disposizione[149], infatti, che rubrica «accertamenti incidentali», ha la funzione di fornire un criterio discretivo tra le varie «questioni pregiudiziali»[150]

MENESTRINA, *La pregiudiciale nel processo civile*, op. cit., pag. 115) era unanimemente concorde intorno a tale risoluzione della questione giudicato/motivazione. Un Autore aderente, in chiave rigorosa, alla citata tesi è E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, op. cit., pag. 205 («[a] *noi pare preferibile la teoria che esclude rigidamente ogni estensione del giudicato sui motivi*»).

[147] Nel senso che l'estensione del giudicato alla motivazione comporterebbe un giudicato più ampio di quanto richiesto dall'attore con evidente discrasia tra obiettivo (dell'attore) e risultato processuale. Con un'argomentazione legata a profili di valutazione dello «scopo» del giudizio/processo, E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, op. cit., pag. 206, sembra sviluppare tale rilievo critico. Infatti Egli sostiene che: «[s]*e la legge ha conferito una forza speciale alla sentenza, ciò avviene allo scopo di rendere possibile la realizzazione del diritto, ed a tale uopo è indispensabile soltanto per la parte dispositiva l'efficacia suddetta; non invece per i motivi, che segnano soltanto la via per la quale il giudice è giunto alla conclusione*».

[148] Vd., in dottrina, *ex multis*, G.F. RICCI, *Diritto processuale civile*, op. cit., pag. 279, il quale, ritenendo che non possa essere esteso il giudicato alle questioni che costituiscono un passaggio essenziale per giungere alla decisione, utilizza, come argomentazione giuridica, la circostanza che «[s]*embra infatti esservi di ostacolo il fondamentale disposto dell'art. 34, che condiziona il prodursi dell'efficacia di giudicato sulla questione pregiudiziale al fatto che la legge lo imponga nel caso specifico o che le parti l'abbiano espressamente richiesto*». Come argomento letterale di contorno (a quello fondato sul dato normativo di cui all'art. 34 c.p.c.), E.T. LIEBMAN, *Giudicato* (voce), op. cit., pag. 13, vi aggiunge anche quello fondato sull'art. 132 c.p.c., in particolare l'osservazione della precisa distinzione, operata dalla disposizione *de qua*, tra motivazione (n. 4) e dispositivo (n. 5) — quali parti della sentenza — interpretata come modalità per lasciare impregiudicati i diritti che le parti non hanno voluto inserire nell'oggetto del processo a mezzo dei loro atti introduttivi. Da ciò se ne ricava, al contempo, il pieno rispetto e la salvezza del dettato dell'art. 24 Cost. inteso nell'accezione di garanzia per una tutela in via principale dei propri diritti. Tale riflessione sembra (in parte) simile a quella propria di E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, op. cit., pag. 205, nella parte in cui giunge alla deduzione circa la non inclusione della parte motiva nei perimetri del giudicato facendo un corretto distinguo tra «l'elemento volitivo» e «l'elemento logico» della sentenza. In particolare, L'Autore da ultimo richiamato pone il momento logico come mezzo e non come fine di modo che ogni eventuale illogicità o errore della motivazione non possa avere effetti sulla portata imperativa e sull'efficacia della sentenza.

[149] Art. 34 c.p.c.: «[i]*l giudice, se per legge o per esplicita domanda di una delle parti è necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartiene per materia o valore alla competenza di un giudice superiore, rimette tutta la causa a quest'ultimo, assegnando alle parti un termine perentorio per la riassunzione della causa davanti a lui*».

per comprendere quali di esse siano coperte dal giudicato (*id est*: decise in via principale) e quali no (ovvero, decise solamente «*incidenter tantum*»): la regola è (oltre ai casi in cui si assiste alla presenza di una precisa disposizione di legge) l'esplicita domanda di una delle parti che consente la conversione della «questione pregiudiziale» in «causa pregiudiziale» e ne fa conseguire l'inclusione nell'oggetto del processo e, dunque, nell'area coperta dai limiti oggettivi del giudicato.

A contrario, l'assenza di qualsivoglia indicazione delle parti sul punto, comporta l'applicazione del regime «normale» previsto per le «questioni pregiudiziali», vale a dire la loro risoluzione «*incidenter tantum*» ai fini della lite trattata senza acquisto di forza alcuna di giudicato[151].

---

[150] Sulla distinzione tra «punti pregiudiziali», «questioni pregiudiziali» e «cause pregiudiziali», si rinvia ad A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., pag. 61. *Ivi*, l'Autore, definisce i «punti pregiudiziali» come tutti i fatti costitutivi, impeditivi, modificativi ed estintivi sui quali l'organo giudicante deve basarsi al fine emanare la sua pronuncia. Tali fatti assumono il significato di «questioni pregiudiziali» laddove siano controversi tra le parti e, perciò, necessitino di prova e di risoluzione da parte del giudice come momento intermedio alla statuizione circa l'esistenza (o meno) del diritto conteso. Tale accertamento dei fatti costitutivi, modificativi, impeditivi, o estintivi «[…] *non è mai coperto da autorità di cosa giudicata ed è sempre effettuato incidenter tantum, cioè ai soli fini della statuizione sul diritto fatto valere in giudizio dall'attore. Parimenti non rientra nell'oggetto del processo e del giudicato l'interpretazione delle norme giuridiche indicate dall'attore ai sensi dell'art. 163, 3° comma, n. 4, o individuate d'ufficio dal giudice*».

[151] Si rimanda, per completezza, alle chiare parole di A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., pag. 63: «[i]*n ipotesi di pregiudizialità (o di incompatibilità) tra diritti sorge il problema se oggetto del processo e del conseguente giudicato sia unicamente il diritto (dipendente, pregiudicato) fatto valere in giudizio come petitum, o anche il diritto pregiudiziale (o incompatibile). Dall'art. 34 si ricava che il diritto o rapporto pregiudiziale è oggetto di giudicato (e deciso con "efficacia di giudicato"), solo se la decisione con autorità di cosa giudicata è richiesta da esplicita domanda di una delle parti, ovvero è richiesta dalla legge.* […] *Se la decisione con autorità di cosa giudicata non è richiesta né da una delle parti, né dalla legge, l'unico diritto su cui il giudice deve pronunciarsi con efficacia di giudicato è il diritto fatto valere in giudizio dall'attore e non anche il diritto pregiudiziale su cui sia sorta questione. Di quest'ultimo il giudice conosce solo incidenter tantum. Ciò significa che l'accertamento sul diritto pregiudiziale vale solo ai fini della statuizione sul diritto originariamente fatto valere dall'attore, ma non ha efficacia extraprocessuale, non ha efficacia di regola di condotta concreta e stabile tra le parti, quindi non ha efficacia negli altri eventuali giudizi fra le stesse parti. Con una sola espressione, in via di principio (art. 34) l'accertamento sul fatto-diritto non ha autorità di cosa giudicata*». L'Autore, nel porsi il problema del rapporto tra pregiudizialità (logica) e limiti oggettivi del giudicato, individua in astratto tre possibili soluzioni al quesito basate su una diversa concezione dell'oggetto del processo: 1) l'oggetto del processo è individuato unicamente dalla domanda dell'attore (ovvero, limitato alla sola coppia pretesa-obbligo veicolata in giudizio); 2) l'oggetto del processo si espande fino a ricoprire l'intero rapporto giuridico esistente tra le parti (a prescindere da aspetti contenziosi su quest'ultimo); 3) l'oggetto del processo è determinato tanto dalle domande dell'attore quanto dalle difese del convenuto che possono ampliarlo fino a rendere conteso l'intero rapporto. La soluzione *sub* 1) è quella più coerente con una lettura

In conclusione, si può sostenere che, alla luce delle critiche presentate da certa parte della dottrina, la tesi sull'estensione del giudicato alla parte motiva della sentenza andrebbe avversata in quanto foriera di un rischio immanente di ultra-petizione, giacché, come si è detto, il giudice (con procedere soggettivo/personale — e, dunque, con margini di casualità —) estenderebbe la forza della sua decisione anche a questioni sulle quali, stando ai termini delle domande di parte, non vi è interesse ad ottenere una statuizione avente la forza che è propria del giudicato[152].

letterale dell'art. 34 c.p.c. ed è la soluzione classica impostata dal CHIOVENDA (in dottrina); la soluzione *sub* 2), invece, si ritrova in tutta quella giurisprudenza (vd. nt. 143) che fa uso di massime volte ad estendere il giudicato al dedotto e al deducibile, nonché agli antecedenti logici e necessari della decisione. L'ipotesi *sub* 3), infine, è una soluzione intermedia che fa leva sul dato letterale degli artt. 12 e 13 c.p.c. Il PROTO PISANI sostiene che l'opzione corrispondente al numero 1) rischia, se applicata in via generalizzata, di causare un importante problema di contraddittorietà logica tra giudicati in quanto vi potrebbero essere situazioni ove si giunga a disarticolare rapporti aventi carattere unitario nel diritto sostanziale. Di qui afferma (pag. 70) che «[l]*a gravità dell'inconveniente pratico ora indicato suggerisce che, quanto meno nell'ipotesi di rapporti a prestazioni corrispettive, l'oggetto del processo e del giudicato non debba essere costituito solo dal diritto dedotto in giudizio dall'attore, ma anche dall'intero rapporto contrattuale (la rilevanza giuridica del contratto) su cui si fonda sia la prestazione chiesta dall'attore, sia la controprestazione che spetta al convenuto*».

[152] Infatti, qualora vi fosse, la parte potrebbe *ex* art. 34 c.p.c. chiedere una pronuncia in via principale su tali questioni con conseguente trasformazione di esse da «questioni pregiudiziali» a «cause pregiudiziali».

Capitolo II

IL «GIUDICATO AMMINISTRATIVO» COME (NUOVO) PROBLEMA DELLA SCIENZA GIURIDICA. GENESI E PRIME COSTRUZIONI TEORICHE.

SOMMARIO: 2.1. Le peculiarità della giustizia amministrativa e loro riflesso sull'impostazione di uno studio sul «giudicato amministrativo» (e sull'efficacia della sentenza). Il bisogno di uno studio diacronico per cogliere le ragioni di specialità e le principali problematiche al fine di una (possibile) prospettiva ricostruttiva adattabile all'attuale «diritto processuale amministrativo» – 2.2. La genesi del dibattito sul giudicato amministrativo va ricollegata nell'ambito della più ampia discussione sulla "natura" della IV sezione del Consiglio di Stato. Approfondimento sulla tesi "amministrativa" e corollario «negazionista» in tema di giudicato – 2.3. Le prime costruzioni «proto-civilistiche» sul giudicato amministrativo a "stabilità limitata". Recupero, *a contrario*, della concezione «negazionista» per un'impostazione del discorso sul giudicato a base "ampia".

2.1. Le peculiarità della giustizia amministrativa e loro riflesso sull'impostazione di uno studio sul «giudicato amministrativo» (e sull'efficacia della sentenza). Il bisogno di uno studio diacronico per cogliere le ragioni di specialità e le principali problematiche al fine di una (possibile) prospettiva ricostruttiva adattabile all'attuale «diritto processuale amministrativo».

Avendo premesso, nel capitolo precedente, le coordinate in tema di «giudicato» ed «efficacia» della sentenza, così come sviluppatesi nell'ambito della teoria generale del processo (soprattutto civile), si tratta, ora, di calare le predette categorie nell'ambito della giustizia amministrativa, ossia con riferimento (in particolare) alle controversie tra una Pubblica Amministrazione agente in veste di autorità e i privati dialoganti con essa all'interno dei vari rapporti di diritto amministrativo.

La peculiarità di questa *species* di controversie di diritto pubblico, che preme sin da ora sottolineare al fine di porre immediatamente il *focus* d'attenzione su di un elemento problematico centrale, è quella della natura del soggetto Pubblica Amministrazione, avente il ruolo (al contempo) sia di parte processuale, sia di titolare — sul piano sostanziale — del potere amministrativo.

Tale dato riveste un'importanza centrale. Infatti, si potrebbe immaginare il rapporto tra potere amministrativo e processo amministrativo (di sindacato sull'uso/o non uso del potere) secondo la seguente linea di sviluppo immaginaria: potere — processo — potere. Ciò a dire che il processo amministrativo assume, metaforicamente, un significato di "parentesi"[1] fra la prima effusione in concreto di un dato potere in attribuzione ad una Pubblica Amministrazione ed una seconda ri-edizione, a valle della conclusione del momento patologico processuale, del medesimo potere onde, da un lato ottemperare ai "*dictat*" della sentenza, ma dall'altro, soprattutto, perseguire sempre in ogni momento temporale l'interesse pubblico cui il potere stesso appare funzionalizzato alla luce, come noto, della regola dell'"inesauribilità"[2] del potere d'imperio.

Sennonché si può notare come in questo circuito circolare di scambi fra momenti di esercizio sostanziale del potere e "parentesi" di sindacato su di esso

---

[1] Sull'idea del processo amministrativo quale "parentesi" (nel percorso dell'azione amministrativa) il rinvio va ad uno dei fondamentali (e ancora attuali) lavori in tema di «giudicato amministrativo», ossia quello di M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989, pag. 1, nella parte in cui l'Autore, proprio nella delimitazione introduttiva del campo d'indagine dei Suoi pregevoli studi, riflette sulla circostanza che «[p]*otere giurisdizionale e potere amministrativo si intersecano in una sequenza in cui il processo amministrativo rappresenta una sorta di parentesi tra azione amministrativa antecedente alla proposizione del ricorso giurisdizionale e azione amministrativa successiva al giudicato amministrativo*». Cfr., anche, in proposito, quanto mostrato da C. CALABRÒ, *Giudicato - Diritto processuale amministrativo* (voce), in Enc. Giur., XV, Roma, Treccani, 2003, pag. 5, nella parte in cui Egli sottolinea «[…] *la differenza qualitativa, categoriale, tra il giudicato delle sentenze del giudice civile e il c.d. giudicato delle sentenze del giudice amministrativo, ponendo in luce come quest'ultimo si formi progressivamente per l'esigenza che il giudice amministrativo correli tempestivamente le sue statuizioni alla dinamica funzionale e diacronica di quel potere*».

[2] Valga il rinvio, per un'impostazione (per ora, in generale) del tema della "continuità" dell'azione amministrativa o, per altro verso, della riflessione sulla "inesauribilità"/"esauribilità" dello stesso, a M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1995, *passim*; nonché, più di recente, C. LEONE, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2007, *passim*.

in sede giurisdizionale, la sentenza conclusiva del processo amministrativo, con la sua efficacia e/o la sua qualità di «*res iudicata*», rappresenti il punto di "congiunzione" con la ripresa dell'azione amministrativa. Con riguardo a tale momento di "sutura", appare di fondamentale importanza lo studio della efficacia oggettiva della sentenza (o, forse, più chiaramente dei «limiti oggettivi» del giudicato amministrativo) nell'ottica di comprendere il *quantum* di stabilità del rapporto che si riesce ad assicurare in esito al sindacato giurisdizionale sul potere[3].

Ed è evidente come, rispetto al vicino processo civile, il problema della stabilità dell'attribuzione della pretesa azionata (*rectius*: "bene della vita") al privato ricorrente, nei termini di ambito del rapporto rientrante nei confini di accertamento coperti dalla forza dell'art. 2909 c.c., sia di particolare interesse (oltre che di peculiare difficoltà per l'interprete) all'interno del processo amministrativo, ove il dovere di conformazione alla sentenza è avvertito come un'esigenza più forte proprio per l'accennato duplice riferimento del potere amministrativo (in seconda "battuta"), tanto alla legge e alla funzionalizzazione permanente all'interesse pubblico, quanto alle statuizioni contenute nella sentenza[4].

---

[3] Il medesimo problema si evince, anche, dagli interrogativi di fondo posti dall'Autorevole dottrina di F. BENVENUTI, *Giudicato (dir. amm.)*, in Enc. dir., XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, pagg. 896 ss., quando Egli intende rifletteva sul "giudicato amministrativo" dal punto di vista delle parti al fine di individuare il punto di collegamento fra la sentenza conclusiva di una specifica controversia e l'ambito di sua proiezione futura nei rapporti amministrativi a venire. Più chiaramente, per usare le parole dell'Autore (vd., *ibidem*, pag. 896), il problema può essere formulato «[…] *domandandosi quale sia il rapporto tra l'immutabilità della sentenza e il fluire della vita giuridica e dei rapporti, che si svolge necessariamente secondo il criterio della mutevolezza*».

[4] Si richiamano, ancora, sul punto le chiare parole di M. CLARICH, *ibidem*, nella parte in cui si afferma che «[i]*l processo amministrativo entra nella sua fase più critica — dai cui svolgimenti dipende in gran parte l'effettività della tutela del cittadino — nel momento conclusivo della vicenda processuale: più precisamente, allorché, emanata una sentenza (di accoglimento), riprende corso l'azione amministrativa. Questo momento segna il punto di incontro (e di possibile collisione) tra potere del giudice, di cui è espressione la sentenza passata in giudicato, e potere amministrativo. Quest'ultimo ha trovato una prima concretizzazione nell'emanazione dell'atto impugnato ed ora, concluso il processo, si esprime nuovamente con la ripresa del procedimento amministrativo, teso (là dove possibile) alla emanazione di un nuovo atto in sostituzione di quello annullato*».

Perciò, al fine di comprendere in termini giuridici l'ambito di estensione delle "interferenze" che l'emanata sentenza può produrre, in chiave di limite, sul potere amministrativo in fase di ri-esercizio, occorre, a nostro avviso, impostare uno studio dell'istituto del «giudicato amministrativo» (nonché dell'ambito di efficacia "oggettiva" della sentenza) utilizzando l'apparato concettuale e dogmatico offerto dai rigorosi studi della teoria generale del processo[5], seppur posti in relazione, in chiave problematica, alle specificità del processo amministrativo[6].

La relazione fra il concetto di «limiti oggettivi» del giudicato (o di efficacia della sentenza) e potere amministrativo è palmare e retta da un rapporto di proporzionalità inversa, ossia raffigurabile nei seguenti termini stilizzati[7]: maggiore è l'ambito di estensione dei «limiti oggettivi» del giudicato, minore sarà lo spazio di libertà di manovra successiva per la P.A. in sede di ri-edizione del

[5] Sull'indicazione di metodo volta ad indirizzare lo studioso del processo amministrativo verso una trattazione "puramente" processuale della giurisdizione amministrativa, ossia uno studio non ibridato da problematiche sostanziali (le quali, ovviamente, non debbono essere tenute completamente in disparte ma neppure elevate ad oggetto d'analisi per poi spiegare i vari istituti del processo amministrativo) cfr. F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1953, oggi in ID., *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, Vita e Pensiero, 2006, in part. pagg. 19 ss. *Ivi*, infatti, l'Autore critica (vd., anche pag. 12, nt. 9) la prassi dottrinale dell'epoca volta a studiare gli istituti della giustizia amministrativa secondo un approccio di diritto pubblico sostanziale, più che di stretto diritto processuale, a causa dell'eccessiva attenzione dedicata al momento della funzione di garanzia della legittimità dell'azione amministrativa più che alla struttura ed alla natura del relativo "processo".

[6] Per una riflessione sulle ragioni di "differenziazione" fra processo civile e processo amministrativo, si segnala, quanto all'impostazione metodologica adottata per approcciare il tema (assai complesso), il saggio di G. ROSSI, *Giudice e processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2012, IV, pagg. 1211 ss. L'Autore, infatti (pag. 1212) si pone la seguente domanda essenziale: «[…] *si giustifica, per la pubblica amministrazione, quando agisce come pubblico potere, un giudice speciale? Si giustificano norme processuali diverse da quelle del codice di procedura civile?*».

[7] Più in generale, sulla rappresentazione schematica delle due opposte visioni del processo amministrativo in tema di efficacia oggettiva della sentenza (nell'ottica della ri-edizione del potere d'imperio), cfr. M. NIGRO, *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in Riv. dir. proc., 1978, II, pag. 271, nella parte in cui si individuano le due antitetiche concezioni, da un lato in «[…] *quella che, attenendosi strettamente al modello del processo di impugnazione, valorizza la libertà dell'agire successivo dell'amministrazione, la quale incontrerebbe il solo limite della impossibilità di riemanare l'atto amministrativo con gli stessi vizi censurati dal giudice amministrativo* […]»; dall'altro in quella che «[…] *riconoscendo al processo amministrativo un oggetto molto più ampio e radicalmente diverso dal mero accertamento della legittimità dell'atto amministrativo, ritiene che la sentenza d'accoglimento stabilisca in modo definitivo i termini del rapporto fra (pretesa del) privato e (potere dell') amministrazione, e quindi vincoli l'amministrazione a dar soddisfazione a quella pretesa*».

potere amministrativo; viceversa, un ambito di efficacia della sentenza ristretto, limitato dunque alla sola "caducazione" [8] dell'atto illegittimo sindacato, comporterà un margine di manovra amministrativa successiva amplissimo, financo la possibilità di emanare un atto di eguale contenuto (seppur giustificato sulla base di un differente fattore genetico/costitutivo del potere amministrativo) a quello già impugnato e (già) annullato.

L'interesse alla riflessione dogmatica sul punto non è meramente classificatorio e di sistemazione concettuale delle categorie del processo amministrativo, bensì presenta importanti implicazioni di "valore" costituzionale sul piano della tutela. Infatti, in gioco sono i principi di effettività e satisfattività della tutela[9], di cui agli artt. 24, 103 e 113 Cost., che devono essere attuati anche

---

[8] Sulle insufficienze di un modello di giurisdizione amministrativa meramente "cassatorio" ed "eliminatorio" valgano, per ora, le chiare critiche contenute, fra l'altro, in G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980, pag. 22, nella parte in cui si descrive (in chiave problematica) il modello di processo amministrativo allora esistente come un «[…] *processo* […] *che circoscrive l'efficacia della sentenza e del giudicato alla mera eliminazione dell'atto e vincola pertanto le parti a non ritenere più esistente un determinato provvedimento amministrativo, pur storicamente vissuto, ma non contribuisce in alcun modo a definire il successivo comportamento delle parti ed in ispecie della Pubblica Amministrazione. Quest'ultima, infatti, a seguito dell'annullamento del proprio atto vede riaprirsi il ciclo della funzione amministrativa rispetto alla fattispecie concreta, ma non subisce dalla sentenza meramente cassatoria alcuna limitazione per il suo successivo provvedere rispetto alle aspettative del privato*». Sulla (passata e, in parte, ancora presente) necessità di "trasformazione" del giudizio impugnatorio cfr., per una visione di prospettiva, le riflessioni di M. NIGRO, *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, op. cit., in part. pag. 251 ove Egli segnala che il «[…] *giudizio di impugnazione è assoggettato ad un movimento di trasformazione. L'evoluzione di questo giudizio è stata più volte da me segnalata. Essa è destinata ad accentuarsi per effetto di ogni riforma la quale direttamente, o indirettamente, comporti lo spostamento dell'attenzione del giudice dall'atto alla retrostante e complessa realtà dell'esercizio del potere*». In argomento si vd., anche, ID., *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1980, I, pagg. 3 ss.

[9] Sul tema dell'effettività della tutela all'interno del processo amministrativo si leggano, per un approfondimento, le ampie riflessioni contenute in M. RENNA, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e "civilizzazione"*, in G. DELLA CANANEA, M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Napoli, E.S.I., 2006, pagg. 505 ss. In argomento vd., anche, *amplius*, G. MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela. L'evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, *passim*; nonché F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2011, I, pagg. 1 ss. Sul tema dell'effettività della tutela, di grande interesse è l'impostazione di G. ROSSI, *Giudice e processo amministrativo*, op. cit., pag. 1234, il quale sostiene che «[u]*n confronto sotto il profilo della effettività della tutela non si può fare solo sulla base della lettura delle norme; altrimenti si dovrebbe ritenere che in Italia la tutela è assicurata già dal 1865 dal giudice ordinario. Le norme e la giurisprudenza mostrano la tutela che c'è, non quella che manca*».

per quanto attiene alle forme giurisdizionali di protezione delle posizioni soggettive di libertà aventi la consistenza di interesse legittimo[10].

All'interno della discussione sui limiti di estensione oggettiva dell'efficacia della sentenza e del giudicato, le differenti ricostruzioni dogmatiche, collocabili lungo la linea che si muove dai poli estremi di un giudicato ad estensione "minima" e, viceversa, di un giudicato ad estensione oggettiva "massima", implicano opzioni di fondo volte a fornire maggiore protezione alle esigenze dell'amministrazione (sul piano della cura e della funzionalizzazione al pubblico interesse) o, all'inverso, ad una tutela "stabile", piena, ed effettiva per il ricorrente.

Sembra tuttavia, che, nell'ottica di una visione di fondo "soggettiva" della giurisdizione amministrativa, si debbano, senza operare forzature concettuali indebite delle categorie processuali, valorizzare (per quanto possibile) gli spazi di arricchimento dei poteri cognitori e decisori del giudice amministrativo che possano, ferme le coordinate ed i limiti strutturali di ogni processo, proiettarsi verso la "spettanza" e la definitiva attribuzione del risultato preteso nei confronti dell'amministrazione resistente[11].

Sulla forte incidenza dei principi europei in tema di tutela giurisdizionale quanto allo sviluppo del processo amministrativo domestico, in specie sotto l'idea dell'equiparazione dei sistemi di tutela delle situazioni giuridiche protette (siano esse sussumibili nel *genus* dei "diritti soggettivi" o, viceversa, degli "interessi legittimi"), cfr. V. CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea,* in Riv. it. dir. pubbl. com., 2008, II, pagg. 433 ss.

[10] Per una "lettura" della giustizia amministrativa attenta alla dimensione costituzionale si suggerisce il rimando agli studi di V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1966, nonché a quelli (successivi, in senso cronologico) di G. ROEHRSSEN, *La giustizia amministrativa nella Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1988.

[11] Sulla non sufficienza della pronuncia caducatoria a garantire la "spettanza", ossia la piena soddisfazione delle esigenze di tutela veicolate nel processo per mezzo dell'azione, cfr., fra i molti, M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in Enc. dir., vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, in part. pagg. 255 ss., ove, per utilizzare le parole degli Autori (pagg. 256-257), si riflette sulla circostanza per cui, rispetto ad un passato lacunoso in termini di tutela, «[…] *la giurisprudenza e la dottrina hanno fatto qualche ulteriore passo: hanno cioè scoperto che, così come l'interesse legittimo preesiste al provvedimento, non si esaurisce nel potere di chiederne l'annullamento, così anche la rimozione del provvedimento non è che un momento — necessario, ma non sufficiente — della tutela giurisdizionale che l'ordinamento (art. 24, 103, 113 cost.) accorda agli interessi legittimi. L'allargamento dei poteri (del giudice) di cognizione e di accertamento non è che un*

Questa "linea di rotta", della quale si dovranno saggiare (nel corso del lavoro) gli esiti raggiungibili (anche) alla luce del combinato della "nuova" sistematica di azioni incluse all'interno del Codice del processo amministrativo[12], è volta ad evitare — per quanto possibile — il "circolo vizioso" della frantumazione infinita[13] del rapporto amministrativo[14] in continui scambi fra

aspetto riflesso di questa concezione […]». Si leggano, anche, le riflessioni di G. PASTORI, *La giustizia amministrativa in trasformazione (considerazioni di sintesi)*, in D. CORLETTO, G. SALA, G. SCIULLO (a cura di), *La giustizia amministrativa in trasformazione: giornate in ricordo di Sebastiano Cassarino*, Padova, Cedam, 2006, pagg. 283 ss., oggi in G. PASTORI, *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2010, II, pagg. 843 ss., ove si evidenzia come le "trasformazioni" che hanno interessato negli ultimi anni la giustizia amministrativa siano una conseguenza del cambiamento del rapporto fra amministrazione e singoli alla luce di una valorizzazione del principio di "responsabilità". Ciò trascina con sé un cambiamento di "segno" della giustizia amministrativa, la quale non «[…] *guarda più dal punto di vista dell'amministrazione ma da quello dei portatori degli interessi sostanziali variamente coinvolti dall'agire amministrativo*» (pag. 844), ponendo il giudice amministrativo, alla luce di una serie di novità legislative riferite ai poteri di cognizione e decisione, nella possibilità di poter conoscere e, dunque, pronunciarsi, sulla "spettanza" del "bene della vita", ossia sulla pretesa sostanziale del ricorrente. Per utilizzare le chiare parole dell'Autore (pag. 848): «[i]*l giudizio amministrativo sembra aver unito ai modi della c.d. tutela indiretta tradizionale, alla tutela di garanzia che ha come oggetto gli aspetti strumentali del rispetto della legalità ivi compresi il rispetto dei diritti procedimentali previsti dalla l. n. 241 altra modalità di tutela. Le più recenti disposizioni di legge* […] *mostrano come si sia accolta anche una nuova e diversa prospettiva dei rapporti fra procedimento e processo* […] *che attinge ai modi della tutela diretta, della tutela non più solo di garanzia, ma anche di risultato*». Sul tema della "tutela piena" all'interno del processo amministrativo, ossia per una visione che vada ben oltre il "mero annullamento" di un atto amministrativo, è d'obbligo riferirsi agli studi di A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, voll. I-II, Padova, Cedam, 2000-2001, *passim*.

[12] Sulla pluralità delle azioni all'interno del (nuovo) processo amministrativo basti, per ora, riferirsi, *ex multis*, al chiarissimo quadro espositivo e ricostruttivo offerto da V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, in Dir. proc. amm., 2012, II, pagg. 436 ss. Cfr., anche, B. SASSANI, *Arbor actionum. L'articolazione della tutela nel Codice del processo amministrativo*, in Riv. dir. proc., 2011, VI, pagg. 1356 ss.; nonché A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa. Una introduzione al libro I*, in Dir. proc. amm., 2011, I, pagg. 100 ss. Più in generale, sul "cambio di paradigma" della (nuova) configurazione della giustizia amministrativa, cfr. le considerazioni di grande interesse svolte, con una visione di ampio respiro anche in chiave comparata, da E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2010, in part. pagg. 65 ss. L'Autore, nell'opera *cit.*, intende sottolineare la recente "rivoluzione" (inquadrata secondo l'impostazione propria delle "rivoluzioni scientifiche", ideata da T. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, Einaudi, 1969, *passim*) che ha interessato la giustizia amministrativa di molti Paesi di area europea, ove da un originario sistema di ricorso di "diritto oggettivo" si è passati, in nome dell'implementazione dei canoni di effettività della tutela giurisdizionale, ad un rimedio di "diritto soggettivo" proiettato al risultato ambito dal ricorrente in chiave di spettanza.

[13] Particolarmente critico avverso un'impostazione di tutela frazionata per il cittadino nei confronti della P.A., in attrito con i canoni di effettività della tutela ricavabili dall'art. 24 Cost., risulta essere G. GRECO, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice*

potere e processo i quali, non ponendo mai termine, con gli attributi della stabilità, alla fissazione delle pretese interne al rapporto, sicuramente contribuiscono in modo esasperato a fornire una tutela di qualità insufficiente (quanto all'utilità del risultato) al privato ricorrente.

In aggiunta, l'importanza di uno studio dogmatico del «giudicato amministrativo» (ed, in particolare, dei suoi limiti di efficacia oggettiva) rappresenta un *prius* logico a fini di chiarezza e, dunque, di maggiore effettività, anche del successivo momento dell'esecuzione (*id est*: dell'ottemperanza). Infatti, il perseguimento dell'obiettivo di perimetrazione quanto più vicina all'ideale della certezza dei "confini" della sentenza e del connesso giudicato consentirebbe di evitare una situazione di "nebulosa" circa gli effetti nascenti dalla sentenza. Non si vuole, in altre parole, scaricare a valle sulla fase dell'ottemperanza l'ambito di definizione della "spettanza" e dell'accertamento pieno del rapporto[15], pena,

---

amministrativo, in Dir. proc. amm., 1992, III, in part. pag. 484. *Ivi*, l'Autore fa riflettere sulla circostanza che «[…] *stride con la comune coscienza giuridica e con i valori di effettività della tutela giurisdizionale, consacrati nell'art. 24 della Costituzione, che la tutela giurisdizionale sia frazionata in tanti giudizi successivi* […]*, quanti son necessari per contestare i singoli aspetti dell'azione amministrativa, centellinati dall'Amministrazione — per ragioni di economia o di calcolo, non importa — in varie manifestazioni successive, anziché espresse in un'unica valutazione globale del rapporto potestà-interesse*». Per di più v'è anche il rischio che, per effetto dell'accennato frazionamento, la pretesa sostanziale del privato (in ipotesi fondata in origine) divenga, per effetto del tempo e dei mutamenti normativi intercorsi, non più passibile di accoglimento. Sulla problematica della possibile proliferazione di ricorsi a causa della frantumazione del rapporto giuridico amministrativo cfr., anche, le riflessioni contenute in C. ANELLI, *L'efficacia della cosa giudicata con particolare riguardo ai limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, in AA.VV., *Studi in onore di Antonino Papaldo*, Milano, Giuffrè, 1975, pag. 401. L'Autore, al fine di mostrare le ragioni che militano verso una configurazione dell'efficacia del giudicato amministrativo non limitata alla mera portata caducatoria della sentenza di accoglimento dell'azione di annullamento, bensì concentrata sugli aspetti di "vincolo" *pro futuro* imposti alla P.A. nella fase di ri-edizione del potere, segnala come, laddove l'accertamento proprio della sentenza passata in giudicato fosse limitato al solo atto, «[…] *l'amministrazione non sarebbe vincolata nell'emanazione del nuovo provvedimento, poiché questo sarebbe pur sempre diverso, materialmente e giuridicamente, da quello annullato. L'Amministrazione potrebbe, pertanto, riprodurre, senza violare il giudicato, un atto dello stesso contenuto e con gli stessi vizi di quello annullato*».

[14] Sulla nozione di "rapporto amministrativo" basti, per ora, riferirsi all'ampia e fondamentale monografia di M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008, *passim*.

[15] Quest'aspetto viene sottolineato ampiamente in dottrina, specie in quella degli anni antecedenti alle ultime riforme del processo amministrativo ove la situazione espressa in corpo era avvertita con maggiore problematicità. Si vd., *ex pluribus*, G. VERDE, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, in Riv. dir. proc., 1980, IV, pag. 653: «[h]*o, peraltro, l'impressione che molto spesso si tenda a confondere problemi, che sono di pertinenza dell'ambito oggettivo di*

altrimenti, l'assunzione del ruolo — per tale fase, che deve restare un *posterius* rispetto ad una previa cognizione "piena" — di grande "contenitore" per implementare tutto l'ambito di cognizione rimasto incerto in esito al giudizio concluso[16], con patologici problemi di sentenze inottemperate a causa (anche) di una P.A. non pienamente edotta (già alla conclusione della cognizione) dei "paletti" e degli "obblighi" fissati *pro futuro* dall'emanata sentenza[17].

Ci pare dunque che, al fine di impostare uno studio dogmatico sul «giudicato amministrativo» (e sull'efficacia oggettiva della sentenza) nell'attuale processo amministrativo, sia necessario — quale operazione preliminare —

---

efficacia della sentenza amministrativa, con quelli della sua esecuzione. In altre parole, si viene qui a pagare, nel momento esecutivo, l'incapacità […] *di definire i limiti oggettivi di efficacia della decisione con sufficiente chiarezza*». Sempre in argomento, può risultare utile alla comprensione la descrizione offerta da G. GRECO, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, op. cit, pag. 488, nella parte in cui Egli spiega come «[…] *il ruolo del Giudice amministrativo, almeno in Italia, appare quello del Giudice del potere esercitato e non del Giudice del potere da esercitare; appare quello del Giudice del rescindente (rispetto all'atto amministrativo), più che del rescissorio (ricostruzione dell'esatto modo di esercizio del potere ancora da esercitare)*».

[16] Cfr., per una critica, G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, op. cit., pag. 24, ove si sostiene che «[…] *gravi sono le censure che debbono essere mosse al sistema elaborato dalla giurisprudenza, per quel che riguarda la utilizzazione del giudizio di ottemperanza: detto giudizio, infatti, viene destinato — contrariamente alla sua intima ed istituzionale funzione — ad operare il primo e unico accertamento del rapporto controverso e, dunque, ad operare come mero giudizio di cognizione*». Nello stesso ordine di idee, anche, V. CAIANIELLO, Intervento al Convegno sui "*Problemi del nuovo processo amministrativo*", in Imp., amb. e p.a., 1977, II, pag. 25, il quale intende opporsi a quegli orientamenti che inquadrano il processo di ottemperanza come giudizio a contenuto di cognizione, in luogo (ad avviso dell'Autore) della sua natura di "processo esecutivo". Egli, infatti, afferma di non aver mai capito come «[…] *da parte di autori anche autorevoli, si continui ad affermare che il giudizio di ottemperanza ha natura cognitoria, cioè un giudizio di accertamento di un obbligo che è già stato accertato in via principale nel processo conclusosi con la sentenza di cui s'invoca l'esecuzione. Ora è questa sentenza che già di per sé ha innovato in funzione accertativa e si è sostituita quella che era la volontà delle parti con la volontà cogente dell'ordinamento* […]».

[17] Nello stesso ordine d'idee, già (in passato), M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 6. L'Autore, che con grande chiarezza sistematica approcciò, fra i primi, uno studio monografico sui temi qui esaminati, è ben consapevole che «[…] *qualora fosse possibile definire in modo sufficientemente chiaro e preciso i limiti oggettivi del giudicato, e dunque la portata dei vincoli che sorgono in capo alla pubblica amministrazione, anche il problema della mancata ottemperanza al giudicato, oggi così grave, finirebbe per perdere una dimensione così patologica. Non è cioè da escludere a priori che almeno una parte dei casi di mancata o non corretta esecuzione del giudicato sia da addebitare, non soltanto alla riluttanza da parte della pubblica amministrazione, ma anche all'incertezza in ordine al contenuto ed agli effetti della sentenza passata in giudicato*».

principiare l'analisi attraverso l'utilizzo di un metodo diacronico[18] in funzione di ricostruzione della genesi del dibattito sul «giudicato amministrativo»[19].

L'utilità di questa operazione preliminare è quella di far comprendere al meglio al lettore, attraverso la lente dello sviluppo graduale del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, i contenuti della riflessione che qui si sono cercati di anticipare con una prima sintesi, ossia le problematiche specifiche che il processo amministrativo offre all'interprete sotto il profilo del rapporto fra «giudicato amministrativo» e ri-edizione del potere d'imperio con particolare riguardo all'ampiezza e alla stabilità del risultato conseguibile dal soggetto ricorrente.

Ed all'uopo, ci pare che lo studio degli Autori che, proprio al momento della "nascita" del processo amministrativo, si sono avvicendati ad approfondire — per primi — l'apparato dogmatico e concettuale a corredo dei nascenti istituti del processo amministrativo, possa essere una prospettiva di lettura utile per far emergere, con evidenza, i termini problematici dell'istituto del «giudicato amministrativo» al fine, poi, di poter sviluppare uno studio sull'attualità del rapporto fra efficacia della sentenza/giudicato e ri-esercizio del potere amministrativo con ogni proposta ricostruttiva a riguardo.

---

[18] Per un'indicazione sul metodo, vd. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, VIII ed., vol. II, Milano, Giuffrè, 1958, nella parte in cui si dà ampio risalto allo studio diacronico degli istituti ai fini della corretta comprensione del «[…] *significato e la portata delle singole disposizioni* […] *attraverso la conoscenza del loro successivo divenire e delle varie esigenze e tendenze, a cui volta a volta, con la loro emanazione, si intese provvedere*». Sull'approccio diacronico vd., anche, V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, Soc. ed. lib., 1901, pag. 1052. L'Autore, *ivi*, nel giustificare l'intento di offrire al lettore una breve digressione sulle origini (storiche) del concetto giuridico che occupa il suo esame, asserisce che «[d]*elle istituzioni giuridiche può in parte dirsi quello che vale per il linguaggio: più si rimonta alle origini e più la parola — che nello stadio progredito è diventata quasi un segno convenzionale dell'idea che contiene o della cosa che indica — acquista il valore di una designazione logicamente connessa con la cosa o con l'idea*».

[19] Ovviamente, come si vedrà *infra*, il dibattito sul «giudicato amministrativo» va collocato, come *species*, all'interno del ben più ampio *genus* delle riflessioni circa la natura (giurisdizionale o amministrativa) delle (nuove) forme di contenzioso da instaurarsi dinanzi alla neo-nata IV Sezione del Consiglio di Stato. Per una prima visione (ampia) di sintesi in chiave diacronica sull'evoluzione della giustizia amministrativa, si consulti, per ora, quantomeno A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in Dir. proc. amm., 1994, IV, pagg. 635 ss.

2.2. La genesi del dibattito sul giudicato amministrativo va ricollegata nell'ambito della più ampia discussione sulla "natura" della IV sezione del Consiglio di Stato. Approfondimento sulla tesi "amministrativa" e corollario «negazionista» in tema di giudicato.

Un *excursus* sull'evoluzione delle costruzioni, dottrinali e giurisprudenziali, che si sono avvicendate, in chiave di critica reciproca o di (semplice) differente lettura, al fine di offrire una (pretesa) sistemazione dell'ordine di problematiche teorico/pratiche attinenti al complesso tema del c.d. «giudicato amministrativo», deve principiare, come premessa logica nonché metodologica, dalla scelta preliminare del momento storico (ideale ai fini dell'analisi), da fissare quale *focus* d'attenzione e punto di partenza del lavoro.

Tale punto ideale di avvio può essere convenzionalmente stabilito[20] nell'arco temporale seguito all'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato[21]

---

[20] Nello stesso senso già M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 23, il quale, dopo aver manifestato l'intento di porsi in una prospettiva storica al fine di ripercorrere le tappe salienti del percorso dottrinale e giurisprudenziale sul problema del giudicato amministrativo, afferma *expliciter* che «[i]*l giudicato amministrativo, visto come problema teorico, è coevo all'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, avvenuta con la legge del 1889* […]».

[21] Tale riforma, occasionata dalle critiche accorse al sistema "monistico" realizzato, a seguito della proclamata unità d'Italia, dalla l. 20 marzo 1865, all. E) — che procedette con la soppressione dei c.d. "tribunali del contenzioso amministrativo" e l'affermazione di un principio di unicità e pienezza della tutela giurisdizionale dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria (cfr. art. 1 l. *cit.*, ove si statuisce che «[i] *Tribunali speciali attualmente investiti della giurisdizione del contenzioso amministrativo, tanto in materia civile, quanto in materia penale, sono aboliti e le controversie ad essi attribuite dalle diverse leggi in vigore saranno d'ora in poi devolute alla giurisdizione ordinaria, od all'autorità amministrativa, secondo le norme dichiarate dalla presente legge*») — fu attuata dalla c.d. "legge Crispi" del 31 marzo 1889, n. 5992. Sul "bisogno" di una riforma, sulle ragioni di "ingiustizia" provocate dall'esperienza del sistema di cui alla legge di abolizione del contenzioso amministrativo (c.d. "L.A.C.") e sul forte reclamo di una "giustizia nell'amministrazione" vd., per tutti, il celebre discorso pronunciato presso l'Associazione costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880 da SILVIO SPAVENTA, pubblicato in S. SPAVENTA, B. CROCE (a cura di), *La politica della Destra. Scritti e discorsi*, Bari, Laterza, 1910, pagg. 53 ss., oggi (anche) in S. SPAVENTA, A. GARGANO (a cura di), *Giustizia nell'amministrazione e altri scritti*, Napoli, Istituto italiano per gli studi filosofici, 2006, pagg. 17 ss. Per un approfondimento sulla c.d. "riforma crispina" cfr., quantomeno, N. PAOLANTONIO, *L'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura dei lavori parlamentari*, Milano, Giuffrè, 1991; V. SCIALOJA, *Come il Consiglio di Stato divenne organo*

e, più precisamente, nel solco del dibattito (immediatamente) scaturito, soprattutto in dottrina, circa la qualificazione delle nuove attribuzioni del Consiglio di Stato in termini di "funzione amministrativa" o, viceversa, di "funzione giurisdizionale"[22].

Il nesso di collegamento tra tale *querelle* dottrinale e il tema oggetto di analisi è ben evidenziabile[23].

Infatti, il concetto di «giudicato», che si è cercato di delineare nei suoi tratti essenziali[24] per mezzo dell'ausilio della teoria generale del processo (la quale — come si è potuto osservare — da tempo si occupava di definirne lo "statuto giuridico"), è nozione propria della sfera giurisdizionale e della relativa "forma"[25]

---

giurisdizionale, in Riv. dir. pubbl., 1931, I, in part. pagg. 410 ss.; ID., *Per una riforma delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, in Riv. dir. pubbl., 1909, pagg. 5 ss.

[22] È bene ricordare il carattere storicamente delimitato delle dispute (cui *infra*) sulla natura giurisdizionale (o meno) della giustizia amministrativa, in quanto, come noto, la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (cfr., *ex multis*, Cass., Sez. Un., 12 dicembre 1901, in Giur. it., 1902, I, pagg. 362 ss.; Cass. 21 marzo 1893, in Giur. it., 1893, I, pagg. 694 ss.; ma, soprattutto, Cass. 21 marzo 1892, in Giust. amm., 1892, IV, pagg. 1 ss.), con l'ammettere la sottoponibilità al proprio controllo delle questioni di competenza sollevate in relazione alle pronunce della IV Sezione, finì con riconoscere piena efficacia di cosa giudicata alle stesse. Di qui, a breve distanza, l'intervento del legislatore, il quale, con la l. 7 marzo 1907, n. 62 (poi trasfusa nel T.U. del 17 agosto 1907, n. 638) affermò nettamente il carattere giurisdizionale della IV (e della neo-nata V) Sezione (cfr. art. 1, l. *cit.*, nella parte in cui si dichiara che «[…] *la IV e la V Sezione sono giurisdizionali*») facendo, dunque, cessare ogni dibattito in merito alla passata *vexata quaestio*. Ciò valse, pertanto, ad attribuire alla citata l. 62/1907 l'appellativo di «carta giurisdizionale» del nuovo sistema di giustizia amministrativa (così, infatti, V. SCIALOJA, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, op. cit., pag. 415). Sulla "conferma legislativa" della tesi giurisdizionale vd., anche, M. GALLIANO SANTORO, *La forza obbligatoria delle decisioni della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in Riv. dir. pubbl., 1921, I, pag. 223, il quale, argomentando sulla base dell'art. 6, della medesima legge (facoltizzante il ricorso dinanzi alla Corte di Cassazione avverso le decisioni affette da difetto assoluto di giurisdizione), affermò che il nuovo assetto normativo «[…] *viene a riconoscere indiscutibilmente alle decisioni stesse il carattere di veri e propri atti di giurisdizione, con efficacia di giudicato*».

[23] Chiaro, all'uopo, il passaggio di V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, op. cit., pag. 1046, ove, nel porre le premesse metodologiche della propria concezione (su cui *infra*) in merito al tema del giudicato amministrativo, afferma che «[a] *chi sia appena versato nelle discipline giuridiche è affatto inutile spiegare qual nesso strettissimo passi fra la questione della natura di una competenza e quella della natura e quindi degli effetti dell'atto che da quella competenza promana*».

[24] Vd. Cap. I del presente lavoro.

[25] Si rinvia, ai soli fini di una miglior precisazione dogmatica dei concetti di «funzione» e di «forma della funzione», all'impostazione seguita da F. BENVENUTI, *Funzione. 1) Teoria generale* (voce), in Enc. Giur., Roma, Treccani, 1989, XIV; già anticipata (quanto all'impianto) dallo stesso Autore nella celebre prolusione padovana, così come pubblicata in ID., *Funzione*

processuale, non potendo essere piegata a risolvere fenomeni di natura diversa in quanto inquadrabili in altre funzioni sovrane, quale è (ad es.) la funzione amministrativa.

Ed ecco, dunque, il motivo di tale collegamento, giacché la dibattuta natura (amministrativa o giurisdizionale) dei (nuovi) poteri in attribuzione all'istituita IV sezione del Consiglio di Stato trascinava con sé, tra i vari corollari consequenziali all'opzione di fondo, un'affermazione in merito all'esistenza di un «giudicato amministrativo» [26] (qualora si fosse optato per la tesi "giurisdizionale"[27]) o, viceversa, la sua "negazione" (nel caso dell'opposta tesi "amministrativa"[28]).

---

amministrativa, procedimento, processo, in Riv. trim. dir. pubbl., 1952, II, pagg. 118 ss., la quale è occasione per ritornare su alcuni temi affrontati (per la prima volta) nel precedente ID., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in Rass. dir. pubbl., 1950, I, pagg. 1 ss.

[26] Vd., molto chiaramente, sul punto, M. GALLIANO SANTORO, *La forza obbligatoria delle decisioni della IV Sezione del Consiglio di Stato*, op. cit., pag. 223, il quale, sul tema in analisi (natura giurisdizionale/amministrativa delle "nuove" attribuzioni della IV Sezione del Consiglio di Stato), ha cura di affermare che «[è] *intuitivo che tali questioni* (aggiungiamo: il problema dell'inquadramento della IV Sezione) *hanno per l'argomento del nostro studio* (aggiungiamo: il giudicato amministrativo) *un'enorme importanza: altro è se dobbiamo considerare le decisioni della IV Sezione come pronuncie di un organo amministrativo, per quanto elevato e sovrastante ai molteplici organi dell'amministrazione attiva; altro invece se dobbiamo ritenerle come sentenze emananti da un potere giurisdizionale e applicare quindi ad esse i principî della cosa giudicata*».

[27] Tra i sostenitori della natura giurisdizionale delle (nuove) attribuzioni del Consiglio di Stato figuravano, *ex pluribus*, L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I, Milano, Vallardi, s.d., in part. pagg. 54 ss.; F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, Vallardi, s.d., in part. pagg. 275 ss.; A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino, Un. tip. ed., 1904, pagg. 666 ss.; V. SCIALOJA, *Sulla funzione della IV sezione del Consiglio di Stato*, in Giust. amm., 1901, IV, in part. pag. 61; G. VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, Soc. ed. lib., 1901, pagg. 475 ss.; L. MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in Giust. amm., 1891, IV, pagg. 1 ss.

[28] La tesi amministrativa, invece, trovava come massimo sostenitore V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, op. cit., pagg. 1042 ss.; ID., *Contenzioso amministrativo* (voce), in Dig. it., VII, Torino, Utet, 1895-1898, pagg. 912 ss.; ma anche (in precedenza) A. CODACCI PISANELLI, *Le decisioni del Consiglio di Stato e il loro preteso annullamento giudiziario*, in Giur. it., 1893, IV, pagg. 241 ss.; O. RANELLETTI, *Ancora sui concetti discretivi e sui limiti della competenza delle autorità giudiziaria e amministrativa*, in Foro it., 1893, I, pagg. 482 ss. In argomento, cfr., se si vuole, C. SCHANZER, *La posizione costituzionale della IV sezione del Consiglio di Stato*, in La Legge, 1901, VIII-IX, pagg. 56 ss.; e M. TOVAJERA, *Sui rapporti tra la IV e la V Sezione del Consiglio di Stato e sulla natura della loro funzione*, in La Legge, 1910, XVI-XVII, pag. 1650.

Complice dell'accennato dibattito fu sicuramente il carattere fortemente lacunoso[29] (e, financo, in alcune parti contraddittorio) del testo normativo della riforma crispina sullo specifico tema della natura (giurisdizionale o non) della neo-nata IV Sezione del Consiglio di Stato a cui si limitava ad attribuire il potere di decidere «[…] *sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici* […]» (cfr. art. 3, comma 1, l. 31 marzo 1889, n. 5992).

In primis, infatti, lo stesso dato positivo, nella scelta sulla denominazione dell'atto conclusivo del procedimento da instaurarsi dinanzi alla IV Sezione, adottò, in luogo delle (più chiare) locuzioni «sentenza» o «decreto» che avrebbero costituito possibile indizio in ordine alla natura delle funzioni *de quibus*, l'ambiguo termine «decisioni»[30], di per sé generico e asettico quanto ad inquadramento all'interno delle forme tipiche di svolgimento delle funzioni sovrane.

Inoltre, dagli stessi lavori parlamentari preparatori e dalla relazione accompagnatoria al progetto di riforma, per quanto atti a basso valore ermeneutico in riferimento ad un testo poi obiettivato in disposizioni di diritto

---

[29] Così, anche, M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 23, il quale, nella Sua contestualizzazione storica del dibattito, fa subito presente che la legge del 1889 «[…] *sia reticente sulla questione se le decisioni della nuova sezione del Consiglio di Stato abbiano l'autorità della cosa giudicata: il legislatore crispino non aveva una piena consapevolezza del fatto che il nuovo organo avrebbe svolto funzioni di natura propriamente giurisdizionale*». Nello stesso senso vd., anche, L. MORTARA, *Ancora alcune osservazioni sui rapporti fra la giurisdizione civile ordinaria e la giustizia amministrativa*, in Giur. it., 1898, vol. 50, Un. Tip. Ed., Torino, pag. 287, ove, l'Autore, con una metafora evocativa, sottolineava che «[l]*'indole giurisdizionale delle funzioni di giustizia amministrativa rimase nella legge del 1889 quasi ravvolta in una mistica penombra* […]»; e S. TRENTIN, *La cosa giudicata nelle decisioni delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, Pisa, Tip. F.lli Nistri, 1910, pag. 126, ove, in argomento, si affermava che «[l]*a poca precisione di linguaggio adoperata dal legislatore e la incertezza di propositi risultante dagli atti preparatorii, fecero sì che nella dottrina ed anche, se pur limitatamente, nella pratica sorgessero dei dubbi sulla natura di quella funzione e che da molti ne venisse disconosciuto il carattere giurisdizionale*». Chiaro, dunque, il perché ogni Autore dell'epoca che si occupasse di temi compresi nell'area della giustizia amministrativa, finisse, in prima battuta, con l'interrogarsi (così, ad es., A. CODACCI PISANELLI, in Giur. it., XLV, III, pag. 241 ss.) «[…] *se quella della IV Sezione fosse una vera e propria forma di giurisdizione o semplicemente una funzione amministrativa fondata sopra una forma più solenne di reclamo e circondata dalle garentie della procedura contenziosa*».

[30] Cfr., ad es., l'art. 18 della l. 5992/1889 ove si stabiliva che «[c]*ontro le decisioni della sezione è ammesso il ricorso di revocazione nei casi stabiliti dal Codice di procedura civile*».

positivo[31], si possono ravvisare elementi (poi, in effetti, utilizzati quali supporto alle argomentazioni degli autori cui *infra*) tanto a favore della tesi c.d. "amministrativa" (vd., ad es., ove si afferma che «[…] *il nuovo istituto non è un tribunale speciale od eccezionale, ma rimane nella sfera del potere esecutivo, da cui prende la materia e le persone che lo devono mettere in atto. È lo stesso potere esecutivo ordinato in modo da tutelare maggiormente gl'interessi dei cittadini*» [32]), quanto di quella c.d. "giurisdizionale" (e così, gli sparsi richiami espressi alla «giurisdizione» e al «giudice» — nella loro distinzione funzionale/organizzativa rispetto all'«amministratore» — emersi all'interno del dibattito parlamentare[33]).

Di qui, dunque, la duplicità e il contrasto di visioni contrapposte sul tema, le quali, ad uno sguardo più attento, manifestavano (in realtà) un'opzione di fondo circa una certa concezione dei rapporti tra funzione esecutiva e (possibile) sindacato giurisdizionale su di essa: da un lato, infatti, il sostenere la natura giurisdizionale dei poteri della IV Sezione era funzionale all'incremento del riconoscimento giuridico delle ragioni degli amministrati nei confronti degli apparati pubblici nel solco di un'ampia evoluzione della funzione giurisdizionale[34]

---

[31] In effetti, pareva convinto del basso valore esegetico degli atti preparatori anche L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, op. cit., pag. 56, il quale, nel prendere posizione all'interno dell'acceso dibattito dell'epoca qui sommariamente esposto, affermava, come regola d'interpretazione degli atti normativi, che «[p]*oco però importano le idee degli autori della legge; essa, obbiettivamente considerata, è il prodotto necessario dello svolgimento dello Stato libero, è quello che è, non quello che qualcuno divisò dovesse o potesse essere* […]».

[32] Tale formula è contenuta all'interno della *Relazione Ministeriale al Senato del Progetto Crispi del 22 novembre 1887*, consultabile in *Atti parlamentari*, Senato del Regno, sess. n. 2 del 1887, Documenti, Progetti di legge e relazioni, pagg. 1 ss.

[33] Cfr. *Atti parlamentari*, Discussione della Camera dei deputati, legisl. XVI, sess. n. 3, tornata del 7 febbraio 1889.

[34] Nell'argomentare verso questa linea direttrice, la dottrina (per una visione d'insieme, si consulti V. SCIALOJA, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, op. cit., pag. 412) si concentrava sull'aspetto intrinseco delle nuove funzioni attribuite alla IV Sezione, facendo leva sulla prevalenza (in quella funzione così come disegnata dal legislatore del 1889) di elementi di "giudizio" — e, dunque, tipici delle funzioni giurisdizionali — più che di "volontà" (quali connotati propri, come noto, della funzione amministrativa). Nella stessa linea direttrice si vd., anche, L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, F.lli Bocca, 1892, pag. 121, nella parte in cui, nell'intento di enucleare il *proprium* e la linea di demarcazione fra la «giurisdizione» e l'«amministrazione» (nella loro accezione di formule sintetiche votate ad esprimerne il lato funzionale più che quello organizzativo), palesava la seguente definizione: «[s]*orge il concetto di*

e verso l'obiettivo finalistico di una piena difesa degli interessi giuridici dei cittadini avverso ogni forma di esercizio dei poteri d'impero; dall'altro, l'affermazione del carattere meramente amministrativo (o meglio, di «amministrazione contenziosa»[35]) del nuovo "strumento" di tutela era l'aspetto esteriore di un più recondito timore[36], legato ad una certa concezione "forte" del principio di divisione dei poteri, di poter vedere (qualora si fosse imposta la visione "giurisdizionale") l'assoggettamento del potere amministrativo al potere giurisdizionale.

Ecco, dunque, perché sembrò opportuno ai fautori del secondo orientamento[37] concentrare i propri sforzi esegetici nel ricondurre l'apparato di

---

giurisdizione quando in occasione dell'operare privato o pubblico nascono contese, cioè pretensioni discordanti di ragioni, ossia pretensioni di ragioni violate. Allora all'amministrazione subentra il giudizio».

[35] Sull'elaborazione dottrinale della teoria del «contenzioso amministrativo», quale compito fisiologico della funzione esecutiva nel versante dell'auto-giudizio sui ricorsi dei privati in tema di lesioni scaturite da atti di amministrazione precedentemente emanati, il rinvio va, in primo luogo, alla costruzione di V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, op. cit., *passim* (sulla cui concezione brevemente *infra* in corpo). Per una più compiuta classificazione del potere di autotutela nel suo versante "contenzioso" è d'obbligo riferirsi alle teoriche (cronologicamente successive) di F. BENVENUTI, *Autotutela* (voce), in Enc. Dir., V, Milano, Treccani ed., 1959, pagg. 537 ss. L'Autore, come noto, all'interno della Sua *summa divisio* del potere di autotutela pubblicistica (oltre alle *species* dell'«autotutela spontanea» e dell'«autotutela necessaria») vi colloca anche la c.d. «autotutela contenziosa» la quale, pur essendo una tutela c.d. "da ricorso" (in quanto esercizio di potere avviato dai soggetti interessati per il tramite degli strumenti di reazione al provvedimento quali i «ricorsi amministrativi») ed erogata in forme para-processuali per la presenza di aspetti di contraddittorio garantiti (evocabili con la formula di "*natural justice*" dell'"*audi et alteram partem*"), rimane tuttavia uno strumento di applicazione del "precetto" (e non della "sanzione" quale altra parte strutturale della norma giuridica) e, dunque, rimedio non rivolto alla restaurazione dell'ordine giuridico violato, bensì al miglior perseguimento dell'interesse pubblico che l'amministrazione attiva soggettivizza e persegue come causa. In questo senso Egli afferma che «[…] *pur dovendosi riconoscere che i ricorsi sono proposti nell'interesse diretto del ricorrente, tuttavia essi tendono a soddisfare anche, ma indirettamente, l'interesse dell'amministrazione*». In argomento, più in generale, se si vuole, vd. anche M. NIGRO, *Decisione amministrativa* (voce), in Enc. Dir., XI, Milano, Giuffrè, 1962, in part. pagg. 813 ss.; ma anche (successivamente) A. TRAVI, *Decisione amministrativa* (voce), in Dig. disc. pubbl., IV, Torino, Utet, 1989, in part. pag. 532.

[36] Vd., per tutti, il "timore" palesato dall'ORLANDO in *La giustizia amministrativa*, op. cit., pag. 1063, nella parte in cui, in chiave risoluta, è intimamente convinto che «[…] *in nessun caso si può ammettere che un potere sovrano, quale è quello spettante alla pubblica amministrazione, sottostia ad un limite dell'azione futura, a meno che questo non sia imposto per legge. Lo stesso potere giudiziario non potrebbe imporre il divieto di un'azione amministrativa futura*».

[37] Si rinvia, per ogni riferimento, agli Autori indicati nella prec. nt. 28 del presente Capitolo.

funzioni di cui alla riforma del 1889 all'interno della sfera amministrativa, giustificandolo come una forma di "compito" proprio della stessa amministrazione quello di agire in funzione di riparazione di torti e lesioni ingenerati da organi amministrativi nell'espletamento delle funzioni loro attribuite.

Alla luce di ciò è utile ora proporre una rappresentazione schematica e di sintesi delle principali argomentazioni giuridiche utilizzate, a supporto della tesi che abbiamo definito "amministrativa", da chi[38], ad avviso della dottrina dell'epoca[39], era definito il "più notevole" dei fautori della concezione "non giurisdizionale" delle attribuzioni "contenziose" della IV Sezione del Consiglio di Stato. L'utilità di questa preliminare esposizione va riferita al fatto che il tema (*rectius*: il dibattito) in oggetto può essere visto come l'"opzione prima" e preliminare da cui far discendere, come diretta conseguenza sul piano logico — sempre, ovviamente, attraverso le consuete categorie della dogmatica giuridica — ogni successivo discorso (anche tecnico e specifico) su istituti processuali o amministrativi (a seconda del diverso orientamento) tra i quali, per quanto a noi interessa per il presente lavoro, il problema del(l'esistenza o meno di un) «giudicato amministrativo».

---

[38] Il riferimento è più che ovvio a V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, op. cit., in part. pagg. 758 ss. In realtà è doveroso osservare come il pensiero dell' ORLANDO, granitico nel negare il carattere giurisdizionale delle nuove attribuzioni della IV Sezione (per le ragioni cui *infra*) tanto da essere elevato a "capofila" della corrente che abbiamo definito "amministrativa" (vd. gli appellativi di cui in nt. 39), dovette subire alcuni adattamenti (pur rimanendo intimamente critico) a seguito della successiva esplicita ammissione in via legislativa (cfr. per la riforma del 1907 la nt. 22 del presente Capitolo) della natura giurisdizionale. Ciò è possibile costatare nella Sua opera, successiva all'impianto della prima *Giustizia amministrativa* contenuta nel *Trattato*, *Principii di diritto amministrativo*, Barbèra, Firenze, 1921, in part. pag. 409 ove l'Autore, è costretto ad affermare che «[d]*obbiamo riconoscere che l'opinione contraria a quella che noi con grande fervore abbiamo sempre sostenuta, non solo è prevalsa (come dicemmo) nella giurisprudenza, ma ha avuta la sanzione legislativa con la legge di successiva riforma del 1907*».

[39] L'espressione è di M. GALLIANO SANTORO, *La forza obbligatoria delle decisioni della IV Sezione del Consiglio di Stato*, op. cit., pag. 222. Analogo riconoscimento ebbe in altra dottrina dell'epoca (cfr. S. TRENTIN, *La cosa giudicata nelle decisioni delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, op. cit., pag. 126) che, con riferimento al tema in analisi, lo definì «[…] *il più autorevole indubbiamente* […]» (s'intende tra gli Autori appartenenti alla corrente che disconosceva il carattere giurisdizionale della IV Sezione).

Pertanto, le ragioni giuridiche sulle quali riposava l'accennata costruzione teorica (che abbiamo definito) "amministrativa" possono essere sintetizzate, senza con ciò voler sminuire o semplificare la ricchezza e l'altissimo livello dell'argomentazione propria della dottrina *de qua*, nei seguenti assiomi: in primo luogo si postulava che v'è giurisdizione solo ove sia controverso un «diritto subbiettivo»[40] (la cui dichiarazione è lo "scopo" della giurisdizione) e, pertanto, poiché la materia del giudizio della IV Sezione non concerne diritti subiettivi[41],

[40] Si rinvia, senza pretese di esaustività, ai maggiori riferimenti dottrinali sul tema dei «diritti subbiettivi», quale categoria dogmatica oggetto di profondi dibattiti nell'epoca in esame, a partire dall'opera di speciale importanza (per l'influenza avuta in Italia) di G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, J.C.B. Mohr, 1892 (poi tradotta — a cura di G. VITAGLIANO — in G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milano, Soc. ed. lib., 1912), assunta come base (anche in chiave critica) da S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici soggettivi*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, Soc. ed. lib., 1900. Sul tema, se si vuole, cfr., più recentemente, anche E. CASETTA, *Diritti pubblici subbiettivi* (voce), in Enc. dir., XII, Milano, Giuffrè, 1964.

[41] *Contra* L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, op. cit., in part. pagg. 61 ss., il quale, al fine di sostenere la tesi del carattere giurisdizionale della IV Sezione, accedendo — al contempo — all'impostazione (di cui *supra*) che ritiene essere l'oggetto proprio della giurisdizione unicamente la materia dei diritti subiettivi, compie un passaggio concettuale di tipo costruttivo ritenendo che, per effetto del nuovo sistema di difesa concepito dalla riforma crispina (cfr. art. 3, comma 1, l. 5992/1889), quegli interessi che la L.A.C. includeva fra gli "affari non compresi" (cfr. art. 3, comma 1, l. 2248/1865) siano (successivamente, per effetto della legge del 1889) stati elevati in diritti e, precisamente, in «diritti alla legittimità degli atti amministrativi». Così, infatti, si esprime ragionando sul fatto che, a Suo avviso, poiché «[…] *il soggetto il quale insorge contro l'atto dell'amministrazione non ha titolo giuridico per pretendere l'utilità che è lo scopo del suo reclamo, a lui non può essere riconosciuto altro diritto che quello d'indole formale di pretendere che l'atto sia legittimo. Cioè, che sia deliberato e compiuto da chi ne ha il potere, osservate le forme eventualmente prescritte da una norma giuridica, nelle circostanze o con l'adempimento delle condizioni che la norma medesima stabilisce*». Una posizione ancora diversa — che potremmo definire critica (per alcuni aspetti) tanto della concezione dell'ORLANDO quanto di quella del MORTARA — è rappresentata da A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, op. cit., pagg. 782 ss., il quale, da un lato si inserisce fra i sostenitori della concezione (che abbiamo definito) "giurisdizionale" della IV Sezione (in ciò, dunque, ponendosi in antitesi all'ORLANDO), ma — al contempo — ritiene che il giudizio dinanzi al Consiglio di Stato verta su "interessi" (giusta la maggiore attinenza e fedeltà al testo normativo) e non su "diritti subbiettivi" (in ciò respingendo, dunque, la teorica sull'elevazione degli interessi in diritti propria del MORTARA). La soluzione, dunque, proposta dall'Autore è quella di leggere il nuovo sistema in una coloritura fortemente oggettiva (*rectius*: quale «giurisdizione di diritto obbiettivo») della giurisdizione amministrativa vista come funzione di mero ristabilimento dell'ordine giuridico obiettivo violato.

l'implicazione conseguente necessaria è (e non può essere altro che) l'assenza di giurisdizionalità della predetta funzione[42].

In second'ordine si affermava che, quand'anche fosse da ritenersi che le attribuzioni della IV Sezione afferissero alla materia dei "diritti" in senso lato e, dunque, (per ciò) fossero giurisdizionali, tale assunto doveva essere immediatamente disconosciuto non appena si comprendesse il "pericolo" derivante da un dualismo di giurisdizioni (quella propria dei tribunali ordinari basata sull'impianto di cui alla L.A.C. e l'affermata giurisdizione della IV Sezione) non previsto dal legislatore e, perciò, non disciplinato nel coordinamento — ciò basandosi (ovviamente) su un'idea preliminare di impossibile compresenza in una stessa materia di due giurisdizioni tra loro non coordinate[43] — con evidente rischio di conseguenze gravi in punto di contraddittorietà di giudicati[44].

---

[42] Cfr. l'argomentazione assertiva di V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, op. cit., pag. 771, il quale, nel procedere secondo una tecnica di confutazione e di raffronto con gli assiomi della "giurisdizione", statuisce che «[…] *se la materia di questa competenza riservata alla IV Sezione* […] *ha per sua caratteristica di non avere per contenuto un diritto subiettivo, non può la competenza stessa qualificarsi per giurisdizionale da poi che, dove non è in controversia un diritto, non vi può essere giurisdizione*». *Contra* M. GALLIANO SANTORO, *La forza obbligatoria delle decisioni della IV Sezione del Consiglio di Stato*, op. cit., pag. 225. L'Autore, infatti, giustifica le proprie critiche alla suddetta concezione nell'ottica di «[…] *sgombrare il terreno di un pregiudizio gravissimo, sostenuto dall'Orlando, che la giurisdizione sia solamente ammissibile in materia di diritti subbiettivi*».

[43] È lo stesso V.E. ORLANDO, op. ult. cit., pag. 769, ad ammettere che è "regola generale" l'esclusione, su di un medesimo diritto, delle pronunce di più giurisdizioni (salvo che non sia stata prevista *ex ante* una qualche forma di subordinazione come criterio per risolvere i loro rapporti di reciprocità ed interferenza). La *ratio* sottesa a quest'idea affonda le radici nella valorizzazione del principio di certezza del diritto come reso evidente dal seguente passaggio: «[e], *di vero, il motivo d'ordine pubblico che determina nello Stato la funzione giurisdizionale è che sia certo il diritto: e come, nel senso obiettivo provvede a ciò la funzione legislativa, così nel senso subiettivo vi provvede quella giurisdizionale.* […] *Or non è chi non veda come tale scopo fallirebbe ove la definizione del diritto controverso dipendesse da diverse autorità, da poi che la grande mutabilità degli apprezzamenti e delle opinioni renderebbe frequente il caso che, in una stessa fattispecie, la sovranità dello Stato giudicante ritenga una volta torto ciò che altra volta aveva ritenuto diritto, e viceversa*». Ritiene, invece, S. TRENTIN, *La cosa giudicata nelle decisioni delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, op. cit., pag. 128, che la compresenza di due ordini giurisdizionali (IV Sezione e giudice ordinario) non conduca «[…] *come crede l'Orlando ad ammettere la coesistenza di due giurisdizioni in ordine ad una stessa materia, poiché diversi sono i sindacati che dalla IV Sezione e dall'autorità giudiziaria vengono posti in essere, di guisa che il rapporto che fra loro viene ad intercedere non si ridurrà ad un rapporto di concorrenza, ma bensì ad un rapporto di coordinazione o di alterazione*».

[44] Vd., molto chiaramente, V.E. ORLANDO, op. ult. cit., pag. 771: «[a]*mmettiamo che le espressioni di cui l'art. 25 si serve non impediscano alla IV Sezione di conoscere, nei modi e nei termini che la legge specialmente indica, anche di quelle controversie il cui contenuto effettivo sia un diritto. Intanto su queste materie giudica il magistrato.* […] *è da escludere che due giurisdizioni possano, con eguale libertà ed autonomia,*

Da ultimo, un altro argomento degno di nota faceva leva sui limiti interni della giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria nei confronti delle controversie di diritto pubblico e, in specie, di quelle ove fosse parte una pubblica amministrazione e in oggetto un provvedimento amministrativo espressione di un potere autoritativo. Infatti, per effetto del combinato disposto degli artt. 4 e 5 L.A.C., la linea di separazione tra giurisdizione e amministrazione era stata fissata in maniera netta e precisa (in ciò secondo una forte connotazione del «principio di divisione dei poteri»[45]), sia in positivo nel dare facoltà al giudice di conoscere unicamente degli effetti dell'atto amministrativo (con — eventuale — potere di disapplicazione dello stesso qualora ritenuto *incidenter tantum* illegittimo), sia in negativo vietando ogni possibile incidenza costitutiva sull'atto nei termini dell'annullamento, della revoca o della modifica. *A contrario*, poiché il nuovo sistema rimediale di cui alla riforma crispina del 1889 consentiva unicamente

---

esercitarsi su di un medesimo obietto. La legge avrebbe potuto fare sussistere quell'ipotetico dualismo di giurisdizioni concorrenti o con la massima electa una via, di maniera che l'adire la IV Sezione avesse fatto venir meno la facoltà di spiegare un'azione dinanzi i tribunali ordinarii, e viceversa; o coordinandole in guisa che la quistione della legalità dell'atto, risoluta dal magistrato amministrativo, facesse definitivamente stato dinanzi il tribunale ordinario. Ma la legge del 1889 non fece né l'una cosa né l'altra: e fra tanta varietà di opinioni e confusione di giudizii, nessuno, crediamo, è venuto a dare alla legge stessa una di quelle due interpretazioni. Ed è naturale che vadano assolutamente escluse […]». *Contra* M. GALLIANO SANTORO, *La forza obbligatoria delle decisioni della IV Sezione del Consiglio di Stato*, op. cit., pag. 254, il quale, all'opposto (e in chiave di critica espressa agli enunciati dell'ORLANDO), ritiene che sia proprio l'istituto del «giudicato» — una volta postulata la natura giurisdizionale della IV Sezione — a consentire il coordinamento e il rispetto reciproco fra le pronunce emesse da più organi giurisdizionali.

[45] Forte era, infatti, all'epoca l'influenza del modello (e della letteratura giuridica) d'oltralpe francese ove, come noto, il potere esecutivo nutriva fortissima diffidenza verso il potere giudiziario tanto da aver condotto alla creazione di un sistema di «*contentieux administratif*» nella versione più "rigida". In altre parole, un modello ove gli organi (Consiglio di Stato e Consigli di prefettura) deputati a sindacare gli atti amministrativi emanati dai pubblici poteri non avessero natura giurisdizionale ma (anzi) fossero inquadrati all'interno della stessa amministrazione attiva (cui erano vincolati — anche — per il tramite, o delle forme della "*justice retenue*", o dell'Autorità del Prefetto). Per un riferimento minimo ai classici della giustizia amministrativa francese — sicuramente circolanti (e conosciuti) dagli Autori italiani in esame — vd., quantomeno, E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault et cie, 1896; nonché R. DARESTE, *La justice administrative en France; ou, Traité du contentieux de l'administration*, Paris, Durand, 1862. Sul passaggio (in Francia) da un'amministrazione senza giudice al c.d. "giudice dell'amministrazione", con particolare attenzione alle origini della giurisdizione amministrativa francese, vd., più recentemente — all'interno della dottrina italiana — gli studi di A. MASUCCI, *Il processo amministrativo in Francia*, Milano, Giuffrè, 1995.

l'annullamento[46] degli atti amministrativi affetti patologicamente dai vizi di incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge (cfr. art. 3, comma 1, l. 5992/1889), ciò era sufficiente per far dedurre, ai fautori della visione in esame, la non attribuzione del carattere giurisdizionale[47] della funzione *de qua* (per il rispetto, per l'appunto, delle logiche di separazione rigida tra funzioni sovrane, le quali non possono tollerare reciproche sovrapposizioni) e a far definire, consequenzialmente, la IV Sezione del Consiglio di Stato come «[…] *supremo magistrato dell'ordine amministrativo che, nel seno dell'amministrazione stessa, provvede con le forme e le solennità del diritto procedurale al còmpito, puramente amministrativo, di assicurare la legalità e la giustizia dei provvedimenti dell'autorità in rapporto agl'interessi dei cittadini senza l'intervento di poteri estranei*»[48].

Tutto ciò premesso, si può ora (cercare di) mostrare quale fosse, secondo la dottrina in esame, il "valore giuridico" delle «decisioni» rese dalla IV Sezione del Consiglio di Stato, cercando di comprenderne — in primo luogo — le

---

[46] Cfr. art. 17, commi 2 e 3, l. 5992/1889: «[s]*e accoglie il ricorso per motivo d'incompetenza, annulla l'atto o provvedimento, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa* […]. *Se accoglie il ricorso per altri motivi, nei casi previsti dall'art. 3, annulla l'atto o provvedimento, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa* […]».

[47] Si riportano alcune osservazioni in questi termini contenute in V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, op. cit., pag. 408. *Ivi*, infatti, l'Autore (in un momento cronologicamente successivo alle prime teorizzazioni pubblicate nella *Giustizia amministrativa*), nonostante fossero ormai cessati i forti dissensi dottrinali sul tema in corpo (per effetto dell'espressa ammissione legislativa del carattere giurisdizionale delle nuove forme contenziose attraverso la riforma del 1907), persevera — pur conscio di perorare una visione ormai minoritaria e contrastata su ogni fronte — nel mostrare quelle che, a Suo avviso, rappresentano le «[…] *stridenti incompatibilità logiche del sistema prevalso*» (così a pag. 419), tra le quali (venendo all'argomento dai noi ripreso *supra*) il fatto che «[q]*uando la legge del 1865 stabiliva che i tribunali ordinari potessero giudicare soltanto degli effetti dell'atto amministrativo in relazione all'oggetto dedotto in giudizio senza poter revocare l'atto amministrativo, stabiliva (e secondo noi correttamente) una precisa linea di divisione tra la competenza di carattere giurisdizionale e la competenza di carattere amministrativo. Secondo noi, il fatto stesso che la competenza generale del nuovo contenzioso si manifestava soltanto nella possibilità di annullare l'atto amministrativo, bastava per escludere che un tale atto potesse avere il valore di un giudicato*».

[48] V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, op. cit., pag. 776. *Contra* F. AURITI, *Discorso di inaugurazione*, in Giust. amm., 1894, IV, pagg. 7 ss. L'Autore da ultimo citato, infatti, essendo autorevole sostenitore dell'ammissibilità dell'impugnazione con ricorso per cassazione delle decisioni della IV Sezione, ne era altrettanto (per coerenza logica) propugnatore della relativa natura giurisdizionale, come ben si può intuire dal seguente passaggio ove Egli afferma che «[l]*a IV Sezione non amministra, ma pronunzia decisioni sopra certe controversie che insorgano sugli atti dell'autorità che amministra*».

implicazioni che la soluzione (che abbiamo definito) "amministrativa" al più generale problema dell'inquadramento delle (nuove) attribuzioni del Consiglio di Stato trascinava con sé in punto di formazione (o meno) di un «giudicato» connesso alle pronunce emanate in risposta ai ricorsi *ex* art. 3, comma 1, l. 5992/1889.

Si anticipa che, aldilà della tesi di fondo assunta, era problema comune, tanto ai sostenitori della concezione "giurisdizionale" della IV Sezione, quanto a quelli della opposta soluzione "amministrativa" — e quindi a prescindere (come vedremo) dall'accettazione (o, viceversa, dal rifiuto) della presenza di un «giudicato amministrativo» — quello di impostare il ragionamento nell'ottica pragmatica di assicurare una qualche (forma di) stabilità al risultato (diverso per le parti) raggiunto in esito alla soluzione della lite controversa proiettandosi — in chiave preclusiva o conformativa — verso il nuovo esercizio del potere da parte della P.A. o i nuovi ricorsi del privato "*de eadem re*"[49].

Dunque, l'opzione "amministrativa" circa le competenze della IV Sezione[50] condusse la dottrina ad ideare una tesi che potremmo definire come "negazionista" del «giudicato» come attributo giuridico e valore delle «decisioni» emesse dal Consiglio di Stato. Tale risultato interpretativo, tuttavia, è raggiunto

[49] In realtà tale problema, traslato in un più moderno e maturo ragionamento in chiave processual-civilistica (dato che qui ancora si sta esaminando la posizione di chi non ritiene esservi un processo amministrativo), può essere inserito nell'ampio dibattito sui c.d. «limiti oggettivi del giudicato», sul quale si rinvia *amplius* a quanto (già) esposto nel par. 1.5. del Cap. I del presente lavoro. *Ivi*, infatti, impostavamo il ragionamento sulla formula «limiti oggettivi del giudicato» individuandone, *in primis*, la funzione consistente, per l'appunto, nel fissare il «che cosa» è reso immutabile e stabile per opera della sentenza passata in giudicato formale e, come tale, idoneo a far scattare i vincoli per i futuri processi laddove una causa risultasse identica a quella già decisa.

[50] *Contra* F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, op. cit., in part. pag. 277. Egli, infatti riteneva che la tesi sull'inquadramento "amministrativo" della IV Sezione del Consiglio di Stato conducesse ad una forma di "ibrido" gravemente incompleto, «[…] *sia, perché esso disconosce l'evoluzione del pensiero moderno in materia di giustizia amministrativa in quanto in tutti i paesi meglio ordinati come la Francia, la Germania, l'Austria, la Spagna, il coronamento della giustizia amministrativa è costituito da una giurisdizione: sia perché l'ibrido istituto suaccennato sarebbe per la sua imperfezione un duplicato del ricorso gerarchico ed avrebbe dubbia utilità*».

— specie da chi (più di tutti) si occupò maggiormente del tema[51] — non tanto con un ragionamento di ovvia e consequenziale derivazione logica dalle premesse[52], bensì — senza ammettere alcun "preconcetto" dato e fisso — vagliando in un costante confronto di compatibilità i caratteri (come sedimentati nella letteratura dedicata al processo civile) del «giudicato» e la natura amministrativa delle «decisioni» come prodotto di una funzione di amministrazione contenziosa[53].

---

[51] Il riferimento torna (nuovamente) a V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, op. cit., in part. pagg. 1042 ss., che avevamo già definito come il "più notevole" ed "autorevole" (cfr. nt. 39) Autore del filone "amministrativo". Infatti è l'ORLANDO a porsi come "aprifila" di un nuovo dibattito sull'*an* del «giudicato amministrativo», ossia un primo discorso sulla presenza/assenza del giudicato come istituto all'interno del nuovo contenzioso amministrativo, che via via si svilupperà sempre più spostandosi (una volta che sarà pacifica la sua esistenza in una giustizia amministrativa inquadrabile — ormai senza più discussione alcuna — nell'alveo della funzione giurisdizionale) verso le riflessioni sul suo contenuto e sui suoi confini/limiti di estensione (soggettiva ed oggettiva). D'altronde è lo stesso ORLANDO (pag. 1043) a premettere, preliminarmente ad ogni discorso in merito, la «[…] *grandissima scarsità di materiali che ci offre in proposito la nostra letteratura scientifica*».

[52] Ossia limitandosi ad affermare il corollario dell'assenza di giudicato delle decisioni sui ricorsi in IV Sezione a causa della natura amministrativa (e, dunque, non giurisdizionale) delle relative attribuzioni che mal si combina con un istituto, quale il giudicato, proprio unicamente della sfera giurisdizionale e processuale.

[53] Infatti, V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, op. cit., pagg. 1046-1047, da un lato afferma che, avendo Egli «[…] *escluso che la competenza della IV Sezione sia giurisdizionale, ne segue che l'atto di essa non può qualificarsi come "sentenza", né può avere gli effetti della res giudicata. E poiché, invece, noi abbiamo qualificato la competenza della IV Sezione come quella di un'altissima autorità dell'ordine amministrativo che provvede al còmpito, proprio di tale ordine, di accertare la legalità dei provvedimenti esecutivi su reclamo del privato leso, ne segue che la decisione di essa va qualificata come un atto amministrativo reso in via contenziosa*». Tuttavia, Egli non si accontenta (come visto *supra*) di enunciare semplicemente tali qualifiche per farne derivare in via automatica, come conseguenze discendenti da premesse, le conclusioni sul tema del valore e dell'efficacia delle «decisioni» ma, invece, desidera, «[…] *per quanto ciò fosse possibile, considerare la questione della natura e degli effetti della decisione, astraendo da ogni preconcetto sulla natura della competenza, di modo, che il risultato dello studio nel tema presente serva come riprova della verità di quanto abbiamo stabilito in quel tema precedentemente*». Dunque, il tema del «giudicato amministrativo» (seppur affrontato sempre in un'ottica *a contrario* in funzione di esclusione dal campo del sistema di "contenzioso amministrativo" italiano) diviene una sorta di "cartina di tornasole" per saggiare e ricercare ulteriori conferme sulla correttezza dell'assioma di partenza circa la natura amministrativa (e non giurisdizionale) della IV Sezione del Consiglio di Stato. Tale approccio ben emerge in ID., *Principii di diritto amministrativo*, op. cit., pag. 407, nella parte in cui ritiene che «[l]*'unico criterio, capace di risolvere l'intricatissimo dubbio* (aggiungiamo: sulla natura giurisdizionale o amministrativa del nuovo contenzioso), *poteva soltanto desumersi dalla natura delle decisioni in quanto l'organo sarà giurisdizionale, quando l'atto di esso abbia l'efficacia di cosa giudicata*».

In primis, ci si è concentrati sull'"estensione soggettiva"[54] delle «decisioni» in quanto è proprio sotto tale profilo che si può *prima facie* ravvisare un primo attrito frontale con un principio cardine — ritenuto pacifico — in tema di «giudicato», ossia la nota regola sintetizzabile nel brocardo romanistico «*res judicata ius facit inter partes*»[55], la quale depone per una valenza della "*auctoritas*" della "*res judicata*" limitata alle sole parti del giudizio senza coinvolgimento alcuno — né di favore, né di danno — dei terzi.

Già questo primo aspetto sarebbe stato sufficiente, ad avviso della dottrina in esame, per condurre l'interprete ad accogliere una soluzione di "negazione" e rifiuto dell'estensione della qualità di «giudicato» alle decisioni della IV Sezione[56]. Infatti, il problema si pone con tutta la sua evidenza in quei casi (di somma frequenza nel nuovo sistema di annullamento per illegittimità dei provvedimenti di amministrazione) d'impugnazione di atti amministrativi di

---

[54] Quest'aspetto sarà saggiato *breviter* giacché, come già si anticipava, l'estensione soggettiva delle pronunce — in un'ottica processuale (e, dunque, riferibile agli sviluppi successivi della dottrina processual-amministrativistica intervenuta sul tema) — s'inserisce nel più ampio dibattito sui «limiti soggettivi del giudicato» sui quali, per ragioni di selezione e di delimitazione del campo d'indagine, si era già avvertito circa il non approfondimento nel presente lavoro (vd. nt. 87 del Cap. I, cui si rinvia per la bibliografia e per una "definizione minima" delle questioni).

[55] Sull'idea "metodologica" della ripresa dei canoni assiomatici romanistici relativi all'istituto della «*res iudicata*», in quanto «[…] *fattori di assoluta verità ed esattezza*», cfr., nella dottrina dell'epoca, M. GALLIANO SANTORO, *La forza obbligatoria delle decisioni della IV Sezione del Consiglio di Stato*, op. cit., pag. 264. L'Autore, infatti, è convinto che ogni discorso in tema di «giudicato» debba sempre principiare dalle massime: "*res iudicata ius facit inter partes*" (per quanto concerne i «limiti soggettivi») e "*tantum iudicatum quantum litigatum*" (per ogni discorso, invece, sui «limiti oggettivi»). La prima delle due massime, vale a dire il principio (cui in corpo) del valore "*inter partes*" della forza di giudicato, oggi è positivizzata nell'art. 2909 c.c. nella parte in cui *ivi* si dispone che il giudicato «[…] *fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa*». Per l'analisi della disposizione *de qua*, si rinvia, *amplius*, alle considerazioni svolte nel corso del Cap. I del presente lavoro.

[56] Vd., *clare*, V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, op. cit., pag. 1047, in specie nella parte in cui principia la trattazione dell'argomento in analisi con le seguenti considerazioni: «[i]*l primo carattere che si presenta al nostro esame riguarda l'estensione, o la portata dell'atto. E troviamo qui subito un'antitesi profondissima con un principio che vale circa l'autorità della cosa giudicata. È un principio notissimo: 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 alle decisioni della IV Sezione, ma vale precisamente una opposta*».

carattere generale (vd., per es., un regolamento amministrativo)[57] per i quali si deve inferire che, una volta caducati, vengano meno nel loro "carattere normativo" giovando (o, viceversa) nuocendo a tutti i terzi — peraltro estranei al giudizio occorso — aventi interessi di segno analogo a quello del ricorrente (o, viceversa, della P.A. resistente).

Sennonché, era giocoforza dover intuire l'"antinomia" tra la regola anzidetta della forza "*inter partes*" del giudicato (ritenuta quale *condicio sine qua non*, ovvero requisito connaturato all'istituto[58]) e, al contrario, l'evidenza empirica della caducazione di tutti quegli atti amministrativi la cui portata generale implica fattualmente un'estensione "*erga omnes*"[59] degli effetti della decisione contenziosa di annullamento di essi.

---

[57] *Ibidem*: «[p]*er tutti i provvedimenti che hanno il carattere di una norma generale. L'estensione di tale generalità può variare assai da caso a caso: è massima quando, per avventura, sia impugnata una disposizione regolamentare che abbia vigore per tutto il regno ed interessi tutti i cittadini, venendo giù giù a casi più ristretti, ma pur sempre relativi ad una collettività: per es. le decisioni in materia di bilanci comunali, sulla legalità di una tassa locale, di un organico di impiegati, e così via. Or è evidente che una decisioni, la quale accolga il ricorso, fa venir meno la norma in se stessa: e come giova a tutti coloro che da quella disposizione avrebbero ricevuto danno, così nuoce a tutti coloro che ne avrebbero avuto vantaggio*».

[58] L'ORLANDO, infatti, (cfr. op. ult. cit., pag. 1049) non omette mai di problematizzare ogni passaggio logico e argomentativo (dando come scontato qualche assunto), bensì (anche in questo caso) si chiede se la regola «*res judicata ius facit inter partes*» sia veramente elemento indefettibile del concetto di «giudicato», giacché in caso positivo (alla domanda implicita) allora sarebbe ineccepibile escludere la forza di giudicato a tutte quelle situazioni in cui la predetta regola sull'estensione soggettiva non possa applicarsi in concreto. Ed ecco che, dopo una serie di approfondite disamine sullo schema di giudizio dinanzi alla IV Sezione, giunge alla conclusione (op. ult. cit., pag. 1051) che «[…] *qui stanno di fronte due regole generali: quella relativa al giudicato, all'atto giurisdizionale vero e proprio, che ne limita l'importanza alle parti litiganti, e quella relativa alle decisioni della IV Sezione per cui esse hanno una portata affatto obiettiva e, mantenendo od annullando l'atto amministrativo impugnato, han valore erga omnes, giovando in caso di rigetto del ricorso, a tutti coloro che avevano interesse al mantenimento dell'atto e nuocendo a quelli che avevano interesse contrario; e, in caso di annullamento, nuocendo a quelli e giovando a questi*».

[59] Vd., anche, in argomento, F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., in part. pag. 295, il quale, nonostante (come si dirà *infra*) sposi una concezione "giurisdizionale" della IV Sezione e tenti di difenderne ogni implicazione dogmatica in punto di giudicato (e, dunque, anche il carattere "*inter partes*" delle relative decisioni), non mancava di osservare che «[…] *non è da nascondere, che vi è nella dottrina una certa inclinazione a ritenere, che le decisioni amministrative debbano aver forza non inter partes (sia pure coll'estensione che quest'espressione riceve nel diritto privato) ma erga omnes*». Infatti, era un aspetto problematico per l'Autore il fatto che vi fossero giurisdizioni (quale quella amministrativa sorta *post* 1889) ove non ci si limitasse unicamente (come dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria in base al sistema di cui alla L.A.C.) a far semplicemente dichiarare l'illegittimità di un provvedimento della P.A., bensì si potesse incidere su di esso per mezzo di pronunce di annullamento a valenza costitutiva. Ed ecco,

Ciò era ritenuto, dunque, sufficiente (sul piano della portata soggettiva dell'atto) per concludere nel senso dell'assenza di «autorità di cosa giudicata» in capo alle decisioni della IV Sezione[60].

Ad analoga conclusione, seppur basandosi su di un diverso percorso argomentativo, si giungeva anche quanto al tema dell'efficacia oggettiva delle «decisioni». Tale diverso problema era declinabile, tanto nei rapporti con l'autorità amministrativa quale risposta al problema dei limiti (o, anche, dei doveri) che l'amministrazione incontra nella riedizione del medesimo potere amministrativo per effetto dell'intervenuta decisione su un proprio precedente

---

dunque, perché si trovava a dover ammettere (op. ult. cit., pag. 296) che «[f]*acilmente, si ritiene, in questo caso, che la riforma, l'annullamento o la conferma, dell'atto abbiano valore pro o contro tutti gli eventuali interessati*». Peculiare la posizione di A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, op. cit., in part. pag. 871, il quale, nonostante fosse un sostenitore della concezione "giurisdizionale" della IV Sezione del Consiglio di Stato, tuttavia, a causa della Sua forte lettura in senso "oggettivo" del nuovo sistema di giurisdizione amministrativa (vd., già, le anticipazioni sull'Autore espresse in nt. 41), fu spinto ad ideare un concetto di «giudicato» che potremmo definire "giudicato obiettivo ad efficacia universale", ossia una particolare declinazione dell'istituto analoga (di fatto) alla posizione dell'ORLANDO sul valore "*erga omnes*" delle decisioni e (ben) lontano dalla visione più pura del CAMMEO (cui *infra*) più vicina, viceversa, alle tesi classiche della dottrina processual-civilistica in tema di efficacia "*inter partes*" delle pronunce giurisdizionali. Del resto questa sembrava la visione egemone anche nella dottrina francese d'oltralpe la quale, come anticipavamo (vd. nt. 45) era presa in seria considerazione dagli Autori domestici i quali frequentemente, per supplire alle carenze della bibliografia interna, dedicavano ampi sforzi al momento comparatistico. Cfr., per tutti, E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., pag. 574, nella parte in cui, trattando del tema dei ricorsi per "*excès de pouvoir*" dinanzi al "*Conseil d'État*", affermava che «[s]*e la decisione ha pronunciato l'annullamento dell'atto, quest'annullamento produce il suo effetto erga omnes, perché esso fa disparire l'atto amministrativo* […]. *Se, dunque, l'atto annullato concerne una collettività, se, per esempio, consiste in un regolamento di polizia municipale, l'annullamento profitta a tutti gli abitanti del Comune e non solo a quelli che hanno firmato il ricorso.* […] *L'annullamento agirebbe egualmente erga omnes, se l'atto annullato giovasse ai terzi in luogo di danneggiarli*». In giurisprudenza, nel senso adesivo a questa prima concezione sull'efficacia "*erga omnnes*" delle decisioni della IV Sezione (poi evolutasi in altre e più composite soluzioni, sulle quali *infra*), cfr., *ex pluribus*, Cons. St., sez. IV, 5 maggio 1911, in Riv. dir. pubbl., 1911, II, pag. 534; Cons. St., sez. IV, 24 maggio 1901, in Giur. it., 1901, III, c. 289.

[60] Fungendo, al contempo, da "elemento sintomatico" nonché ulteriore conferma (tra le varie ricavate induttivamente da istituti specifici) della validità dell'ipotesi ("a monte") in merito alla natura "amministrativa" dell'intero sistema di contenzioso inaugurato con la riforma del 1889. A favore della negazione della "forza di giudicato" delle decisioni della giustizia amministrativa, anche R. VON GNEIST, *Lo stato secondo il diritto, ossia, La giustizia nell'amministrazione politica* (trad. a cura di I. ARTOM), Bologna, Zanichelli, 1880, pag. 217, nella parte in cui l'Autore sostiene che «[a]*lla procedura si applicano in genere le analogie del diritto civile tranne l'eccezione di cosa giudicata, che è speciale del diritto privato*».

atto, quanto nei rapporti con il privato ricorrente in riferimento a possibili nuovi ricorsi (aventi identico contenuto) sul medesimo provvedimento (in caso di decisione di rigetto del primo ricorso)[61].

Si vede, dunque, come la questione della "stabilità" del risultato raggiunto fosse tema caro anche a coloro che, qualificando come "amministrative" il fascio di attribuzioni contenziose in capo alla IV Sezione, negavano ogni qualità di «autorità di cosa giudicata» alle «decisioni» rese sui ricorsi di cui alla legge del 1889, giacché si intuiva già (seppur in una forma ancora iniziale) il bisogno di una qualche "utilità" delle pronunce rese nell'ambito dei giudizi (quale ne fosse l'inquadramento giuridico in termini di funzione) di risoluzione dei conflitti.

Tuttavia, in questa dottrina, l'enucleazione dei limiti/divieti (s'intende per l'attività futura) alle parti in causa (P.A. e privato ricorrente) in relazione all'oggetto della contesa veniva ad essere sviluppata senza ricorrere al supporto dell'istituto del «giudicato» che, come si è già anticipato, era ritenuto inapplicabile (per incompatibilità strutturale) alle decisioni rese dalla IV Sezione.

Dunque, partendo dalla situazione del privato ricorrente, quest'ultimo — in caso di rigetto della propria impugnazione — si riteneva impedito nella riproposizione di un ulteriore ricorso [62] avente ad oggetto il medesimo provvedimento (per far valere le medesime od altre — e diverse — censure di legittimità) per l'operare in combinato di due meccanismi di tipo sostanziale quali: lo spirare del brevissimo termine di decadenza per l'esercizio della facoltà di ricorso[63] e, soprattutto, la consumazione per "esaurimento" del proprio diritto a

---

[61] Tale problema, qualora si assumesse una prospettiva giurisdizionale — e, dunque, si ammettesse l'esistenza di un «giudicato» — sarebbe inserito nell'ambito dell'area d'individuazione dei «limiti oggettivi del giudicato». In argomento, per una prima impostazione di ordine generale, cfr. il par. 1.5. del Capitolo I del presente lavoro.

[62] In questo è assertivo V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, op. cit., pag. 1062, ove afferma, *espliciter*, che «[s]*e, difatti, il privato ebbe rigettato il ricorso, è chiaro che egli non può riproporlo*».

[63] Vd. il termine per ricorrere di sessanta giorni (dalla data in cui la decisione amministrativa sia stata notificata) previsto dall'art. 9 della l. 5992/1889. Ritiene A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, in Dir, proc. amm., 2006, IV, pag. 912, che, all'interno della giustizia amministrativa, l'esigenza (grave nel processo civile) di arginare i rischi del «*ne bis in idem*» (dal

ricorrere avverso un atto illegittimo. In questo senso si recupera in chiave analogica (e non d'identità giacché si è escluso il campo processuale dell'agire della IV Sezione) la teoria romanistica della "consumazione"[64](detto altrimenti, l'effetto della c.d. «*litis contestatio*»[65]) del diritto di azione — come conseguenza del suo esercizio per l'avvio di un processo — fondandola, non tanto su di un (ipotetico) accordo fra le parti volto ad impegnarsi ad un reciproco riconoscimento *pro futuro* del modo d'essere di un rapporto così come fissato dall'organo giusdicente, bensì basato direttamente sulla legge. Infatti, il legislatore, positivizzando il sistema contenzioso di cui alla l. 5992/1889, aveva attribuito al cittadino un "diritto a ricorrere" avverso gli atti amministrativi (ritenuti) illegittimi il quale, una volta esperito, analogamente al meccanismo di esaurimento del diritto di azione processuale, si era consumato e, dunque, non poteva più essere oggetto di secondi riesercizi.

Un problema speculare si pose (anche) nel caso simmetrico di accoglimento del ricorso — e, dunque, di annullamento dell'atto amministrativo

---

lato dell'attore ricorrente) ha un carattere "attenuato" proprio per la presenza di un breve termine di decadenza per il ricorso contro un atto, il quale, ha l'effetto di ridimensionare e rendere marginale il problema stesso.

[64] Cfr., sull'impostazione del ragionamento, V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, op. cit., pag. 1062, nella parte in cui sostiene che «[v]*i osterebbe* (aggiungiamo: alla riproposizione del ricorso rigettato) — *e più importa — il fatto di avere egli* (aggiungiamo: il privato ricorrente) *esaurito il diritto che aveva a ricorrere. Vi è qui analogia con quella norma procedurale che nella storia del diritto romano precede l'exceptio rei iudicatae e la prepara, cioè la consumazione dell'azione pel fatto stesso di averla dedotta in giudizio. Ma, ripetiamo, qui solo di analogie si può parlare: che poi fra i tre tipi di istituti giuridici passano le differenze seguenti. Il giudicato riposa sulla presunzione assoluta che quanto sia in quel dato modo stabilito sia il diritto o il torto; la vecchia consumazione processuale dell'azione, invece, è una risorsa fondata sul meccanismo della litis contestatio, in quanto cioè un atto di volontà delle parti (analogamente al contratto) consentiva di riconoscere per l'avvenire il rapporto giuridico controverso nei termini in cui il giudice lo avrebbe riconosciuto; l'esaurimento del diritto del privato a ricorrere contro un atto amministrativo — nei suoi effetti identico alla consumazione processuale dell'azione — ne differisce in quanto, lungi dal riposare sul presunto accordo delle parti, ha per sua ragione il modo stesso della concessione del rimedio legislativo.* […] *Il cittadino che ricorre contro l'atto amministrativo, appunto perché non siamo in un campo giurisdizionale, non ha altro che una facoltà o se anche si vuole un diritto al ricorso, diritto però, o facoltà che si contiene esclusivamente entro la specifica concessione legislativa. Dal che segue che il diritto stesso si esaurisca per ciò che lo si eserciti, mediante il ricorso».*

[65] Per alcuni richiami alla citata teoria romanistica della "*litis contestatio*", soprattutto nella sua influenza e ripresa all'interno della moderna scienza giuridica tedesca, vd. il Cap. I del presente lavoro, *passim*.

illegittimo — per quanto attiene al limite/vincolo discendente (s'intende dall'annullamento) in capo alla P.A. quanto alla possibilità di emanare, per mezzo di un nuovo esercizio della medesima funzione di amministrazione attiva, un atto di uguale contenuto a quello appena caducato per mezzo dell'intervenuta «decisione» della IV Sezione. In quest'ambito si avanzò da un lato l'idea (propria del "buon senso giuridico"[66]) che non si potesse considerare validamente riproposto il "nuovo" atto amministrativo in tutto e per tutto identico al precedente annullato (in quanto illegittimo) in accoglimento al ricorso dalla IV Sezione; dall'altro che non era possibile spiegare la sorte di quest'ultimo ricorrendo alle regole sulla violazione del «giudicato» (come mutuabili dalla dottrina processual-civilistica[67]) per la (consueta impostazione d') incompatibilità della categoria «giudicato» con la struttura delle «decisioni» rese dal Consiglio di Stato.

Per di più, qui la ragione giuridica d'incompatibilità sembra essere ancora più forte, in quanto, proiettandosi un ipotetico limite di efficacia oggettiva (o, chiamiamolo, anche, di "efficacia preclusiva") sull'esercizio della futura funzione amministrativa, il tema confluiva[68] naturalmente nel più ampio dibattito sulla portata del «principio di separazione dei poteri» che, all'epoca (forte l'influsso francese) aveva una coloritura "rigida", oltreché "forte" (in punto di separazione).

---

[66] È lo stesso ORLANDO (op. ult. cit., pag. 1063) ad ammettere che, prima di verificare con il ragionamento, è lo stesso "buon senso giuridico" ad avvertire che, nel caso di identica riproposizione (anche immutati gli elementi del fatto e della convenienza) di un atto amministrativo a quello precedentemente annullato dalla IV Sezione, il "nuovo" atto (ugualmente) riproposto dalla P.A. non possa essere mantenuto nell'ordinamento.

[67] Sulla ripresa della c.d. «*exceptio rei iudicatae*», di derivazione romanistica, da parte della dottrina moderna (specie tedesca, vd., per tutti quella del SAVIGNY e del KELLER), cfr. il par. 1.2. del Cap. I del presente lavoro.

[68] Come già osservavamo, in precedenza (cfr. all'interno di questo stesso paragrafo), in occasione dell'esame sul dibattito "storico" sorto in merito alla *vexata quaestio* circa la natura "amministrativa" o, viceversa, "giurisdizionale" delle (nuove) competenze acquisite dal Consiglio di Stato per effetto della riforma crispina.

Infatti, poiché il «giudicato», nel suo aspetto tipico[69], ha la tendenza a fissare per il futuro — in chiave stabile — il rapporto giuridico controverso, esso acquisisce fisiologicamente un ruolo di limite per la libertà dei soggetti coinvolti (dall'estensione del) suo raggio di azione, in quanto espressione di una "*auctoritas*" che si giustifica sulla base della provenienza della statuizione da un complesso di organi facenti parte di un "potere sovrano". Ecco perché la dottrina in esame[70] vede una difficoltà (non superabile a livello interpretativo) nel riconoscere ad un organo appartenente al potere giudiziario una "supremazia" di tal fatta sopra l'azione di un altro (e separato) potere sovrano, quale è l'amministrazione (nella sua accezione di potere esecutivo).

Perciò, poiché si voleva comunque impedire — per ragioni di "buon senso giuridico" legate, soprattutto, all'utilità pratica del nuovo istituto contenzioso — una prassi applicativa che facoltizzasse la riproposizione, in spregio ai motivi di un primo annullamento, di un atto totalmente identico (nella forma e nella sostanza) a quello (già) cassato dalla decisione della IV Sezione, senza che fosse possibile all'uopo trarre alcun giovamento dalle regole connesse ad un «giudicato» (che non si produce sulle «decisioni» in esame), si dovette ricercare un diverso fondamento (nel senso di «vizio» entro cui incasellare la fattispecie *de qua*).

A tal scopo, non essendo possibile applicare l'«*exceptio rei iudicatae*», né far valere le medesime violazioni di legge già accertate nel primo giudizio — perché (ciò) avrebbe significato ammettere l'assenza di qualsivoglia "forza" ed "utilità" della prima decisione, oltre consentire una serie di continui ed infiniti ricorsi sul

---

[69] Su cui vd., per l'impostazione classica, il Cap. I del presente lavoro (in part. i parr. 1.2 e 1.3.).

[70] Vd., nello specifico, la riflessione di V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, op. cit., pag. 1063, il quale, in relazione alla fattispecie in esaminata in corpo, procede affermando che: «[i]*l giudicato, quando fissa il rapporto giuridico e interdice ad una persona un atto, ha, con ciò, dichiarato un limite giuridico della legittima libertà di essa e questo limite in tanto può imporsi in quanto si esercita un potere di supremazia. Or in nessun caso si può ammettere che un potere sovrano, quale è quello spettante alla pubblica amministrazione, sottostia ad un limite dell'azione futura, a meno che questo non sia imposto per legge. Lo stesso potere giudiziario non potrebbe imporre il divieto di un'azione amministrativa futura*».

medesimo problema "sostanziale" — si concluse nel senso che l'atto amministrativo riproduttivo dei medesimi vizi (già) accertati fosse affetto da "eccesso di potere" [71].

L'eccesso di potere, in questo caso, era ravvisabile nei profili di arbitrarietà ed illogicità che sarebbero stati impliciti in una scelta, da parte di un organo di amministrazione attiva, di riprodurre il medesimo provvedimento annullato senza palesare (in motivazione) il diverso fondamento (giuridico o di opportunità) del nuovo atto, contravvenendo, in totale spregio (ed assenza di considerazione), agli "scopi intimi"[72] dell'istituzione (da parte del legislatore) della IV Sezione, quale supremo organo amministrativo dotato del potere di valutare la rispondenza a legalità dei provvedimenti di amministrazione.

Quid iuris, invece, qualora il citato organo di amministrazione attiva riproducesse il medesimo atto annullato (dalla IV Sezione) fondando la riedizione del potere su "motivi nuovi" già esistenti e non sopravvenuti[73]?

Tale caso, secondo la dottrina in esame, consentiva un ulteriore raffronto con l'istituto del «giudicato» onde, *a contrario*, escluderne (ancora una volta) ogni possibile applicazione alle «decisioni».

Infatti, partendo dalla convinzione diffusa che la formazione di un «giudicato» preclude qualsiasi riproposizione della medesima "sostanza" decisa

---

[71] *Ibidem*: «[l]*a IV Sezione, dunque, dato il caso che in seguito all'annullamento di un atto amministrativo, questo venisse riprodotto, in completa antitesi con le ragioni che già avevano motivato il primo annullamento, pronunzierà nuovamente la nullità e non solo (come potrebbe sostenere una teoria più assoluta della nostra) perché dovrebbe per debito di coerenza ritenere l'esistenza delle stesse violazioni di legge constatate la prima volta. No, noi ammettiamo che la riproduzione dell'atto annullato sia per sé stessa, e in via pregiudiziale, una ragione di nullità; ma non per violazione del giudicato e neppure per una formale violazione della legge, bensì, secondo noi, per un'elegante applicazione della competenza di annullamento per eccesso di potere*».

[72] Così, testualmente, lo stesso V.E. ORLANDO, *ibidem*.

[73] La precisazione, a scanso di equivoci, è d'obbligo. Infatti, attraverso la locuzione "motivi nuovi" qui intendiamo soltanto indicare il fenomeno dell'allegazione di motivi (quali fondamenti giuridici del potere) già esistenti al momento dell'emanazione del primo atto amministrativo ma non accertati né posti a fondamento da parte della P.A. del proprio atto. È evidente la differenza con la diversa situazione dei "motivi sopravvenuti" (al primo esercizio del potere o, anche, al giudizio dinanzi alla IV Sezione), giacché il tema delle «sopravvenienze» è fenomeno ulteriore (a questo discorso) sul quale nemmeno la "grande" forza e stabilità del «giudicato» riuscirebbe a resistervi (come vedremo *infra*).

dalla sentenza, quand'anche fondata su motivi diversi da quelli posti *sub iudice*[74] (ma già presenti all'epoca del primo esercizio del potere), si asseriva che tale regola non poteva tollerarsi qualora fosse applicata all'Amministrazione agente con moduli autoritativi (ossia di spendita in concreto di poteri d'impero). In considerazione di ciò la P.A. doveva poter perseverare, nonostante l'annullamento (in prima battuta) in sede contenziosa del suo precedente provvedimento, nella riedizione del potere fondando il nuovo esercizio su diverse (ma già presenti) ragioni costitutive (purché "serie" e "gravi"[75]), senza che si potesse opporre a tale nuova azione amministrativa nessun elemento ostativo fondato sul previo annullamento dinanzi alla IV Sezione[76].

Tale conclusione pareva obbligata: l'alternativa — ovvero l'applicazione di una preclusione "forte" quale quella che poteva discendere dall'estensione analogica del meccanismo tipico del «giudicato» — avrebbe fatto dipendere da un annullamento di un singolo provvedimento amministrativo (dati gli effetti preclusivi estesi al "deducibile") un generale "spossessamento" di capacità su quell'affare in capo all'Amministrazione; conseguenza che, ad avviso della più

---

[74] Qui è di massimo interesse sottolineare come l'ORLANDO palesi che, a Suo avviso (forse spinto in ciò da alcuni filoni presenti nella dottrina — soprattutto processual-civilistica — dell'epoca), l'«efficacia preclusiva» nascente dal giudicato (diremmo: i suoi «limiti oggettivi») si estende/ono fino a coprire, oltrechè il "dedotto", anche il "deducibile". Per un primo inquadramento della regola (e del dibattito sui limiti oggettivi del giudicato nelle azioni costitutive) si rinvia al par. 1.5.1. del Cap. I del presente lavoro.

[75] E, su questo, insisteva fortemente V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, op. cit., pag. 1064, laddove, onde evitare che la Sua concezione potesse divenire un'*escamotage* per azioni amministrative ingiustificate e pretestuose, pose l'accento sul fatto che «[…] *noi supponiamo non solo che la nuova motivazione non sia un pretesto per larvare la illegittima intenzione di persistere nel provvedimento malgrado la decisione, ma che si tratti di ragioni di reale ed intrinseca gravità le quali fossero una prima volta per avventura sfuggite*».

[76] Cfr. V.E. ORLANDO, *ibidem*: «[…] *applicando la teoria del giudicato, questo sarebbe di ostacolo alla riproduzione dell'atto anche in quel caso, giusta la nota regola che la sentenza giudiziaria impedisce la riproduzione della medesima pretesa anche quando questa si presenti fondata sopra un motivo affatto diverso da quello a proposito del quale si formò il primo giudicato. Ma se, invece, l'amministrazione pubblica la quale ha visto un suo atto annullato dalla IV Sezione perché questa non trovò che i motivi su cui quello si fondava risultassero legalmente giustificati, crede in seguito di dovere insistere per un nuovo e diverso ordine di ragioni — reali e gravi — che dànno all'atto quel fondamento legale che si trovò deficiente, noi crediamo che non possa opporsi una ragion pregiudiziale di annullamento all'atto che, per avventura, fosse nuovamente formato*».

Autorevole dottrina dell'epoca, appariva «[…] *troppo manifestamente ripugnante al senso giuridico di un cultore del diritto pubblico*»[77].

Si può, dunque, affermare che questa prima dottrina, inquadrabile nell'ambito del più ampio dibattito in merito alla "natura" (giurisdizionale o amministrativa) delle competenze attribuite all'istituita IV Sezione del Consiglio di Stato, deponeva — in coerenza con l'assunto di base circa l'inquadramento amministrativo del nuovo contenzioso amministrativo — per una visione "negazionista" dell'attributo del «giudicato» alle «decisioni».

Tuttavia, già vi era *in nuce* un'attenzione (ovviamente senza la possibilità di ricorrere allo strumentario concettuale proprio dell'«autorità di cosa giudicata») al realizzo di una certa forma di stabilità del risultato ottenuto in esito al giudizio e alla ricerca di schemi giuridici entro cui incanalare la riedizione del potere amministrativo.

Ovviamente, una visione "forte" dell'assetto costituzionale sulla divisione dei poteri, nonché il ritenuto carattere amministrativo delle «decisioni», hanno fatto sì che l'accennata stabilità fosse minima e, dunque, che l'Amministrazione (la quale non può tollerare "invasioni di campo" e manifestazioni di superiorità da altri poteri sovrani, in specie quello giurisdizionale) potesse sempre perseguire la cura in concreto dell'interesse pubblico emanando (a seguito di un primo annullamento) provvedimenti amministrativi di eguale contenuto purché fondati su nuove (anche se già presenti all'epoca della prima controversia) ragioni giuridiche a fondamento dell'esercizio del (proprio) potere d'imperio.

---

[77] Il riferimento è a V.E. ORLANDO, *ibidem*. Tale modo di procedere viene valutato da M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 34, come un tipico esempio di utilizzo (in diritto) di una forma di argomentazione c.d. «*per absurdum*», la quale viene spesa (in questo caso) dall'ORLANDO al fine di convincere il lettore circa la non idoneità delle decisioni della IV Sezione a conseguire la qualità di «giudicato».

2.3. Le prime costruzioni «proto-civilistiche» sul giudicato amministrativo a "stabilità limitata". Recupero, a contrario, della concezione «negazionista» per un'impostazione del discorso sul giudicato a base "ampia".

In antitesi alla visione appena presentata, si collocavano coloro[78] che, come anticipato, erano sostenitori della natura "giurisdizionale" del nuovo giudizio dinanzi alla IV Sezione.

Tale risultato è stato raggiunto sulla base della critica vigorosa alle ritenute insufficienze ed imperfezioni dei rimedi tradizionali di giustizia amministrativa, quali (in particolare) i ricorsi amministrativi, ossia[79]: la carenza di imparzialità dell'organo chiamato a decidere per la sua "vicinanza" all'amministrazione resistente, da un lato; e la "forza"/stabilità limitata della decisione (emanata) nel definire il rapporto controverso *pro futuro* con effetti di vincolo o preclusione per l'azione amministrativa successiva della P.A, dall'altro.

Ecco, allora, perché il modello rimediale ideale (che poteva essere rappresentato dal nuovo istituto di giustizia amministrativa introdotto dalla riforma crispina) per sindacare l'attività provvedimentale dell'Amministrazione

---

[78] Cfr., per una rassegna di Autori inquadrabili nell'accennato orientamento, la nt. 27 del presente Capitolo.

[79] Si assuma, come base del discorso in corpo, la costruzione dell'esponente più influente della corrente in esame, ossia F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pag. 276. L'Autore, infatti, spinto nella laboriosa ricerca di un altro strumento (fuori dei tradizionali mezzi della giustizia amministrativa) per realizzare lo "Stato di diritto" nei rapporti tra P.A. e cittadino, ritenne utile studiare i difetti strutturali del rimedio classico rappresentato dal ricorso gerarchico al fine di ricavarne, *a contrario*, le caratteristiche (intese quali "pregi") che andranno ricercate nel nuovo strumento di giustizia ideale. Egli, all'uopo, riteneva che tali difetti fossero «[…] *essenzialmente: a) la mancanza di garanzie di imparzialità nella decisione, perché l'autorità che esercita il sindacato appartiene allo stesso ordine dell'autorità controllata, rappresenta gli stessi interessi, è animata dallo stesso spirito di corpo, e soggetta alle stesse influenze di partito, di classe, di governo; b) la forza limitata che la decisione su ricorso gerarchico ha nel definire il rapporto giuridico controverso, non possedendo essa il valore di giudicato. Quindi il nuovo istituto deve rispondere ai seguenti requisiti: a) indipendenza dell'autorità decidente dall'amministrazione attiva, e dall'amministrazione politica, per impedire l'influsso di forze estranee alla mera applicazione del diritto; b) garanzia di un procedimento contraddittorio fra gli interessati per assicurare l'esatta conoscenza della controversia dal punto di vista di fatto e di diritto in relazione alla: c) attribuzione alla decisione di tale efficacia, che essa importi la definizione inoppugnabile del rapporto giuridico. Dal che consegue poi la sua forza di giudicato*».

doveva possedere, in positivo, quegli elementi che, viceversa, difettavano negli strumenti contenziosi all'epoca vigenti. Tali aspetti coincidevano con i requisiti formali necessari della funzione giurisdizionale[80], ossia il carattere indipendente (dalle parti) dell'autorità decidente, la garanzia di un contraddittorio tra le parti[81] in funzione di maggiore emersione della "verità processuale" ed, infine, l'acquisizione, in capo alle decisioni rese, dell'«autorità di cosa giudicata»[82] a presidio della stabilità del rapporto giuridico accertato.

Postulata, dunque, la natura giurisdizionale (quasi come "tesi obbligata"[83]) della IV Sezione del Consiglio di Stato[84] la conseguenza parve d'obbligo: doveva importarsi, anche all'interno di questo nuovo "processo amministrativo", l'istituto del «giudicato» (da adattare alle «decisioni») dato che «[g]*iurisdizione intanto c'è in quanto si può ottenere una decisione con forza di giudicato*»[85].

---

[80] Secondo G. VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, op. cit., pagg. 264 ss., perché si abbia una "vera" giurisdizione è necessario il concorso congiunto di tali requisiti.

[81] Questa elementare esigenza di "contraddittorio" è presente sin dall'antichità, come ben testimonia il brocardo latino dell'«*audiatur et altera pars*», divenuto (poi), nel corso del tempo, principio di "*natural justice*" connaturato all'essenza della funzione giustiziale (*lato sensu*). Cfr., *amplius*, M. MANZIN, F. PUPPO (a cura di), *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Milano, Giuffrè, 2008; nonché, sempre in argomento, L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino, Giappichelli, 2004; ID., *Contraddittorio* (voce), in Dig. disc. priv., IV, Torino, Utet, 1989. Sulla genesi storica del brocardo vd., anche, N. PICARDI, «*Audiatur et altera pars*». *Le matrici storico-culturali del contraddittorio*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2003, I, pagg. 7 ss.

[82] F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, op. cit., pag. 276, ritiene che quello del «giudicato» sia, tra quelli esposti, il requisito «[…] *che è più di ogni altro caratteristico di questa funzione statuale* (s'intende: quella giurisdizionale)».

[83] Così, nel rilevare l'impostazione metodologica adottata dal CAMMEO (diversa, come si è visto, da quella dell'ORLANDO, il quale procedeva sempre senza "preconcetti" di alcun tipo, problematizzando ogni assunto di partenza) per affrontare il problema in esame, M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 28, in part. nt. 15 nella parte in cui si fa rinvio, sempre sul metodo prescrittivo, a O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895, pag. 252; e E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., pag. 571.

[84] Opzione, come si è visto, poi confermata (dalla giurisprudenza prima e successivamente) dallo stesso legislatore nel 1907, come riportato in nt. 22 del presente Capitolo.

[85] Cfr. F. CAMMEO, op. ult. cit., pag. 282. È lo stesso Autore ad affermare (*ibidem*, pag. 293) che «[…] *cosa giudicata e giurisdizione sono termini univocamente correlativi*».

La *ratio* di questo bisogno di un «giudicato»[86] anche nelle controversie che coinvolgono l'esercizio di un potere pubblicistico era ricollegata all'esigenza di raggiungere una stabilità del diritto, di contribuire alla certezza dello stesso e di realizzare, al contempo, la pace tra i consociati risolvendone le liti insorte.

Tuttavia, il vantaggio ricavabile da questa "fissità" dei rapporti "congelati" da una "verità processuale" scaturente dal giudicato[87], richiede un sacrificio di contemporanee esigenze di flessibilità e continua adattabilità al presente e/o alla verità (nel caso di errori della sentenza[88]), che nel campo del diritto pubblico (ove, come noto, è coinvolta la cura in concreto permanente di certi interessi pubblici) si fanno fortemente pressanti.

Ecco, perché, se da un lato sembrò doversi accettare (senz'altro) l'istituto del «giudicato» anche nel campo delle controversie sull'esercizio del potere della pubblica amministrazione[89], dall'altro lato sembrò implicitamente avvertirsi anche un (contemporaneo) bisogno di comprimerne al minimo la forza espansiva e, in un certo senso, "immobilizzante" dello stesso.

Dunque, il problema diviene, non più (vd. par. prec.) quello di dibattere in astratto circa l'ammissibilità (o meno) dell'attributo di «*res judicata*» alle «decisioni»

---

[86] Sulla *ratio* (e sulla funzione in generale) propria dell'istituto del «giudicato» si rinvia alle prime osservazioni esposte nel par. 1.1. del Cap. I del presente lavoro.

[87] Di qui, tutto quel dibattito (esposto sommariamente nel Cap. I, par. 1.2., in part. nt. 22) sulla c.d. «finzione di verità» (o «presunzione di verità») emerso dalla lettura degli Autori della dottrina processual-civilistica che, per primi, iniziarono molto tempo addietro, a studiare il problema del «giudicato».

[88] In realtà, alla correzione dei più "macroscopici" errori di una sentenza potrebbe supplire l'istituto della «revocazione» della sentenza su cui, per esigenza di economia di lavoro, si rinvia (quantomeno) agli studi di E. FAZZALARI, *Revocazione (dir. proc. civ.)* (voce), in Enc. dir., XL, Milano, Giuffrè, 1989, pagg. 293 ss.; V. COLESANTI, *Sentenza civile (revocazione della)* (voce), in Nss. Dig. it., XVI, Torino, Utet, 1969, pagg. 1161 ss.; A. ATTARDI, *La revocazione*, Padova, Cedam, 1959. Mentre, per quanto attiene (in riferimento allo specifico versante problematico dell'azione amministrativa) alle nuove esigenze di cura dell'interesse pubblico in concreto v'è la clausola di salvaguardia del c.d. «*jus superveniens*» che, come anticipavamo, non trova resistenza alcuna in un precedente giudicato formatosi (in precedenza) su un primo episodio di esercizio del potere. In argomento, per un approfondimento sul tema del rapporto fra "giudicato amministrativo" e "*jus superveniens*", cfr., in dottrina, G. SIGISMONDI, *Jus superveniens e giudicato amministrativo*, in Giorn. dir. amm., 1999, X, pagg. 967 ss.

[89] Molto chiaramente F. CAMMEO, op. ult. cit., pag. 293, sostiene, per l'appunto, che «[…] *il diritto pubblico per meritare il nome di diritto e ricevere quindi una completa sanzione deve poter accettare l'istituto della cosa giudicata*».

rese dalla IV Sezione, ma, semmai (una volta ammessa la necessità logica e strutturale del «giudicato» per ogni funzione giurisdizionale[90]), quello di capire quale "giudicato" (tra le varie concezioni proprie della teoria generale del processo civile) sia proprio delle «decisioni» alla luce delle peculiarità della nuova forma di giurisdizione amministrativa[91].

In relazione, dunque, ai limiti di estensione (soggettiva ed oggettiva) del «giudicato» ed anche ai suoi aspetti preclusivi bisogna distinguere i vincoli che (da esso) sorgono in direzione dell'organo giudicante che ha emanato l'atto/sentenza, da quelli che nascono nei confronti delle parti (o di soggetti estranei) del giudizio.

Quanto al primo aspetto *nulla quaestio*. Infatti, è talmente pacifico[92] e connaturale al sistema giurisdizionale che l'«autorità di cosa giudicata» impedisca allo stesso giudice di modificare *ex officio* la pronuncia resa attraverso nuovi riesami della lite controversa[93], che non si possa non affermare (senza problemi) la medesima regola anche nei confronti della (nuova) giurisdizione amministrativa[94].

---

[90] Quale è (ormai in senso dominante) l'attività svolta dal Consiglio di Stato sui ricorsi proposti dagli interessati in base al sistema della legge del 1889.

[91] Vd., appunto, F. CAMMEO, op. ult. cit., pag. 290, ove ammette il problema affermando che «[q]*uando si dice, che la decisione delle giurisdizioni amministrative fa cosa giudicata, si intende che questa espressione debba avere lo stesso significato, che nel diritto privato; salvo dimostrare l'applicabilità dell'istituto all'ordinamento amministrativo e vedere le analogie e le differenze*».

[92] *Ibidem*.

[93] Sulla duplicità di funzioni (negativa e positiva) derivanti dalla c.d. «*exceptio rei iudicatae*» romana, si rinvia alle sistemazioni (anche storico-evolutive) del concetto presentate nel Cap. I del presente lavoro, in part. par. 1.2., ma anche *passim*. *Ivi*, infatti, mostravamo come la dottrina (tra tutti, il SAVIGNY) facesse derivare dalla c.d. «*exceptio rei iudicatae*» due funzioni, vale a dire: una prima funzione definibile come «negativa», consistente nel mero fatto dell'emanazione di una sentenza e funzionale al solo obiettivo di evitare ogni forma di futuro giudizio *de eadem re*, quasi come un effetto preclusivo del tipo «*ne bis in idem*» al fine di evitare una duplicazione di giudizi; ed una seconda funzione, viceversa, «positiva» quale vincolo in capo al successivo giudice di adeguarsi in senso conforme alla pronuncia precedente, con imposizione contestuale del divieto di decisione difforme.

[94] In ciò emerge nettamente una differenza rispetto agli istituti amministrativi di «autotutela contenziosa», in quanto, quest'ultimi (vd., i.e., il ricorso gerarchico) non fissano stabilmente la regola contenuta nella decisione, bensì consentono sempre di rivedere la scelta attraverso nuovi riesami in autotutela (anche "spontanea") o in esito a funzioni di sorveglianza di un superiore gerarchico. Cfr., *amplius*, sulla differenza *de qua*, F. CAMMEO, op. ult. cit., pag. 291.

Maggiori problemi, invece, sorgono dalla riflessione sui vincoli (*rectius*: limiti) soggettivi ed oggettivi discendenti dal «giudicato».

Infatti, quanto al tema dell'estensione soggettiva dell'«autorità di giudicato», anche fra gli Autori in esame si ripropone l'arduo dilemma[95] circa l'efficacia c.d. «*erga omnes*» o, viceversa, c.d. «*inter partes*», delle «decisioni» rese dalla IV Sezione.

Il problema, che condusse altra dottrina (ed una certa giurisprudenza iniziale)[96] ad ammettere la valenza "*erga omnes*" delle pronunce rese dalla IV Sezione, deriva dalla natura caducatoria (detto altrimenti: dalla natura di "giurisdizione d'annullamento") di tali «decisioni» le quali, infatti, non si limitano unicamente a statuire in ordine a rapporti patrimoniali (con pronunce di condanna) e/o (anche in via incidentale) a dichiarare una situazione di legittimità o illegittimità di un certo atto di amministrazione (ai fini della pronuncia su un'ultronea e differente domanda principale), ma, invece, posseggono la capacità di eliminare in via costitutiva l'atto illegittimo.

Ciò significa che tale atto, una volta rimosso dall'ordinamento giuridico (per effetto dell'accennata «decisione» a valenza costitutiva) non esiste più in senso assoluto e, ciò, sia con riguardo alle parti del giudizio (P.A. e privato/i ricorrente/i), sia per qualsivoglia soggetto che tragga vantaggi e/o svantaggi da tale atto (a prescindere dal fatto della partecipazione — o meno — al giudizio conclusosi)[97].

---

[95] Già anticipato per alcuni aspetti *supra* (vd. par. 2, in part. nt. 59). Più in generale, altra dottrina, sostiene che all'interno di un processo amministrativo la riflessione sui «limiti soggettivi» del giudicato risulta più complessa che nel parallelo e confinante "mondo" del processo civile (dal quale, per esigenze dogmatiche) si mutuano i termini della riflessione. Così, infatti, S. TRENTIN, *La cosa giudicata nelle decisioni delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, op. cit., pag. 80, ove, nel senso appena anticipato, sostiene che «[n]*el campo amministrativo la indagine* (aggiungiamo: sull'estensione soggettiva del giudicato) *si presenterà meno facile e piana perché il rapporto giuridico qui può avere una estensione varia ed i subietti giuridici per conseguenza non saranno sempre determinabili senza difficoltà*».

[96] Cfr. il par. prec. ed, in particolare, la posizione dell'ORLANDO (opposta a quella che si esporrà ora).

[97] Vd., in chiave critica, F. CAMMEO, op. ult. cit., pag. 297, il quale ha ben presente che «[…] *la teoria della cosa giudicata erga omnes porterebbe, che ferma stando l'identità obbiettiva del rapporto*

Sennonché, il risultato di tale visione pareva inaccettabile alla dottrina (in esame) che intendeva sposare una concezione di tipo "civilistico" per il «giudicato» formatosi all'interno della giurisdizione amministrativa[98]. La ragione di tale disaccordo è da rinvenirsi nella circostanza che, mentre l'«autorità di cosa giudicata» nel processo civile — data la forza di "stabilità" che trae con sé sul rapporto controverso e deciso — è un limite e un vincolo per la futura azione dei soggetti coinvolti dal suo raggio di azione ma opera (come limite) unicamente «*inter partes*»; viceversa, in un (ipotetico) processo amministrativo, supporre una forza di tal fatta estesa «*erga omnes*» significava moltiplicare in misura esponenziale l'aspetto di "fissità" del giudicato con conseguenti problemi, oltrechè di indeterminatezza (circa l'ambito di estensione[99]), di eccessivo attrito con le esigenze di amministrazione e di cura dei pubblici interessi[100].

---

giuridico, tutti gli interessati in esso, sebbene non intervenienti e non uditi dal giudice ne sarebbero vincolati: che i diritti contrastanti con quelli delle parti in causa sarebbero decaduti ed estinti: che a seconda dei casi tutti coloro i quali hanno un interesse legittimo conforme a quello del cittadino, se questo vince, potrebbero opporre l'eccezione del giudicato alla amministrazione e a tutti coloro che hanno interesse legittimo conforme all'interesse di questa, e viceversa nel caso opposto».

[98] *Ibidem*: «[u]*n tale principio* (aggiungiamo: la regola che vorrebbe un giudicato "*erga omnes*") *è inaccettabile perché è contrario agli interessi dello stato. La cosa giudicata inter partes è già un vincolo, che si oppone alla libertà d'azione statuale: la cosa giudicata erga omnes sarebbe un vincolo moltiplicato, sia quando si tratti di cosa giudicata contro l'amministrazione, il che è evidente di per sé, sia perfino quando si tratta di cosa giudicata a favore suo, cui spesso l'amministrazione non potrebbe rinunciare per non pregiudicare altri cointeressati, che al diritto nascente della sentenza sarebbero, sebbene estranei al giudizio, autorizzati a fare appello. Né per l'ampiezza indeterminata del principio si saprebbe quanto si estenda questo nuovo vincolo*».

[99] Per l'oggettiva difficoltà d'individuare tutta l'indeterminata platea di soggetti che potrebbero essere incisi, pur non avendo partecipato al giudizio, dagli effetti di un ipotetico «giudicato» intervenuto (su ricorso di altri) in merito all'illegittimità di un dato provvedimento amministrativo.

[100] Onde uscire da questa "*impasse*" ermeneutica, vi era (anche) chi (il riferimento va a E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., pag. 573), in Francia, aveva optato per una soluzione, che potremmo definire "mediana", che distinse la portata soggettiva del giudicato ("*inter partes*" o "*erga omnes*") a seconda della parte vittoriosa in giudizio: di qui, dunque, avremo un giudicato "*inter partes*" nel caso di conferma dell'atto impugnato (e, dunque, vittoria dell'Amministrazione resistente sul cittadino ricorrente) e, viceversa, effetti "*erga omnes*" nella (differente) situazione di annullamento dell'atto impugnato (e, dunque, vittoria del privato ricorrente sull'Amministrazione). Inoltre, lo stesso CAMMEO (op. ult. cit., pag. 297), prima di giungere a sposare la visione cui *infra*, aveva riflettuto anch'Egli su una soluzione mediana, ossia sulla possibilità di ammettere un annullamento con effetti limitati solo ad una parte e non esteso nei confronti di tutti i (possibili) interessati. In questa semplice affermazione potrebbe leggersi il germe di un'intuizione che poi sfocerà nella teorica sulla "divisibilità/indivisibilità" degli atti amministrativi, come moderno approccio all'impostazione di

Ecco, perché, facendo leva sull'idea del carattere "di diritto soggettivo" della nuova giurisdizione amministrativa, doveva trovare applicazione (nella sua pienezza) la regola (classica delle giurisdizioni) di cui al (più volte citato) brocardo «*res iudicata ius facit inter partes*»[101]: in quanto — dato il carattere individuale (a tutela di un proprio «diritto subbiettivo») dell'azione — chi agisce in giudizio lo fa per uno scopo individuale e, perciò, la statuizione sull'affermazione del ricorrente dovrà avere valore (positivo o negativo che sia) unicamente nei suoi confronti (in quanto parte) e non verso qualsivoglia estraneo (solo perché interessato in senso lato), che si trova (oltre a subire gli effetti della decisione) impossibilitato (per di più) a difendersi nel giudizio.

---

un discorso sui «limiti soggettivi del giudicato» nel processo amministrativo. Si vd., invece, la soluzione prospettata da O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, op. cit., pagg. 504 ss. L'Autore, al fine di riflettere in merito al tema dei «limiti soggettivi» del giudicato, riteneva di dover operare per mezzo di alcune fondamentali distinzioni, onde non rischiare di dover, al fine di semplificare l'analisi, operare erronee generalizzazioni. Egli, all'uopo, pensò necessario distinguere il caso degli "atti amministrativi individuali" (per i quali *nulla quaestio* con piena operatività della limitazione dell'estensione soggettiva della "cosa giudicata" alle sole parti in causa), dai casi (qui sì forieri di maggiori dubbi) degli atti che definì "amministrativi speciali", ossia in specie "atti collettivi" e "regolamenti". Per queste ultime tipologie di atti la soluzione dovrebbe riposare sull'elemento dell'«indivisibilità» (della questione, ossia del vizio, e del relativo effetto di annullamento) al fine di ragionare su un possibile effetto "*inter partes*" o, viceversa, "*erga omnes*" delle statuizioni della IV Sezione del Consiglio di Stato. Così, per usare le parole dell'Autore (cfr. pag. 511): «[…] *noi riteniamo che l'efficacia giuridica delle decisioni delle giurisdizioni amministrative* […] *non si possa estendere al di là delle persone, che furono parti nel giudizio, e di quelle, alle quali la questione necessariamente si estende nella sua indivisibilità. Nel caso, perciò, di rigetto del ricorso, i diritti di tutti gli altri interessati rimangono impregiudicati. Nel caso di accoglimento, e quindi di annullamento o di riforma dell'atto amministrativo* […]*: a) Se l'atto amministrativo collettivo o il regolamento è stato annullato per un vizio, che esiste indivisibilmente in riguardo a tutte le persone, a cui l'atto si riferisce, la decisione deve avere efficacia per tutte, anche se rimaste estranee al giudizio, poiché la questione è unica e indivisibilmente comune a tutti gli interessati. b) Se l'atto (atto collettivo o regolamento) è annullato per un vizio, che riguarda solo le persone che lo impugnarono, la decisione avrà effetto solo di fronte ad esse*». Sull'idea dell'«indivisibilità» nella giurisprudenza dell'epoca, si consulti, *ex pluribus*, Cons. St., sez. V, 30 maggio 1931, in Foro amm., 1931, I, pag. 135; Cons. St., sez. V, 4 dicembre 1931, in Foro amm., 1931, I, pag. 241. *Contra*, successivamente, in conformità ad una concezione più "oggettiva" della giustizia amministrativa, E. GUICCIARDI, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, in Giur. it., 1941, III, in part. pag. 17.

[101] Non ci si esime dal riportare, sul punto, le chiare parole di F. CAMMEO, op. ult. cit., pag. 298, nella parte in cui, a sostegno della Sua concezione proto-civilistica (per il nuovo processo amministrativo), affermava che «[…] *questa idea* (aggiungiamo: sul carattere "*erga omnes*" delle decisioni) *è incompatibile con la nozione di diritto subbiettivo: ogni qualvolta condizione dell'azione amministrativa è l'interesse e quindi il diritto individuale, si intende che chi agisce, agisce per sé e chi non agisce rinunzia. Questo nel caso, che la decisione sia sfavorevole al cittadino. Ove sia contraria sarebbe poi iniquo dare ad esso forza di giudicato contro i terzi che non hanno potuto produrre le loro difese*».

Quanto, invece, ai limiti di «estensione oggettiva» la dottrina in esame, mossa (sempre) dalla medesima esigenza di ammettere un giudicato a "fissità" minima per il divenire[102], principia dall'indagine dei criteri d'identificazione delle azioni[103] al fine di ricercare un parametro che consenta, in applicazione del principio "*tantum iudicatum quantum litigatum*", di comprendere quando vi sia identità di azioni e, quindi, possibile operatività dell'eccezione di "cosa giudicata"[104].

Al fine di procedere con l'esatta individuazione dei "confini" di estensione (sul piano oggettivo) del giudicato nascente dalle decisioni rese dalla IV Sezione del Consiglio di Stato, si ritenne di dover applicare la medesima metodologia propria del diritto civile ed, in particolare, le elaborazioni (di genesi romanistica) maturate intorno all'elemento, fra i diversi identificativi delle azioni[105], della «*causa petendi*».

---

[102] Così, nel prosieguo del ragionamento, si esprime F. CAMMEO, op. ult. cit., pag. 300, ove ammette che «[c]*irca la identità obbiettiva (oggetto e causa) vale la stessa regola, che tende a restringere al massimo la cosa giudicata, secondo il principio tantum iudicatum quantum litigatum, ed è fondamentale la indagine circa la identità del rapporto giuridico controverso*».

[103] Sui criteri, elaborati dalla "teoria generale del processo" (soprattutto civile), per l'identificazione delle azioni (e, di conseguenza, a valle, dei «limiti oggettivi del giudicato»), si rinvia alle considerazioni espresse nel Cap. I del presente elaborato, in part. al par. 1.5 (e 1.5.1. per la medesima impostazione applicata al campo delle azioni costitutive, di grande interesse per il processo amministrativo nella sua fondamentale componente di "giurisdizione d'annullamento").

[104] In argomento, per un approfondimento, cfr. O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1934, pag. 500, nella parte in cui si afferma che «[s]*e alcuna delle parti (anche la vincitrice, per ottenere una sentenza più favorevole) volesse riproporre la questione decisa dinanzi allo stesso giudice o dinanzi ad un giudice diverso (anche quello ordinario), l'altra parte vi si potrebbe opporre ed impedire il nuovo giudizio con l'eccezione della cosa giudicata*».

[105] Si ricordino i tre criteri classici d'identificazione delle azioni, soggettivi ("*personae*") ed oggettivi ("*petitum*" e "*causa petendi*"). Il richiamo, per ogni approfondimento dogmatico sul punto e la relativa bibliografia, va (nuovamente) al par. 1.5. del Cap. I del presente lavoro. Sul piano metodologico si confronti, anche, l'approccio seguito (sempre in tema di estensione del «giudicato amministrativo») dalla dottrina successiva qui rappresentata da O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, op. ult. *cit.*, pagg. 500-501, laddove Egli imposta la riflessione sui "limiti soggettivi" ed "oggettivi" del giudicato sul seguente assunto, ossia che «[l]*'autorità della cosa giudicata si estende solo a ciò che ha formato oggetto della decisione, cioè alla questione decisa con la sentenza. E la questione* […] *è individuata dal concorso dei tre elementi: la cosa domandata, cioè l'oggetto della domanda; il titolo della medesima, cioè il motivo d'impugnativa, fatto valere nel ricorso (causa petendi); le parti, tra le quali la questione si è agitata.* […] *La decisione ha valore di giudicato solo se questi tre elementi sono identici. Se cambia uno di essi, quella efficacia cessa, perché la questione è diversa da*

Essa viene intesa, per utilizzare le parole dell'Autore[106] che assumiamo come massimo "portavoce" dell'orientamento in analisi, come «[…] *il titolo, il fatto giuridico che sta a fondamento del diritto dedotto in giudizio*»[107].

Egli, inoltre, a testimonianza della grande conoscenza (che possedeva)[108] della migliore dottrina processualistica elaborata nel corso della costruzione e dello sviluppo del processo civile, intendeva basarsi — al fine, poi, di potersene servire, con gli opportuni adattamenti, per riflettere sul (nuovo) processo amministrativo dinanzi alla IV Sezione — sulla scomposizione dell'(accennato) elemento "*causa petendi*" nelle due principali concezioni della «*causa proxima*

quella decisa nella pronuncia giudiziale». In giurisprudenza, cfr., per un ragionamento di analogo tenore, Cass., Sez. Un., 11 marzo 1933, in Foro amm., 1933, II, pag. 92.

106 Il riferimento è ovviamente a F. CAMMEO, op. ult. cit., pag. 301.

107 Per un riferimento alla dottrina processualistica sicuramente conosciuta (all'epoca) dal CAMMEO, si vd., sul punto, L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, III ed., V, Torino, F.lli Bocca, 1883, pag. 39.

108 Un'importante sottolineatura sulle qualità del CAMMEO, di metodo e di cultura giuridica processuale, ci è offerta da M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in Riv. dir. proc., 1963, I, pagg. 523 ss., il quale, dopo aver premesso che «[è] *comune opinione che il primo importante tentativo di trattazione scientifica della giustizia amministrativa sia quello di Federico Cammeo nel Commentario delle leggi della giustizia amministrativa*», affermava (poi) che «[…] *solo Cammeo, profondo conoscitore del diritto processuale civile, avrebbe potuto dare allora un apporto costruttivo al giudizio amministrativo. Essendo mancato il suo contributo, non poteva accadere se non ciò che accadde: che la giustizia amministrativa rimase appannaggio di trattatisti che si potrebbero chiamare giuristi espositori. Espositori culti, se si vuole, nel senso che la lettura delle loro opere mostra alta coscienza e serietà di propositi, ma pur sempre espositori, poiché la ricchissima problematica che nel medesimo tempo la scienza del diritto processuale civile andava elaborandosi, rimane a costoro estranea, quasi come se non servisse*». Grande è la lezione del GIANNINI sul punto del metodo da utilizzare per affrontare con serietà qualsiasi studio che coinvolga istituti della "giustizia amministrativa", ricordandoci di confrontarsi sempre con la grande scienza giuridica che, per prima, ha affrontato le costruzioni e l'impianto dogmatico di base del processo civile, la quale sempre deve essere tenuta in attenta considerazione, saggiata, ed utilizzata (seppur con i dovuti "aggiustamenti") per la risoluzione delle specifiche problematiche che la giustizia amministrativa offre all'interprete.

actionis»[109], da un lato, e della «*causa expressa* (o, secondo altra terminologia, "*immediata*") *actionis*»[110], dall'altro[111].

Secondo il primo profilo (della «*causa proxima actionis*») CAMMEO ritiene che, con esempio rivolto alle azioni costitutive, una volta impugnato un dato contratto per ottenerne l'annullamento sulla base di un vizio di errore, non si possa più esperire una seconda impugnazione (del medesimo contratto) allegando un diverso (e già esistente) vizio di violenza o dolo, in quanto la "*causa proxima*" (che identifica, anche ai fini dei «limiti oggettivi» del giudicato) l'azione *de qua* sarebbe l'annullamento del contratto (con indifferenza del vizio sulla cui base viene domandato tale risultato).

Viceversa, secondo l'altro profilo (della «*causa expressa actionis*») applicato allo stesso esempio cui *supra*, Egli ravvisa in ciascuno dei singoli vizi (che potrebbero condurre al risultato di annullamento) un diverso titolo, dunque una "*causa petendi*" autonoma e differente e, perciò, un'autonoma azione (con ogni riflesso, per quanto qui interessa, in punto di «limiti oggettivi» del giudicato e di possibile esperimento, dunque, di una seconda impugnazione per annullamento sul medesimo contratto).

Tali due costruzioni, nel diritto romano, fungevano da inquadramento teorico per le due grandi categorie di azioni, ossia quelle "reali", identificate per mezzo della teoria della «*causa proxima actionis*», e quelle "personali", identificate attraverso la teoria della «*causa expressa actionis*».

---

[109] Nella dottrina italiana, sull'elaborazione della nozione di «*causa proxima actionis*», cfr., quantomeno, E. PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, III, Firenze, Cammelli, 1871, pag. 213; P.S. MANCINI, G. PISANELLI, A. SCIALOJA (a cura di), *Commentario del Codice di procedura civile per gli stati sardi*, IV, Torino, Utet, 1857, pag. 446. Più in generale, sul tema, anche P. COGLIOLO, *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata secondo il diritto romano e il codice civile italiano con accenni al diritto intermedio*, op. cit., par. 6; nonché P. TUOZZI, *L'autorità della cosa giudicata nel civile e nel penale*, Torino, Un. tip. ed., 1900, pagg. 248 ss.

[110] Sulla nozione di «*causa expressa actionis*», vd., quantomeno, T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du code civil*, Paris, F. Pichon, 1894, pagg. 200 ss.; M. PESCATORE, *La logica del diritto*, Torino, Un. tip. ed., 1863, pagg. 201 ss.

[111] In argomento, per una chiara e lucida ripresa di questi temi, anche M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pagg. 30-31.

Si tratta peraltro di una distinzione che persiste anche nel "diritto moderno", se si tengono presenti le considerazioni esposte nel precedente capitolo[112], sotto il (nuovo) volto dei criteri d'identificazione delle azioni coinvolgenti i c.d. «diritti eterodeterminati», da un lato, e i c.d. «diritti autodeterminati», dall'altro.

Infatti, i primi (ossia i c.d. «diritti eterodeterminati»[113]) vengono sempre individuati per il tramite di un'operazione di necessaria specificazione del loro preciso fatto costitutivo, in quanto, poiché vi sono più fattispecie concrete (intese come plurimi fatti costitutivi) che originano un unico diritto, ad ogni diverso fatto costitutivo concreto corrisponderà un diverso diritto e, dunque, sul piano della logica processuale, una diversa azione (stante la sottesa differente «*causa petendi*»).

Viceversa, i secondi (ossia i c.d. «diritti autodeterminati»[114]), data la relativa polarizzazione verso la «*res*», sono insensibili alla pluralità dei (possibili) fatti genetici e, perciò, mantengono sempre la medesima identità costruita in relazione al "contenuto" proprio del diritto con evidente attenzione, sul piano processuale, all'elemento del «*petitum*» (più che alle varie e possibili «*causae petendi*») quale unico elemento sul quale ragionare ai fini dell'esame in merito all'identità (o meno) fra due successive azioni (con ogni riflesso in punto di «limiti oggettivi» del giudicato, per le ragioni più volte anticipate).

Tale distinzione, una volta trasposta sul piano della dogmatica delle cd. «azioni costitutive», come già rilevato[115], determina quindi la possibilità di altrettanti diversi criteri di identificazione di tali azioni ai fini di stabilire i «limiti oggettivi» del giudicato.

---

[112] Vd., *amplius*, Cap. I, par. 1.5. del presente lavoro.

[113] Si assumano, quale esempio, seppur con un certo schematismo d'approssimazione, i diritti sottesi ad un'azione personale (dal CAMMEO spiegati secondo la teoria della «*causa expressa actionis*»), quali, ad es., i diritti di credito nascenti da un'obbligazione a fonte contrattuale.

[114] Si figurino, quale esempio, i diritti dominicali tutelati, in sede processuale, per il tramite delle specifiche azioni reali (le quali, secondo le categorie assunte dal CAMMEO a base del discorso in corpo, andrebbero identificate secondo la logica della «*causa proxima actionis*»).

[115] Si rimanda, allo scopo, alle considerazioni esposte nel Cap. I, par. 1.5.1., del presente lavoro.

Difatti, per l'identificazione di tali azioni è possibile seguire, tanto un criterio (che emula le logiche proprie dei c.d. «diritti eterodeterminati») basato sull'idea della diversità di diritti (e di azioni) per ogni fatto costitutivo (es. per ogni motivo di annullamento nel caso di azioni d'impugnativa negoziale), quanto una regola diametralmente opposta (più vicina all'impostazione del discorso relativo ai c.d. «diritti autodeterminati») volta a sostenere l'unità del diritto potestativo (e, dunque, sul piano degli effetti, dell'unitario effetto costitutivo richiesto) a prescindere dalla varietà di fatti costitutivi (tra loro fungibili) posti quali «*causae petendi*» dell'unica azione costituiva (volta, secondo l'esempio offerto, al medesimo effetto demolitorio del negozio impugnato).

Questo sembra essere anche oggi — in assonanza con le logiche romanistiche — il punto di arrivo della dogmatica e della teoria generale del processo sul punto dei criteri identificativi delle azioni costitutive al fine di inferirne le necessarie implicazioni in punto di «limiti oggettivi» del giudicato.

Ed è questa la base di partenza di tipo civilistico da cui la dottrina in esame prendeva le mosse nella sistematizzazione del (nuovo) giudizio dinanzi alla IV Sezione del Consiglio di Stato, nell'intento di adattare il «giudicato amministrativo» alle particolarità proprie delle controversie di diritto pubblico ove parte in causa (in posizione di resistenza rispetto ad un privato nelle vesti di ricorrente) è una pubblica amministrazione titolare di poteri di imperio.

Non mancavano perciò le difficoltà di sistemazione e costruzione dell'istituto del «giudicato amministrativo» (e degli annessi «limiti oggettivi»), dato l'elemento specializzante (qui presente) del "potere amministrativo" inesauribile e costantemente diretto alla cura costante e concreta dell'interesse pubblico cui è preposto.

La dottrina in esame[116], pertanto, dopo aver presentato, come punto di partenza metodologico, i concetti da utilizzare per impostare una corretta riflessione processualistica sul (nuovo) «giudicato amministrativo», ossia le

[116] Cfr. F. CAMMEO, op. ult. cit., pag. 302.

costruzioni civilistico-romanistiche in tema di «*causa petendi*»[117], si trovò a dover riflettere su quale delle due teoriche (in tema di «*causa petendi*», o se si vuole, in ottica più moderna, fra le diverse teorie d'identificazione delle azioni costitutive) applicare nel (nuovo) processo amministrativo ove l'azione cardine era rappresentata dall'«azione di annullamento», quale *species* sussumibile nel più ampio *genus* delle «azioni costitutive».

All'uopo si cercò di mostrare come, nel diritto pubblico, il rapporto giuridico che s'instaura fra autorità e libertà e, dunque, (a livello stilizzato) fra cittadino e Stato, presenti analogie maggiori con i rapporti giuridici privatistici all'interno dei quali si correlano posizioni giuridiche assimilabili ai «diritti personali» — piuttosto che ai «diritti reali» — e posizioni di obbligo, aventi, quale contenuto delle prestazioni esigibili dal soggetto passivo del rapporto, un "dare", "fare", o "consegnare" un "*quid*", in favore del soggetto attivo[118].

Ne è conseguita l'opzione identificativa dei «limiti oggettivi» del giudicato amministrativo secondo i moduli teorici propri della concezione della «*causa petendi*» nell'accezione (sopra esposta) di «*causa expressa actionis*». Ossia secondo quella prospettazione che, nel processo civile, veniva utilizzata con specifico riferimento all'identificazione delle azioni personali e che, più modernamente, (come si è già anticipato) possiamo collocare nella linea interpretativa propria dei sostenitori dell'applicazione, alle «azioni costitutive», dei criteri elaborati con riguardo ai diritti c.d. «eterodeterminati»[119].

---

[117] Sulle quali («*causa proxima actionis*» e «*causa expressa actionis*») vd. *supra*, anche quanto ai risultati cui, rispettivamente, conducono.

[118] Per maggiore chiarezza si riporta testualmente il passaggio argomentativo utilizzato da F. CAMMEO, op. ult. cit., pag. 302, per cercare di realizzare un "ponte" fra le costruzioni proprie della teoria generale del processo civile e l'oggetto del Suo studio, ossia il (neonato) processo amministrativo dinanzi alla IV Sezione del Consiglio di Stato. Egli, infatti, *ivi* sostiene che «[i]*l diritto pubblico in virtù di ciascuna delle sue norme conferisce un diritto subbiettivo al cittadino o allo stato diritto subbiettivo che può assomigliarsi a un diritto personale che a un diritto reale in quanto esige nei soli rapporti fra cittadini e stato un dare, facere, praestare degli uni o dell'altro*».

[119] Ossia un'attenzione canalizzata sull'elemento dell'azione «*causa petendi*», il quale (per i diritti c.d. «eterodeterminati») dà grande rilievo ai singoli fatti costitutivi — visti come differenti fattori genetici del diritto sostanziale veicolato in giudizio — in funzione di limite per i confini «oggettivi» del giudicato circoscritti al solo diritto azionato in giudizio come individuato con

Ecco, perché, una volta applicata tale logica all'esercizio del potere d'imperio e, dunque, alla sua esplicazione concreta — ossia all'atto amministrativo — la conseguenza pare d'obbligo: qualora un determinato atto amministrativo possa essere emanato in conformità a più titoli giustificativi (dell'esercizio in concreto del potere), ogni singolo fatto costitutivo viene a rappresentare un diverso "titolo" e, di qui, una diversa "causa" di quella spendita di potere in concreto e, perciò, una diversa "azione" sul fronte processuale[120].

Ne conseguiva, sempre nell'ottica processuale, che, ove la (neonata) IV Sezione del Consiglio di Stato annullasse un determinato atto amministrativo la cui emanazione (in concreto) era stata giustificata dall'amministrazione procedente sulla base di un determinato fatto costitutivo, la caducazione di quello specifico atto non precludeva all'amministrazione stessa, in sede di riedizione del medesimo potere, di emanare un nuovo ed identico (quanto ai contenuti) atto amministrativo giustificato sulla base di diversi (anche se preesistenti) titoli[121].

---

riguardo ai soli (e non ulteriori e diversi) fatti costitutivi allegati e oggetto di cognizione (e, poi, decisione) da parte del giudice.

[120] Vd., chiaramente, F. CAMMEO, *ibidem*: «[…] *tanti sono i casi giuridici in cui un atto amministrativo può o deve emanarsi, tanti sono i titoli e le cause su cui esso si fonda. 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 dalla causa dedotta non fa lo stato se non in relazione a quella causa*». Nella dottrina successiva, in senso adesivo a questa visione si vd. quanto sostenuto da O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, op. cit., pag. 502, ove Egli, in tema di «limiti oggettivi» del giudicato sostiene che «[…] *accolto il ricorso per motivi di legittimità e annullato l'atto amministrativo, l'amministrazione non può rinnovare l'atto stesso che fu annullato, perché ciò contraddirrebbe al giudicato: ma può emettere un nuovo provvedimento, anche eventualmente con lo stesso contenuto, cioè con lo stesso dispositivo (se il vizio per cui il primo fu annullato, non riguardava il contenuto del medesimo), con la correzione, ad es. di forme, voluta dalla esecuzione della decisione, o per motivi diversi da quelli, su cui la decisione ha pronunciato*».

[121] Così F. CAMMEO, *ibidem*: «[s]*e quindi* (aggiungiamo: la IV Sezione del Consiglio di Stato) *dichiara nullo l'atto a quel titolo e lo annulla, può l'amministrazione rinnovarlo per un altro titolo, anche se questo preesisteva alla precedente controversia* […]». L'Autore trae, poi, occasione per esemplificare sul piano degli esempi concreti tale regola in tema di «limiti oggettivi» del giudicato appena espressa offrendo, in nota (cfr. *ibidem*, nt. 2), tale caso tratto da un (ipotetico) contenzioso in materia di pubblico impiego: «[s]*e l'amministrazione licenzia un impiegato, perché ha il titolo d'aver commesso un reato, ed il licenziamento è annullato per es. perché essendo il reato commesso coperto da un'amnistia non gli si può attribuire con questo reato conseguenze giuridiche: l'amministrazione può successivamente licenziare l'impiegato per lo stesso fatto in quanto è grave mancanza contro l'onore o la dignità*». In giurisprudenza, si vd., per un'impostazione analoga, Cons. St., sez. IV, 2 maggio 1902, in Giur. it., III, 1903, pag. 213.

Un tale risultato interpretativo può essere, simmetricamente[122], applicato anche alla posizione processuale del privato ricorrente[123], ossia: qualora la IV Sezione rigettasse il ricorso tendente all'annullamento dell'atto amministrativo impugnato per una serie di specifiche censure di illegittimità dell'atto stesso, il privato potrebbe esperire (nuovamente) un identico ricorso per annullamento avverso il medesimo atto, fondando (in questo nuovo processo) il proprio *petitum* caducatorio su altre censure (di forma o di sostanza) non già dedotte in occasione del primo contenzioso sul medesimo atto[124].

---

[122] Secondo M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 32, risulta felice, in disparte dei risultati finali raggiunti circa un giudicato amministrativo ad "ampiezza minima", l'impostazione metodologica volta a ricercare, nell'impostazione della riflessione sul tema dei «limiti oggettivi» del giudicato, una simmetria di approccio fra la posizione di potere della P.A. di emanazione di un provvedimento amministrativo e la speculare posizione del potere di ricorso del privato cittadino volto ad ottenere la caducazione di un provvedimento amministrativo lesivo e (preteso) illegittimo.

[123] F. CAMMEO, *ibidem*: «[…] *se un cittadino impugni un atto per un vizio di forma e la sua impugnazione è respinta, egli può riproporla per un altro vizio di forma o di merito*». In senso adesivo, anche, nella dottrina (di poco) successiva, S. TRENTIN, *La cosa giudicata nelle decisioni delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, op. cit., pag. 240, nella parte in cui l'Autore sostiene che «[…] *se* […] *il ricorso fosse fondato sui motivi di incompetenza e di violazione di legge ed il giudizio si fosse ristretto all'indagine sopra il primo soltanto, posteriormente si potrà sempre impugnare lo stesso atto per il vizio di violazione di legge e non potrà formare ostacolo all'accoglimento del ricorso la cosa giudicata formatasi sulla precedente decisione con la quale il ricorso veniva respinto*». Così, anche, O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, op. cit., pag. 501, ove, in chiave assertiva, si afferma con sicurezza che «[r]*espinto un ricorso, fondato sopra un dato vizio dell'atto amministrativo, l'interessato può sempre proporre un nuovo ricorso contro l'atto stesso (se i termini lo consentono) per un vizio diverso*»; nonché M. GALLIANO SANTORO, *La forza obbligatoria delle decisioni della IV Sezione del Consiglio di Stato*, op. cit., pag. 306, nella parte in cui si ammette che in caso di «[…] *decisione che pronunzi il rigetto di un ricorso: esso non potrà più rinnovarsi, contro lo stesso atto, in base agli stessi motivi per cui fu respinto, ostando il giudicato; nulla vieta invece che sia riproposto per ragioni diverse, non comprese nella prima impugnativa*». Nella giurisprudenza dell'epoca cfr., per un'analogia d'impostazione, Cons. St., sez. IV, 22 maggio 1908, n. 462, in Giust. amm., 1908, I, pag. 461 e, soprattutto, Cons. St., sez. IV, 30 giugno 1905, in Giur. It., 1905, III, pag. 376, nella cui motivazione si rinviene il seguente ragionamento: «[…] *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*» Inoltre, *ivi*, si prosegue affermando che: «[…] *non può elevarsi* (aggiungiamo: la decisione della IV Sezione) *al grado di una dichiarazione assoluta di legittimità, non essendo la conseguenza di una diretta e integrale verificazione dell'osservanza di tutte le conduzioni dalla legge richieste*».

[124] Ovviamente tale discorso, convincente nella logica di sviluppo coerente rispetto alle premesse di partenza del CAMMEO, sconta un difetto di fattualità pratica che, in sostanza, ridimensiona la ricercata simmetria tra P.A. procedente e privato ricorrente: si allude al breve temine di decadenza (60 giorni) cui è soggetto (a pena di irricevibilità per tardività), all'interno della giurisdizione amministrativa, l'esperimento dell'azione di annullamento di un certo

Tale modello, applicato — come s'è visto — con piano speculare sia all'amministrazione procedente (sul piano della riedizione del medesimo potere) sia al privato ricorrente (sul piano dell'esperimento di un secondo ricorso avverso il medesimo atto), identifica un giudicato amministrativo a "raggio (d'estensione) minimo" in quanto i relativi «limiti oggettivi» coprono (in funzione di preclusione operativa per opera dell'«eccezione di cosa giudicata») unicamente e soltanto gli specifici fatti costitutivi oggetto della "parentesi" processuale caducatoria che si è avviata e conclusa con sentenza (di accoglimento o rigetto). Tutti gli altri "possibili" casi di emanazione (*rectius*: giustificazione) in concreto del medesimo potere amministrativo[125] o gli altri "possibili" motivi di ricorso per (cercare di)

provvedimento amministrativo. Del resto è lo stesso F. CAMMEO, *ibidem*, nt. 3, ad accorgersi di tale ostacolo tecnico-procedurale, laddove, in nota alle affermazioni esposte in corpo, segnala come «[t]*uttavia frequentemente osterà alla proposizione della seconda azione la decorrenza del termine essendo le azioni amministrative alligate a brevissimi termini di decadenza*».

[125] Si vd., per un approfondimento, la visione in tema di giudicato esposta da S. TRENTIN, *La cosa giudicata nelle decisioni delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, op. cit., pag. 227, il quale, essendo fautore di una concezione oggettiva nel (neo-nato) processo amministrativo, afferma che «[l]*a cosa giudicata che viene a formarsi sopra le decisioni emesse nell'esercizio di codesto sindacato* (aggiungiamo: della IV Sezione del Consiglio di Stato)*, non può in alcun modo investire il rapporto giuridico intercedente fra la pubblica amministrazione ed il ricorrente, sia esso un privato cittadino od una altra pubblica amministrazione, né influire sulla determinazione delle condizioni di fatto su di cui quel rapporto si fonda, ma dovrà soltanto riferirsi alla dichiarazione di legittimità o di illegittimità dell'atto amministrativo impugnato entro i limiti del giudizio del quale quella dichiarazione stessa apparisce prodotto*». Nel ragionare sulla possibile estensione "oggettiva" del giudicato, altra dottrina dell'epoca (ci si riferisce a M. GALLIANO SANTORO, *La forza obbligatoria delle decisioni della IV Sezione del Consiglio di Stato*, op. cit., pag. 306) focalizza l'attenzione sui motivi d'impugnazione proposti, in quanto si ritiene che «[…] *il giudicato* […] *non sorge se non sulle questioni dibattute e risolute in giudizio*». Ciò implica, a monte, una certa idea del giudizio di legittimità dinanzi alla IV Sezione come diretto, non tanto alla restaurazione della legalità violata (in un'ottica "oggettivistica"), bensì a reintegrazione delle posizioni soggettive del ricorrente lese dalla P.A. con la conseguente implicazione, sul punto del giudicato, di un necessario riferimento (per la determinazione dei relativi confini "oggettivi") alla domanda del ricorrente. *Contra*, nella giurisprudenza dell'epoca, Cass., Sez. Un., 12 dicembre 1901, in Giust. amm., 1902, III, pag. 2, laddove, promuovendo una visione che potremmo qualificare come "fortemente oggettiva" del giudizio dinanzi alla IV Sezione, si afferma che «[…] *la IV Sezione, quando si tratta di provvedimenti di pubblico interesse e di inosservanza di forme prescritte in garentia così degli impiegati che delle pubbliche amministrazioni, può ben esaminare di ufficio se concorrono, oltre i motivi di illegalità dedotti contro il provvedimento, anche altri non dedotti e che possano inficiarlo; dovendo esaminare l'atto attaccato d'illegalità sotto tutti gli aspetti, e non soltanto sotto il profilo dedotto così che può annullarlo anche per ragioni non proposte e che essa rileva d'ufficio. Per lo che quando ha ritenuto legittimo il provvedimento, respingendo i motivi contro di esso dedotti, significa che lo ha ritenuto in tutto conforme a legge per la osservanza di tutte le forme di ordine generale ed il pronunciato suo costituisce giudicato in ampio senso, perché, ad occasione della impugnativa di legalità si è trattato in genere la*

ottenere la caducazione del medesimo atto amministrativo, entrambi già esistenti al momento del primo esercizio in concreto del potere in questione o dell'esperimento del primo ricorso giurisdizionale, sono fatti salvi[126].

La concezione in tema di giudicato, che potremmo definire "proto-civilistica", elaborata dalla dottrina da ultimo esaminata, in quanto postulante (a monte) l'inquadramento dell'attività della IV Sezione del Consiglio di Stato nell'alveo della giurisdizione (quale funzione della sovranità) — in contrapposizione a quanti ne ravvisavano un esempio di attività amministrativa seppur svolta secondo i moduli dell'"amministrazione contenziosa"[127] — è prevalsa (sulla tesi avversa) non appena, come noto, il legislatore del 1907 chiuse definitamente ogni problema d'inquadramento giuridico di tale compito svolto da

---

questione di legittimità e respingendosi il ricorso si è con ciò ritenuto l'atto legale e legittimo; e tale pronuncia deve valutarsi con criteri più larghi perché emesso in materia in cui all'interesse privato si unisce il pubblico interesse».

[126] Ovviamente, è implicito in questo ragionamento il fatto che le eventuali "sopravvenienze", di fatto o di diritto, al primo giudicato intervenuto, sono sempre fatte salve e non coperte (in funzione di blocco e preclusione) dal giudicato formatosi a conclusione della (prima) vicenda contenziosa. Lo stesso F. CAMMEO, *ibidem*, è consapevole di ciò al punto che è assertivo nel chiarire che «[c]*ome in diritto civile ed in caso più frequenti, cessa la cosa giudicata in virtù di una causa superveniens, ossia di un fatto giuridico, verificatosi posteriormente alla decisione*». Aderisce espressamente alla tesi del CAMMEO in merito all'influenza delle "*causae supervenientes*" sul (formato) «giudicato» S. TRENTIN, *La cosa giudicata nelle decisioni delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, op. cit., pag. 242, ove Egli ricorda che «[…] *come giustamente osserva il Cammeo, in tutti quegli atti, in cui la legittimità presuppone la conformità ad un interesse pubblico più o meno precisamente definito nei suoi estremi dal diritto obiettivo, le variazioni frequenti e facili nelle esigenze di questo interesse costituiscono una causa superveniens cui non si può opporre la cosa giudicata che per il passato abbia dichiarato legittimo l'atto stesso*». Anche A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, op. cit., pag. 873, sostiene la grande importanza del concetto di «*causa superveniens*» per una pubblica amministrazione che intenda riesercitare il proprio potere (dopo un'occasione di contestazione giudiziale): infatti, data la continuità e l'inesauribilità del predetto potere può giovarsi, nonostante l'esistenza di un previo giudicato accessivo ad una sentenza di caducazione per illegittimità di un proprio precedente atto, allorché vi siano nuove circostanze di fatto che risultino diverse da quelle sulle quali si è già giudicato e, dunque, non operino le barriere preclusive proprie del «giudicato» quanto ad un doppio giudizio *de eadem re*. Nel medesimo ordine di idee, cfr. M. GALLIANO SANTORO, *La forza obbligatoria delle decisioni della IV Sezione del Consiglio di Stato*, op. cit., pag. 315. L'Autore, *ivi*, afferma che «[…] *eventuali modificazioni verificatesi posteriormente a quest'ultima* (aggiungiamo: alla decisione) *nella sfera dei rapporti tra Amministrazione e amministrati, potrebbe costituire altrettante causae supervenientes efficaci a limitare o a estinguere addirittura la forza inibitrice del giudicato. Di modo che, mutati gli estremi di fatto, l'Autorità amministrativa potrebbe, non ostante il pronunziato annullamento, ripetere l'atto; e non ostante il rigetto del ricorso, l'interessato potrebbe rinnovare la stessa impugnativa, quando le modificate circostanze facessero ritenere presumibile il vizio prima ritenuto inesistente*».

[127] Si rinvia alle considerazioni svolte nel par. 2.2. del presente Capitolo.

quello che, di lì in avanti, divenne (senza più dubbio alcuno) un giudice amministrativo deputato a sindacare, nelle forme proprie dell'attività giurisdizionale, l'attività imperativa della pubblica amministrazione.

La conseguenza fu, tuttavia, quella di aver enucleato un concetto di «giudicato amministrativo» ad estensione fortemente "ristretta" in quanto fondato su di una certa idea di «*causa petendi*» (come momento essenziale per una corretta individuazione dei «limiti oggettivi» del giudicato), di genesi romanistica, nata per le azioni personali e fondata sull'equivalenza "un fatto costitutivo = un'azione", con ogni riflesso (si può dire negativo) per l'ideale della stabilità del risultato processuale (e, dunque, della relativa implementazione dei canoni di effettività e satisfattività propri della funzione giurisdizionale). Infatti, secondo tale (prima) concezione storica del «giudicato amministrativo» troppo semplice era, da un lato, la possibilità di instaurare, nel caso di rigetto del primo ricorso, successivi ricorsi *de eadem re*, seppur fondati sull'allegazione di diverse e preesistenti censure di illegittimità; dall'altro, in caso di accoglimento del ricorso (e, dunque, prodottosi l'effetto caducatorio sul provvedimento amministrativo impugnato), la possibile ri-emanazione di un atto di analogo contenuto sostanziale, da parte della medesima amministrazione procedente titolare del potere amministrativo, giustificato su di un diverso titolo (anche se già esistente al momento dell'emanazione della prima versione dell'atto), senza che né nell'un caso né nell'altro vi fosse alcuna barriera preclusiva nascente dal formato giudicato amministrativo come qualità della sentenza conclusiva del procedimento dinanzi alla IV Sezione.

Questa concezione dei «limiti oggettivi» del giudicato, tuttavia, seppur (poi) prevalsa per un certo periodo[128], non era l'unica esistente all'epoca.

[128] Sulla prevalenza (all'epoca) dell'impostazione, in tema di «limiti oggettivi» del giudicato, teorizzata dal CAMMEO, si vd., in dottrina, M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 34, ove si afferma che «[s]*ul piano teorico prevalse l'impostazione di Cammeo, che riteneva applicabile alle decisioni della IV Sezione il concetto di giudicato, facendo peraltro propria una nozione ristretta di causa petendi*».

Infatti, la dottrina[129] che si è definita in precedenza come "negazionista" (in quanto fautrice di un inquadramento dei compiti della IV Sezione nel *genus* della "funzione esecutiva") esponeva (seppur con l'intento di giungere a negare l'esistenza di un "giudicato" in capo alle decisioni rese dalla IV Sezione) un impianto concettuale di quelli che dovevano essere — secondo una matrice di teoria generale del processo — i caratteri dell'istituto del «giudicato» (ovviamente, civile), in termini diametralmente opposti (specialmente sul versante dei limiti di estensione oggettiva) rispetto a quelli appena descritti e fatti propri dalla concezione che abbiamo definito "proto-civilistica"[130].

Tale visione emerge, seppur *a contrario*, da una riflessione giuridica applicata al problema della (possibile o meno) riproduzione di un atto amministrativo, a seguito di un intervenuto annullamento da parte della IV Sezione in accoglimento di specifiche censure d'illegittimità, giustificato (nel caso di riesercizio del medesimo potere) sulla base di differenti "motivi" già esistenti all'epoca della prima effusione del potere d'impero[131] ma, in quella sede, non esposti in motivazione e, dunque, non oggetto del (sorto e concluso) contenzioso dinanzi al Consiglio di Stato[132].

Ed ecco come tale Dottrina, pur negando l'esistenza di un giudicato, nei vari passaggi argomentativi per la soluzione al problema appena accennato, traspone le regole proprie del «giudicato» (e, dunque, quelle che, a Suo avviso, sono proprie della teoria generale del processo).

---

[129] Cfr. il par. 2 del presente lavoro ed, in particolare, l'impostazione di V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, op. cit., *passim*.

[130] Il riferimento è alla posizione del CAMMEO, quale caposcuola del predetto orientamento.

[131] Giacché, se fossero sopravvenuti alla decisione della IV Sezione, *nulla quaestio*, per la nota teoria delle "sopravvenienze" intangibili anche da una rigorosa concezione del «giudicato».

[132] Così, *clariter*, nell'impostare il problema sul quale (poi) applicare la riflessione giuridica V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, op. cit., pag. 1064. *Ivi*, infatti, Egli s'interroga sul seguente quesito: «[s]*i supponga infatti che la riproduzione dell'atto si fondi sopra motivi nuovi; intendiamo non già nel senso di sopravvenuti (chè allora anche il giudicato, se ci fosse, non osterebbe), ma nel senso di motivi che, pur essendo esistenti al momento in cui l'atto primitivo veniva emanato, non furono da essi annunziati né, quindi, potevano essere esaminati dalla IV Sezione quando, la prima volta, pronunziò l'annullamento*».

A tal fine, si sostiene che, qualora si applicasse integralmente la teoria del «giudicato», nel caso del citato annullamento di un dato provvedimento amministrativo alla luce di una serie specifica di vizi di legittimità, l'amministrazione procedente sarebbe come "spossessata" della possibilità di ri-effusione del medesimo potere e, dunque, di emanazione di un atto amministrativo di eguale contenuto — seppur sulla base di differenti "motivi" (già preesistenti in occasione della "prima" spendita in concreto del potere) — a causa della piena operatività delle regole proprie del «giudicato», le quali impediscono (in omaggio ad un criterio di stabilità del rapporto) la riproduzione della medesima pretesa anche se invocata allegando differenti fattori genetico-costitutivi differenti da quelli oggetto del primo giudizio (e, dunque, del relativo «giudicato»)[133].

---

[133] Vd., sul punto, gli argomenti addotti da V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, *ibidem*, nella parte in cui, cercando una (possibile) soluzione al problema prospettato, afferma che «[o]*r applicando la teoria del giudicato, questo sarebbe di ostacolo alla riproduzione dell'atto anche in quel caso, giusta la nota regola che la sentenza giudiziaria impedisce la riproduzione della medesima pretesa anche quando questa si presenti fondata sopra un motivo affatto diverso da quello a proposito del quale si formò il primo giudicato*». E, poco dopo, sempre a conferma della medesima impostazione, sostiene che «[…] *la teoria del giudicato condurrebbe ad una conseguenza diversa, cioè che l'annullamento dell'atto spossessi l'amministrazione di qualsiasi competenza a ripeterlo* […]», per poi, (come già visto *supra*) giungere alla conclusione di segno opposto, ossia negare l'attributo della qualità di «giudicato» alle decisioni rese dalla IV Sezione (a Suo avviso non essendo esercizio di funzione giurisdizionale), perché una conseguenza di tal fatta (intendiamo l'accennato "spossessamento" del potere di ri-edizione dell'atto amministrativo annullato) sarebbe un risultato «[…] *troppo manifestamente ripugnante al senso giuridico di un cultore di diritto pubblico*». L'ORLANDO, peraltro, paragona (anche) "estensione soggettiva" ed "estensione oggettiva" delle decisioni della IV Sezione (a Suo avviso non aventi natura giurisdizionale) rispetto alle sentenze del giudice civile (alle quali, invece, sì può applicarsi l'attributo del «giudicato») per giungere alla conclusione dell'esistenza di una differenza di tipo "qualitativo" tra le due. Infatti Egli (cfr. op. ult. cit., pag. 1051) ribadisce che «[…] *se la questione della estensione si pone in confronto con la questione dell'autorità, competente, ai due atti (la sentenza del magistrato e la decisione amministrativa), si riscontrerà una ben grave differenza in senso inverso, in quanto cioè il meno è tutto dal lato della decisione amministrativa, che non ha per sé quella assoluta presunzione di verità che accompagna il giudicato; né chiude in modo irrevocabile ed assoluto la controversia sul diritto che può essere stato od essere in questione. 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 obiettiva nella sua portata (erga omnes), non pregiudica punto il contenuto di un diritto subiettivo e si presenta di fronte ad esso come un fatto il cui valore relativo e specifico (in rapporto cioè a quel diritto assoluto) resta discutibile ed impregiudicato nella sua sede propria che è quella giudiziaria. Il giudicato serve appunto per chiudere definitivamente la controversia su un diritto: la decisione amministrativa può persino essere il punto di partenza di una tale controversia*». Sulla concezione del «giudicato» nella teoria dell'ORLANDO si rinvia,

Come si evince immediatamente, tale concezione del «giudicato» sembra far propria la visione romanistica della «*causa petendi*», quale momento fondamentale per determinare l'estensione dei «limiti oggettivi» del «giudicato», nell'accezione di «*causa proxima actionis*»[134], in luogo della ben più ristretta «*causa expressa actionis*» (seguita, invece, dai fautori della concezione che abbiamo definito "proto-civilistica").

Non si può allora che constatare che i confini dei «limiti oggettivi» del «giudicato», soprattutto con riferimento alle «azioni costitutive», non risultavano fissati in maniera indiscutibile anche nella teoria generale del processo[135], di modo che, fra le due diverse impostazioni della problematica, l'una più favorevole ad un'estensione ampia (secondo i moduli più vicini all'impostazione avente riguardo ai c.d. «diritti autodeterminati»), l'altra più propensa ad un'estensione minore (secondo il differente modello sviluppato con riguardo ai c.d. «diritti eterodeterminati»), si apriva un ampio margine di dibattito nel declinare l'istituto del «giudicato» all'interno del (neo-nato) processo amministrativo dinanzi alla IV Sezione del Consiglio di Stato.

Ovviamente l'opzione dogmatica circa una maggiore o minore estensione dei «limiti oggettivi» del giudicato, implicante (a sua volta) una "fissità" del rapporto controverso più (o meno) dilatata, nel campo della giurisdizione amministrativa acquista grande interesse (intendiamo: nello sviluppo successivo del dibattito dottrinale e giurisprudenziale) proprio in quanto uno dei due poli del rapporto è rappresentato da un'amministrazione detentrice di un potere

---

anche, alle spiegazioni fornite da M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 32, ove l'Autore ci riporta come «[…] *Orlando sottolinea preliminarmente come nel diritto civile il giudicato svolge la funzione di fissare in modo non più discutibile la configurazione di un determinato rapporto giuridico, ponendo a carico della parte soccombente un divieto di emanare atti o di assumere comportamenti contrari al giudicato. Il giudicato è cioè espressione di un vero e proprio potere di supremazia esercitato dall'organo giudicante nei confronti delle parti nel processo*».

[134] Sottolinea tale punto, con riguardo all'impostazione dell'ORLANDO, anche M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 34, nt. 33, ove, esplicitamente, sostiene che «*Orlando sembra cioè accogliere, almeno implicitamente, una concezione della causa petendi come causa proxima*».

[135] Si vd., infatti, la differenza di impostazioni, in teoria generale, al problema dei «limiti oggettivi» del giudicato nelle «azioni costitutive», esposto brevemente nel Cap. I, par. 1.5.1., del presente lavoro.

amministrativo funzionalizzato alla cura permanente (e in concreto) di un dato interesse pubblico.

Tale dato fa comprendere come l'opzione dogmatica in tema di «limiti oggettivi» del giudicato risulta influenzata, secondo la diversa concezione dei vari Autori, dalla maggiore o minore attenzione e tutela accordata alle "ragioni" del potere amministrativo (nell'ottica del perseguimento dell'interesse pubblico): in un caso concedendo al formato «giudicato» un'estensione "minima" (con sacrificio parziale, dunque, della stabilità del rapporto controverso e, in taluni casi, anche delle ragioni del ricorrente volte a conservare un dato "bene della vita") e nell'altro, viceversa, ammettendo un'estensione più ampia alla "fissità" stabile del rapporto, in omaggio ad una valorizzazione delle ragioni della posizione del singolo cittadino dialogante con l'esercizio di un dato potere amministrativo volte a conservare/conseguire un certo "bene della vita" secondo canoni processuali di effettività e satisfattività sul fronte della stabilità del risultato ottenuto per mezzo della sentenza[136].

[136] Sottolinea il merito delle riflessioni dell'ORLANDO in tema di «giudicato», seppur ricavabili da *obiter dicta* di un discorso principale volto verso un risultato diametralmente opposto di esclusione (assoluta) del «giudicato» per le decisioni rese dalla IV Sezione, M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 34, attraverso la seguente considerazione: «[l]*a tesi di Orlando, rivista con occhi moderni, può acquistare una grande importanza, poiché pone in risalto, sia pure per respingerle con decisione, le conseguenze che debbono trarsi ove* […] *si accolga e si segua con coerenza fino in fondo una certa interpretazione della teoria del giudicato*».

Capitolo III

VERSO UNA PIÙ MATURA ELABORAZIONE DEI CONCETTI DI «GIUDICATO AMMINISTRATIVO» (ED «EFFICACIA DELLA SENTENZA»). LE PRINCIPALI COSTRUZIONI TEORICHE. PREGI E LIMITI.

SOMMARIO: 3.1. L'iniziale prevalenza di un'impostazione "civilistica" del «giudicato amministrativo» a "*causa petendi ristretta*" volta a concentrare l'attenzione sul momento "a valle" dell'obbligo di conformazione alla sentenza più che sulla riflessione "critica" del momento strutturale "a monte", ossia sul "tipo" di effetti della pronuncia e sui conseguenti «limiti oggettivi» del giudicato – 3.1.1. (segue): Le principali criticità proprie di tale approccio – 3.2. Il «giudicato amministrativo» come "fatto": la tesi volta a contrarre pesantemente i "limiti oggettivi" del giudicato in funzione di una piena "equiparazione" ed indipendenza fra giurisdizione e amministrazione – 3.2.1. (segue): I *pro* e i *contra* a tale ricostruzione – 3.3. Il tentativo di "scomposizione" strutturale ed analitica degli "effetti della sentenza amministrativa" al fine di creare un maggiore vincolo e collegamento fra processo e ri-edizione del potere amministrativo alla luce del principio di effettività della tutela – 3.3.1. (segue): Aspetti positivi della dottrina in esame e sue (possibili) debolezze – 3.4. La costruzione del processo amministrativo come "processo sul rapporto". Il più elevato sforzo teorico volto ad assicurare la (maggiore) "stabilità" del risultato processuale all'interno di un giudizio incentrato sull'azione di annullamento – 3.4.1. (segue): Critiche alla costruzione del "giudicato sul rapporto" e spunti per una proposta ricostruttiva adattabile alla (mutata) struttura del processo amministrativo attuale.

3.1. L'iniziale prevalenza di un'impostazione "civilistica" del «giudicato amministrativo» a "causa petendi ristretta" volta a concentrare l'attenzione sul momento "a valle" dell'obbligo di conformazione alla sentenza più che sulla riflessione "critica" del momento strutturale "a monte", ossia sul "tipo" di effetti della pronuncia e sui conseguenti «limiti oggettivi» del giudicato.

Riprendendo alcuni ragionamenti che si è cercato di sviluppare all'interno del capitolo precedente, è possibile qui affermare che, una volta sancito a "livello

legislativo"[1] (e, dunque, senza che più potesse avanzarsi dubbio alcuno) il carattere giurisdizionale (e non amministrativo) del giudizio promosso dinanzi (all'originaria) IV Sezione del Consiglio di Stato, dei due "poli teorici" riassumibili schematicamente intorno alle posizioni fra loro diametralmente opposte del CAMMEO e dell'ORLANDO[2], finì per prevalere quello che si rifaceva all'impostazione seguita dal primo Autore.

Infatti, il CAMMEO, come si è avuto modo di mostrare, essendo il "capofila" della dottrina favorevole ad un inquadramento giurisdizionale del giudizio (o, meglio, del "processo") instaurato dinanzi alla IV sezione del Consiglio di Stato, poté giovarsi, non appena fu chiarito una volta per tutte il problema — invero "a monte" — della natura "giurisdizionale" o "amministrativa" del citato giudizio, di un riconoscimento esplicito della propria posizione teorica che, a cascata, validò ogni corollario della relativa costruzione, financo gli aspetti sul «giudicato amministrativo» quale (necessario) attributo di ogni pronuncia avente il carattere di "sentenza".

Sennonché, tuttavia, si è visto com'Egli sposasse una concezione del giudicato che abbiamo definito "a stabilità limitata"[3] in quanto, traendo la propria giustificazione da alcune teorie mutuate dalla dottrina processual-civilistica dell'epoca che si rifacevano (a loro volta) all'impostazione romanistica propria della «*causa expressa actioni*»[4], comportava — quale necessaria implicazione dogmatica — una conseguente contrazione dei «limiti oggettivi» nascenti, in funzione di vincolo (soprattutto) per la P.A., dal giudicato.

Ma — giova ribadirlo — tale ricostruzione non era la sola possibile in quanto le opzioni di ricostruzione teorica nel neo-nato «giudicato amministrativo» non erano univoche, bensì, come si è provato a spiegare

---

[1] Per ogni richiamo basti il rinvio alle considerazioni esposte nel Cap. II, par. 2.2, in part. nt. 22, del presente lavoro.

[2] Cfr. Cap. II, *passim*.

[3] Cfr., per ogni spiegazione, Cap. II, par. 2.3, *passim*.

[4] Cfr. Cap. II, par. 2.3, in part. pag. 42 e, per la bibliografia, ntt. 109 e 110.

attraverso la ricostruzione *a contrario* del pensiero dell'ORLANDO[5], v'era anche la possibilità di un giudicato "a base ampia", ossia più idoneo a soddisfare le esigenze di stabilità del risultato per il ricorrente vittorioso grazie alla maggiore dilatazione dei relativi «limiti oggettivi»[6].

Ciononostante, nella dottrina immediatamente successiva [7] prevalse comunque, anche per la spiegazione del «giudicato amministrativo», la "scia" dell'importante costruzione del CAMMEO, forte degli esiti vittoriosi in merito all'accennato (più ampio) dibattitto "a monte" riferito all'inquadramento funzionale dell'attività di giudizio svolta dalla IV Sezione del Consiglio di Stato.

Tale premessa aiuta a far comprendere come l'impegno della dottrina, una volta che fu risolto nel senso sopra esposto — anche attraverso dibattiti e scontri dottrinali di elevato pregio giuridico — il "problema primo" della natura giurisdizionale o amministrativa del (nuovo) giudizio proponibile dinanzi alla IV Sezione, e, per quanto qui interessa, il problema "cruciale" dell'"*an*" dell'esistenza (o meno) — da un punto di vista generale — di un «giudicato amministrativo», si acquietò e si assistette ad un periodo di "calma" nella letteratura in quanto gli Autori si adagiarono nel seguire l'impostazione del «giudicato amministrativo» propria del "filone" CAMMEO senza apportarvi eccessivi sconvolgimenti.

Tale "quiete", dovuta — forse — anche ad un temporaneo disinteresse per il tema (o, probabilmente, ad un interesse per altre problematiche avvertite come più attuali in quell'epoca), durò fino (all'incirca, con ogni ovvia esemplificazione espositiva) agli anni '50/'60 del secolo scorso, quando si riaccese

---

[5] Vd., *amplius*, Cap. II, in part. par. 2.3.

[6] Ossia, tornando all'impostazione sopra accennata, seguendo i moduli teorici più vicini alla differente concezione della «*causa proxima actionis*», per rimanere ancorati alla dogmatica romanistica, o, se si vuole, in chiave più moderna, attraverso l'utilizzo del criterio identificativo delle azioni proprio dei c.d. «diritti autodeterminati» applicato allo studio delle azioni costitutive.

[7] Vd., *ex multis*, U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, VII, Padova, Cedam, 1941, pagg. 343 ss.; L. RAGGI, *Diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1933, pagg. 509 ss.; S. TRENTIN, *La cosa giudicata nelle decisioni delle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, op. cit., in part. pagg. 240 ss. Del resto, anche la giurisprudenza maggioritaria sembrava essere assestata su tale impostazione. Vd., a titolo di esempio, quantomeno, Cons. St., sez. IV, 4 maggio 1906, in Giur. It., 1906, III, pag. 312; Cons. St., sez. IV, 30 giugno 1905, in Giur. it., 1905, III, pag. 376.

l'interesse, in dottrina, per lo studio del «giudicato amministrativo» e, (soprattutto) successivamente, dell'«efficacia della sentenza».

Tra le posizioni più significative sul tema che si affacciarono in dottrina (ma con un seguito anche in giurisprudenza) si può innanzitutto considerare quella del SANDULLI[8] che si pose in maggiore continuità con l'assetto appena esposto, aggiungendo, poi, un apporto nuovo ed una costruzione personale ad un tema collaterale (anche se intimamente connesso) a quello più strettamente dogmatico del «giudicato amministrativo», ossia la messa a fuoco della distinzione concettuale fra «esecuzione» e «obbligo di conformazione» alla sentenza.

La continuità appena segnalata discende dalla circostanza che l'Autore in esame sembrò seguire una posizione non nuova nello spiegare i «limiti oggettivi» del «giudicato amministrativo» proponendo, infatti, la medesima linea ricostruttiva già inaugurata molti anni addietro dal CAMMEO (e, qui sopra, brevemente ripresa).

Infatti, quando si trovò a dover circoscrivere il "contenuto d'accertamento"[9] proprio del giudizio costitutivo vertente intorno alla validità di

---

[8] Tale Autore si occupò dei temi in esame in una serie di pregevoli lavori, fra i quali si richiamano (nelle singole parti che saranno poi citate *infra*), A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, Morano editore, 1963, pagg. 38 ss.; ID., *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, pagg. 17 ss.

[9] Il SANDULLI, nel riflettere in merito al tema della "*res in judicium deducta*" (sul quale, più ampiamente, *infra*), ebbe occasione per sottolineare come anche nei giudizi di tipo costitutivo, quale è il processo d'impugnazione di provvedimenti amministrativi illegittimi dinanzi agli organi di giustizia amministrativa, vi sia un momento d'"accertamento" il quale, a Suo avviso, concerne l'invalidità di un atto amministrativo (in funzione del successivo annullamento) assunta dal ricorrente quale fonte di lesione di una propria posizione soggettiva protetta avente la consistenza di interesse legittimo. Più chiaramente, Egli (vd. A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, op. cit., pag. 52) sostiene che «[…] *ciò di cui il consiglio di Stato viene richiesto è l'accertamento — in vista e in funzione dell'annullamento o della riforma del provvedimento — del pregiudizio subito da una posizione soggettiva protetta (un bene garantito dalla legge) come interesse legittimo* […] *a opera di un provvedimento amministrativo invalido*». Sulle difficoltà teoriche d'individuazione dei profili di "accertamento" inerenti ad un "tipo" di processo avente carattere costitutivo è d'obbligo riferirsi alle pregevoli riflessioni contenute in A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1958, pagg. 230 ss. L'Autore, infatti (cfr., in part., op. cit., pag. 233) dedicò grande attenzione, mostrando una profonda conoscenza della letteratura processual-civilistica presente sul tema, alla riflessione sull'oggetto del processo amministrativo e, nel procedere in questo percorso, sul tema connesso della possibile conciliazione dei profili di

un provvedimento amministrativo impugnato in relazione ad una serie di (asseriti) vizi di legittimità, Egli accolse — senza peraltro problematizzare eccessivamente l'assunto — l'idea della "*causa petendi* ristretta" che si è già più volte cercato di illustrare[10]. Ossia, il modello che, per spiegare il vincolo "oggettivo" nascente dal giudicato nell'ambito delle azioni costitutive, si concentra sui criteri d'identificazione delle azioni[11] e, fra questi, sull'elemento «*causa petendi*», per giungere alla conclusione che ciascun motivo d'impugnazione (o, visto da un diverso angolo, ciascun asserito vizio del provvedimento impugnato) identifica un'autonoma «*causa petendi*» e, dunque, un'autonoma (e diversa) azione[12].

---

accertamento con una sentenza la quale, invece, ha "struttura" costitutiva. Ciò in quanto, a Suo avviso, «[…] *la decisione con la quale il giudice risolve la questione che costituisce l'oggetto del giudizio, si traduce in un atto di mero accertamento, sull'esistenza di quei presupposti, che determinano il contenuto di un altro elemento della sentenza: l'elemento che non ha più il carattere di mero accertamento* (aggiungiamo: ossia, l'elemento costitutivo del dispositivo di accoglimento)». Ed ecco perché Egli prosegue (op. ult. cit., pag. 245) affermando che «[p]*artendo dalla premessa, tratta dalla dottrina ancor oggi largamente dominante, secondo la quale nella sentenza di tipo costitutivo si dovrebbe ravvisare, anzitutto, un atto di mero accertamento, è chiaro che tale accertamento deve vertere su quei presupposti, alla cui esistenza è vincolata la verificazione dell'effetto costitutivo, ex lege, oppure per opera del giudice*». Nello stesso ordine d'idee, già E. ALLORIO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in ID., *Problemi di diritto*, Milano, Giuffrè, 1957, II, pag. 7, ove, in chiave fortemente assertiva, si ribadiva che «[d]*el principio che il processo costitutivo contenga un momento dichiarativo è difficile, in partenza, dubitare*». Per un rinvio alla copiosa letteratura processual-civilistica che si è occupata del tema, si vd., *ex pluribus*, C. MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, Milano, Giuffrè, 1956, pagg. 569 ss.; E. FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, Padova, Cedam, 1953, pagg. 139 ss.; P. CALAMANDREI, *Limiti tra giurisdizione e amministrazione*, in ID., *Studi sul processo civile*, I, Padova, Cedam, 1930, pagg. 248 ss.; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, op. cit., 1923, pagg. 182 ss.; A. ROCCO, *La sentenza civile*, op. cit., pagg. 144 ss.

[10] In tal senso, vd., anche, la rilettura del pensiero del SANDULLI operata da M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 47, il quale sostiene che «[…] *non deve pertanto stupire che, sulla scia di Cammeo e Chiovenda, anche Sandulli accolga una nozione ristretta di causa petendi. La denuncia di ciascun vizio, cioè ogni singolo motivo di impugnativa, identifica una causa petendi autonoma e dunque una distinta azione*».

[11] Stante il più volte accennato nesso esistente fra «oggetto della domanda», «oggetto del processo», «oggetto della pronuncia» e «oggetto del giudicato» sul quale, *amplius*, cfr. Cap. I, par. 1.5., del presente lavoro.

[12] Vd., *clariter*, A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, op. cit., pag. 54, nella parte in cui s'illustra come «[l]*a denuncia di ciascun vizio — vale a dire ogni singolo motivo d'impugnativa — identifica infatti una distinta causa petendi, e perciò (dato che questa è elemento di identificazione delle azioni) un distinto oggetto di giudizio e una distinta azione*», giungendo alla conclusione, perciò, che «[o]*nde, allorchè, nell'impugnare un provvedimento, se ne denuncino più vizi (e cioè si formulino contro di esso più motivi di impugnativa), deve ammettersi che nei suoi confronti vengono sperimentate*

Di qui la ben nota conseguenza in punto di «limiti oggettivi» del giudicato a raggio d'estensione ristretto che conduce all'ovvio esito di una stabilità limitata (soprattutto per il campo di ri-edizione del potere amministrativo) del risultato processuale.

Giova all'uopo esemplificare, nuovamente e in funzione di maggiore chiarezza, le conseguenze, tanto per la parte ricorrente quanto per l'Amministrazione resistente, che discendono da tale approccio e che vengono (peraltro) riprese a supporto dei propri assunti anche dall'Autore in esame.

Infatti, sviluppando le premesse di cui sopra, è evidente come in caso di rigetto del ricorso, poiché l'accertamento contenuto nella pronuncia passata in giudicato non investe la "questione della validità" del provvedimento impugnato nel suo complesso (ossia per qualsiasi ipotetico vizio, anche non espressamente veicolato negli atti introduttivi del giudizio) bensì unicamente gli specifici vizi/motivi esposti nel ricorso, allora è giocoforza dedurre che i «limiti oggettivi» di tale giudicato siano limitati, in funzione preclusiva, unicamente verso un nuovo ricorso *de eadem re* — ossia basato sugli stessi vizi già denunciati — senza che si possano precludere nuove contestazioni sul medesimo provvedimento[13] fondate su differenti vizi non incanalati nel «*thema decidendum*» del passato giudizio[14].

[…] *più azioni*». Chiara sul punto è l'evocazione della dottrina, oltre che del CAMMEO, degli Autori della letteratura processual-civilistica dominante all'epoca e rappresentata dalle costruzioni — in tema d'identificazione delle azioni — enunciate dal CHIOVENDA, così come espresse, tra l'altro, in G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, op. cit., in part. pag. 285. *Ivi*, infatti, l'Autore afferma che «[l]*a volontà d'impugnare che si riferisce ad una causa non si riferisce a un'altra (né è lecito distinguere tra causa prossima e no); respinta un'azione d'impugnativa può proporsi la stessa impugnativa per un'altra causa, anche di genere prossimo*». Del resto, la conoscenza della letteratura processual-civilistica era ben nota al SANDULLI, il quale, per giustificare l'assunto cui in corpo, rinvia (in nota), a scopo di giustificazione teorica, alle opere (coeve ai Suoi scritti) di G.A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, I, op. cit., pag. 33; e V. ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, Jovene, 1961, pagg. 243 ss. In senso adesivo alla posizione del SANDULLI, negli stessi anni, anche, A. GLEIJESES, *Profili sostanziali del processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 1962, pagg. 154 ss. *Contra*, invece, per le ragioni che saranno esposte *infra*, M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1960, pagg. 32 ss.

[13] Cfr. A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, op. cit., pag. 55, nt. 1, da cui è possibile ricavare, seppur attraverso un ragionamento *a contrario* applicato alle critiche che l'Autore muove contro la dottrina del PIRAS (sulla quale, meglio, *infra*), il ragionamento espresso in corpo. *Ivi*, infatti, si sostiene che, a voler seguire la diversa

Simmetricamente, con riguardo alla posizione dell'Amministrazione resistente, dal modello in esame deriva che, in caso di annullamento del provvedimento impugnato, il relativo giudicato investirà unicamente gli specifici (e soli) vizi di legittimità — così come accertati nel giudizio concluso — afferenti ai fatti costitutivi di quella particolare spendita in concreto del potere amministrativo. La conseguenza sarà, dunque, il ripristino della libertà, per l'amministrazione in fase attiva, di poter ri-esercitare il medesimo potere emanando un atto di eguale contenuto ma fondato su diversi presupposti costitutivi (purché vi siano e ovviamente senza incorrere nel medesimo vizio già accertato)[15]. Nel fare ciò, l'Amministrazione non incontrerà alcuna barriera

---

impostazione del PIRAS, «[…] *non essendo l'azione individuata dai motivi d'impugnativa, una volta proposto un motivo o più motivi e non altri, ne conseguirebbe — in virtù del principio che il giudicato copre — nell'ambito dell'azione proposta — il dedotto e il deducibile — la impossibilità di far valere in un altro giudizio — ed eventualmente nei confronti del nuovo provvedimento emanato in luogo di quello annullato in un precedente giudizio — motivi originariamente non proposti*». Chiaro, invece, nel tradurre in positivo il concetto, M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 47, ove, nell'illustrare la ricostruzione del SANDULLI, spiega come «[…] *prendendo in considerazione il punto di vista del ricorrente, poiché il giudicato investe non già il provvedimento impugnato nella sua interezza, bensì soltanto i singoli vizi denunciati nel ricorso, la decisione di rigetto non preclude (almeno in astratto) al ricorrente la possibilità di far valere in un nuovo giudizio un motivo di illegittimità non proposto nel primo ricorso*». *Contra*, invece, certa giurisprudenza dell'epoca che, in caso di "giudicato di rigetto" applicava un meccanismo presuntivo — ossia la preclusione del "dedotto e del deducibile" — al fine di precludere al ricorrente ogni futura contestazione (anche se basata su differenti motivi di ricorso) avverso il medesimo atto (già) impugnato con il precedente ricorso. Così, *ex pluribus*, Cons. St., sez. V, 24 novembre 1950, n. 1191, in Foro amm., 1951, I, pag. 75; Cons. St., sez. V, 24 aprile 1948, n. 140, in Riv. amm., 1949, pag. 133.

[14] Ovviamente tale discorso sconta un difetto di fattibilità pratica per l'esistenza del ben noto termine decadenziale di 60 giorni per l'esperimento dell'azione caducatoria avverso un provvedimento amministrativo ritenuto affetto da illegittimità (trascorso il quale, si crea una sorta di "consolidazione" del provvedimento, con l'acquisto — da parte di esso — del carattere di «inoppugnabilità», sul quale, cfr. P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, Milano, Giuffrè, 1970). Tuttavia, l'esempio è utile per ragionare intorno ai modelli al fine di comprendere le conseguenze, su un piano di simmetria fra la posizione del ricorrente e quella della parte resistente, derivanti dalle diverse opzioni dogmatiche formulabili intorno alla teoria del «giudicato amministrativo».

[15] Cfr. A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, op. cit., pag. 54: «[o]*nde nulla impedisce che, annullato un provvedimento per un certo vizio, esso venga rinnovato col medesimo contenuto, purché depurato di quel vizio*». Si vd., anche, ID., *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, op. cit., pag. 50, ove si sostiene che il dovere, in capo alla P.A., di realizzare l'instaurazione di una situazione di fatto che risulti conforme alla situazione di diritto enunciata dalla sentenza intervenuta, «[…] *non è detto che non possa eventualmente avere luogo anche ponendo in essere — sulla base di una diversa procedura, di altri presupposti, ecc. — un atto*

preclusiva nei «limiti oggettivi» del formatosi giudicato d'annullamento, essendo quest'ultimo circoscritto, come s'è visto, unicamente intorno alle specifiche e isolate censure denunciate negli atti introduttivi (ricorso e motivi aggiunti)[16].

Tale possibilità per l'amministrazione di procedere nuovamente, come se la situazione reale fosse "vergine", viene giustificata dall'Autore, a livello di fondamento positivo, sulla base della disposizione di cui all'art. 45, comma 1, del Testo unico sul Consiglio di Stato"[17], quando prevede che, in caso di accoglimento del ricorso da parte del Consiglio di Stato — e, di annullamento del provvedimento impugnato — sono fatti «[…] *salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa*»[18]. Anzi, si ritiene che tale risultato sarebbe quello corretto anche in assenza della citata disposizione legislativa, in quanto ogni possibilità di libero ri-esercizio del potere amministrativo in attribuzione ad una

del medesimo contenuto di quello affermato illegittimo dal giudicato». E, proseguendo, esemplifica tale concetto ricorrendo al seguente esempio che ci consente, anche, di comprendere al meglio quanto espresso in corpo da un punto di vista generale: «[…] *l'annullamento giurisdizionale di un licenziamento non esclude necessariamente la possibilità che l'amministrazione ugualmente licenzi l'impiegato sotto la medesima data, appellandosi a ragioni diverse (p. es., per decadenza dovuta a mancata presenza in servizio, anziché per ragioni disciplinari)*». In tal senso sembrava orientata anche la giurisprudenza di quegli anni. Cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 13 marzo 1963, n. 161, in Mass. amm., 1963, pag. 115; Cons. St., sez. IV, 2 maggio 1962, n. 351, in Cons. St., 1962, I, pag. 875; Cons. St., sez. V, 14 aprile 1962, n. 359, in Cons. St., 1962, I, pag. 749; Cons. St., sez. IV, 5 febbraio 1954, n. 108, in Cons. St., 1954, I, pag. 133.

[16] Cfr. la chiara lettura fornita da M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 48, ove Egli mostra come, seguendo nei vari corollari tale impostazione, «[d]*al punto di vista della pubblica amministrazione,* […] *una simile concezione del processo comporta che là dove uno stesso atto possa essere emanato in base ad una pluralità di presupposti, ciascuno dei quali valga autonomamente a giustificare l'emanazione dell'atto, il giudicato si forma esclusivamente sul presupposto che in concreto è stato posto a fondamento dell'atto impugnato*». Con la conseguenza che «[…] *annullato un atto amministrativo in accoglimento di uno dei motivi di ricorso, l'amministrazione può legittimamente emanare un nuovo atto del medesimo contenuto, purché riesca a depurarlo dal vizio accertato dal giudice: e questo, tanto nel caso in cui si tratti di un vizio meramente formale, quanto nel caso che si tratti di un vizio di natura sostanziale*».

[17] R.d. 26 giugno 1924, n. 1054, «*Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato*».

[18] Sulla "salvezza" degli "ulteriori" (s'intende: rispetto all'annullamento giurisdizionale dell'atto impugnato) provvedimenti amministrativi, si consulti, in dottrina, V. SIMI, *Il significato della salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa*, in AA.VV., *Atti del convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, op. cit., pagg. 87 ss.

data amministrazione è l'ovvia conseguenza dell'"efficacia ripristinatoria" propria delle sentenze costitutive d'annullamento degli atti amministrativi illegittimi[19].

Tali aspetti della costruzione teorica dell'Autore qui esaminato non offrono tuttavia nulla di innovativo, ma consentono di ravvisare ulteriori elementi di conferma della concezione del «giudicato amministrativo» nella prospettiva a "maglie ristrette" così come sistematizzata (per primo, quanto al neo-nato processo amministrativo) dal CAMMEO.

È, invece, in un secondo "polo" della riflessione che il SANDULLI concentra il maggiore *focus* d'attenzione portando al dibattito dell'epoca ulteriori spunti che presentano una carica innovativa.

Il tema in questione è quello, invero rappresentante un "*posterius*" rispetto al tema del giudicato ma in realtà (ad uno sguardo più attento) fortemente connesso a quest'ultimo, dell'analisi — da un punto di vista teorico — dell'"obbligo di conformarsi" che discende in capo all'amministrazione in conseguenza della formazione di un giudicato (specialmente, per quanto qui interessa maggiormente, d'accoglimento).

Tale approfondimento principia da una distinzione preliminare di tipo dogmatico, ossia quella esistente fra il concetto di «obbligo di conformazione»[20] e

---

[19] Cfr. A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, op. cit., pagg. 415-416, ove si motiva il perché della "superfluità" di un'enunciazione espressa della "salvezza" degli ulteriori provvedimenti amministrativi sostenendo che «[…] *la piena possibilità di nuovo esame e di nuove determinazioni discende naturalmente dal principio dell'efficacia ripristinatoria dei provvedimenti di anullamento*». Per un approfondimento sull'"efficacia riprisinatoria" propria delle sentenze del Consiglio di Stato, nella costruzione del SANDULLI, si legga anche A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, op. cit., pag. 56, e ID., *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, op. cit., pagg. 423 ss.

[20] Peraltro, il SANDULLI dedicò anche ampie energie ad un approfondito studio di tipo storico sulle basi ideologiche e politiche, nonché sugli atti preparatori, dell'art. 4 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E (c.d. "legge abolitiva del contenzioso amministrativo"), relativo all'obbligo di conformarsi — da parte della P.A. — al giudicato dei tribunali ordinari. Tale norma, infatti, seppur letteralmente riferita alle sentenze dei giudici ordinari fu ben presto ritenuta, da dottrina e giurisprudenza, espressione di un principio (in una logica di coerenza complessiva del sistema) valevole per ogni "giudicato" anche promanante da pronunce di giudici diversi da quelli ordinari (per es., Consiglio di Stato o altri giudici speciali). Tale ampia premessa storica è rinvenibile in A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, op. cit., pagg. 17 ss., cui si rinvia per ogni approfondimento, anche bibliografico.

quello (differente) di «obbligo di esecuzione», fra i quali sussiste una diversità non di rilievo meramente terminologico, bensì sostanziale[21].

Ed infatti, l'«obbligo di esecuzione» è quello che discende unicamente da sentenze di condanna[22], le quali impongono un obbligo (nella sua specie del *dare*, *facere*, o *non facere*) che, proprio in virtù del comando e dell'ordine connaturato alla decisione (e contenuto nel dispositivo della pronuncia), farà sorgere una situazione di "vincolo" in capo al destinatario consistente nel "portare ad effetto" ciò che è statuito unicamente come "comando" all'interno della sentenza.

Tale "ordine" impartito dalla sentenza di condanna fa sorgere, in punto di diritto, una situazione giuridica di "obbligo" alla quale, pertanto, si correla necessariamente una posizione giuridica soggettiva di "diritto" (intendiamo: all'esecuzione della prestazione comandata) in capo al beneficiario del risultato della pronuncia, il quale avrà nel proprio patrimonio giuridico pretese azionabili in sede giurisdizionale per ottenere la traduzione in fatti di quegli effetti comandati dalla pronuncia in chiave, appunto, di "obbligo".

Viceversa, l'«obbligo di conformazione» discende da pronunce aventi carattere costitutivo o dichiarativo, dalle quali non sorge alcun obbligo giuridico in senso stretto di esecuzione di comandi puntuali, bensì un più generico "dovere" (che, si badi, trae la propria fonte nella legge e non nella parte

---

[21] *Contra*, nella dottrina dell'epoca, E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1953, pagg. 290 ss.; O. RANELLETTI, *Sulla esecuzione in via amministrativa delle decisioni del Consiglio di Stato e delle Giunte Provinciali Amministrative*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1951, pagg. 78 ss.; i quali identificano il "dovere di esecuzione" dei giudicati amministrativi con il concetto di "obbligo di conformarsi" ad essi.

[22] Cfr. A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, op. cit., pag. 46, ove, nel procedere a tracciare la distinzione cui in corpo, afferma che «[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), e anzi ai soli "capi" del dispositivo di esse in cui siano contenuti ordini siffatti* […]». Il fondamento teorico dell'assunto tale per cui ogni attività strettamente "di esecuzione" concerne unicamente le sentenze di condanna, in quanto contenenti "comandi", va rinvenuto, all'interno del panorama della dottrina processual-civilistica sicuramente conosciuta dal SANDULLI, in P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, op. cit., in part. pag. 59.

dispositiva della sentenza[23]) di porre in essere un "fascio" più generico (e, dunque, imprecisato) di attività volte a far sì che lo stato di fatto[24] sia reso il più possibile conforme allo stato di diritto che è stato *ex se* prodotto dalla sentenza intervenuta[25].

Per di più, tale "obbligo di conformazione" non fa sorgere una situazione giuridica di "obbligo" in senso stretto — ossia una situazione soggettiva che, per definizione, si correla ad una posizione giuridica soggettiva di "diritto" in capo ad un beneficiario — bensì una differente di "dovere"[26], la quale appare irrelata e, perciò, non stretta da pretese azionabili, per ciò solo, in un giudizio di natura

---

[23] Ed è per questo che certa dottrina spiega il rapporto sussistente fra il concetto di "giudicato" e quello di "obbligo di conformazione" come una relazione ove il primo termine si pone (in relazione al secondo) come un semplice "fatto" e non come un "atto". In quest'ordine d'idee, senz'altro E. CANNADA BARTOLI, *Aspetti processuali dell'art. 27, n. 4 della legge sul Consiglio di Stato*, in Riv. it. sc. giur., 1949, I, pag. 290; ma anche, successivamente, M. NIGRO, *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27 n. 4 della legge sul Consiglio di Stato*, in Rass. dir. pubbl., 1954, pagg. 261 ss.

[24] Per un'impostazione, nella teoria generale del processo, volta a mostrare come *proprium* dell'attività di esecuzione il "trasformare il diritto in fatto" si consulti, quantomeno, G.A. MICHELI, *Esecuzione forzata*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna, Zanichelli, 1953, pag. 362.

[25] Molto chiaramente A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, op. cit., pagg. 46-47, mostra come «[l]*'"obbligo di conformarsi" si riferisce invece alle pronunce giurisdizionali di altro contenuto, e precisamente alle pronunce dichiarative e costitutive* […]» e «[…] *non consiste dunque, per l'amministrazione, nel dare esecuzione (e cioè nell'adempiere) ai comandi contenuti nel giudicato (lo stesso imperativo di "conformarsi al giudicato" non ha la sua fonte nel dispositivo della sentenza, ma nella legge), 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, eliminando ogni contrasto giuridico con esso*». In senso adesivo, nella dottrina coeva all'Autore, cfr., anche, A. KLITSCHE DE LA GRANGE, *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, in Riv. dir. proc., 1959, I, in part. pag. 387; E. CANNADA BARTOLI, *Aspetti processuali dell'art. 27, n. 4 della legge sul Consiglio di Stato*, op. cit., in part. pag. 290. Anche in giurisprudenza è possibile rinvenire affermazioni che spiegano l'"obbligo di conformarsi" al giudicato come dovere di realizzare una situazione di fatto che sia in armonia con la statuizione in diritto del giudice. Si vd., *ex multis*, Cass., Sez. Un., 8 luglio 1953, n. 2157, in Foro amm., 1953, II, pag. 182; Cons. St., Ad. Plen., 3 luglio 1952, in *Raccolta completa della giurisprudenza del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1952, pag. 987.

[26] A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, op. cit., pag. 60: «[n]*ondimeno si tratta* (s'intende: l'obbligo di conformazione) *di un dovere e non di un obbligo in senso stretto; non si tratta cioè di un dovere correlato a un diritto di chi sia interessato alla osservanza di esso (vale a dire del soggetto beneficiario della decisione giurisdizionale). Come mero dovere lo struttura chiaramente l'ordinamento nel configurare come interesse legittimo e non come diritto la pretesa dell'antagonista dell'amministrazione all'osservanza di esso*».

meramente esecutiva al fine di raggiungere risultati chiaramente individuati dal dispositivo della pronuncia emanata[27].

E, pertanto, quando dal giudicato si apra un ampio "fascio" di possibilità[28] per ripristinare la conformità della situazione di fatto a quella di diritto contenuta nella decisione passata in giudicato, allora l'obbligo di conformazione dovrà — ad avviso della dottrina qui esaminata — ritenersi soddisfatto in ogni caso in cui l'amministrazione adotti una qualsiasi delle plurime vie possibili (essendo esclusa, unicamente, l'"opzione zero" rappresentata dall'inerzia totale a fronte della pronuncia).

---

[27] In quanto, come si è cercato di mostrare, il dovere di conformazione non coincide con la realizzazione — senz'altro — del risultato cui aspira in ultima analisi il ricorrente e che, anzi, rappresentò proprio la ragione di stimolo che lo spinse ad instaurare il giudizio (al cui esito risultò poi vittorioso). Bensì tale dovere in capo alla P.A. resistente può essere limitato unicamente all'eliminazione di ogni profilo di attrito formale/sostanziale con la statuizione in diritto contenuta all'interno della decisione costitutiva di annullamento passata in giudicato senza vincolare ambiti ulteriori di ri-edizione (in senso favorevole al ricorrente) dell'azione amministrativa. Rimarca la differenza strutturale fra l'esecuzione delle sentenze "amministrative" rispetto a quelle "civili" anche F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)*, op. cit., in part. pag. 911, ove ammette che il fatto che l'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo avvenga in via amministrativa «[…] *sta, secondo noi, a confermare il fatto che, appartenendo all'amministrazione l'esecuzione delle sentenze, essa non può considerarsi soggetta al giudicato amministrativo come la parte è soggetta al giudicato civile. Qui si rimette in evidenza la concorrenza del potere amministrativo con il potere giurisdizionale e se l'amministrazione è tenuta ad eseguire la sentenza, vuol dire che per essa la sentenza amministrativa, ma anche il giudicato, vale nei limiti di un presupposto di fatto dell'attività di esecuzione*».

[28] Ed ecco come, all'interno del citato "fascio" possa essere inclusa anche un'opzione non pienamente satisfattiva per il ricorrente vittorioso (in termini di conseguimento del "bene della vita" cui aspira) ma, al contempo, giuridicamente idonea per la P.A. ad assolvere *in toto* il citato dovere di conformazione. Si pensi, ad es., alla possibilità che la P.A. potrebbe serbare, dinanzi ad un annullamento di un provvedimento di licenziamento di un impiegato pubblico, di adottare, in luogo della "via" della riammissione in servizio, un nuovo provvedimento di licenziamento fondato (ovviamente) su un diverso fatto costitutivo (quale, potrebbe essere, la decadenza per mancata presenza in servizio anziché per le iniziali ragioni disciplinari). Lo stesso A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, op. cit., pag. 52, prosegue con gli esempi di sviluppo della medesima logica, immaginando che «[…] *nei confronti dell'immobile occupato sine titulo, oltre che disporne la restituzione, può anche adottare, quando concorrano le condizioni, un provvedimento di occupazione d'urgenza in vista di espropriazione per pubblica utilità; nel caso di dichiarazione di illegittimità del rifiuto di una licenza edilizia, oltre che rilasciare la licenza edilizia, può adottare, quando concorrano le condizioni, un nuovo provvedimento di rifiuto per motivo diverso*».

Appare quindi di forte interesse il collegamento stabilito fra il formatosi giudicato di una sentenza costitutiva di annullamento e tale dovere di conformazione configurabile in capo all'amministrazione resistente[29].

Infatti, il modo con cui viene tratteggiato tale collegamento è di cruciale importanza giacché esso non è altro — a ben guardare — che una diversa prospettiva per delimitare i contorni dei «limiti oggettivi del giudicato» e, di conseguenza, l'ambito di vincolo nascente in capo alla P.A. dall'efficacia della sentenza conclusiva del giudizio.

Con le note conseguenze che, a maggiore ampiezza e precisione dei criteri di collegamento fra gli anzidetti poli del giudicato e del (seguente) dovere di ottemperare ad esso corrisponderà minore ambito di libertà che l'amministrazione potrà dispiegare nella ri-edizione del potere amministrativo; mentre, al contrario, a criteri "imprecisi" e "ad estensione ristretta" corrisponderà una (nuova) azione amministrativa fortemente slegata dalla parentesi giurisdizionale e inquadrabile come un normale esercizio di attività pubblicistica volta al perseguimento degli interessi pubblici[30].

La soluzione al "complesso" rapporto sussistente fra giudicato e obbligo susseguente dell'amministrazione viene poi costruita dall'Autore in esame attraverso una "formula" che si compone di quattro caratteri che devono inerire

---

[29] Tale rapporto, seppur — come si dirà meglio *infra* — viene tratteggiato dal SANDULLI con un approccio costruttivo che può serbare alcune criticità, era all'epoca di incerta enucleazione in quanto non oggetto di specifiche attenzioni in dottrina (si vd., unicamente, la ricostruzione contenuta in U. FORTI, *Il ricorso al Consiglio di Stato contro il mancato adempimento dell'obbligo della autorità amministrativa di conformarsi al giudicato della autorità giudiziaria*, in ID., *Studi di diritto pubblico*, II, Roma, Ed. Foro it., 1937, in part. pag. 222) e da ambiguità in giurisprudenza (cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 27 settembre 1951, in *Raccolta completa della giurisprudenza del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1951, pag. 1084; Cons. St., sez. VI, 16 giugno 1953, in Cons. St., 1953, I, pag. 596).

[30] Con altre parole lo stesso A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, op. cit., pag. 43, fa comprendere come l'"obbligo di conformarsi" finisce per non inerire «[…] *alla esecuzione della pronuncia del giudice, bensì all'esplicazione di un'attività essenzialmente giuspubblicistica conseguenziale a tale pronuncia*». Ossia, un'attività (*ibidem*, pagg. 47-48) «[…] *la quale presuppone esaurita quella giurisdizionale, ed è istituzionalmente destinata a svolgersi al di fuori e al di là dei limiti in cui questa è in grado di operare*».

alla relazione in questione descrivendone le qualità[31]: «necessarietà», «specificità», «immediatezza» e «attualità».

Procedendo con una breve analisi di essi, si può definire il carattere della «necessarietà» come dovere — conseguente al giudicato — di porre in essere l'insieme di atti ed operazioni che si pongano in una relazione di conseguenzialità necessaria rispetto alla statuizione in diritto contenuta nella sentenza emanata[32].

L'attributo della «specificità» sottolinea, invece, il carattere della relazione tra giudicato e attività successiva della P.A. e pone in risalto l'idea di limitare l'«obbligo di conformarsi» unicamente agli atti ed operazioni necessari a tradurre in fatti le specifiche (e sole) statuizioni contenute nel giudicato e non atti/operazioni ulteriori che, per ciò solo, fuoriescono dalla relazione causale sopra accennata[33].

---

[31] Cfr., *clariter*, A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, op. cit., pag. 55: «[l]*a verità è che tanto la formula riferita, quanto le applicazioni giurisprudenziali, sono tutt'altro che ineccepibili. Occorre invece ricorrere a una formula più complessa, basata sul carattere necessario, specifico, immediato e attuale della conseguenzialità tra il giudicato e l'"obbligo" dell'amministrazione*».

[32] Si vd. la definizione adottata da A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, op. cit., pag. 55, ove osserva che il primo carattere della relazione sussistente fra giudicato e dovere di conformazione si basa sull'assunto che l'amministrazione «[…] *è tenuta a porre in essere* […] *tutti gli atti giuridici e tutte le operazioni, che, in base ai canoni dell'ordinamento, è doveroso porre in essere in presenza della situazione di diritto affermata dal giudicato: gli atti e le operazioni che si trovino rispetto a essa in relazione di conseguenzialità necessaria*». Tale relazione di conseguenzialità necessaria è legata all'analisi del fondamento e del presupposto di collegamento di atti successivi rispetto all'atto base oggetto del giudizio secondo un tipo di ragionamento simile a quello applicato in sede processuale per comprendere i riflessi dell'annullamento/riforma di un capo di sentenza su quelli che ne siano dipendenti in quanto astretti da un rapporto di derivazione causale. Si pensi, a titolo di esempio, alla necessità di dover procedere, in caso di annullamento di un licenziamento (e, sempre che non si adottino "vie" possibili aldilà della riassunzione in servizio dell'impiegato), al pagamento delle spettanze dovute per il periodo di assenza risultato illegittimo nonché alla complessiva ricostruzione della carriera. Ovviamente tale nesso di conseguenzialità si interromperà ove dalla sentenza resa in giudizio non si evinca alcun preciso dovere in capo alla P.A., bensì si apra un ambito di grande discrezionalità in capo all'amministrazione sulle modalità di secondo ri-esercizio del potere. Si pensi ad un annullamento di un diniego di licenza edilizia che, seppur faccia discendere un generico dovere di riesaminare in generale l'istanza del privato (senza incorrere nuovamente nei medesimi errori in diritto affermati nella sentenza), non comporta come dovere preciso di conformazione il risultato ulteriore del "rilascio" della licenza ambita dal ricorrente quale "bene della vita" oggetto della sua posizione giuridica di interesse legittimo pretensivo.

[33] A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, op. cit., pag. 57: «[i]*l secondo attributo che la conseguenzialità dell'"obbligo" deve*

Cap. III *Verso una più matura elaborazione dei concetti di «giudicato amministrativo» (ed «efficacia della sentenza»). Le principali costruzioni teoriche. Pregi e limiti.*

Proseguendo, la terza caratteristica di «immediatezza» spiega la necessità che il giudicato si ponga nei confronti della successiva attività doverosa di conformazione ad esso non come un semplice e generico presupposto bensì come un "fatto determinante" [34]. *A contrario*, qualora la successiva attività amministrativa non trovasse il suo fondamento nell'intervenuto giudicato ma in elementi esterni ad esso, allora la relazione di collegamento fra i due "poli" del rapporto in esame s'interromperebbe e l'attività amministrativa conseguente fuoriuscirebbe dall'ambito doveroso dell'"obbligo di conformarsi" per rientrare nei tradizionali moduli dell'azione istituzionale degli apparati amministrativi[35].

---

possedere — quello di collegarsi al giudicato in modo specifico — importa che l'"obbligo di conformarsi" non va oltre la necessità di realizzare gli atti e le operazioni destinate a consentire […] *la traduzione in effetti concreti di quelle sole affermazioni di diritto, inerenti* […] *all'atto amministrativo* […] *considerato dal giudicato, che condizionarono il disposto della pronuncia del giudice, collocandosi in relazione causale rispetto a quest'ultimo*». Procedendo con esemplificazioni di tale criterio, si può dire che inerisca senz'altro al dovere di conformarsi la restituzione di un immobile occupato senza titolo giuridico oppure la formazione di una nuova graduatoria con l'inserimento del soggetto illegittimamente pretermesso dalla prima (graduatoria) annullata dal G.A. nella parte in cui era stato illegittimamente escluso tale candidato. Viceversa, lo stesso Autore sostiene che non discenda dall'obbligo di conformarsi, ma sia espressione del più generale dovere istituzionale della P.A., «[…] *la necessità che, annullato dal giudicato il licenziamento di un avventizio, l'amministrazione, riassunto in servizio quest'ultimo, ne riesamini la posizione comparativamente con quella dei colleghi, al fine di stabilire se egli dovesse eventualmente essere preferito agli altri nella rinnovazione del contratto di lavoro alla scadenza della durata di questo, sopravvenuta durante il periodo di forzata assenza dal servizio*».

[34] Cfr. A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, op. cit., pag. 58, ove procede con l'illustrazione del terzo attributo, ossia quello dell'«immediatezza» che deve inerire al rapporto di collegamento fra giudicato e "obbligo di conformarsi" ad esso. Egli sostiene, per l'appunto, che «[e]*sso sussiste solo quando nella doverosità del comportamento dell'amministrazione il giudicato costituisca non semplicemente un presupposto, bensì il fatto determinante. Quando il fatto determinante dell'obbligo sia da ricercare altrove, vuol dire che l'obbligo non inerisce al giudicato, e quindi che l'inosservanza di esso non rappresenta inosservanza dell'"obbligo di conformarsi al giudicato"*».

[35] Si pensi al caso dell'annullamento di un permesso di costruire in conseguenza del quale si realizzi, quale effetto giuridico, il divieto di proseguire con ogni attività edificatoria (in quanto non più assistita dal titolo legittimante), la quale sarebbe qualificabile (in conseguenza dell'intervenuta sentenza di annullamento del "permesso") come "abusiva". In tale esempio, il dovere in capo alla P.A. di impedire la prosecuzione dell'attività edificatoria abusiva comunque realizzata nonostante la pronuncia di annullamento del relativo titolo attiene ad un potere di "polizia edilizia" che trae un collegamento dal formato giudicato solo in via "mediata", ma che non rinviene in esso il suo unico "fatto determinante". La conseguenza è che, nell'esempio fatto, l'attività di "polizia edilizia" non inerisce all'"obbligo di conformarsi" al giudicato e, come tale, siccome rientra in un più generale dovere istituzionale della P.A., non sarà coercibile con gli strumenti processuali del giudizio di ottemperanza alla pronuncia costitutiva di annullamento del permesso di costruire.

Da ultimo, il carattere dell'«attualità»[36] limita la cogenza dell'obbligo di conformarsi unicamente a quella "massa" di atti giuridici ed operazioni materiali che richiedono un'esigenza di emanazione già in atto al momento della formazione del giudicato, escludendo — perciò — ogni attività proiettata in un orizzonte temporale eccessivamente lontano e, dunque, non giustificata da bisogni e necessità di tipo immediato[37].

Una volta individuato l'ambito di collegamento fra giudicato e "obbligo di conformarsi" ogni analisi si sposta e prosegue sul piano strettamente tecnico dell'esecuzione stessa (*melius*: ottemperanza) alle sentenze del Consiglio di Stato e sui rimedi esperibili in caso di mancata "esecuzione" della pronuncia.

Come noto, sulla base delle disposizioni già vigenti all'epoca[38], ogni obbligo di conformazione alle decisioni rese dal Consiglio di Stato incombeva, "in prima battuta", sull'autorità amministrativa avente in attribuzione il potere oggetto delle contestazioni riversate all'interno della fase processuale di cognizione appena conclusa[39].

---

[36] A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, op. cit., pag. 59: «[l]*'ulteriore carattere che deve possedere la conseguenzialità dell'"obbligo" — quello della attualità — comporta che l'"obbligo di conformarsi" riguarda soltanto gli atti e le operazioni, la doverosità della cui emanazione già esista in atto al momento in cui si forma il giudicato: il legislatore del 1865 ebbe infatti riguardo, nell'art. 4, unicamente a ciò che l'amministrazione dovesse fare immediatamente per eliminare lo stato di illegittimità accertato dal giudicato* […]*, e non anche ciò che essa dovesse fare in un prossimo o remoto futuro per evitare che quel giudicato venisse trasgredito*».

[37] Il SANDULLI riporta, quale esempio, quello dell'emissione di un'ordinanza comunale che tuteli il carattere "vicinale" di una strada di proprietà privata nonostante la presenza di una precedente sentenza passata in giudicato che abbia statuito la libertà della relativa strada da ogni diritto di uso pubblico. In realtà, *contra*, in giurisprudenza, Cons. St., sez. V, 30 giugno 1916, in Giur. it., 1916, III, pag. 348.

[38] Si ricordi, infatti, all'uopo l'art. 88 del R.d. 17 agosto 1907, n. 642, "*Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*", al cui interno si statuiva che «[l]*'esecuzione delle decisioni* (s'intende: del Consiglio di Stato) *si fa in via amministrativa, eccetto che per la parte relativa alle spese*». Tale disposizione voleva sottolineare, per l'appunto, come per l'ottemperanza alle sentenze rese dal Consiglio di Stato non fossero ammissibili (fuorché per la parte concernente le spese processuali) gli strumenti di tutela propri del processo di "esecuzione" civile, ma che ogni conformazione dovesse, *in primis*, promanare dalla stessa P.A. destinataria della pronuncia.

[39] Per un approfondimento sul tema all'interno della letteratura dell'epoca si consultino (quantomeno) i contributi di F. BENVENUTI, *Valore delle pronunce ex art. 27 n. 4 T.U. del Consiglio di Stato e loro esecuzioni*, in AA.VV., *Atti del convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, op. cit., pagg. 243 ss.; M. NIGRO, *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27, n. 4 della legge sul*

Nel caso in cui l'amministrazione non avesse provveduto alla predetta attività di ottemperanza alle statuizioni contenute nella sentenza resa dal giudice amministrativo residuava la possibilità (per le parti che avessero beneficiato del contenuto della pronuncia) di avvalersi dello strumento rappresentato dal ricorso *ex* art. 27, n. 4, del "T.u. delle leggi sul Consiglio di Stato"[40].

Ossia, un rimedio processuale che rappresenta uno strumento "di chiusura" del sistema in quanto consente, seppure in "seconda battuta", di investire lo stesso Consiglio di Stato della questione concernente l'ottemperanza all'intervenuta sentenza al fine di procedere — attraverso la spendita di poteri sostitutivi dell'amministrazione inerte — con l'adozione degli atti necessari allo scopo della piena traduzione fattuale delle statuizioni in diritto contenute nella pronuncia ed ogni ulteriore misura occorrente per il caso concreto.

Consiglio di Stato, op. cit., pagg. 297 ss.; V. OTTAVIANO, *Note sull'art. 27 n. 4 del T.U. del Consiglio di Stato*, in Giur. cass. civ., 1951, III, pagg. 1025 ss.; E. GUICCIARDI, *L'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato dei Tribunali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, Cedam, 1939, II, pagg. 413 ss.; F. CAMMEO, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato e della G.P.A.*, in Giur. it., 1937, III, in part. pag. 66.

[40] R.d. 26 giugno 1924, n. 1054, "*Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato*". Art. 27, comma 1, n. 4: «[i]*l Consiglio di Stato in sede giurisdizionale decide pronunciando anche in merito:* […] *4) dei ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato del Tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico*».

3.1.1. (segue): Le principali criticità proprie di tale approccio.

Illustrati i "punti chiave" dell'approccio teorico del SANDULLI al tema del «giudicato amministrativo» è possibile ora rilevare alcune criticità delle quali appare affetta tale posizione dottrinale e che indussero la dottrina dell'epoca (e quella successiva) a continuare ad occuparsi del tema e a cercare una sistemazione più stabile e risolutiva del difficile rapporto fra "giudicato" e "ri-esercizio della funzione amministrativa".

Ed è, infatti, proprio con riferimento a tale profilo che la concezione del SANDULLI — in linea con il filone CAMMEO del giudicato "a stabilità limitata" — fra i due poli della stabilità del risultato processuale per la parte vittoriosa (con annessa certezza delle situazioni giuridiche veicolate in giudizio), da un lato, e della "libertà" e "fluidità" della ri-edizione del potere amministrativo, dall'altro, sembra essere fortemente sbilanciata a favore del secondo dei due "corni" onde favorire (in generale) l'azione degli apparati amministrativi. Questi, per l'appunto, sono lasciati il più possibile svincolati dalle strette maglie del giudicato onde poter assolvere ai propri doveri istituzionali mantenendo aperti i più ampi margini di discrezionalità e di scelta in funzione della miglior implementazione della cura in concreto degli interessi pubblici.

Tale concezione, che evoca una relazione tra amministrazione e cittadini impostata nei termini della supremazia e dell'autorità della prima sui secondi, è ben visibile nell'opzione dell'Autore esaminato volta a sviluppare una nozione di «*causa petendi*» ristretta con i suoi noti riflessi in termini di contrazione dei vincoli "oggettivi" discendenti dal giudicato.

Tuttavia, tale spiegazione — come si è cercato di evidenziare — non rappresenta sul piano teorico una novità inaugurata dall'Autore, avendo Egli seguito sul punto le impostazioni già proposte anni addietro dalla prima dottrina che si era occupata della costruzione delle basi dogmatiche del (nuovo) «giudicato

amministrativo» e avendo dedicato i maggiori sforzi ricostruttivi alla riflessione intorno al rapporto fra giudicato e conseguente "obbligo di conformarsi" ad esso.

Ed è proprio in quest'ambito che è possibile ravvisare le principali debolezze dell'impianto teorico proposto.

In primis, i caratteri di conseguenzialità fra giudicato e (successivo) dovere di conformazione, ossia gli attributi di «necessarietà», «specificità», «immediatezza» e «attualità», sono ideati dall'Autore avendo presente come obiettivo ultimo quello (appena accennato) di restringere il più possibile (e non dilatare in funzione di "stabilità") ogni ambito preclusivo e di vincolo nascente dal giudicato in funzione della massima libertà per la P.A. di agire in vista dei propri scopi istituzionali.

In secondo luogo, il merito stesso delle definizioni degli attributi della relazione appare debole dal punto di vista giuridico in quanto fondato su spiegazioni affette da spazi di genericità e incertezza, risolvendosi di frequente nell'utilizzo di concetti che — ad una lettura più attenta — palesano il loro carattere tautologico[41].

Tale "debolezza" dello statuto definitorio di questi concetti ne rende poi, a valle, assai difficoltosa e "soggettiva" l'applicazione pratica[42] — soprattutto da

---

[41] Cfr., in proposito, le "serrate" critiche mosse alla costruzione del SANDULLI, da M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pagg. 49-50, ove l'Autore mostra come «[s]*e si va ad analizzare in concreto il significato dei caratteri attribuiti al rapporto di conseguenzialità tra giudicato e dovere di ottemperanza, ci si rende conto che essi non risolvono in modo soddisfacente il problema della definizione dei limiti del giudicato: infatti si tratta di qualificazioni o meramente tautologiche oppure di incerta determinazione*». Il carattere "tautologico" cui l'Autore fa riferimento è ben visibile, a titolo di esempio, nella definizione del carattere di «necessarietà», definito dal SANDULLI (A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, op. cit., pag. 56) come il dovere di «[…] *porre in essere* […] *tutti gli atti giuridici e tutte le operazioni, che, in base ai canoni dell'ordinamento, è doveroso porre in essere in presenza della situazione di diritto affermata dal giudicato: gli atti e le operazioni che si trovino rispetto a essa in relazione di conseguenzialità necessaria*». La critica di "incertezza" di determinazione, invece, può ben valere per il carattere di «immediatezza» (vd. par. prec.) basato dal SANDULLI sulla distinzione fra "presupposto" e "fatto determinante" (in relazione al giudicato), la quale non appare chiarita a sufficienza rendendo, di conseguenza, alquanto evanescente l'applicazione pratica del relativo criterio teorico.

[42] Lo stesso M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1983, pag. 394, nel riflettere sul limite di conseguenzialità sussistente fra giudicato amministrativo e successiva attività amministrativa, ha occasione di richiamare la teoria del SANDULLI, sostenendo che «[è]

parte della giurisprudenza — consegnando nella mani dell'interprete strumenti che possono essere "declinati" con un margine di libertà, financo arbitrarietà, davvero ampio che, di conseguenza, indebolisce l'utilità stessa delle categorie dogmatiche le quali, in quanto sovra-costruzioni rispetto a certe disposizioni normative, debbono servire a semplificare e rendere più agevole, oltre che certa, l'applicazione del diritto positivo e non essere (a loro volta) fonte di complicazione e di incertezza.

In realtà, a ben vedere, la debolezza della definizione giuridica dei caratteri della relazione fra giudicato ed "obbligo di conformarsi" dipende (forse) da una scelta di tipo metodologico: infatti, prima di concentrarsi sull'ambito "a valle" del polo dell'ottemperanza alla decisione — e di qui tratteggiarne il raggio di estensione alla luce dei caratteri di conseguenzialità fra giudicato e (conseguente) dovere di conformazione (s'intende: ad esso) — il *prius* dogmatico avrebbe dovuto e dovrebbe essere quello di effettuare uno studio dell'ambito di "efficacia oggettiva" della sentenza stessa (e, sotto altro angolo visuale, dei «limiti oggettivi» del giudicato)[43].

---

un problema che si può risolvere (Sandulli) ricorrendo ad una formula complessa basata sul carattere necessario, specifico, e immediato della conseguenzialità tra atto annullato ed eventi su cui deve incidere la ripristinazione, ma anche l'applicazione di questi canoni non è un'operazione aritmetica».

[43] Si veda la critica che A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, op. cit., pagg. 380-381, rivolge agli amministrativisti che si sono adoperati nello studio e nella costruzione dogmatica delle fondamenta del processo amministrativo. A Suo avviso, infatti, sono alquanto vistose le lacune presenti nello studio del tema del «giudicato amministrativo», a differenza della (vicina) dottrina processual-civilista che, viceversa, all'istituto del giudicato (da sempre) dedica ampia attenzione e (conseguenti) sforzi di riflessione. Egli, per l'appunto, afferma che «[m]*anca* […] *un approfondimento specifico del problema della natura della cosa giudicata, il quale sia dovuto ad un amministrativista; e, a parte questo, manca anche un approfondimento, dovuto ad un amministrativista, di quei problemi, i quali possono fornire la chiave per la soluzione di questo: primo tra tutti, quello concernente i caratteri e la struttura del provvedimento giurisdizionale*». E, di conseguenza, mentre «[…] *l'esigenza di precisare i limiti dell'annullamento effettuato dal Consiglio di Stato, è stata sempre acutamente percepita,* […] *non altrettanto si può dire per quel che riguarda l'esigenza di determinare i contorni dell'accertamento che è compiuto dallo stesso organo*». Circa il bisogno di approfondimento del momento "a monte", ossia dello studio rigoroso del contenuto del giudicato amministrativo (con i suoi annessi limiti oggettivi), prima di analizzare i rapporti fra giudicato e giudizio di ottemperanza, cfr., M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1981, IV, pag. 1161, nella parte in cui l'Autore sostiene che «[d]*ietro di esso* (aggiungiamo: al problema del rapporto fra giudicato ed obbligo di conformarsi ad esso) *si cela quello che è invece il vero grosso problema dell'argomento* […]: *quali siano il contenuto e gli effetti, diretti e indiretti, del giudicato*

Altrimenti, senza chiarire preliminarmente sul piano teorico il primo "polo" della relazione (cara all'Autore qui in esame), ogni apporto di studio sul momento successivo e consequenziale rappresentato dall'ottemperanza alla pronuncia, risulterà evanescente e sconterà inevitabilmente quei problemi di incertezza definitoria che si è cercato di mostrare.

D'altra parte, lo statuto dei «limiti oggettivi» del giudicato nella dottrina in analisi sconta il difetto di ampiezza (che si tramanda sin dai primi Autori che si sono occupati del neo-nato «giudicato amministrativo» con conseguente *vulnus* per le — sempre più pressanti — esigenze di effettività della tutela) anche per un ulteriore aspetto "a monte" che, nondimeno, condiziona fortemente ogni corollario ricostruttivo "a valle".

Ci si riferisce al problema dell'«oggetto del processo», quale concetto dogmatico che, come ormai assodato in letteratura[44], è strettamente correlato a quello (che qui interessa principalmente) dei «limiti oggettivi» del «giudicato».

Ed infatti, se si va ricostruire l'idea di «oggetto del processo» all'interno dell'opera del SANDULLI[45], si può comprendere com'Egli sia pienamente calato

---

amministrativo e come questi si inseriscano nella ulteriore attività amministrativa: risolvere il quale (problema) è il presupposto indispensabile di ogni tentativo di ricostruzione del giudizio di ottemperanza».

[44] Si rinvia, per un approfondimento del tema dal punto di vista della teoria generale del processo (nonché per la bibliografia esistente in argomento), alle considerazioni riportate all'interno del Cap. I, in part. par. 1.5., del presente lavoro. Nella dottrina amministrativistica tale importante relazione sussistente fra i concetti di «oggetto del processo» e di «limiti oggettivi» del «giudicato» è ben compresa e sottolineata da A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, op. cit., pagg. 48-49, il quale, dopo aver premesso che «[…] *è* […] *sulla base dell'oggetto del giudizio che vengono determinati i limiti obbiettivi della cosa giudicata*», prosegue affermando che «[a]*nzitutto è chiaro che ciò che costituisce l'oggetto dell'accertamento da parte del giudice, costituisce anche l'oggetto della sua decisione, la quale anzi si modella, per così dire, su di esso; e, d'altra parte, è proprio tale decisione che è coperta da quella speciale efficacia che è denominata forza di giudicato: questo, schematicamente, è il motivo per cui l'oggetto del giudizio delimita, in ultima analisi, anche l'estensione obbiettiva della cosa giudicata*». Per lo stesso ragionamento applicato al processo civile cfr. A. SEGNI, *Della tutela giurisdizionale in generale*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA, F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, op. cit., in part. pag. 349.

[45] Si vd. A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, op. cit., pag. 52, ove si dà una definizione di "*res in judicium deducta*" (ossia, detto altrimenti: «oggetto del processo») come «[…] *accertamento — in vista e in funzione dell'annullamento o della riforma del provvedimento — del pregiudizio subito da una posizione soggettiva protetta (un bene garantito dalla legge) come interesse legittimo* […] *a opera di un provvedimento amministrativo invalido*». Esemplificando, l'oggetto dell'accertamento giudiziale si scompone in due parti: il fatto del pregiudizio arrecato ad una

all'interno della concezione classica (quasi egemone all'epoca) del processo amministrativo come processo d'impugnazione avente ad oggetto un provvedimento (assunto) illegittimo in quanto affetto da specifiche[46] censure d'invalidità.

In tale modello, ovviamente, il fine/scopo[47] del processo è concentrato sul momento "caducatorio" dell'atto impugnato, lasciando "in ombra" gli spazi d'accertamento del più ampio "rapporto amministrativo" esistente fra P.A. agente e cittadino, con la conseguenza che gli effetti dell'intervenuta pronuncia saranno limitati unicamente all'eliminazione dell'atto invalido e alla (connessa) ripristinazione delle posizioni giuridiche soggettive lese[48].

In conclusione, tale modello — che si vedrà, *infra*, non essere l'unico possibile[49] — poiché fa riferimento (quale scopo ultimo) alla mera caducazione dell'atto impugnato grazie all'efficacia costitutiva della sentenza d'annullamento, mostra, tanto un'indifferenza per i singoli fatti costitutivi del *petitum* caducatorio (ed, infatti, la pratica dell'"assorbimento improprio" era diffusa e giustificata da tali assunti[50]); quanto il disinteresse (o, forse, l'impossibilità) del giudice nello

---

posizione d'interesse legittimo, da una parte, e la causazione del citato pregiudizio da parte di un provvedimento amministrativo affetto da invalidità. Da tale connubio emerge l'obiettivo finale del processo, rappresentato (*ibidem*, pag. 53) «[…] *dalla caducazione del provvedimento invalido e dal rispristino — automaticamente e conseguenzialmente collegato a tale caducazione — delle posizioni soggettive lese*».

[46] Identificate dai singoli "motivi di ricorso" prospettati dal ricorrente negli atti introduttivi (ricorso e motivi aggiunti), in conformità agli assunti del principio dispositivo che si ritiene applicabile anche all'interno del processo amministrativo.

[47] Si sofferma, invece, sull'elaborazione di una distinzione fra «oggetto del processo» (inteso come ambito sul quale verte il giudizio) e «scopo del processo» (nell'accezione di finalità ed interessi a tutela dei quali si svolge il processo instaurato), S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1956, pagg. 300 ss.

[48] Anche la giurisprudenza dell'epoca sembrava seguire questa concezione "limitata" dell'efficacia della sentenza. In questo senso, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 5 maggio 1962, n. 367, in Cons. St., 1962, I, pag. 925; Cons. St., sez. VI, 27 settembre 1951, n. 402, in *Raccolta completa della giurisprudenza del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1951, pag. 1084.

[49] Già si anticipa come la principale dottrina diametralmente opposta a tale modello sia quella rappresentata dal PIRAS, e contenuta nella fondamentale (anche per l'influenza apportata nel dibattito successivo) opera A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, 2 voll., Milano, Giuffrè, 1962 (sulla quale si vd. *infra* per gli aspetti attinenti al tema in analisi).

[50] Si rinvia all'esplicita posizione assunta a riguardo da A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, op. cit., pagg. 55-56, il quale, sposando (come si è cercato

spingersi ad accertare (aldilà del momento formale rappresentato dall'atto impugnato) le modalità del corretto ri-esercizio del potere amministrativo[51] in funzione di conformazione dello stesso e nell'ottica di completa e "piena" garanzia di stabilità del risultato della tutela.

di illustrare *supra*) una concezione meramente caducatoria del processo amministrativo, si trova (per coerenza con le proprie premesse) a dover ammettere che, nei casi in cui un provvedimento venga impugnato sulla base di più vizi (e, quindi, nella Sua costruzione, più "azioni"), «[…] *siccome vengono proposte* (s'intende: le plurime azioni avverso il medesimo atto amministrativo impugnato) *in funzione della caducazione (o della riforma) dell'atto, e siccome l'interesse a tale caducazione (o riforma) — e lo stesso oggetto del giudizio — viene meno allorquando in quasiasi modo (non importa se in via di amministrazione o in via di giurisdizione) l'atto sia stato ormai caducato (o riformato), l'eventuale accoglimento di una soltanto di esse, che sia in grado di provocare la caducazione (o la riforma) dell'atto* […] *fa venir meno l'interesse dell'istante all'esame degli altri motivi da parte del giudice, e la potestà di quest'ultimo di procedere a tale esame, autorizzando la dichiarazione di "assorbimento" di essi*».

[51] Segue chiaramente quest'impostazione A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, op. cit., pagg. 56-57, laddove, dopo aver premesso (nuovamente e senza lasciar residuare dubbi) «[…] *l'origine e la funzione della giurisdizione in esame (istituita e vissuta come giurisdizione d'impugnazione)*», fa discendere come conseguenza il fatto che «[n]*on può significare che l'accertamento del giudice debba spingersi fino a stabilire il modo di comportarsi dell'Amministrazione in occasione del riesame della situazione a seguito dell'annullamento* […] *e tanto meno fino a stabilire il modo di comportarsi dell'Amministrazione se e quando vorrà riprodurre (rinnovare) il provvedimento annullato (imponendo al giudice accertamenti ulteriori rispetto a quelli strumentali in ordine alla caducazione dell'atto impugnato, ciò trasformerebbe, almeno in parte, il giudizio di impugnazione — in contrasto con la funzione assegnatagli dal diritto positivo — in un giudizio di accertamento)*».

3.2. Il «giudicato amministrativo» come "fatto": la tesi volta a contrarre pesantemente i "limiti oggettivi" del giudicato in funzione di una piena "equiparazione" ed indipendenza fra giurisdizione e amministrazione.

Sempre negli anni '60 del secolo scorso, un altro autorevole Studioso[52], occupandosi dei temi oggetto del presente lavoro, apportò un importante contributo al dibattito (soprattutto dottrinale) relativo alla costruzione dogmatica della "struttura" e dei "confini" del «giudicato amministrativo».

La posizione espressa dal BENVENUTI rappresenta un "tassello" obbligato per chi affronti uno studio dell'istituto del giudicato all'interno del processo amministrativo, tanto per l'autorevolezza dell'Autore che l'ha sostenuta, quanto per il fatto che la tesi in questione sia divenuta (negli anni a seguire) un "polo" di confronto essenziale per la dottrina successiva, la quale dovette sempre (o in senso adesivo o in chiave critica) confrontarsi con essa.

Lo studio dell'Autore in esame prende le mosse da una definizione "minima" (ma utile ai fini di una "prima" delimitazione del perimetro d'indagine) di «giudicato» spiegandolo come «[…] *la immutabilità della sentenza in quanto proveniente dal giudice e in quanto diretta a risolvere definitivamente una controversia tra le parti*»[53].

Si evince da tale definizione un'idea di giudicato che reca con sé l'attributo della "stabilità", il quale dovrebbe discendere dalla circostanza tale per cui — nell'opera di traduzione in concreto (quale regola del rapporto) del precetto normativo — la sentenza che acquisisce (per esaurimento delle vie d'impugnazione o per decadenza dai termini d'impugnativa) la qualità di "*res*

---

[52] Il riferimento va ad uno dei (maggiori) Maestri del diritto amministrativo del secolo scorso, ossia FELICIANO BENVENUTI, il quale si occupò dei temi in oggetto attraverso la redazione di una apposita voce enciclopedica dedicata, per l'appunto, al «giudicato amministrativo». Cfr., infatti, F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)*, op. cit., pagg. 893 ss.

[53] F. BENVENUTI, op. ult. cit., pag. 893.

judicata" contribuisce in funzione di stabilizzazione e di rinforzo al singolo rapporto giuridico sostanziale oggetto del concluso processo[54].

Una volta risolta (in via definitiva) la specifica vicenda processuale, il «giudicato» rende immutabile la disciplina del rapporto precludendo alle parti (del concluso processo) di mutare, salva beninteso la persistenza dei medesimi presupposti materiali[55], la propria posizione all'interno del rapporto e, più in generale, la relazione tra la fattispecie (così come accertata dal giudice) e l'ordinamento[56].

Quest'idea del «giudicato» come "momento di chiusura" dell'ordinamento viene ricollegata al piano degli effetti discendenti dal primo, i quali vengono sintetizzati, dall'Autore in esame[57], nell'"effetto preclusivo", da un lato, e nell'"effetto costitutivo", dall'altro.

Il primo (dei due accennati "effetti") racchiude in sé l'"essenza" del rapporto fra due (delle tre "idealtipiche") funzione "sovrane", ossia la funzione legislativa e quella giurisdizionale, descrivendo il carattere di subordinazione del "giudice" alla "legge" nel momento in cui si trovi a concretare la regola del rapporto (posta a livello legislativo) sulla fattispecie concreta posta sotto la sua sfera di cognizione.

Infatti, se ad un giudice fosse consentito modificare più volte la regola del caso di specie egli stesso diverrebbe "legislatore" attraverso un'opera di modifica

---

[54] *Ibidem*: «[…] *il giudicato rinforza, quando non crea, il rapporto sostanziale fra le parti e lo rende immutabile nei limiti della permanenza dei presupposti materiali*».

[55] V'è dunque, implicita, l'idea che lo "*ius superveniens*" possa "rompere" la stabilità e la fissità impressa dal giudicato al rapporto posto *sub iudice*. Vd., *amplius*, Cap. I, par. 1.5., in part. nt. 122; nonché Cap. II, par. 2.3., in part. nt. 88.

[56] Così, chiaramente, F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)*, op. cit., pag. 893, laddove l'Autore, nella propria opera di ri-costruzione della teoria generale del «giudicato», ha modo di sottolineare come esso definisca compiutamente ogni aspetto afferente alla partecipazione dei soggetti al giudizio «[…] *fissando non solo le posizioni nascenti da questa partecipazione, ma anche la condizione sostanziale e formale in cui i partecipanti stessi vengono a trovarsi in quanto è loro preclusa ogni possibilità di mutare, rispetto alla fattispecie, la relazione tra questa e l'ordinamento*».

[57] *Ibidem*: «[t]*utti questi profili del giudicato vengono di solito racchiusi nelle formule dell'effetto preclusivo e dell'effetto costitutivo, cui sottostà il problema se il giudicato costituisca fonte autonoma (rispetto alla norma ed alla volontà delle parti) della disciplina del rapporto sostanziale o si limiti ad agire invece rispetto al giudice precludendogli nuovi interventi nello stesso rapporto*».

della vita "concreta" stessa dei precetti da applicare in funzione del proprio arbitrio[58], con ogni ovvia conseguenza deteriore in punto di stabilità complessiva dell'ordinamento giuridico. Ed ecco perché, dunque, l'"efficacia preclusiva", quale attributo connaturato all'istituto del «giudicato», impedisce tale degenerazione del "sistema", precludendo — una volta concluse le "vie" della decisione del caso singolo — ad ogni giudice di poter (nuovamente) giudicare "*de eadem re*", ossia rivedere con nuove decisioni il modo di applicazione del precetto alla fattispecie concreta sulla quale si è già "giudicato" in precedenza[59].

È evidente come l'Autore voglia apportare un contributo rigoroso dal punto di vista dogmatico e del metodo giuridico alla teoria del «giudicato amministrativo», come si evince dall'approccio allo studio dell'istituto secondo una linea di sviluppo logico che procede dal "generale" al "particolare", ossia, detto altrimenti, dall'esposizione del «giudicato» (e dei suoi "limiti" e corollari) da un punto di vista generale — secondo le classificazioni elaborate dalla "teoria

---

[58] F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)*, op. cit., pag. 894: «[s]*i afferma che la giurisdizione costituisce la funzione di chiusura dell'ordinamento: ed è, sotto questo profilo, che 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 stessa dell'ordinamento*».

[59] Si vd. la definizione di "effetto preclusivo" elaborata da F. BENVENUTI, *ibidem*: «[l]*'effetto preclusivo del giudicato, nella sua espressione di vertice, vuole essere in realtà l'adattamento alla sentenza di una relazione più generale tra legislazione e giurisdizione, dove la subordinazione della seconda alla prima si realizza appunto nella impossibilità per il giudice di giudicare definitivamente più di una volta circa il rapporto tra la fattispecie concreta e la fattispecie astratta*». Tale definizione richiama, nell'impostazione dogmatica di fondo, alcune concezioni di teoria generale del processo espresse all'epoca dal CARNELUTTI, nella fondamentale opera F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1936, in part. nel vol. I dell'Opera dedicato, per l'appunto alla "funzione e composizione del processo". *Ivi* (cfr., in part. pag. 304), l'Autore — nel riflettere sulla "stabilità" della decisione giurisdizionale — compara l'azione del legislatore a quella del giudice concludendo nel senso che, mentre il legislatore conserva la capacità di mutare il suo comando ogni qualvolta lo ritenga opportuno (senza che ciò contrasti con i fini dell'ordinamento giuridico), il giudice, invece, non potrebbe decidere due volte sulla medesima lite pena la frustrazione delle fondamentali esigenze di certezza sottese alla funzione giurisdizionale. Ossia, per utilizzare le parole dell'Autore: «[…] *il lettore rifletta che la lite rappresenta un fenomeno di incertezza intorno alla applicazione delle norme giuridiche, onde la sua composizione esige che ogni incertezza finisca. Che il giudice possa essere richiamato a decidere una lite già decisa non contrasterebbe certo, in linea logica, con la imperatività della prima decisione, ma, in linea pratica, farebbe perdere il beneficio dell'accertamento e così della composizione* […]. *Costituisce perciò una condizione del raggiungimento del fine del processo che la sentenza sia immutabile e la cosa giudicata esprime anche questa seconda direzione della sua efficacia*».

generale del processo"[60] —, ad una successiva declinazione dello stesso istituto nel diverso (rispetto al processo civile) "tipo" di processo (o, meglio: giurisdizione) rappresentato/a dal giudizio dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato.

Sennonché, l'Autore è chiaro — sin dal principio dell'analisi[61] — nel manifestare l'idea che il processo amministrativo presenti alcune specificità che non consentono l'utilizzo di una nozione giuridica "unitaria" di «giudicato», ma che, rispetto al vicino — ma differente — processo civile, richiedono allo studioso di operare un'elaborazione dogmatica dell'istituto che comporti alcune

---

[60] Sulle quali si opera un rinvio, per ogni approfondimento e per la (principale) bibliografia esistente in argomento, al Cap. I del presente lavoro.

[61] Ed, infatti, cfr. F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)*, op. cit., pag. 893, in part. nt. 1, ove, dopo aver accennato all'importante dibattito esistente nella dottrina processual-civilistica in merito al (complesso) rapporto sussistente tra "processo" e "realtà sostanziale", espone chiaramente come non «[…] *appare corretto od utile inserire in quel dibattito il punto di vista del giudizio del processo amministrativo, che presenta angolazioni del tutto proprie e che, nonostante tendenze riaffioranti nella dottrina verso un'unificazione concettuale dei problemi della giustizia e del processo, rimane per molti aspetti un corpo autonomo. Il rapporto fra la sostanza e il processo si delinea, nel diritto dell'amministrazione, con caratteri speciali, e risente dell'impianto originario dell'amministrazione nella funzione esecutiva, con la conseguenza di alterare la visuale del civilista*». Nello stesso senso, Egli (pag. 897, nt. 14) ha occasione di ritornare nuovamente su tale punto sostenendo che «[…] *il legame tra amministrazione e giurisdizione è stretto a tal punto e così poco irrisolto, da collocare il problema del giudicato in una luce del tutto propria*». *Contra*, quantomeno nell'approccio metodologico, S. SATTA, *Diritto processuale civile*, op. cit., pag. 185, il quale, diversamente da quanto appena esposto sembra adottare una prospettiva più unitaria nello studio del «giudicato», per esempio laddove (in termini generali) sostiene che «[…] *giurisdizione, azione, cosa giudicata sono i vari aspetti di un unico problema, che è il problema dell'ordinamento, nella cui unità soltanto queste cose possono essere capite*»; nonché, più di recente, C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, Cedam, 2004, in part. pagg. 303-304. L'Autrice, criticando l'impostazione del BENVENUTI volta alla separazione delle dogmatiche sul «giudicato civile» e sul «giudicato amministrativo», afferma che «[m]*anca però* (s'intende: nella teorica del BENVENUTI) *una convincente spiegazione di ciò che differenzierebbe il processo amministrativo da quello civile, ove si consideri che non vi è un unico tipo di processo civile, ma tanti processi diversi, quante sono le situazioni giuridiche soggettive che abbisognano di tutela giurisdizionale; e ove si consideri soprattutto che anche la tutela giurisdizionale dei diritti comprende tipologie di processi che presentano forti analogie con il processo amministrativo di impugnazione di atti amministrativi, che sono i processi costitutivi necessari di eliminazione di atti giuridici di privati emanati nell'esercizio di un potere che può sopravvivere, ed essere così nuovamente esercitato, pur dopo l'annullamento giurisdizionale*». Circa il problema dello studio del "giudicato materiale" con riguardo al processo amministrativo, cfr. A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, op. cit., pag. 913, nella parte in cui Egli segnala che, nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale intervenuto sul tema, «[…] *la stabilità dell'accertamento, caratteristica del giudicato, sembrava di scarsa utilità rispetto a un processo che verte su un potere che non si esaurisce con l'intervento giurisdizionale e che pertanto può esprimersi con ampiezza anche successivamente, senza che possa opporsi alcuna assegnazione definitiva di un bene della vita*».

differenze e deviazioni, specie sul punto (assai cruciale) dei «limiti oggettivi» del giudicato, in funzione di adattamento alle peculiarità di questo (diverso) "modello" di processo[62].

A tale scopo, l'Autore procede ad uno studio del «giudicato amministrativo» scomponendo l'esame secondo due linee direttrici, ossia da una parte il rapporto fra giudicato e funzione giurisdizionale e, dall'altra, la relazione fra giudicato e disciplina del rapporto fra le parti.

Il primo segmento (della distinzione *de qua*) riflette l'idea che i "vincoli" nascenti dal «giudicato» siano differenti per il giudice e per le "parti" (del processo), in quanto l'organo giudicante — a differenza degli altri soggetti presenti all'interno della vicenda processuale — appare "disinteressato"[63] (ossia, secondo i principi del «giusto processo», "terzo") rispetto all'oggetto della lite e, in conseguenza di ciò, non destinatario (a differenza, sempre, delle altre "parti") delle modifiche apportate ad opera della sentenza da lui emanata.

Il giudice (anche quello amministrativo), dunque, data la sua caratteristica di organo "*super partes*" in relazione alla materia del contendere, subisce dall'azione del «giudicato» formatosi in relazione alla sentenza da lui pronunciata

---

[62] Su cui vd., *infra*, quanto alle particolarità della costruzione del BENVENUTI e (nel prosieguo) in merito ad alcune possibili criticità relative alle soluzioni apportate dall'Autore all'inquadramento dell'istituto.

[63] Lo stesso Autore, in altri studi, ebbe modo di approfondire il tema dei criteri discretivi tra le funzioni sovrane. In particolare, cfr. F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1959, pag. 37, ove, nel distinguere la diversa "efficacia sostanziale" degli atti espressione delle diverse funzioni sovrane, illustra come gli «[…] *atti di funzione giurisdizionale (sentenze) hanno efficacia solo per coloro che furono parte del procedimento di formazione dell'atto (processo) o che sono interessati direttamente dalla decisione*». Inoltre, Egli prosegue (pagg. 118 ss.) ragionando sulla diversità sussistente tra i due modelli fondamentali di "procedimento", ossia quello "in senso stretto" (o, semplicemente, "procedimento") e il "processo". E, di qui, inserisce nella categoria del "procedimento" (in senso stretto) «[…] *i casi in cui i vari organi o soggetti cui compete l'esercizio della funzione tendono a soddisfare in via principale l'interesse sostanziale dello stesso organo o soggetto che pone in essere l'atto*». Viceversa, va inquadrata nello schema del "processo" ogni situazione in cui «[…] *nella trasformazione del potere non solo intervengono soggetti diversi da quello cui compete emanare l'atto, ma questi perseguono con i loro atti processuali un interesse sostanziale che non è l'interesse dell'autore dell'atto ma quello dei suoi destinatari*». Su questi temi si vd., anche, in epoca più recente, ID., *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova, Cedam, 1996, in part. pagg. 276 ss. ove si traccia la distinzione tra i poteri (amministrativi) di "autotutela" e la (diversa funzione sovrana rappresentata dall'esercizio della) funzione giurisdizionale.

unicamente uno "spoglio" della "*potestas iudicandi*"[64], ossia la "consumazione" della funzione giurisdizionale nei limiti dei confini del caso di specie appena deciso[65].

Quanto, invece, alla seconda "linea" di distinzione — vale a dire, il giudicato dal punto di vista delle parti — il tema centrale diviene l'analisi della possibile (o meno) proiezione della sentenza (emessa in funzione di risoluzione di un caso singolo) sui "rapporti futuri". La problematicità della ricerca di criteri giuridici di collegamento tra la sentenza (quale atto conclusivo di un processo) e la successiva attività giuridica delle parti è la conseguenza dell'attrito (apparentemente inconciliabile) tra gli attributi fondamentali dei due poli del problema: da un lato, l'"immutabilità" come corollario indefettibile dell'istituto del «giudicato» e, dall'altro, il fisiologico "dinamismo" proprio del fluire della vita dei rapporti giuridici (nel loro sviluppo diacronico)[66].

---

[64] Si osservi che, oltre alla riferita non possibilità — per il giudice — di intervenire nuovamente sulle proprie decisioni (in futuro) sostituendole o modificandole, v'è anche un vincolo futuro — valevole all'interno di processi (instaurati tra le medesime parti) aventi ad oggetto principale questioni diverse — a dover "rispettare" il contenuto del formato giudicato tutte le volte che emerga (seppur in chiave pregiudiziale) una questione sulla quale si è statuito in via principale nel precedente (e concluso) processo.

[65] Vd. F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)*, op. cit., pag. 895, laddove chiaramente afferma che «[i]*l giudice amministrativo non sfugge all'effetto preclusivo del giudicato, giacchè anche l'organo emanante subisce l'imperatività del provvedimento emanato. L'azione del giudicato ovviamente è diversa rispetto al giudice che rispetto alle parti, dal momento che il giudice è appunto disinteressato e la pronunzia che esso emette non lo colpisce sul piano delle situazioni soggettive legate agli interessi. Si afferma che la sentenza opera nei confronti del giudice nel senso di consumare, rispetto a lui e nei limiti della controversia, il potere di giudicare*». Forte è la eco in questa definizione delle teorie processual-civilistiche (di ispirazione romanistica) che, sulla base del modello della "*litis contestatio*" del processo formulare romano, facevano discendere un'"efficacia preclusiva" o, per usare una diversa espressione, una "consumazione" del potere di giudicare in capo al giudice in relazione alla medesima lite. Si rinvia, per ogni approfondimento teorico (anche in chiave diacronica) su tali riflessioni all'interno del panorama dottrinale della "teoria generale del processo", al Cap. I del presente lavoro, *passim*.

[66] Cfr. l'impostazione di studio proposta da F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)*, op. cit., pag. 896, ove mostra come il rapporto fra "giudicato" e "parti" richieda di «[…] *individuare il collegamento giuridico tra la sentenza in quanto regolatrice di una controversia determinata e l'effetto della sentenza in quanto proiettata su rapporti futuri.* […] *Il che, si può riformulare, domandandosi quale sia il rapporto tra l'immutabilità della sentenza e il fluire della vita giuridica e dei rapporti che si svolge necessariamente secondo il criterio della mutevolezza*». Tale profilo, ovviamente, risulta estraneo al rapporto (sopra brevemente esaminato) fra "giudicato" e "giudice", proprio in quanto s'è vista l'estraneità di quest'ultimo all'assetto d'interessi definito all'interno della singola

Questo è appunto il "cuore" del "problema" del «giudicato», ossia la ricerca da parte della dottrina e della giurisprudenza di un punto di ragionevole conciliazione fra due forze tra loro contrapposte e in perenne tensione, rappresentate dalla "fissità" dei rapporti nell'ottica dell'incremento della "certezza del diritto" e dall'inesauribile "progresso" e sviluppo dell'azione dei soggetti dell'ordinamento[67]. Problema che, come si è avuto modo di far emergere più volte nel corso del presente lavoro, si acuisce fortemente laddove una delle "parti" processuali sia una Pubblica Amministrazione, poiché, in tal caso, diviene complesso comprendere gli spazi di vincolo e di limite che — in chiave di preclusione — possono proiettarsi sugli spazi di ri-edizione del potere amministrativo come effetto di un intervenuto «giudicato».

Nell'analisi del «giudicato amministrativo» l'Autore sembra essere fermamente convinto circa un assunto di base: ossia che la sentenza amministrativa non si ponga (almeno con sicurezza all'interno della giurisdizione generale di legittimità) quale fonte diretta del "rapporto amministrativo" in sostituzione di un "'atto amministrativo" espressione di un potere d'imperio in attribuzione ad una data P.A.[68]

Tale conclusione postula, a monte, l'idea che all'interno dell'ordinamento giuridico sia riservata unicamente alla funzione esecutiva la traduzione in

---

vicenda processuale ove egli assume unicamente il ruolo di garante della giuridicità dell'ordinamento. Anche se, forse, ad uno sguardo più attento i due profili possono riservare un momento di "inter-connessione": infatti, il divieto di "*ne bis in idem*" processuale nascente dal giudicato in capo al giudice ha un raggio di estensione che è direttamente proporzionale all'ambito (sempre di estensione) dei «limiti oggettivi» del giudicato, i quali si pongono (anche) quali limiti all'attività sostanziale futura delle parti.

[67] Tale "tensione" è ben nota all'Autore in esame, il quale (vd. F. BENVENUTI, op. ult. cit., pag. 896) ha piena consapevolezza del fatto che «[…] *il significato profondo del giudicato è proprio quello che coglie stabilità e movimento, conservazione e progresso, così da conciliare le due forze e garantire l'effettività dell'ordinamento*».

[68] Cfr., *clariter*, F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)*, op. cit., pag. 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, in quanto realizzatrice — anche oltre i profili soggetti al giudizio sull'atto — della fattispecie reale in confronto alla fattispecie astratta determinata dalla norma*».

concreto dei precetti posti dalla norma attributiva del potere sulle singole fattispecie reali — quali presupposti delle singole spendite in concreto del potere — imponendo una certa fisionomia al rapporto concreto tra amministrazione e destinatari dell'azione amministrativa.

Ne consegue che, nello sviluppo di una tale visione, il giudice amministrativo non possa mai statuire in positivo (e in chiave completa) sul rapporto tra amministrazione e cittadini in quanto, essendo la giurisdizione amministrativa un *posterius* (in senso temporale) rispetto all'esplicazione della funzione esecutiva, si viene a configurare un ambito di cognizione del rapporto da parte del giudice amministrativo fortemente limitato. Infatti, mentre l'atto amministrativo disegna l'interezza del rapporto amministrativo (nel rispetto del precetto posto a livello di fonte legislativa), il giudice amministrativo coglie solo alcuni frammenti del citato rapporto in quanto celati dietro lo schermo e il filtro delle specifiche ed isolate questioni di validità afferenti agli specifici segmenti del provvedimento amministrativo impugnato dal ricorrente[69].

Ciò significa ricostruire il ruolo del Consiglio di Stato (nella sua veste giurisdizionale), non come "giudice del rapporto", bensì come "giudice del profilo esteriore di validità" dell'atto amministrativo, limitandone la funzione alla sola cassazione degli atti affetti da invalidità per il riscontro della sussistenza di uno o più vizi di legittimità (incompetenza, eccesso di potere o, in via residuale, violazione di legge).

---

[69] *Ibidem*: «[s]*i tratta di dimostrare perché il giudice amministrativo non statuisce sul rapporto. Il fatto che la sentenza amministrativa raggiunga il rapporto tra amministrazione e cittadino solo attraverso lo schermo del problema concreto di validità dell'atto amministrativo è di importanza decisiva nella qualificazione del giudicato amministrativo dal punto di vista sostanziale.* […] *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. Il giudice amministrativo non conosce l'atto amministrativo nella sua interezza e quindi come inclusivo del rapporto fra l'amministrazione e il cittadino, ma solo il momento formale dell'atto che si riassume nel problema di validità*».

Ed è ovvia conseguenza che in una siffatta visione la conoscenza del rapporto amministrativo, essendo limitata alle specifiche censure di validità mosse avverso un dato provvedimento amministrativo (assunto come) lesivo, dipenderà in larga parte dalla configurazione — nonché dalla scelta/selezione — delle specifiche censure di legittimità da parte del privato ricorrente, ossia secondo una coloritura "ritagliata" attorno allo specifico interesse del singolo e secondo le logiche della specifica strategia difensiva di una parte processuale (come, del resto, avviene all'interno dei sistemi processuali fondati sul principio "dispositivo" quanto al profilo della "domanda")[70].

In ogni caso, ad avviso dell'Autore in esame, l'esito di un sindacato sulla validità formale dell'atto amministrativo impugnato, poiché non spoglia l'Amministrazione della disponibilità del rapporto amministrativo[71], comporta unicamente l'eliminazione (o, in caso di rigetto del ricorso, la conferma) dell'atto impugnato senza porsi come nuova statuizione (in positivo)[72] o nuova fonte del rapporto sostanziale tra le parti[73].

---

[70] Si rinvia, per un inquadramento dottrinale, a M. NIGRO, *Domanda (principio della) — Diritto processuale amministrativo*, in Enc. Giur., XII, Roma, Treccani, 1989; ID., *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in Foro it., 1975, V, pagg. 17 ss.; F. LA VALLE, *Il vincolo del giudice amministrativo ai motivi di parte*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1966, I, pagg. 20 ss. Per un confronto con il medesimo principio sviluppato dalla dottrina dedicata allo studio del processo civile si consultino, *ex multis*, G. VERDE, *Domanda (principio della) — Diritto processuale civile*, in Enc. Giur., XII, Roma, Treccani, 1989; S. SATTA, *Domanda (diritto processuale civile)*, in Enc. Dir., XIII, Milano, Giuffrè, 1964, pagg. 816 ss.

[71] Si pensi, a tal fine, all'"inesauribilità" dell'azione amministrativa ed alla continua opera di migliore attuazione del "precetto" che si esprime attraverso le ipotesi di "riesame" (secondo procedimenti di secondo grado) nelle forme dell'autotutela sugli atti. Tema ben noto all'Autore qui analizzato, come dimostrato dall'importante voce F. BENVENUTI, *Autotutela (diritto amministrativo)*, op. cit., pagg. 537 ss.

[72] Cfr., per usare le parole dell'Autore, F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)*, op. cit., pag. 899, nella parte in cui cerca di dimostrare come «[…] *l'eliminazione dell'atto amministrativo, ovvero la sua conferma quando il ricorso venga rigettato, sono per definizione ugualmente satisfattive e dell'interesse pubblico e dell'interesse privato, ma ugualmente per definizione non danno alcuna nuova disciplina o sistemazione sostanziale di quel rapporto globale fra interessi che continua a restare nella disponibilità dell'amministrazione*».

[73] È agevole cogliere come tali riflessioni possano richiamare un dibattito — ben noto all'interno della dottrina processual-civilistica — relativo ai significati (contrapposti o meno) del «giudicato formale» e del «giudicato materiale», sul quale si rinvia alle considerazioni riportate nel Cap. I del presente lavoro, *passim*.

Emerge, quindi, la forte centralità del profilo "cassatorio" — e, dunque, "imperativo" [74] — della sentenza amministrativa in relazione ad un dato provvedimento amministrativo, anch'esso fornito — in quanto espressione di "potere amministrativo" — della caratteristica della imperatività[75].

Tuttavia, lo "scontro" fra le due "imperatività" non avviene fra atti espressione della medesima funzione sovrana[76], ma con riguardo ad atti frutto dell'esercizio di due differenti funzioni, tra le quali figura il potere "originario" e "proprio" dell'amministrazione di disciplinare (in omaggio ad una "forte" concezione del principio di "separazione dei poteri") in via autonoma il rapporto fra amministrazione e cittadini.

Ecco, dunque, la ragione dogmatica "a monte" che fa sì che — per ragioni di sviluppo logico dell'argomentazione giuridica — la dottrina in esame concluda

---

[74] Sulla "imperatività", quale caratteristica propria degli atti esercizio delle funzione sovrane, si vd., per un'impostazione in chiave generale, E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, rist., op. cit., pagg. 9 ss. Sviluppando tale ragionamento è possibile vedere il giudicato come punto di sintesi e di raccordo tra due contrapposte "imperatività" — quella della sentenza del G.A., da un lato, e quella del provvedimento amministrativo, dall'altro — fra le quali sussiste, pertanto, una somiglianza strutturale (quantomeno in relazione a tale aspetto). Nella dottrina tedesca l'analogia fra amministrazione e giurisdizione si spinge, in alcuni Autori, fino ad attribuire anche agli atti amministrativi la "forza di giudicato" (c.d. "*Rechtskraft*"). Si vd., in tal senso, E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, München und Berlin, C.H. Beck, 1966, in part. pag 245. *Contra*, invece, O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, München, Duncker & Humblot, 1924, in part. pagg. 162 ss.

[75] Per uno studio sull'"imperatività" degli atti di amministrazione basti il rinvio (anche per ogni riferimento all'ulteriore ed amplissima bibliografia esistente in argomento), all'importante lavoro di B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2000.

[76] In tal senso possa valere, quale esempio, l'azione — per l'appunto "cassatoria" — espressa dalla Corte di Cassazione in esito al sindacato di legittimità (nei casi di impugnazione) delle sentenze emanate da giudici di merito di grado inferiore ad essa. Il termine di paragone con la funzione "cassatoria" svolta all'interno del sistema delle impugnative processuali è utilizzato anche da F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)*, op. cit., pag. 901, al fine di dimostrare alcune specificità della funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato che gli consentano, poi, "a valle", di giungere alle conclusioni cui *infra*. Egli, infatti, mostra come «[…] *la funzione cassatoria del Consiglio di Stato si svolge non in confronto alla manifestazione di una funzione omogenea, come può essere il giudizio della Cassazione rispetto alla sentenza del giudice di merito, ma si esercita sull'espressione di un potere dotato per suo conto di imperatività. E così, mentre si deve convenire che la sentenza della Cassazione opera immediatamente, e cioè con efficacia propria ed immediata rispetto al giudice di merito, la sentenza del Consiglio di Stato non ha una uguale efficacia diretta nei confronti dell'amministrazione, giacchè si scontra con il potere proprio ed originario di quest'ultima, e si tratta allora di conciliare l'effetto della sentenza con questa autonomia del potere amministrativo che coinvolge il rapporto tra amministrazione e privati*».

nel senso dell'assenza di profili di efficacia del «giudicato amministrativo» ultronei rispetto alla mera decisione in merito ai profili specifici di validità sollevati avverso il provvedimento amministrativo impugnato.

Si conclude, pertanto, nel senso della scissione del "contenuto" della statuizione giudiziale in due parti: la statuizione sull'"atto", da un lato, ed un "accertamento giuridico di validità", dall'altro.

Il primo profilo si risolve in un "fatto", ossia nella continua esistenza (o meno) — a seconda del giudizio di fondatezza del ricorso proposto — del provvedimento amministrativo impugnato, con un'attenzione concentrata sull'aspetto costitutivo del giudicato che, se tradotto in concreto nell'annullamento, comporta il ripristino del potere amministrativo allo stato di "energia potenziale"[77].

Il secondo profilo, invece, si pone aldilà della statuizione sull'atto in quanto pone in risalto il profilo accertativo operato dal giudice intorno alla questione di "validità" del provvedimento amministrativo impugnato, seppur nei soli confini dei vizi di legittimità veicolati attraverso i vari motivi di ricorso.

---

[77] Sulla metafora del potere come "energia potenziale" si rinvia a F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, op. cit., pagg. 124 ss. L'Autore ci mostra come tale "energia" allo stato "potenziale" si esprime e diviene, dunque, attuale per mezzo della "funzione" amministrativa, intesa come trasformazione del "potere" in "atto" che si rende visibile nella forma esteriore del "procedimento amministrativo". Tale concetto è chiarito dallo stesso Autore in ID., *L'impatto del procedimento nell'organizzazione e nell'ordinamento (quasi una conclusione autobiografica)*, in AA.VV., *Scritti in onore di Luigi Mengoni. Le Ragioni del diritto*, III, Milano, Giuffrè, 1995, pag. 1724, ove spiega come «[p]*artendo da una concezione obiettiva del potere che considerai come un'energia giuridica insita nella norma e utilizzata dall'operatore per renderla concreta nell'atto concepii il rapporto tra momento astratto (norma) e momento concreto (l'atto) come la trasformazione del potere nel provvedimento e a questa trasformazione diedi il nome di funzione*». Vd., anche, sul potere come "energia" che si oggettiva, G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968; ma anche, più di recente, L.R. PERFETTI, *Funzione e còmpito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2014, I, pagg. 53 ss. Più in generale, sui temi della "funzione" amministrativa, resta fondamentale il contributo di G. PASTORI, *La procedura amministrativa. Introduzione generale*, Vicenza, Neri Pozza, 1964, oggi in ID., *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2010, I, pagg. 81 ss.; successivamente approfondito in ID., *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, in Jus, 2008, II-III, pagg. 323 ss.; ID., *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale*, in Dir. ec., 2002, III-IV, pagg. 475 ss., oggi in ID., *Scritti scelti*, op. cit., pagg. 785 ss.; ID., *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano, Giuffrè, 1994, pagg. 1303 ss., oggi in ID., *Scritti scelti*, op. cit., pagg. 523 ss.

Cap. III *Verso una più matura elaborazione dei concetti di «giudicato amministrativo» (ed «efficacia della sentenza»). Le principali costruzioni teoriche. Pregi e limiti.*

Il problema centrale, aldilà degli intenti classificatori di scomposizione del contenuto della sentenza, diviene quello di comprendere quale sia l'effetto preclusivo discendente dall'accertamento giuridico di validità operato dal giudice amministrativo.

L'Autore in esame ritiene che la risposta a tale quesito essenziale si ricavi dalla risposta che la giurisprudenza dell'epoca forniva al contiguo problema della "violazione del giudicato". Questa, infatti, concepiva[78] tale violazione non come un vizio tipico derivante dalla violazione dell'intervenuta "*res iudicata*"[79], ma come una patologia causata dal mancato rispetto dei condizionamenti riflessi sul potere amministrativo ad opera della sentenza passata in giudicato[80].

In realtà, più che riferirsi ad una "preclusione" in senso stretto (nella nota accezione elaborata dalla teoria generale del giudicato civile), questa Dottrina sembra configurare l'effetto nascente dal giudicato in capo alla P.A. nei termini di un "vincolo alla discrezionalità amministrativa", ossia un limite che — senza porsi come fonte diretta del rapporto e senza "svuotare" l'amministrazione del proprio potere amministrativo in attribuzione — si frappone tra la fattispecie

---

[78] Cfr., quale esempio dell'approccio seguito dalla giurisprudenza dell'epoca al problema della "violazione del giudicato", Cons. reg. sic., 15 maggio 1952, n. 68, in Cons. St., 1952, pag. 786.

[79] Come si potrebbe dire oggi, stante l'inquadramento della violazione/elusione del giudicato in una forma tipica d'invalidità, nella *species* più grave della «nullità» (che reca con sé anche l'inefficacia dell'atto che ne è affetto) *ex* art. 21-*septies* della l. 7 agosto 1990, n. 241 (così come modificata dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15), da far valere — in chiave dichiarativa — dinanzi al giudice amministrativo, nelle sedi del giudizio di ottemperanza. La letteratura in argomento è amplissima. Cfr., quantomeno, *ex multis*, M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, ETS, 2013; F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, Torino, Giappichelli, 2010; V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2009; A. CARBONE, *La nullità e l'azione di accertamento nel processo amministrativo*, in Dir. amm., 2009, III, pagg. 795 ss.; M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006. Prima della "novella" del 2005, si vd. A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2002; G. CORSO, *Validità (dir. amm.)*, in Enc. dir., XLVI, Milano, 1993.

[80] Cfr., per usare le parole dell'Autore, F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)*, op. cit., pag. 902, ove rileva che «[…] *discorrendo di violazione del giudicato, la giurisprudenza sembra riferirsi non ad un vizio tipico e formale dell'atto emanato successivamente alla sentenza, ad un vizio cioè direttamente dipendente dalla forza del giudicato come tale, ma usa quell'espressione in modo sintetico, quasi per indicare una irregolarità generica della trasformazione del potere in atto, per non aver riprodotto nell'atto stesso il condizionamento del potere ad opera della sentenza*».

astratta e quella concreta quale circostanza da tenere in debita considerazione (in una chiave, si potrebbe dire, di "bilanciamento") nella successiva funzione amministrativa[81], intesa come "trasformazione del potere in atto"[82].

Tale conclusione rappresenta il corollario di un'idea di fondo che vede il giudizio amministrativo come "giudizio sull'atto" e non "sul rapporto"[83], con ovvio "impoverimento" della sentenza amministrativa quanto ad effetti che vadano oltre all'aspetto costitutivo (in caso di accoglimento del ricorso) o dichiarativo (se si decida per il rigetto dello stesso) e che producano limitazioni in via diretta in capo all'amministrazione[84].

---

[81] *Ibidem*: «[l]*a preclusione non è conseguentemente definitoria di per se stessa rispetto alla fattispecie sostanziale e processuale successiva alla sentenza: non toglie il potere dell'amministrazione di provvedere nuovamente e al giudice di decidere nuovamente, ma interpone un elemento che non può essere trascurato. Una preclusione, se vogliamo in senso più positivo che negativo*».

[82] Secondo la ben nota definizione di "funzione" — volta cogliere il momento "dinamico" dell'azione amministrativa — ideata dal BENVENUTI, così come espressa, in F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, op. cit., pagg. 118 ss.; ma già anticipata (in precedenza) in ID., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, op. cit., pagg. 1 ss.; e successivamente sistematizzata in ID., *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, Lib. Univ. Ed., 1975 (oggi in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, Vita & Pensiero, 2006, in part. pagg. 799 ss.).

[83] Tali "formule di sintesi" sottendono due differenti concezioni generali del modello di giustizia amministrativa italiano. Per un inquadramento "minimo" della questione, non sviluppabile qui nella sua complessità (seppur, *infra*, vi saranno richiami più approfonditi), basti per ora il rinvio a G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto*, in M. ANDREIS (a cura di), *Trasformazioni dell'amministrazione e nuova giurisdizione*, Milano, Giuffrè, 2004, pagg. 35 ss.; nonché, più in generale, G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, op. cit., in part. pagg. 174 ss.; S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, op. cit., *passim*.

[84] Tale riflessione, per l'Autore, vale con riferimento alla «giurisdizione generale di legittimità», in quanto, con riguardo alle altre "forme" di giurisdizione amministrativa, la conclusione appare diversa. Infatti, nel caso di «giurisdizione di merito» la cognizione del giudice amministrativo non pare arrestarsi al profilo della legittimità di un atto amministrativo impugnato, ma, anche attraverso una cognizione sull'opportunità dell'atto amministrativo, spesso si opera un accertamento del "rapporto" che definisce (in chiave conclusiva) la controversia sostanziale. In tali casi, dunque, il «giudicato amministrativo» va a coprire (con la sua efficacia stabilizzante e preclusiva) l'accertamento del rapporto ponendo in risalto, dunque, il momento dell'"accertamento" (in luogo del momento "costitutivo", centrale nella — differente — giurisdizione di legittimità) con conseguente incontrovertibilità del rapporto così come definito dal giudice (il quale, in questo genere di situazioni, si pone come soggetto che "integra" la disciplina normativa del rapporto sul piano concreto). Lo stesso ragionamento può applicarsi, anche, nei casi di «giurisdizione esclusiva» ove ben può valere lo schema di un giudizio proiettato sul "rapporto" che identifica oggetto, contenuto della sentenza e ambito di efficacia del giudicato. Tali due "forme" di giurisdizione consentono, secondo l'Autore in esame, una piena applicazione dell'art. 2909 c.c., nei suoi "limiti soggettivi" ed "oggettivi", in quanto, *ivi*, si

Al contrario, il «giudicato amministrativo» vale come "fatto"[85] (e non come "atto"[86]) in relazione alla ri-edizione del potere amministrativo ponendosi

---

forma un giudicato che fa stato fra le parti senza porsi in chiave subordinata ad un parallelo ed originario potere amministrativo. Per un approfondimento sui caratteri delle giurisdizioni "di merito" ed "esclusiva" del giudice amministrativo, si rinvia, nella dottrina dell'epoca, quantomeno a U. POTOTSCHNIG, *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1969, pagg. 499 ss., R. MEREGAZZI, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in G. MIELE (a cura di), *La giustizia amministrativa*, Vicenza, Neri Pozza, 1968, pagg. 199 ss.; V. OTTAVIANO, *La giurisdizione di merito nella giustizia amministrativa*, in G. MIELE (a cura di), *La giustizia amministrativa*, op. cit., pagg. 187 ss.; P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, Milano, Giuffrè, 1958; A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1939; O. RANELLETTI, *L'impugnativa di un atto amministrativo nella competenza esclusiva della giurisdizione amministrativa*, in Riv. dir. pubbl., 1931, I, pagg. 450 ss.

[85] Sull'idea della sentenza come "fatto" cfr. F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)*, op. cit., pag. 903, nella parte in cui, dopo aver premesso che «[…] *gli effetti della sentenza si esauriscono nella pronuncia dichiarativa o costitutiva e non c'è un effetto valido dell'accertamento giudiziale che non muoia, per così dire, nella pronunzia principale o nel dispositivo*», prosegue affermando che «[q]*uegli effetti ulteriori che si traggono dall'accertamento vengono ripresi su di un piano diverso, e cioè in quello dell'esercizio del potere rispetto al quale 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 tra i limiti di esso*». Tale concezione postula un'adesione "forte" al principio di separazione tra le funzioni sovrane, in quanto la qualificazione come "fatto" del giudicato è funzionale a salvaguardare un nucleo di "originarietà" presente in ogni funzione sovrana (quale è la funzione esecutiva) impedendo compressioni in senso "diretto" (ossia, secondo la logica fattispecie-effetti) da parte delle manifestazioni in concreto di un altro potere sovrano (quale è, per l'appunto, quello giurisdizionale). *Contra*, M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, op. cit., pag. 257. Gli Autori, infatti, ritengono "destituita di fondamento" la statuizione di certa parte della dottrina che inquadra i criteri di vincolo alla ri-edizione dell'azione amministrativa come limiti di "mero fatto", in quanto «[…] *è certo esatto che statuizioni del genere indicato sono da ritenere vincolanti solo nei limiti in cui effettivamente corrispondano al contenuto d'accertamento della decisione; ma il contenuto d'accertamento della sentenza si determina in relazione all'esigenza di tutela prospettata con l'azione, non in base a quanto appare strettamente sufficiente per giustificare l'annullamento del provvedimento impugnato*».

[86] Così, in senso assertivo, A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 239, il quale non sembra dubitare del fatto che «[…] *la sentenza costitutiva, nei confronti dei suoi effetti, si pone come un vero e proprio atto, fonte di essi, e non solo come un mero fatto, cui la legge li ricollega*»; ma anche, successivamente, R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1971, il quale, muovendo dalla prospettiva dell'"esecuzione", si pone in antitesi alla posizione del BENVENUTI (il quale si occupò, *amplius*, del tema dell'esecuzione in F. BENVENUTI, *Valore delle pronunce ex art. 27 n. 4 T.U. del Consiglio di Stato e loro esecuzioni*, op. cit., pagg. 243 ss.) sostenendo che «[…] *pare lecito sostenere che l'esecuzione delle decisioni giurisdizionali amministrative va immediatamente ricollegata alla decisione stessa nella sua qualità di atto giuridico, senza che si debba rinvenire, nemmeno sotto questo diverso aspetto, una sua operatività come mero fatto, cui si ricolleghino ex lege determinati effetti*». Più in generale, per una riflessione generale di tipo dogmatico intorno all'efficacia della «sentenza costitutiva» si consulti il rigoroso studio di C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, Cedam, 1970, in part. pagg. 209 ss. L'Autore, nell'approfondire il problema circa la derivazione degli "effetti costitutivi" dalla pronuncia intesa come "fatto" o

come uno (fra i vari) vincoli da tenere in considerazione e bilanciare nell'ottica della nuova attuazione in concreto del precetto. Esso, pertanto, non consente di precludere *tout court* alcuna via all'amministrazione[87], financo l'emanazione di un (nuovo) atto di contenuto analogo a quello appena annullato[88], poiché, essendo l'"atto rinnovato identico" il frutto di una nuova ri-effusione del potere, questo troverebbe la propria fonte in un diverso esercizio di potere amministrativo (che s'è detto essere, per definizione, "originario")[89].

---

come "atto", giunge alla conclusione che «[…] *dalla stessa formulazione dell'art. 2908 ("l'autorità giurisdizionale può costituire, modificare, estinguere…") si deduce chiaramente che l'effetto costitutivo forma il contenuto della pronuncia ovvero che, se si preferisce seguire questa terminologia, ha natura "interna", e non "esterna" alla decisione. La sentenza si pone, quindi, nei confronti degli effetti previsti dalla norma dianzi indicata, come vero e proprio "atto" giuridico, fonte degli effetti stessi, e non come "fatto" cui la legge li ricolleghi*». In senso contrario, sempre all'interno della dottrina processual-civilista, cfr. A. SEGNI, *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro it., 1953, pag. 308 (ove Egli, chiaramente, sostiene — sempre con riguardo all'efficacia costitutiva — che «[…] *la sentenza opera qui come fatto giuridico, non come atto*»); nonché G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, pagg. 182 ss.; e, in precedenza, E. ENRIQUES, *La sentenza come fatto giuridico*, Padova, Cedam, 1937, pag. 82.

[87] L'idea del complesso rapporto fra «giudicato amministrativo» e ri-esercizio del potere amministrativo, ossia della ricerca di un punto di ragionevole conciliazione fra "stabilità" e "dinamismo", viene, dunque, declinata dall'Autore in esame in favore della "libertà" d'azione per l'amministrazione. Tale soluzione si può inquadrare, più in generale, nella concezione, propria dell'Autore (cfr. F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in Jus, 1955, I, pagg. 223 ss.), di "norma giuridica", la quale si ritiene scomponibile in due parti "ideali": il "precetto" e la "sanzione" (intesa, quest'ultima, nell'accezione di riaffermazione della giuridicità del precetto a fronte di ipotesi di violazione di esso). Il rapporto fra "giudicato" e "potere amministrativo" può ben essere visto alla luce di tale distinzione. Così, il «giudicato amministrativo» altro non è che l'applicazione della "sanzione" in funzione di "garanzia" del ripristino della legalità violata all'interno dell'ordinamento giuridico al fine di ri-affermare la giuridicità del precetto evitando contraddizioni all'interno dello stesso ordinamento; tale azione giurisdizionale, tuttavia, non intacca la libera esplicazione dell'attività amministrativa, volta alla (migliore e continua) attuazione e conformazione ad una diversa componente della norma giuridica, ossia il "precetto" posto dalla stessa norma attributiva del potere.

[88] Si rimanda, per lo sviluppo di tale esempio, a F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)*, op. cit., pag. 903.

[89] Sviluppando la medesima impostazione è possibile giungere ad analoghe conclusioni anche con riguardo all'esercizio del potere di «autotutela». Infatti, l'Autore, prendendo le mosse dall'idea che il potere di autotutela amministrativa sia un potere amministrativo diverso da quello sul quale si è pronunciato il giudice amministrativo per il tramite della sentenza, giunge alla conclusione che il «giudicato amministrativo» non possa spiegare effetti diretti nemmeno su tali procedure di riesame (*sub specie* di validità o opportunità) degli atti amministrativi. In funzione di maggiore chiarezza, il problema del rapporto tra "giudicato" ed "autotutela" riguarda i casi di rigetto, da parte del giudice amministrativo, dell'azione di annullamento del provvedimento impugnato. Ma, siccome si è visto che, per l'Autore qui esaminato, il «giudicato amministrativo» possiede un valore che è limitato all'atto impugnato e non investe il "rapporto" nel suo

Ed in tal caso, il giudice amministrativo che si trovasse a dover giudicare (nuovamente) di un atto (asserito come) riproduttivo del contenuto del precedente provvedimento (appena cassato in via costitutiva) non subirebbe un condizionamento di tipo "diretto" dal formato giudicato di annullamento (come all'interno dei processi "sui rapporti") in quanto la situazione posta sotto la sua cognizione viene ricostruita come una fattispecie rinnovata e del tutto nuova[90].

Semmai, un vincolo (seppur debole) vi è (non per il giudice ma) per l'amministrazione, nel senso sopra accennato di "limite alla discrezionalità", in quanto il contenuto d'accertamento delle specifiche condizioni concrete di emanazione di quell'atto amministrativo singolo e storicamente collocato s'inserisce come circostanza (fra le altre) limitante il potere amministrativo che, se

---

complesso, esso non intacca il possibile esercizio del potere di autotutela, il quale, come anticipato, si esplica su di un piano differente in quanto fondato su esigenze di interesse pubblico e non su esigenze di interesse del privato. Dunque, il «giudicato amministrativo», se non preclude *tout court* il possibile riesame dell'atto amministrativo in seguito ad un intervenuto giudicato di rigetto dell'impugnativa giurisdizionale, pone semmai i noti condizionamenti "di fatto" sull'esercizio del (nuovo e diverso) potere da tenere in considerazione, in sede amministrativa, nell'accertamento delle circostanze e nel bilanciamento discrezionale dei vari elementi. Per utilizzare le parole dell'Autore (F. BENVENUTI, op. ult. cit., pag. 905): «[…] *il giudicato favorevole all'amministrazione finisce col porsi non come impedimento di un riesame dell'atto da parte dell'amministrazione, ma come un punto o un momento di cui l'amministrazione deve tener conto ove sopravvenga un interesse all'esercizio della autotutela.* […] *Non occorre quindi "rinunziare" all'effetto favorevole del giudicato al fine di esercitare l'autotutela: questa non esige come premessa o presupposto logico che l'amministrazione rinunzi al giudicato, giacché quest'ultimo, per necessità del sistema, non si pone in funzione preclusiva nei confronti dell'autotutela.* […] *Ma proprio perché il giudice è legato a determinati motivi di ricorso esso non può impedire il riesame della validità dell'atto che, in quanto effettuato alla stregua dell'autotutela, avviene necessariamente sulla base di motivi differenti, perché legati all'interesse dell'amministrazione anziché all'interesse del privato*». *Contra*, seppur sulla base di un ragionamento complesso volto a distinguere fra "rapporti processuali bilateri" (ove è sempre consentita l'autotutela della P.A. in caso di rigetto del ricorso giurisdizionale) e "rapporti processuali trilateri" (ove, data la presenza di un controinteressato vittorioso, si ritiene preclusa — in caso di rigetto — la via dell'autotutela), S. LESSONA, *Giudicato di legittimità dell'atto amministrativo e potere di autoimpugnativa*, in Foro it., 1949, III, pagg. 172 ss. Ancora diversamente, seppur in una via più tradizionale legata ad una nozione restrittiva di «*causa petendi*», E. CASETTA, *Sulla potestà di annullamento d'ufficio, di revoca e di rinuncia della pubblica amministrazione di fronte al giudicato amministrativo*, in Rass. dir. pubbl., 1951, I, in part. pagg. 192 ss.

[90] F. BENVENUTI, op. ult. cit., pag. 904: «[…] *la nuova attività del giudice viene condizionata dal precedente giudicato in modo del tutto indiretto. Non è il giudice insomma, come nei casi di giudizio diretto sui rapporti, a vedersi legato alla precedente sentenza, ma è l'amministrazione che ne subisce il condizionamento, cosicché il giudice verrà a trovarsi sempre di fronte ad una fattispecie nuova: oltretutto egli dovrà tener conto del precedente giudicato solo in quanto la violazione di esso venga dedotta come motivo del ricorso*».

non tenuta in debita considerazione, potrebbe essere fonte di uno specifico motivo di ricorso avverso il nuovo atto nelle forme dell'eccesso di potere.

In conclusione, l'"efficacia oggettiva" del «giudicato amministrativo» appare fortemente contratta a causa dell'assenza di preclusioni immediate nascenti dallo stesso che possano vincolare e paralizzare il dinamismo del potere amministrativo. Quest'ultimo, infatti, in ogni suo ri-esercizio si rinnova completamente[91] impedendo al giudice di un successivo giudizio di sindacare la violazione dei «limiti oggettivi» del giudicato, proprio per la ragione che ogni fattispecie sostanziale di traduzione in concreto del potere apparirà del tutto nuova e diversamente giustificata agli occhi del nuovo giudice.

[91] *Contra*, relativamente all'idea della continua "novità" del potere amministrativo a seguito dell'intervenuto annullamento, F. SATTA, *L'esecuzione del giudicato amministrativo di annullamento*, in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, Cedam, 1972, in part. pagg. 942-943, cui si fa espresso rinvio.

3.2.1. (segue): I pro e i contra a tale ricostruzione.

Avendo appena esaminato brevemente i principali passaggi argomentativi sviluppati da un'altra Dottrina che si è impegnata nell'arduo compito di ricercare una sistemazione dogmatica e concettuale stabile circa il difficile rapporto fra «giudicato amministrativo» e ri-esercizio del potere amministrativo, è possibile ora procedere con una sintetica esposizione di alcuni argomenti *pro* e *contra* alle concezioni proposte.

In primo luogo, rispetto all'approccio del SANDULLI, quello del BENVENUTI ha il merito di porre l'attenzione dello studio sull'"efficacia" propria del «giudicato amministrativo», piuttosto che su di una difficile ricostruzione dell'aspetto "a valle" (rispetto al momento "a monte", specificabile nel contenuto della sentenza e, dunque, del giudicato) rappresentato dall'obbligo in capo alla P.A. di conformarsi al giudicato.

Ed è, infatti, proprio il piano dei «limiti oggettivi» del giudicato che, come si è cercato più volte di mettere in luce, individua il vero "punto cruciale" per comprendere, consequenzialmente, i vincoli o le preclusioni per la successiva attività amministrativa (o, in caso di rigetto del ricorso, del ricorrente[92]).

Sennonché, a fronte delle corrette premesse metodologiche, il risultato della costruzione esaminata appare, nuovamente, fortemente "sbilanciato" in favore dell'amministrazione (e della sua libera esplicazione della funzione amministrativa di cura in concreto d'interessi pubblici) a discapito delle esigenze di piena ed effettiva protezione delle posizioni giuridiche soggettive vantate dal cittadino nella sua veste di ricorrente dinanzi al Consiglio di Stato[93].

---

[92] Ma, anche, s'è visto, dell'amministrazione quanto alla possibile (o meno) spendita dei poteri di riesame dell'atto nelle forme dell'autotutela. Vd., in particolare, le osservazioni proposte nella nt. 89 del presente Capitolo.

[93] Giunge ad analoga conclusione, peraltro mostrando — sul piano delle conseguenze fattuali della messa a regime del modello ricostruttivo proposto — come la posizione del BENVENUTI finisca con il risultare la più favorevole (tra le due prese a paragone) ad un ruolo di supremazia degli apparati pubblici all'interno delle relazioni con i destinatari delle funzioni, M.

Tale risultato dipende, come si è già avuto modo di rilevare in relazione alla teoria espressa dal SANDULLI, dalla posizione assunta dalla Dottrina in esame sul tema dell'«oggetto del processo». Come si è potuto intuire, infatti, il BENVENUTI fa coincidere la "*res in iudicium deducta*" all'interno del processo amministrativo con le specifiche ed asserite questioni di validità di un atto amministrativo impugnato da un ricorrente in quanto ritenuto lesivo di una situazione giuridica soggettiva tutelata dall'ordinamento giuridico[94].

Questa idea di «oggetto del processo» — che pone al centro l'"atto amministrativo" unitamente al suo singolare "problema di validità" — appare conforme ad una visione globale (in senso di "finalità") del processo amministrativo come processo di tipo "cassatorio", in altre parole un modello di giurisdizione la cui finalità principale consiste nella caducazione di un atto (espressione di un potere amministrativo) affetto da specifiche difformità rispetto ad un dato paradigma legale, senza poter spingere la cognizione (e, dunque, la conseguente statuizione) sul rapporto complessivo tra amministrazione e interessato.

Partendo da tali premesse, le coerenti conseguenze argomentative rientrano tutte in una visione fortemente contratta degli spazi di accertamento del giudice e, logicamente, dei vincoli "oggettivi" *ex* art. 2909 c.c. nascenti dal contenuto "materiale" del «giudicato amministrativo».

Le conseguenze di una tale visione potrebbero essere estremizzate fino al punto di ritenere che troverebbe giustificazione persino una ri-emanazione

---

CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 54. Egli, infatti, sostiene che «[l]*a concezione di Sandulli e quella ancor più restrittiva di Benvenuti sembrano dimostrare come la teoria del giudicato amministrativo premiasse il dinamismo e il fluire dell'azione amministrativa, molto più che l'esigenza di stabilità e di certezza in ordine alle controversie tra privato e pubblica amministrazione: privilegiasse in definitiva la posizione di supremazia dell'amministrazione nei confronti del cittadino*».

[94] Si veda, per maggior chiarezza, la spiegazione intorno all'essenza dell'oggetto del giudizio espressa dall'Autore in F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, op. cit. (oggi in ID., *Scritti giuridici*, op. cit., pagg. 1 ss.). *Ivi*, Egli definisce l'«oggetto del processo» come «[…] *affermazione di una violazione di una norma (giuridica o di opportunità) commessa mediante un atto amministrativo: pertanto da un lato affermazione dell'esistenza di una norma e di un suo particolare significato, e dall'altro affermazione della mancanza di una realtà di fatto prevista dalla norma come presupposto dello spiegamento di determinati effetti: mancanza sufficiente a costituire perciò l'invalidità dell'atto impugnato*».

dell'atto (appena) annullato dal giudice amministrativo con gli stessi vizi (accertati nel concluso processo) in quanto frutto di un rinnovato esercizio della funzione esecutiva la quale, per i noti caratteri di "originarietà" del potere amministrativo, crea (per ogni "episodio" di trasformazione in concreto dell'energia potenziale del potere in attribuzione) una fattispecie sostanziale nuova e slegata dal precedente giudicato[95].

In tale visione, la "separazione" tra le funzione sovrane[96] appare spinta ai massimi livelli, disegnando un rapporto fra "amministrazione" e "giurisdizione" improntato ai canoni della più totale indipendenza ed equi-ordinazione.

Tuttavia, il fatto che nell'architettura dell'impianto costituzionale di un ordinamento improntato ai valori del costituzionalismo e dello Stato di diritto si rifiuti l'esistenza (a livello di principio) di funzioni sovrane superiori le une alle altre in senso gerarchico non ha alcun significato nello spiegare una possibile

---

[95] *Contra*, G. VERDE, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, op. cit., pagg. 642 ss. L'Autore, in una densa nota (cfr. pag. 654, nt. 24), ha occasione per esporre una chiara critica alla concezione espressa dal BENVENUTI in tema di «giudicato amministrativo». Infatti, a Suo avviso, una costruzione che ponga al centro unicamente il momento "cassatorio", escludendo ogni spazio per il c.d. "effetto d'accertamento" in grado di incidere sull'assetto attuale del rapporto fra le parti in giudizio, appare non pienamente corretta da un punto di vista dogmatico. A Suo dire, la letteratura giuridica in tema di giudicato (soprattutto civile) già da tempo (cfr., quale esempio *ex pluribus*, C. VOCINO, *Considerazioni sul giudicato*, op. cit., pagg. 1485 ss.; ma, per ogni più ampio riferimento, il Cap. I del presente lavoro) aveva mostrato il superamento di ogni dibattito che volesse portare al centro dell'attenzione la (pretesa) inconciliabilità fra una teoria "sostanziale" del giudicato ed una (diversa) teoria "processuale" di spiegazione dello stesso, avendo cercato di porre in evidenza l'unicità del concetto giuridico di «giudicato» e la mera funzione di declinazione dei suoi diversi angoli visuali propria delle citate teorie. Per usare le chiare parole dell'Autore, se si dovesse seguire l'impostazione del BENVENUTI «[…] *si mostra in primo luogo di non tenere in adeguata considerazione le penetranti considerazioni di chi* […] *riduce di molto l'importanza della contrapposizione tra teoria sostanziale e teoria processuale del giudicato. In secondo luogo, si finisce con l'obliterare completamente la esigenza che il dictum giudiziale abbia non solo un effetto demolitorio, ma anche un effetto ripristinatorio a favore del ricorrente vittorioso*». In conclusione, Egli ritiene che «[…] *comunque si voglia configurare l'efficacia oggettiva del giudicato amministrativo, essa deve in qualche modo servire a "vincolare" l'amministrazione e che, nei limiti in cui esiste questo vincolo, l'effettività della tutela giurisdizionale impone che, in mancanza di spontaneo adempimento del soggetto vincolato, vi sia un procedimento di surrogazione forzata*».

[96] O, per utilizzare il lessico dell'Autore in esame, fra le due "imperatività" rappresentate dal "provvedimento amministrativo", da un lato, e dalla portata costitutiva della "sentenza amministrativa", dall'altro.

incidenza[97] della giurisdizione, e dunque, del giudice amministrativo su di una parte in giudizio (quale è l'amministrazione, all'interno del processo amministrativo), in quanto quest'incidenza identifica proprio l'essenza stessa della giurisdizione[98]. Se si eliminasse tale connotato strutturale si rischierebbe di rendere inutile l'esistenza stessa della giurisdizione amministrativa, siccome le sentenze da questa espresse rimarrebbero un mero "*flatus vocis*" superabile dall'amministrazione secondo il proprio arbitrio.

Ed ecco, perché, proprio per dare maggiore concretezza al dettato costituzionale (ed, in particolare, al combinato disposto degli artt. 24, 103, 111, 113 Cost.), altra Dottrina[99] — seppur muovendosi sempre all'interno del modello di processo amministrativo dell'epoca ove era centrale l'azione di annullamento — cercò basi interpretative differenti per impostare lo studio del «giudicato amministrativo»[100].

---

[97] S'intende nel senso di vincolo preclusivo nascente dal giudicato, come qualità propria degli atti giurisdizionali.

[98] Vd., per un riferimento a tale critica, la posizione assunta da M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pagg. 53-54, laddove, contrariamente al BENVENUTI, sostiene che «[s]*e non si dovesse riconoscere al giudice amministrativo una posizione istituzionale di superiorità rispetto alla pubblica amministrazione — superiorità riferita certamente non al livello politico-costituzionale dei rapporti tra i poteri dello Stato, bensì alle concrete situazioni in cui l'amministrazione è parte in una controversia con il cittadino —, acquisterebbe una rinnovata attualità il dubbio circa l'utilità di aver istituito, con la riforma crispina, un giudice speciale per la pubblica amministrazione*».

[99] Si veda, come esempio principale di tale "corrente" di studi, la posizione — espressa in forma di critica alla concezione del BENVENUTI relativa all'efficacia meramente "eliminatoria" (dell'atto impugnato) attribuita alla sentenza amministrativa — di M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, op. cit., pagg. 1157 ss. L'Autore, al fine di procedere ad una "nuova" ricostruzione (sulla quale, più ampiamente, *infra*) dell'ambito di "efficacia oggettiva" (e, dunque, dei «limiti oggettivi» del «giudicato amministrativo»), ha modo di sostenere (pagg. 1161-1162) che «[l]*'idea — la quale sta alla base della ristretta concezione dell'àmbito e del valore del giudicato amministrativo — che la potestà amministrativa sia una forza assoluta, per natura sua sempre nuova e ricreantesi, pur dopo la pronunzia del giudice amministrativo che ne abbia fulminato come illegittima qualche manifestazione, è in contrasto con la natura di funzione di tale potestà (o per meglio dire del suo esercizio) e cioè di potere esercitato in relazione a scopi fissati preventivamente e specificamente dall'ordinamento, e con tutti i vincoli di forma e di sostanza che l'ordinamento impone (e che, quindi, non è mai attività "unverfasst", "incostituita"): se gli artt. 24, 101, 103, 113 della costituzione hanno un senso, lo hanno in ciò che essi assoggettano la funzione amministrativa anche ai vincoli imposti dai giudici, vincoli i quali non possono operare che nel modo diretto e immediato che è consueto alle forme di esercizio della potestà giurisdizionale*».

[100] Vd. le osservazioni a tal proposito di F. SATTA, *Brevi note sul giudicato amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2007, II, in part. pagg. 319-320, ove Egli ricorda come all'epoca era sorto un

Cap. III ***Verso una più matura elaborazione dei concetti di «giudicato amministrativo» (ed «efficacia della sentenza»). Le principali costruzioni teoriche. Pregi e limiti.***

La finalità perseguita da questo "nuovo" filone di studi è la ricerca di un "recupero" di maggiori spazi di effettività e satisfattività della tutela per il singolo ricorrente[101] attraverso la canalizzazione dell'attenzione sulla "pretesa" (o, *rectius*, "bene della vita") oggetto dell'aspirazione di quest'ultimo, in luogo della concentrazione sui meri profili della legalità/validità dell'azione amministrativa.

«[…] *vasto dibattito dottrinale, accompagnato da molta giurisprudenza, che ha appunto cercato di definire l'efficacia di giudicato. La sua linea conduttrice è stata chiara: spingere l'attenzione oltre l'effetto demolitorio delle sentenze che, accogliendo il ricorso, annullano il provvedimento impugnato, per trovare una sorta di loro "efficacia ulteriore", vale a dire elementi di vincolo, capaci di condizionare l'azione futura dell'amministrazione*».

[101] In verità, lo stesso BENVENUTI era conscio delle insufficienze — sul fronte della "qualità" della tutela giurisdizionale — di un modello di processo amministrativo puramente "cassatorio" e, dunque, inadatto strutturalmente a dare piena ed effettiva tutela (secondo i canoni costituzionali) alle posizioni soggettive d'interesse legittimo (aventi pari dignità sostanziale rispetto a quelle di diritto soggettivo). Egli manifesta questa "critica" al sistema (in una chiave, tuttavia, aperta unicamente a prospettive "*de iure condendo*") laddove afferma (cfr. F. BENVENUTI, op. ult. cit., pag. 910) che «[p]*oichè 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*». Tuttavia, nonostante questa presa di coscienza, Egli ritiene che — a diritto positivo invariato — non sia possibile muoversi verso l'obiettivo (peraltro già presente in altri ordinamenti dell'epoca, quali quello francese e quello tedesco) della cognizione di "spettanza" della pretesa veicolata in giudizio. Tale impossibilità dipende dalla circostanza che, nell'ordinamento positivo vigente alla Sua epoca, il processo amministrativo è visto unicamente come un giudizio che verte sull'"atto" e che "scherma" (dietro il medesimo e non consente) la cognizione diretta del "rapporto amministrativo" sottostante nella sua interezza. Infatti, Egli, a riguardo sostiene (*ibidem*) che «[…] *riesce possibile pensare che anche il giudizio amministrativo debba divenire giudizio su rapporti e che pertanto la sentenza amministrativa sia suscettibile anch'essa di accertare definitivamente un rapporto e di allacciare la propria forza alla consistenza di questo rapporto. Ma così non è nell'ordinamento legislativo nostro ancora operante, dove il giudizio verte sull'atto e scivola sopra il rapporto, senza inciderlo e senza lasciargli delle tracce sensibili*».

3.3. Il tentativo di "scomposizione" strutturale ed analitica degli "effetti della sentenza amministrativa" al fine di creare un maggiore vincolo e collegamento fra processo e ri-edizione del potere amministrativo alla luce del principio di effettività della tutela.

Avendo percepito le insufficienze — sul fronte dell'effettività della tutela giurisdizionale — derivanti da un "modello" di processo amministrativo meramente "caducatorio", ossia incentrato sulla "demolizione giuridica" [102] dell'atto impugnato[103], la dottrina, in particolare il NIGRO [104], cercò di "andare

---

[102] Per maggiore precisione, si ricorda che la genesi dell'espressione "demolizione giuridica" riferita ai processi di tipo costitutivo va fatta risalire all'opera di E. REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 2° ed., 1939, pag. 64.

[103] Vd. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1979, pag. 261, ove, analizzando le caratteristiche del processo amministrativo "tipico", giunge alla conclusione che «[…] *la caratteristica fondamentale e determinante è che in esso "campeggia" l'atto amministrativo*». Ciò in quanto tale processo, per utilizzare le parole dell'Autore, è «[…] *un processo di impugnazione dell'atto amministrativo, un processo di demolizione giuridica (di demolizione, cioè, dell'atto amministrativo invalido)*». Tale modello spinge l'Autore ad affermare l'inadeguatezza dell'impianto attuale della giurisdizione amministrativa rispetto ai canoni di pienezza ed effettività della tutela sanciti, in via generale (e, dunque, validi anche per il processo amministrativo) dalla Costituzione (specialmente dalla disposizione di cui all'art. 24, primo comma, Cost.). E così a sostenere (cfr. ID., *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, op. cit., pag. 6) che «[…] *quest'assetto della giurisdizione amministrativa è tuttaltro che soddisfacente* […]. *L'insoddisfazione nasce* […] *dalla ritenuta inidoneità dell'attuale organizzazione della giurisdizione amministrativa ad assicurare quella tutela completa ed efficace delle situazioni giuridiche del cittadino contro la pubblica amministrazione, pretesa oggi dall'art. 24 costituzione, il cui valore assolutamente primario rispetto ad ogni altra norma reggente il sistema delle giurisdizioni è sempre più largamente riconosciuto* […]». Vd., anche, l'ulteriore aspetto di critica — al modello di processo amministrativo all'epoca vigente — proposto in ID., *La giurisdizione amministrativa di merito*, in Nuova rass. di leg. dottr. e giur., 1970, II, in part. pag. 198, ove l'Autore ritiene che, frequentemente, la giustizia amministrativa si riduce ad una mera "caccia" ai vizi formali che affettano il provvedimento amministrativo lasciando in disparte gli spazi che penetrano più profondamento nella vera "sostanza" dell'attività amministrativa. Sulla concezione "classica" della giurisdizione amministrativa come "giurisdizione d'annullamento" si vd., anche, G. ROEHRSSEN, *Giurisdizione amministrativa*, in Nss. dig. it., VII, Torino, Utet, 1961, pag. 1004, ove riferisce come «[i]*l giudice amministrativo può solo, in sede di decisione, pronunciare l'annullamento dell'atto impugnato*».

[104] Il riferimento va, ovviamente, all'Autore che — fra i molti che si occuparono di studi inerenti alla giustizia amministrativa — influenzò più di ogni altro, con le proprie ricostruzioni, la dottrina a seguire nonché la giurisprudenza dell'epoca (ma non solo), ossia MARIO NIGRO. Egli, in una serie di pregevoli lavori (a partire dal Suo M. NIGRO, *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27 n. 4 della legge sul Consiglio di Stato*, op. cit., pagg. 261 ss.; proseguendo con

oltre" alle concezioni "minime" e "ristrette" [105] dell'efficacia della sentenza amministrativa (e del relativo «giudicato amministrativo» d'annullamento) ricercando una sistemazione teorica più coerente con le "trasformazioni"[106] che stavano interessando la giustizia amministrativa dell'epoca.

S'iniziò ad intuire, infatti, che il soggetto che ricorre avverso un dato provvedimento amministrativo (asserito come) illegittimo, aldilà di uno "scopo immediato" consistente nell'eliminazione di esso dall'ordinamento giuridico, persegua un ben più ampio e satisfattorio "scopo mediato" che involge la soddisfazione della pretesa materiale (*rectius*: "bene della vita") sottostante al proprio interesse legittimo[107] (specie nei casi in cui tale posizione giuridica

---

contributi successivi, sui quali, *amplius*, nel prosieguo) fornì un apporto di fondamentale rilievo per lo sviluppo del dibattito sui temi che interessano il presente studio.

[105] Le quali possono essere sintetizzate, con la dovuta approssimazione, nelle principali ricostruzioni presentate nei parr. prec. del presente Capitolo, nonché all'interno del Cap. II del presente lavoro.

[106] Sulle "alterazioni" e "trasformazioni" che, specie per opera della giurisprudenza, il processo amministrativo stava subendo — nell'accezione di scostamento da un modello "puro" di processo incentrato sull'"atto" e sulla reazione "demolitoria" avverso di esso — si consulti, per ogni approfondimento, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., 1979, in part. pagg. 274 ss.; nonché ID., *Esperienze e prospettive del processo amministrativo*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1981, II, pagg. 401 ss., specie per l'attribuzione al processo amministrativo dei connotati di "ambiguità", "storicità" e "problematicità". Sul giudice amministrativo come "risolutore dei conflitti sociali" attraverso un sistema processuale che vada oltre le logiche della giustizia "meramente formale" cfr. ID., *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, op. cit., pag. 1181: «[i] *rapporti fra giurisdizione amministrativa e amministrazione si collocano oramai in un ambiente politico-sociale, il quale non solo assegna al giudice una posizione centrale nella soluzione dei conflitti sociali, ma, proprio in ragione di questa posizione e funzione, richiede ad esso certezze rapide e definitive. Fra le caratteristiche della nostra società — caratteristiche legate all'assetto economico, allo svolgersi dei rapporti sociali, al costume di vita — vi è sicuramente il rifiuto di accettare i tempi lunghi e gli andirivieni delle giustizie meramente formali: ciò che, per la giustizia amministrativa, significa rifiuto di accontentarsi dei balletti degli annullamenti giurisdizionali e delle riproduzioni amministrative*».

[107] Così, chiaramente, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., 1983, pag. 396: «[…] *proponendo la sua azione, il ricorrente giurisdizionale amministrativo ha sicuramente due scopi: uno scopo immediato (eliminare l'atto amministrativo) e uno scopo mediato (soddisfare il proprio interesse sostanziale)*». È proprio il secondo, dei due scopi presentati, che in un moderno processo amministrativo — attento, cioè, alle esigenze di effettività e satisfattività della tutela giurisdizionale — acquista sempre più un ruolo centrale rendendo, tuttavia, al contempo, fortemente problematico il suo inserimento all'interno delle categorie processuali "classiche" così come sedimentate nel corso delle prime stagioni di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale del processo amministrativo. Vd., anche, sempre sulla "duplicità" di scopi perseguiti dal ricorrente attraverso l'instaurato processo amministrativo, ID., *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, op. cit., pag. 1171. Contro ogni contaminazione di tipo "teleologico" nello studio del processo

soggettiva assume i connotati dell'aspirazione di tipo "pretensivo" verso la P.A. agente).

A tal fine, dunque, per consentire che il "risultato" processuale raggiunga, oltre il mero "schermo"[108] dell'"episodico"[109] atto amministrativo impugnato, il modo di esercizio (o, forse, preferibilmente: del successivo ri-esercizio) del potere amministrativo[110], appare necessario volgere l'attenzione dell'interprete oltre il solo (e più superficiale) "effetto costitutivo" tipico della sentenza d'annullamento, per ritrovare (al di sotto di esso) il contenuto "ordinatorio"[111] ma, ancor meglio,

---

amministrativo, invece, F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, *passim*. Nello stesso senso, all'interno della dottrina processual-civilistica, E.T. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, II, Padova, Cedam, 1950, pagg. 427 ss. Tale Autore, infatti, ritiene che, data la varietà degli scopi del processo a seconda del diverso punto di vista dei soggetti che partecipano all'episodio processuale, sia necessario un approccio metodologico volto allo studio obiettivo del processo, ossia secondo la collocazione ed il ruolo che esso assume all'interno dell'ordinamento giuridico.

[108] Sull'atto amministrativo come "schermo" che ostacola la vera risoluzione del conflitto sociale tra P.A. e cittadino, M. NIGRO, *Il giudice amministrativo oggi*, in Foro it., 1978, V, pag. 166: «[l]*'atto espone e riassume il conflitto, ne è la maschera e lo schermo, diventa l'obiettivo centrale dell'attenzione del giudice*», con la conseguenza che «[…] *la struttura del giudizio sull'atto copre e soffoca la genuinità sociale della vicenda*». Sul giudice come "medico della sostanza sociale", già F. BAUR, *Formzwang und Fallgerechtigkeit*, in Staatsanzeiger für Baden-Württemberg, 1961.

[109] S'intende: in relazione al più ampio spazio dell'esercizio del "potere amministrativo", così come visibile adottando una prospettiva che inquadri il potere amministrativo come una sorta di "energia" caratterizzata dalla "continuità" dei suoi impulsi di concretizzazione in una serie di atti (ognuno dei quali, relativizzato a singolo "episodio") attuativi del "precetto" che sta alla base dell'attribuzione dello stesso potere. Cfr., in particolare, l'elaborazione teorica del concetto di "funzione amministrativa" proposta dal BENVENUTI, e, ripresa *breviter* in nt. 77 (del presente Capitolo).

[110] Cfr. M. NIGRO, *Esperienze e prospettive del processo amministrativo*, op. cit., pag. 410. L'Autore intuisce che, tra le varie "trasformazioni" che all'epoca il processo amministrativo stava iniziando ad attraversare, v'era senz'altro, in posizione centrale, quella relativa all'attività del giudice amministrativo. Infatti, «[l]*'attività precipua del giudice amministrativo appare non già quella di eliminare l'atto amministrativo per il pregiudizio che esso ha provocato al privato, ma di accertare il regolare modo di esercizio del potere, cioè di definire — e di definire per il futuro — l'assetto più corretto degli interessi, accogliendo o respingendo il progetto di assetto che il ricorrente propone*». Vd., nello stesso senso, ID., *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, op. cit., pag. 251, nella parte in cui si auspica lo «[…] *spostamento dell'attenzione del giudice dall'atto alla retrostante e complessa realtà dell'esercizio del potere*».

[111] Tale espressione (che verrà meglio chiarita *infra*) venne adottata dall'Autore per la prima volta in M. NIGRO, *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27 n. 4 della legge sul Consiglio di Stato*, op. cit., pag. 300 ove, riflettendo sulla clausola della sentenza amministrativa contenente «*l'ordine che la decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa*» (cfr. il combinato disposto degli allora vigenti artt. 65 ed 88 del R.d. 17 agosto 1907, n. 642), dedusse che «[…] *la pronuncia amministrativa è oltre che una sentenza costitutiva, certamente anche una sentenza ordinativa, in quanto ordina un certo*

di "accertamento" che rappresenta, invece, il vero "cuore" della sentenza amministrativa[112].

Tuttavia, al fine di analizzare al meglio la più moderna "scomposizione" strutturale dell'efficacia della sentenza amministrativa (e, di riflesso, del «giudicato amministrativo» con i suoi «limiti oggettivi» in funzione di vincolo) occorre procedere dalle premesse di ordine dogmatico che hanno rappresentato la base teorica per giungere ai (conseguenti) corollari "a valle" in punto di efficacia (della sentenza) e (contenuto del) giudicato.

In primo luogo, come si è già cercato di mostrare [113], la base di partenza è sempre quella concernente il concetto che costituisce, per ogni indagine processualistica, il problema dogmatico "primo" — quanto ad importanza metodologica d'impostazione oltre che d'influenza sulla configurazione dell'istituto del «giudicato» (ed, in particolare, dei suoi «limiti oggettivi» — ossia quello di «oggetto del processo»[114].

---

comportamento, senza però assoggettare all'esecuzione forzata, nel qual caso si avrebbe una vera e propria sentenza di condanna». Sull'influenza che il contenuto "ordinatorio" riflette sul "tipo" di processo costitutivo cfr., invece, M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 26, ove l'Autore deduce che «[…] *in quanto la sentenza amministrativa non si limita all'annullamento, ma contiene l'ordine di eseguire il giudicato, il processo amministrativo non è un processo costitutivo puro, anche se il momento costitutivo ne è il momento essenziale e qualificante, ma contiene un elemento ordinatorio: troppo poco perché si parli anche di processo di condanna, abbastanza perché i lineamenti tipici del processo costitutivo ne escano alterati in alcuni profili* […]».

[112] Si vedrà, infatti, nel prosieguo dell'analisi come l'Autore giungerà a sostenere (vd. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., 1983, pag. 391) che «[…] *vi è nella sentenza amministrativa un amplissimo contenuto di accertamento*». Una conclusione, dunque, che si colloca in aperto contrasto «[…] *con l'idea che questa sentenza sia povera o addirittura priva di accertamento, l'attività di accertamento costituisce il centro vitale della pronuncia amministrativa e lo sta diventando sempre più, manifestandosi la trasformazione del processo amministrativo* […]».

[113] Vd., *passim*, i parr. del presente Capitolo, nonché le basi di teoria generale del processo fornite nel corso del Cap. I del presente lavoro.

[114] Si mostra ben consapevole di ciò M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 18, laddove, nell'indagare l'influenza che la natura dell'«oggetto del processo» riversa sulla "struttura" e sul "modello" stesso di "processo", afferma che «[d]*iventa quindi essenziale l'esatta configurazione dell'oggetto del processo amministrativo, o, se si preferisce, della funzione o potestà giurisdizionale che nel processo amministrativo* […] *si esercita. Operata tale configurazione, si fisseranno, in collegamento con essa, gli aspetti più interessanti del processo*». Nello stesso senso, successivamente, ID., *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, op. cit., pag. 266: «[l]*e caratteristiche della struttura del processo sono necessariamente determinate dalla natura dell'oggetto del processo*».

La dottrina in esame, discostandosi dalla varietà di opinioni esistenti in argomento[115], individua la "*res in iudicium deducta*" con la titolarità (ovviamente introdotta in giudizio a livello di affermazione) di un «diritto alla invalidazione» di un dato provvedimento amministrativo impugnato con congiunta richiesta al giudice amministrativo di provvedere a tale effetto[116].

Tale "diritto all'invalidazione giuridica" non è esercitato dall'attore in chiave generica e di principio, bensì viene circoscritto da uno o più asseriti profili di difformità dell'atto amministrativo (oggetto dell'impugnazione) rispetto al

---

115 Per un resoconto che offra contezza della varietà di posizioni dottrinali esistenti sul tema dell'«oggetto del processo» (ovviamente, nell'ambito che qui interessa, ossia quello del processo amministrativo), cfr., per tutti, E. GARBAGNATI, *La giurisdizione amministrativa: concetto ed oggetto*, Milano, Giuffrè, 1950, *passim*.

116 Cfr., in funzione di maggiore chiarezza, le stesse parole di M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 18: «[o]*ggetto 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 di un atto amministrativo e la richiesta al giudice di provvedervi*». Nella successiva elaborazione l'Autore modificherà leggermente la propria concezione in argomento, giungendo in M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., 1979, pag. 268, a definire l'oggetto del processo amministrativo come un "oggetto composito". Tale (nuova) definizione di sintesi viene ricavata dall'idea che l'oggetto del processo amministrativo sia scomponibile (idealmente) in due sue parti: da un lato un "oggetto immediato" e, dall'altro, un (diverso ed ulteriore) "oggetto mediato". Il primo consiste nella verifica della fondatezza dell'affermazione di possedere un diritto all'invalidazione dell'atto amministrativo impugnato con conseguente (in caso di accertamento positivo) annullamento di esso. Il secondo, invece, consiste, sia nella verifica della titolarità di una posizione giuridica d'interesse legittimo in capo al ricorrente che gli consenta di vantare il potere di reazione avverso il provvedimento impugnato; sia nella verifica circa l'invalidità del provvedimento impugnato con riguardo ad uno o più vizi di legittimità dell'atto stesso. Secondo questa costruzione più complessa «[…] *il potere di provocare l'annullamento diventa in un certo senso il ponte logico e giuridico che congiunge l'interesse sostanziale all'atto invalido e, al di là di esso, al potere di cui l'atto è emanazione*». Cfr., anche ID., *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, op. cit., pag. 251, ove l'Autore scinde, quanto ad "oggetto", il processo amministrativo in due possibili sotto-tipi: il primo, quello "proprio", ove oggetto è l'impugnazione e l'eliminazione dell'atto impugnato; il secondo, "improprio", ove il vero oggetto diviene (dietro al controllo di legittimità dell'atto impugnato) il controllo sul modo di esercizio del potere. Si vd., più in generale, il dibattito, esistente da tempo all'interno della dottrina processual-civilistica, concernente le problematiche della «*causa petendi*» e dei limiti oggettivi del giudicato nelle azioni costitutive, per il quale si rinvia (anche per la principale bibliografia) alle considerazioni esposte all'interno del par. 1.5.1., del Cap. I, del presente lavoro. Si pone in evidenza, qui, unicamente che l'approccio seguito dal NIGRO trova la propria ispirazione nell'impostazione già inaugurata anni addietro dal CHIOVENDA, così come espressa in G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1933, pagg. 25 ss. Si ricordi, anche, come l'idea tale per cui l'oggetto dei processi costitutivi sia rappresentato da un "diritto potestativo all'invalidazione" verrà criticata, dalla dottrina successiva, in particolare da A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, op. cit., in part. pagg. 79 ss.

paradigma legale di riferimento, i quali assurgono a ruolo di «motivi del ricorso» e vengono inquadrati come fatti costitutivi di tale diritto (forse assimilabile, come categoria di teoria generale, al *genus* dei "diritti potestativi").

Tali vizi/motivi di ricorso, dunque, assumono il fondamentale ruolo d'identificazione della «*causa petendi*» dell'azione di annullamento, mentre la domanda stessa di attuazione del diritto all'invalidazione con conseguente eliminazione dell'atto impugnato rappresenta il diverso elemento del «*petitum*» dell'azione proposta[117].

Nello studio dei criteri d'identificazione delle azioni costitutive (viste, soprattutto, le importanti ricadute in punto di «limiti oggettivi» del «giudicato»)[118] è d'importanza centrale comprendere il rapporto esistente tra «*causa petendi*» e diritto all'invalidazione dell'atto impugnato (o, più in generale, «azione costitutiva»)[119].

Ed è proprio nella soluzione a questo interrogativo che la dottrina in esame si allontana dalle concezioni più tradizionali del processo amministrativo[120], le quali, come si è cercato di mostrare, seguivano anche all'interno di questo tipo di processo l'opzione interpretativa — inaugurata

---

[117] Di qui, secondo M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 30, la conseguenza di poter qualificare il processo amministrativo come un "processo costitutivo con rigidità dell'oggetto". Ciò in quanto «[l]*'oggetto del processo amministrativo è identificato dal particolare atto amministrativo impugnato; dal fatto costitutivo o dalla pluralità di fatti costitutivi che danno origine al diritto all'invalidazione fatta valere (causa petendi), dal provvedimento richiesto (petitum). L'oggetto del processo è fissato nell'atto introduttivo ed è immodificabile nel corso del giudizio (con la sola eccezione della possibilità di introduzione dei c.d. motivi aggiunti)* […]».

[118] Si rinvia, nuovamente, alle più ampie considerazioni di teoria generale esposte nel corso del Cap. I del presente lavoro.

[119] Sulla correlazione sussistente fra giudicato amministrativo e criteri d'identificazione dell'azione (*petitum* e *causa petendi*) si vd., in giurisprudenza, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 20 ottobre 1986, n. 805, in Cons. St., 1986, I, pag. 1626: «[…] *il giudicato deve esser aderente ai limiti soggettivi e oggettivi della controversia, la cui individuazione va accolta nella correlazione del petitum e della causa petendi in rapporto alla dedotta lesione dell'interesse vantato*».

[120] Ed, in particolare dall'approccio inaugurato dal CAMMEO (cfr. Cap. II del presente lavoro) e seguito, seppur con le personali particolarità ricostruttive, dagli Autori a seguire (vd., ad es., le costruzioni offerte dal SANDULLI e dal BENVENUTI, cui ai parr. prec. del presente Capitolo).

all'interno della teoria generale del processo civile[121] — tale per cui ogni singolo vizio denunciato nell'atto introduttivo del giudizio denota una diversa «*causa petendi*» e, dunque, identifica una diversa «azione costitutiva»[122].

Diversamente, qui si sostiene che il processo amministrativo è un tipo di processo costitutivo ove il diritto all'invalidazione presentato è sempre "unico"[123], a prescindere dall'unicità o pluralità di vizi/motivi di annullamento

---

[121] Si vd., come "caposcuola" ed Autore che esercitò la massima influenza nell'esportare tale concezione anche aldilà del modello del processo civile relativo alle impugnative dei negozi di diritto privato, G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, op. cit., 1947, pag. 320: «[…] *il bene da identificare consiste non nel semplice effetto giuridico a cui si tende, che è l'oggetto (risoluzione, annullamento e simili), ma in questo effetto ricollegato al fatto di cui è rimedio o sanzione (inadempimento, lesione, errore, dolo). Così che, se si hanno più fatti che danno diritto ad una azione d'annullamento, in realtà si hanno altrettante azioni quanti sono i fatti che le originano. Diremo quindi che la causa dell'azione è il fatto costitutivo del diritto al mutamento giuridico. Respinta un'azione d'impugnazione può proporsi la stessa impugnazione per un'altra causa*». Nello stesso senso cfr., anche, *ex multis*, E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, op. cit., in part. pag. 179; S. COSTA, *Contributo al concetto di capo di sentenza nel processo civile*, Sassari, Gallizzi, 1931, pag. 64. *Contra*, invece, ossia a favore di un orientamento volto a ritenere quale criterio d'identificazione dei «diritti alla modificazione giuridica» l'«effetto giuridico», A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, op. cit., pag. 191. Tale Autore, in un senso in parte simile a quello proposto (vd. *infra*) dal NIGRO quanto al processo amministrativo, asserisce che «[s]*e molteplici sussunzioni confluiscono in tanti e separati effetti, plurimi sono i diritti affermati nel processo; se esse sono coordinate dalla legge per un unico effetto* […] *unico è il diritto fatto valere*». Comunque, per una migliore comprensione del "panorama" dottrinale formatosi all'interno della teoria generale del processo civile in merito ai criteri d'identificazione delle azioni costitutive, si rinvia, nuovamente, al par. 1.5.1., del Cap. I, del presente lavoro.

[122] Da tale base interpretativa, per i noti collegamenti sussistenti tra «criteri identificativi delle azioni», «oggetto del processo» e «limiti oggettivi del giudicato», derivava (anche) un giudicato "a base ristretta" con funzione preclusiva per la successiva attività delle parti limitata ai soli vizi/censure esaminati all'interno della singola vicenda processuale (il che rappresenta il problema maggiore di "effettività" della tutela laddove si declini la problematica all'interno del processo amministrativo). Secondo M. NIGRO, *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, op. cit., pag. 18, tale risultato deriva anche dalla modalità con cui la giurisprudenza amministrativa intese — in chiave fortemente contratta — il limite rappresentato dai "motivi di ricorso". Detto altrimenti, essa «[…] *fissò il nesso fra processo e realtà amministrativa attraverso la sequenza: vizi dell'atto – motivi di impugnazione – motivi di annullamento giurisdizionale – limiti di efficacia del giudicato*». La conseguenza, implicata da tale approccio, pare d'obbligo: «[…] *il processo amministrativo* […] *finì per presentarsi come un processo di impugnazione puro in cui si facevano valere tanti diritti di impugnazione quanti erano i vizi denunciati*».

[123] M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 32: «[…] *è un processo costitutivo* (aggiungiamo: il processo amministrativo) *avente per oggetto un solo diritto all'invalidazione, quanti che siano i vizi, e quindi i motivi di invalidazione, affermati* […]». *Contra*, A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 371. L'Autore, in linea con il filone interpretativo più tradizionale (anche della letteratura sul processo civile), ritiene che «[…] *il principio per cui il motivo identifica il ricorso, sta proprio a significare che contro uno stesso atto, sono proposti tanti ricorsi, quanti sono i vizi dell'atto stesso che vengono denunciati*».

sottesi alla domanda. Ciò significa che, se il vizio costitutivo del (preteso) diritto all'invalidazione dell'atto amministrativo impugnato è unico, allora sarà unica l'azione proposta; ma tale risultato non muta anche laddove i vizi/motivi costitutivi siano più d'uno: infatti, in tale diversa situazione, non si avranno (come vorrebbe la dottrina più "tradizionale") tante azioni costitutive quanti sono i vizi/motivi proposti (con conseguente frammentazione del giudicato in relazione ad ognuna di esse), bensì sempre un unico e solo diritto d'invalidazione seppur riconnesso, in questo caso, ad una c.d. "fattispecie costitutiva d'assieme"[124].

Tale conclusione viene maturata dall'idea per cui, siccome nell'ambito del processo amministrativo la situazione fisiologica è quella in cui l'attore articoli più vizi a supporto della domanda di annullamento dell'atto impugnato (essendo eccezionale un ricorso basato su di un unico ed isolato vizio di legittimità), sarebbe una forzatura eccessiva quella volta a frazionare ogni "richiesta di tutela" in una serie di diverse azioni quanti sono i vizi/motivi presentati dal ricorrente.

Infatti, l'"affermazione" del soggetto ricorrente ha qualcosa di "unitario" (s'intende, forse, il risultato/scopo perseguito) che consente di fornire un volto di unità anche alla domanda, a proposito della quale i singoli vizi/motivi di ricorso appaiono come elementi che s'integrano vicendevolmente (nell'ottica del perseguimento del risultato finale) andando a comporre l'unica «*causa petendi*»[125].

---

[124] Vd., in questo senso, M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 32, nella parte in cui, discostandosi dalla diversa concezione dominante all'epoca, sostiene che «[…] *sembra più conforme alla natura del processo amministrativo la tesi che il diritto è unico, tanto se a dargli vita è un solo vizio, tanto se è più di uno; nel primo caso il diritto si ricollega ad un solo fatto costitutivo, nel secondo ad una fattispecie costitutiva di assieme*». Tale concetto, che presenta un'analogia con la teoria di origine tedesca della c.d. "*Gesamttatbestand*" ("fattispecie d'assieme"), è importato dall'Autore in esame (grande conoscitore della dottrina germanica) dalle elaborazioni sviluppate in proposito da A. NIKISCH, *Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß*, in Archiv für die civilistische Praxis, 1955, pag. 288. L'Autore tedesco, infatti, ritiene che, in ogni caso in cui una serie di elementi capaci a fondare un autonomo "diritto di formazione" sono connessi reciprocamente, allora essi non si isolano l'un l'altro distaccandosi in chiave autonoma, bensì posseggono la capacità di integrarsi vicendevolmente dando vita ad una "fattispecie costitutiva d'assieme" la quale mette in luce il complessivo diritto dell'autore.

[125] Cfr., *clariter*, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., 1979, pag. 267: «[…] *nella struttura unitaria della domanda giudiziale, come atto d'esercizio del diritto, i singoli fatti si integrano l'un l'altro per produrre l'effetto finale ed i vari momenti appaiono come elementi dell'unica causa petendi* […]». Sulla

Secondo la dottrina *de qua*, tale approccio volto a costruire l'unicità del diritto all'invalidazione dovrebbe consentire di spiegare più agevolmente — rispetto ad una classica teoria della "frammentazione" — una serie di fenomeni peculiari del processo amministrativo[126], quali: la pratica dell'assorbimento dei motivi; una nozione di "capo di domanda" scollegata dal singolo motivo di ricorso; l'istituto dei "motivi aggiunti" alla domanda già proposta, etc.

Tuttavia, tale unità del diritto all'invalidazione non comporta una sua "infrazionabilità" totale ad ogni scopo: infatti, al fine di sviluppare un tema diverso da quello affrontato nel presente lavoro — ossia quello dell'«appello» nel processo amministrativo — la dottrina qui in esame giunge ad una personale ricostruzione della nozione di «capo della domanda» indipendente dall'affermazione di un unico diritto all'invalidazione (ossia, con possibile "pluralità" a fronte dell'"unicità" dell'azione di annullamento proposta[127]).

"nuova" funzione che i motivi di ricorso dovrebbero ricoprire all'interno di un processo amministrativo che adegua il suo "modello" alle "trasformazioni" che interessano più latamente l'amministrazione (e il risvolto della tutela nei confronti di essa) si consulti l'approccio seguito da M. NIGRO, *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, op. cit., in part. pag. 20. *Ivi*, l'Autore, per quanto qui interessa, segnala la già accennata necessità che i motivi di ricorso non siano posti in una relazione d'isolamento reciproca, bensì, si colleghino fra loro nell'obiettivo di fornire maggiore supporto all'unitaria critica rivolta verso l'amministrazione. Per utilizzare le chiare parole dell'Autore, «[…] *nello schema letterario del ricorso i motivi sono presentati come distinte proposizioni, ma non ci vuol molto a vedere* […] *che ogni motivo è solo un periodo di un più ampio e complesso discorso, nel quale viene sottoposto ad analisi l'esercizio del potere da parte dell'amministrazione e, attraverso l'indicazione dei vizi che lo inficiano, si prospetta al giudice quale è, secondo il ricorrente, il modo di corretto esercizio di esso. L'atto di critica nasce idealmente unitario: il frazionamento in separati motivi è posteriore e strumentale (e talvolta meramente enfatico) e l'ambizione, più o meno consapevole, del ricorrente è che il giudice sappia ricreare, al momento del giudizio, l'unità celata ma non soppressa delle partizioni del documenti. 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 costitutiva d'assieme* […] *e solo circostanziato dai motivi di ricorso. Motivi di ricorso, i quali vanno considerati l'uno insieme con l'altro non solo per far risaltare compiutamente l'episodio di vita da cui nasce la pretesa del ricorrente, ma anche per sorreggersi vicendevolmente, per illuminarsi e precisarsi l'un l'altro*».

126 In questo senso M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 33.

127 Questo passaggio logico è ben visibile in M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 33, ove Egli sembra ammettere, senza dubbio alcuno, che «[n]*aturalmente, che il diritto all'invalidazione (affermato) sia unico non significa che esso sia infrazionabile. Al contrario, l'affermazione di un solo diritto può dar luogo a più capi di domanda* […]».

Considerare questo (apparente) "fuori tema" dall'oggetto proprio della nostra analisi giova infatti al fine di aggiungere un "tassello" utile per comprendere il fondamento teorico che portò, poi, il NIGRO ad elaborare, in successivi scritti, una (nuova) teorica sugli effetti della sentenza amministrativa d'annullamento (e, dunque, sul più ampio contenuto del «giudicato amministrativo»).

Infatti, nello studio del concetto di «capo della sentenza» (ai fini delle impugnazioni), qualora si seguisse specularmente la teoria che vorrebbe identificare una diversa azione per ogni fatto costitutivo veicolato (ossia, detto altrimenti per la specifica realtà del processo amministrativo, per ogni vizio/motivo di legittimità contestato all'atto impugnato) sarebbe agevole concludere nel senso che qualunque rigetto di un motivo di ricorso comporti sempre «soccombenza». Tale risultato, a livello di schema teorico, dovrebbe restare fermo anche laddove, rigettato un motivo di ricorso (e, dunque, la sua relativa azione), venisse, invece, accolto un ulteriore e diverso motivo di ricorso (e, dunque, un'altra e diversa azione di annullamento)[128]. Sennonché, calando nella pratica tale impostazione, è possibile ravvisarne le relative debolezze teoriche. Infatti, la dottrina, onde evitare la formazione della «soccombenza» anche ove il ricorrente abbia visto accolto un diverso motivo di ricorso (e, dunque, abbia conseguito nel processo amministrativo il risultato "demolitorio" conseguente alla pronunciata sentenza costitutiva), dovette rinvenire alcuni "temperamenti" al modello "puro" escogitando l'idea dell'assenza di soccombenza di fronte ad azioni che perseguono il medesimo "risultato pratico"[129].

---

[128] Tale argomentazione *per absurdum* si rinviene in M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 434: «[s]*e a ciascun vizio corrisponde un diritto, e a ciascun diritto un capo di domanda, il rigetto di un motivo d'impugnativa dovrebbe produrre sempre soccombenza, anche se è accolto un altro motivo* […]».

[129] Così, per tutti, E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, op. cit., in part. pag. 673; S. COSTA, *Contributo al concetto di capo di sentenza nel processo civile*, op. cit., pag. 64; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1928, pag. 993.

La critica a tale "*escamotage*" dottrinale fornì all'Autore in esame l'occasione per una riflessione che — calata nella realtà del processo amministrativo — consentì quel "salto" qualitativo (nel segno dell'effettività della tutela) nello studio dell'efficacia della sentenza amministrativa (e del conseguente giudicato) che — come s'è cercato di anticipare nelle premesse al presente paragrafo — rappresenta la reazione all'insoddisfazione verso un "tipo" di processo amministrativo meramente "cassatorio" e incentrato sul solo "atto" impugnato.

Infatti, è agevole notare come all'interno del processo amministrativo sia possibile avere "utilità pratiche" differenti a seconda dell'accoglimento dell'uno o dell'altro dei vari motivi di ricorso proposti[130]. Detto altrimenti, i motivi di ricorso non presentano fra loro una piena fungibilità se ci si collochi aldilà della mera prospettiva volta alla sola caducazione del provvedimento amministrativo impugnato (per il cui risultato costitutivo, ovviamente, ogni categoria di vizio di legittimità dell'atto amministrativo appare idonea e sufficiente allo scopo).

S'iniziò ad intuire, cioè, come l'identità del risultato d'annullamento — per ogni possibile motivo di ricorso — v'è solo con riguardo ai profili dell'«efficacia eliminatoria» e «ripristinatoria» (s'intende: dello *status quo ante*) propri del *petitum* dell'azione costitutiva d'annullamento, i quali, tuttavia, non tengono conto di un profilo "ulteriore" (ma esistente) della sentenza amministrativa d'annullamento, ossia l'ambito di efficacia volto a condizionare (in funzione di vincolo) la successiva ri-edizione del potere amministrativo[131] (di cui è cassato solo un suo "episodio" di spendita concreta).

---

[130] Cfr. M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 435: «[…] *non sembra che il criterio della utilità pratica sia utilizzabile nella specie,* […] *perché* […] *l'utilità pratica (almeno per il processo amministrativo) può variare secondo che sia accolto l'uno o l'altro motivo di impugnativa* […]». È diversa, infatti, la situazione del processo amministrativo di legittimità al cui interno è sindacato un certo "modo" di esercizio del potere, rispetto ad ambiti contenziosi presenti all'interno del processo civile ove, viceversa, è ammissibile una piena relazione di alternatività e concorso fra varie azioni volte al medesimo risultato pratico. Si pensi, ad es., all'ipotesi di più azioni tese a domandare una certa somma di denaro (alla luce di diversi presupposti) o alla consegna di un bene determinato.

[131] Così M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 436, inizia a porre le basi della Sua successiva "scomposizione" ed analisi dei vari profili di "efficacia" della sentenza

Ed è proprio quest'ultimo — ed apparentemente celato — profilo di efficacia della sentenza amministrativa che disvela il differente «grado d'intensità del vincolo»[132] per la P.A. (e, dunque, di utilità pratica per il ricorrente vittorioso) che i vari motivi del ricorso (*id est*: vizi di legittimità dell'atto impugnato) sono in grado di fornire alla sentenza resa (e, per quanto attiene al contenuto del «giudicato», all'ampiezza dei suoi «limiti oggettivi»).

Si delinea quindi una (nuova) prospettiva dogmatica dell'efficacia della sentenza e del giudicato che appare già anticipata dalle conclusioni teoriche raggiunte dal NIGRO in merito al tema specifico del «capo di sentenza».

Postulata la non piena sovrapponibilità del concetto di «capo di sentenza» con quello di «motivo del ricorso», l'articolazione in "capi" della sentenza amministrativa dipende dal criterio delle diverse "utilità"[133] — e, dunque, del "vantaggio/svantaggio" — arrecato alle diverse parti contendenti dalla decisione di uno o più motivi di ricorso, rispetto ad altro/i motivo/i.

Pertanto, pur a fronte di un unitario diritto all'invalidazione dell'atto amministrativo (anche se fondato, a livello di unica «*causa petendi*», su di una pluralità di motivi di ricorso), la sentenza resa può essere scissa in una varietà di capi, il cui numero dipenderà dal numero di differenti "dimensioni di vincolo" (*id*

---

amministrativa, riflettendo sulla circostanza che «[…] *se l'annullamento giurisdizionale amministrativo opera nello stesso modo — qualunque sia la ragione per la quale esso è pronunciato — per quanto attiene alla eliminazione dell'atto impugnato e alla ripristinazione della situazione precedente (effetto distruttivo e ripristinatorio) diversi sono gli effetti dell'annullamento — appunto in relazione alla ragione di esso — per quanto attiene al vincolo che il giudicato costituisce a carico dell'amministrazione relativamente al futuro esercizio del potere già malamente esercitato*».

[132] Ecco, infatti, perché M. NIGRO, *ibidem*, giunge alla conclusione che esiste una «[…] *correlazione pacificamente ammessa fra motivo dell'annullamento (e quindi motivo del ricorso) e intensità del vincolo*».

[133] Cfr., in argomento, M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 437: «[…] *diverso è il vantaggio che l'annullamento può apportare al ricorrente, in base al motivo (affermato e) accolto; e se l'annullamento è chiesto per più motivi (o più gruppi di motivi), si possono differenziare i vantaggi sulla base dello stesso criterio e, quindi, fra i fatti costitutivi (affermati) del diritto all'annullamento, distinguere e raggruppare tali fatti in relazione al tipo e all'entità del vantaggio che si collega all'annullamento per ciascuno di essi. 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 i tipi di vantaggio — che i diversi motivi possono produrre attraverso l'annullamento; si intende, che un capo può essere costituito da uno solo o da più motivi, se essi danno luogo agli stessi effetti dal punto di vista qui considerato (ad esempio, sono affermati più vizi formali)*».

est: "differenti vantaggi") che i diversi motivi di ricorso (anche raggruppati tra loro, nei casi di comunanza di risultati) siano in grado di apportare all'efficacia della sentenza di annullamento e al contenuto dei «limiti oggettivi» del giudicato[134].

Tali riflessioni maturate in materia d'impugnazioni all'interno del processo amministrativo sono di grande importanza per il tema oggetto del presente lavoro, poiché hanno posto in luce un aspetto fondamentale: ossia la circostanza che l'"utilità" del risultato processuale per il ricorrente — a parità di effetto caducatorio dell'atto impugnato — non è indifferente ai vizi/motivi che sorreggono tale pronuncia di accoglimento[135].

---

[134] Seguendo le premesse di tale ricostruzione, i vari vizi/motivi verranno qualificati come «questioni pregiudiziali» in quanto, essendo la nozione di «capo della sentenza» incentrata su di un profilo unitario derivante dall'utilità/vantaggio reso (*sub specie* di vincolo per la P.A.) sul versante del ri-esercizio del potere amministrativo, ogni singolo motivo di ricorso (sempre che non configuri un diverso — ed a sé stante — «capo della sentenza») assumerà il ruolo di semplice «punto di cognizione» da risolvere (da parte del giudice) per poter inferire in ordine all'accoglimento/rigetto del relativo capo di domanda al quale esso inerisce. Sul concetto di "punto di cognizione", si consulti, più in generale, R. PROVINCIALI, *Il giudizio di rinvio*, Padova, Cedam, 1936, in part. pag. 144. Invece, per un'impostazione teorica del problema d'individuazione del "capo della sentenza" si rinvia all'opera (seppur datata) di S. COSTA, *Contributo al concetto di capo di sentenza nel processo civile*, op. cit., *passim*; nonché, più recentemente, *ex multis*, a C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, Cedam, 2012, in part. pagg. 52 ss.

[135] L'interesse maggiore della dottrina in esame è canalizzato nello studio del giudicato amministrativo d'annullamento. Tuttavia, uno spazio d'attenzione viene rivolto anche alla riflessione intorno ai «limiti oggettivi» del giudicato amministrativo di rigetto. In tal caso, infatti, vanno valutati i residui poteri in capo alle parti (ossia, il ricorrente, quanto a possibilità di proposizione di nuovi ricorsi fondati su censure diverse da quelle rigettate; e l'amministrazione vittoriosa, quanto all'esercizio dei propri poteri di autotutela sull'atto fatto salvo in sede giurisdizionale). L'Autore, a fronte di un certo orientamento giurisprudenziale (cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 12 ottobre 1967, n. 475, in Foro amm., 1967, I, pag. 1142; Cons. St., Ad. Plen., 28 luglio 1965, n. 19, in Cons. St., 1965, I, pag. 1069; Cons. St., sez. V, 28 settembre 1957, n. 791, in Foro it., 1958, III, pagg. 36 ss.) volto a sostenere un'applicazione "forte" del meccanismo preclusivo del "dedotto e deducibile" applicato al giudicato di rigetto, ritiene dogmaticamente più corretta una soluzione maggiormente correlata alle singole censure fatte valere all'interno della sede processuale. Secondo tale opinione, il giudicato di rigetto collega la sua efficacia preclusiva unicamente in relazione ai vizi dedotti, non impedendo al ricorrente soccombente nuovi ricorsi avverso il medesimo atto seppur fondati su vizi/motivi non fatti valere nel concluso giudizio (ovviamente, in disparte del problema di fattibilità pratica derivante dal breve termine decadenziale per l'esperimento dell'azione d'annullamento), né alla P.A. vittoriosa l'esercizio dell'autotutela purché giustificata su motivi differenti da quelli accertati in sede processuale. Si vd., a tal proposito, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., 1983, pagg.

Cap. III *Verso una più matura elaborazione dei concetti di «giudicato amministrativo» (ed «efficacia della sentenza»). Le principali costruzioni teoriche. Pregi e limiti.*

Il passaggio logico successivo appare, dunque, evidente: la sentenza amministrativa possiede una serie di effetti ulteriori[136] rispetto al solo (ed ovvio) «effetto eliminatorio» discendente da un *petitum* volto all'annullamento di un atto impugnato attraverso il meccanismo di azione della sentenza costitutiva d'annullamento con efficacia *ex tunc*.

Emerge, dunque, l'esigenza di ricerca, da parte dello studioso, degli ulteriori "contenuti" della sentenza amministrativa (e, dunque, del successivo «giudicato») di tipo "ordinatorio" e, più in generale, d'"accertamento".

Infatti, in primo luogo, si può notare come dalla forza eliminatoria della sentenza amministrativa (e, quindi, dalla produzione del primo effetto c.d. «caducatorio» o «di eliminazione») discenda un secondo effetto giuridico in funzione di completamento della stessa portata costitutiva della pronuncia: il c.d. «effetto ripristinatorio» [137]. Questo "effetto" ulteriore della sentenza

399-400, ove si sofferma sul dato che «[i]*l giudicato di rigetto non preclude l'ulteriore attività delle parti e del giudice (o dei giudici), ma solo se questa abbia fondamento in censure che investano aspetti dell'episodio di vita totalmente diversi da quelli già esaminati dal giudice; la preclude invece quando essa pretenda di fondarsi sulle censure già esaminate e respinte e anche su censure che a queste si colleghino così strettamente da contribuire alla stessa rappresentazione dell'episodio di vita*». Sulla posizione della giurisprudenza "ferma" all'estensione del meccanismo preclusivo del "dedotto e deducibile" al giudicato di rigetto cfr., anche, A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, op. cit., II, pag. 277, nt. 63, nella parte in cui tale Autore rileva come sia nota la circostanza che «[…] *da tempo non si è più dubitato, quanto meno in giurisprudenza, della verità della considerazione secondo cui "la facoltà di impugnazione di un atto, in senso lato, della P.A., si esaurisce con la proposizione del gravame", con la proposizione cioè di un unico gravame, che potrà essere esteso, sviluppato nei suoi motivi, almeno nei limiti posti a tale possibilità dalla giurisprudenza, ma che mai potrà essere rinnovato attraverso la proposizione di nuove e distinte impugnazioni del medesimo provvedimento, nemmeno se queste fondino su motivi diversi da quelli già assunti a base del precedente ricorso*».

[136] Tale idea, che diviene il "perno" per l'"alterazione" del modello di processo amministrativo impugnatorio "puro", è ben esposta in M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., 1979, pag. 279. L'Autore, infatti, ritiene che il punto di "crisi" maggiore che sta affliggendo la concezione "classica" del processo amministrativo derivi dalla circostanza che «[l]*'esperienza* […] *sta rilevando come il giudicato amministrativo sia più ricco di contenuti di quanto non risulti strettamente dalla natura di giudizio di impugnazione o di annullamento di questo processo. Se il nucleo centrale della sentenza amministrativa è l'eliminazione dell'atto impugnato, previo accertamento del diritto del ricorrente a provocare tale eliminazione, e quindi l'effetto principale di essa è l'effetto di eliminazione, la sentenza non esaurisce in ciò il suo contenuto e la sua funzione*».

[137] Per un (primo) "nucleo minimo" di studi circa i "profili ripristinatori" della sentenza amministrativa d'accoglimento, si consulti, in dottrina, G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, II, op. cit., pag. 321; O. RANELLETTI, *Sulla esecuzione in via amministrativa delle decisioni del Consiglio di Stato e delle Giunte Provinciali Amministrative*, op. cit., pagg. 76 ss.

amministrativa è il naturale corollario dell'efficacia retroattiva dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento impugnato, dal quale consegue il "ripristino" automatico delle situazioni compresse e/o travolte dalla forza imperativa dell'atto "caducato" in esito al (successivo, in senso cronologico) processo amministrativo. Tuttavia, nei casi in cui tale rispristino non possa operare *ipso iure* in via automatica, ma, diversamente, necessiti un'attività giuridica o materiale ulteriore, l'efficacia ripristinatoria della sentenza d'accoglimento coprirà anche questo diverso profilo[138]. Ossia, più in generale, per effetto dell'obbligo di ripristino s'impone (nei limiti del possibile) di modificare lo stato fattuale esistente al fine di rimuovere ogni modifica apportata dall'esecuzione del provvedimento impugnato al fine di ri-creare lo *status quo ante* antecedente alle modifiche amministrative, consentendo — per tale via — di adeguare lo stato di fatto a quello (nuovo) di diritto prodotto dalla sentenza d'accoglimento[139].

È evidente che tale «effetto ripristinatorio» aggiunge al "contenuto costitutivo" della sentenza amministrativa anche un ulteriore "contenuto

---

[138] Si pensi, per esemplificare il concetto, al caso dell'annullamento del provvedimento di esproprio dal quale, in virtù della retroattività della caducazione dell'atto e della sua (annessa) efficacia giuridica, discenderà — come effetto ripristinatorio — l'obbligo di restituzione del bene espropriato al proprietario (illegittimamente privato di esso). Si pensi, anche, al diverso esempio dell'annullamento giurisdizionale di un provvedimento di licenziamento di un pubblico impiegato dal quale — per lo stesso meccanismo appena enunciato — discenderà il contemporaneo obbligo (conseguente all'efficacia ripristinatoria dell'annullamento) di procedere alla sua ri-ammissione in servizio con tutti gli annessi corollari di ricostituzione della carriera.

[139] Per un'esauriente definizione dell'«efficacia ripristinatoria» della sentenza, si rinvia a M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., 1983, pag. 386: «[a] *causa del fatto che 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*». Cfr., anche, sul tema, ID., *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, op. cit., pag. 269, ove l'Autore, in merito alla "ripristinazione" nascente dalla sentenza d'annullamento, ricorda come «[…] *nessuno dubita che la sentenza amministrativa del giudizio di impugnazione vincoli l'amministrazione a ricostruire integralmente e pienamente — salvo il limite della impossibilità di fatto, contro la quale si infrange qualunque retroattività — la situazione precedente, ciò che comporta la caducazione o eliminazione degli atti intervenuti medio tempore sul presupposto dell'atto annullato e l'assunzione degli atti o il compimento delle operazioni necessarie alla piena "neutralizzazione degli effetti lesivi dell'atto annullato*».

ordinatorio" rappresentato dal (già) citato obbligo — posto in capo all'amministrazione resistente — di ripristinare lo stato di fatto e di diritto preesistente all'intervenuta azione amministrativa, fondato, a livello positivo[140], sulle previsioni di cui all'art. 65, n. 5, del R.d. 17 agosto 1907, n. 642, ove si dispone che la sentenza amministrativa contenga l'«[…] *ordine che la decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa*».

Eppure, questi due profili di efficacia della sentenza amministrativa (ossia quelli «eliminatorio» e «ripristinatorio») si mostrano come rivolti "al passato" poiché non sembrano tenere conto di ciò che accadrà fra le due parti in contesa dopo la risoluzione della controversia per effetto della portata costitutiva della sentenza emanata e degli annessi profili ripristinatori dello *status quo ante*. Tuttavia, è noto che il processo amministrativo presenta una peculiarità rispetto al processo civile[141], vale a dire il suo atteggiarsi quale "parentesi" rispetto ad un *continuum* rappresentato dall'esercizio del potere amministrativo, il quale, anche se

---

[140] Una differente giustificazione, non di diritto positivo, ma più di "sistema", all'accennato obbligo intrinseco ad una sentenza costitutiva con effetto retroattivo, potrebbe essere quella di fare leva sull'esigenza di assicurare la massima "utilità" dell'annullamento di un atto lesivo impugnato. Tale utilità potrebbe discendere, infatti, dall'aggiunta, al profilo giuridico "eliminatorio", di quello più "materiale" della ripristinazione della situazione fattuale mutata illegittimamente dalla traduzione "in fatti" degli effetti promananti dal provvedimento amministrativo annullato.

[141] Esiste, infatti, secondo l'Autore in esame (cfr., nello specifico M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., 1979, pag. 281), una differenza — quanto a "funzione" del giudizio — tra il processo civile ed il processo amministrativo. Precisamente, il processo civile tende a concludere con "fissità" definitiva e stabile la questione controversa definendo un assetto d'interessi risolutivo per l'intera vicenda dei rapporti fra i soggetti contendenti. Tale caratteristica riflette una prospettiva di giudizio concentrata più sul passato (degli accadimenti della contesa) che non sull'avvenire dei rapporti fra le parti. Diversamente, il giudizio amministrativo (come s'è cercato di far presente a più riprese nel corso del presente Capitolo) assume il ruolo di "parentesi" fra un primo episodio di esercizio del potere amministrativo ed uno successivo che riprenderà a seguito della sentenza del giudice amministrativo (vista come "momento" di una linea di azione continua). Data questa differenza strutturale tra i due "tipi" di giudizi, la sentenza amministrativa deve possedere anche la capacità di volgere lo sguardo al "futuro", e non solo al "passato". Tale "capacità" si declina, con riguardo al contenuto della sentenza e del giudicato, sul piano del c.d. "effetto conformativo", sul quale, più ampiamente, *infra*. Anche se, successivamente, l'Autore (in M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, op. cit., pag. 1161) afferma che «[…] *il modo come il giudicato amministrativo opera non differisce in via di principio (e salvi gli adattamenti di cui si dirà appresso) dal modo come opera il giudicato civile e cioè imponendo un vincolo immediato e diretto sulla successiva azione amministrativa*».

censurato in un suo "episodio" di esercizio concreto, riprenderà (sempre) corso attraverso nuove ri-edizioni allo scopo di attuare (meglio e nuovamente) il precetto (e la scelta di sistemazione degli interessi laddove discrezionale) cui esso appare funzionalizzato[142].

Ed è proprio in tale ambito di ripresa dell'azione amministrativa che si va a collocare un terzo "piano" dell'efficacia della sentenza amministrativa. Quest'ultima, infatti, possiede — oltre ai due effetti esaminati *supra* — anche la capacità di vincolare la fase (successiva alla conclusione del processo) di ri-edizione del potere amministrativo attraverso una fissazione precettiva del *modus operandi* della P.A. nell'esercizio di una (nuova) funzione in relazione al medesimo episodio di vita[143].

---

[142] Si vd., per una prospettiva di "apertura" dell'ambito di cognizione e decisione del giudice amministrativo italiano, la comparazione che M. NIGRO, *Il giudice amministrativo oggi*, op. cit., pag. 167, traccia rispetto al modello di processo costitutivo del (vicino) ordinamento francese. Infatti, l'intervento costitutivo «[…] *può avere la sola funzione correttiva di un meccanismo che si è inceppato o si è guastato: il giudice esercita, in questo caso, un compito, si direbbe, meramente organizzativo. È questa l'interpretazione restrittiva che il Conseil d'Etat francese dà del suo potere d'annullamento. Il giudice francese elimina l'atto impugnato e si ferma: il proseguimento dell'azione spetta totalmente all'amministrazione, che il giudice non può vincolare in alcun modo con sue direttive (questo almeno è il principio generale). Oppure, l'annullamento può essere inteso come uno strumento per aprire totalmente al giudice l'accesso al conflitto d'interessi, rendendogli possibile di contribuire attivamente, positivamente, al suo finale regolamento. Il giudice amministrativo italiano non è così ostile come quello francese ad espandere in questo senso la sua influenza sull'amministrazione*». Ovviamente, nel modello francese, una così "rigida" distinzione fra amministrazione e giurisdizione è il frutto di una forte eco del "principio di separazione dei poteri" che in tale ordinamento regola i rapporti fra le funzioni sovrane secondo una logica "forte" che non lascia spazi ad ambiti di "integrazione" fra le stesse. Si rinvia, per ogni approfondimento a riguardo, alla fondamentale opera di J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970.

[143] Questa "capacità" della sentenza amministrativa "caducatoria" di proiettarsi "al futuro" e non solo "al passato" (del conflitto tra P.A. e ricorrente), secondo M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., 1979, pag. 281, può aversi solo ove «[…] *alla pronuncia del giudice venga riconosciuto il valore di "regola" della successiva azione amministrativa: bisogna cioè ritenere che la pronuncia non ha soltanto eliminato l'atto amministrativo illegittimo, ma ha identificato il modo corretto di esercizio del potere, ha fissato la corretta sistemazione degli interessi, ha determinato cioè — con valore precettivo per la successiva azione amministrativa — il "contenuto" concreto del dovere dell'amministrazione nella specie (effetto conformativo)*». In tal senso, anche, C. CALABRÒ, *Giudicato - Diritto processuale amministrativo* (voce), op. cit., pag. 4. Nella giurisprudenza dell'epoca cfr., *ex pluribus*, Cons. St., Ad. Plen., 10 marzo 1978, n. 10, in Cons. St., 1978, I, pag. 335; Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 1973, n. 51; Cons. St., sez. IV, 16 gennaio 1973, n. 35. In particolare, una chiara individuazione dei profili di "efficacia" della sentenza amministrativa d'annullamento è contenuta in Cons. St., Ad. Plen., 22 dicembre 1982, n. 19, in Cons. St., 1982, I, pag. 1507, nella parte in diritto ove spiega «[…] *l'attitudine della*

Cap. III *Verso una più matura elaborazione dei concetti di «giudicato amministrativo» (ed «efficacia della sentenza»). Le principali costruzioni teoriche. Pregi e limiti.*

Tale (ulteriore) effetto della sentenza amministrativa assume il nome, secondo la celebre formulazione della Dottrina in esame, di «effetto conformativo»[144].

Il suddetto aspetto di contenuto della sentenza può essere meglio compreso qualora si concentri l'attenzione sul fatto che, essendo l'annullamento dell'atto impugnato la conseguenza dell'accertamento (circa l'esistenza) di uno o più (affermati) vizi che interessano tale provvedimento, rovesciando *a contrario* quello che è stato accertato "in negativo" (ossia, come illegittimità dell'azione amministrativa) si ricava, in positivo, il modo in cui il potere — in quegli aspetti

---

sentenza amministrativa di annullamento ad acquistare forza di cosa giudicata, sia con riguardo all'effetto eliminatorio dell'atto amministrativo illegittimo ed all'effetto, che ne ne costituisce il naturale completamento, di ripristinazione della situazione giuridica anteriore alle modificazioni a questa apportate dall'atto viziato, sia, infine, con riferimento al contenuto c.d. ordinatorio della stessa decisione. Questo effetto, in particolare si svolge nei confronti dell'Amministrazione parte del giudizio, affinché questa conformi la propria azione amministrativa al fine di adeguare lo stato di fatto e di diritto alle disposizioni dettate dal giudicato, quasi "reductio ad iustum", secondo i criteri di legittimazione al provvedimento, di legalità e di corretto esercizio del potere precettivamente indicati nella sentenza».

[144] Anche se, già v'erano state, in dottrina, alcune tendenze volte ad allargare il contenuto della sentenza d'annullamento oltre al mero profilo eliminatorio, sempre nell'ottica del superamento delle insufficienze di un processo amministrativo incentrato unicamente sull'atto e sulla sola mera caducazione di esso. Cfr., in particolare, G. MIELE, *Brevi note sull'ammissibilità di decisioni di condanna da parte del giudice amministrativo*, in Jus, 1963, III-IV, in part. pag. 341. Tale Autore, interrogandosi sull'ammissibilità di decisioni di "condanna" all'interno del giudizio amministrativo (all'infuori del riferimento ai modi di esecuzione delle sentenze civili di condanna), mostra come il presupposto dell'"obbligo violato" — necessario per il "tipo" di sentenza a contenuto ordinatorio — «[…] *può aversi anche in casi in cui sia stato impugnato un provvedimento, fondandone l'illegittimità sulla violazione di un obbligo positivo (come nell'esempio del diniego di una licenza edilizia, alla cui concessione non si opponeva nessun ostacolo) o sulla violazione di un obbligo negativo dell'amministrazione (come nell'esempio della concessione di una licenza edilizia a un terzo in contrasto con disposizioni di diritto positivo): e qui, se l'annullamento pronunciato dal giudice non esaurisce già di per sé la tutela effettiva dell'interesse sostanziale del ricorrente, resta posto per un'attività di esecuzione e per un eventuale procedimento di di attuazione del giudicato, che si fondi sulla decisione stessa in quella parte dove sono accertati l'esistenza dell'obbligo dell'amministrazione e il suo inadempimento*». Anche F. LA VALLE, *Azione di impugnazione e azione di adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, in Jus, 1965, I-II, pagg. 167-168, seppur nella prospettiva di ricerca di un fondamento per un'"azione di adempimento" all'interno del processo amministrativo, giunge ad ammettere che anche nella giurisdizione d'impugnazione tradizionale «[…] *nonostante il formale dispositivo che reca solamente un annullamento, si viene poco per volta praticamente a riconoscere che il valore della decisione sta là (cioè nella motivazione) dove sono precisati gli estremi del concreto dovere che l'Amministrazione non ha ancor adempiuto, ed anzi si finisce qualche volta con l'ammettere esplicitamente, sia pure ob iter, nelle stesse decisioni recanti siffatto dispositivo e siffatta motivazione, che esse hanno una portata sostanzialmente dichiarativa*». Per un'indagine in merito ai rapporti fra sentenze "costitutive" e profili di "accertamento" e "condanna" vd., anche, E. CANNADA BARTOLI, *Aspetti processuali dell'art. 27, n. 4 della legge sul Consiglio di Stato*, op. cit., in part. pagg. 274 ss.;

del suo esercizio entrati all'interno del *thema decidendum* del concluso processo — si sarebbe dovuto esercitare[145]. Ma, proprio in quanto, come s'è detto, il potere riprende corso una volta terminata la "parentesi" giurisdizionale di reazione alle sue manifestazioni concrete, tali regole ricavate dall'accertamento dei profili d'invalidità divengono, una volta tradotte "in positivo", le future regole per la fase di ri-esercizio del potere amministrativo[146] (dunque, detto altrimenti, entrano

---

[145] M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., 1983, pag. 387: «[l]*'annullamento dell'atto amministrativo, come sappiamo, è disposto in relazione a specifiche difformità dell'atto dalle norme e dai principi che, particolari alla specie o generali dell'azione amministrativa, disciplinano la produzione dell'atto e l'esercizio del potere utilizzato. 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, con riferimento ai profili "emersi" nel giudizio per richiesta del ricorrente, il potere avrebbe dovuto essere esercitato e non è stato*». Peraltro, un'efficacia della sentenza amministrativa "meramente eliminatoria" si adattava maggiormente ad una tutela giurisdizionale avverso i moduli d'azione di un'amministrazione autoritaria (si pensi, al modello "liberale" e classico di azione amministrativa), difronte alla quale il cittadino vantava posizioni soggettive di interesse legittimo a consistenza "oppositiva" (al fine di conservare un certo "bene della vita" già presente all'interno del proprio patrimonio giuridico e sacrificato da interventi imperativi ed autoritativi dell'amministrazione). Tuttavia, la trasformazione dell'amministrazione (all'interno della forma di Stato sociale) verso una c.d. "amministrazione di prestazione", ha messo in dovuto risalto (ed al centro del sistema di tutela processuale) le (differenti) posizioni giuridiche d'interesse legittimo c.d. "pretensivo", le quali, non si accontentano della mera eliminazione dell'atto illegittimo (specie di diniego dell'utilità aspirata) ma richiedono forme di tutela in grado di assicurare la "spettanza" del "bene della vita" cui tendono (in omaggio ad un sistema di tutele che implementi i canoni di effettività della tutela e di satisfattività dei risultati della stessa per il soggetto agente). Per un approfondimento sulle "trasformazioni" dell'amministrazione cfr. G. PASTORI, *Tendenze recenti della pubblica amministrazione italiana*, in *Annuario 2009 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Ed. scient., 2010, pagg. 361 ss., oggi in ID., *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2010, pagg. 879 ss.; nonché, dello stesso Autore, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vittorio Ottaviano*, I, Milano, Giuffrè, 1993, pagg. 1081 ss., oggi in ID., *Scritti scelti*, op. cit., 2010, pagg. 511 ss.

[146] È interessante notare come certa dottrina (si vd., in particolare, V. ANDRIOLI, *Esecuzione forzata giurisdizionale ed esecuzione del giudicato amministrativo*, in AA.VV., *Atti del convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, op. cit., 1962, pagg. 197 ss.) giunga ad intuire come sia una sorta di "tendenza generale" quella incarnata dai vari giudici del c.d. "rescindente" a sconfinare nel "rescissorio" onde indirizzare l'attività successiva alla sola e mera eliminazione dell'atto impugnato. In particolare, l'Autore da ultimo citato sostiene (cfr. pag. 200) che «[c]*ostituisce una delle costanti, più sicuramente rilevabili, della esperienza giuridica, quella, che mira a trasformare il giudice dell'atto nel giudice del rapporto, su cui l'atto incide: esempi normativi assai significativi sono offerti dalla vincolatività immediata del principio di diritto, enunciato dalla Cassazione, e dalla sua sopravvivenza all'estinzione del processo e, più ancora, dalla correzione delle motivazioni in diritto delle sentenze di merito e dall'ampliamento delle ipotesi di cassazione senza rinvio* […]». Invece, la dottrina più tradizionale (vd. parr. prec.) tende ad isolare la funzione del giudizio amministrativo unicamente nel momento eliminatorio, con ogni evidente effetto di contrazione sui «limiti oggettivi» del giudicato. Questi, infatti, non avendo un contenuto di "vincolo" proiettato verso la successiva attività, tendono a consentire alla P.A. di poter emanare un atto di eguale contenuto a quello

a far parte — in funzione di vincolo — dei «limiti oggettivi» del formato «giudicato amministrativo»).

Proprio alla luce di questi elementi di "contenuto"[147] ulteriori della sentenza amministrativa è possibile ravvisare, anche in relazione a tale effetto, un ambito "ordinatorio" della pronuncia[148]: infatti, poiché la sentenza d'accoglimento, nel pronunciare l'annullamento, disciplina anche il modo di ri-esercizio del potere rende evidente l'affinità con il "tipo" di sentenza di condanna esistente all'interno del processo civile. Sennonché, tuttavia, tale paragone fra la

---

appena emanato (salve alcune limitazioni giurisprudenziali che identificano, comunque, un vincolo "preclusivo" limitato, ossia consistente nel divieto di riemanare un atto affetto dai medesimi vizi appena accertati).

[147] Il continuo riferirsi al "contenuto", per spiegare l'efficacia ripristinatoria ma, soprattutto, quella conformativa della sentenza amministrativa, non è casuale. Infatti, tale locuzione sottende l'idea che i due (nuovi) profili di efficacia siano elementi intrinseci alla pronuncia stessa e non (come vorrebbe certa dottrina incline a restringere l'efficacia della sentenza amministrativa al solo profilo eliminatorio, sulla quale cfr. i parr. prec. del presente Capitolo) esterni ad essa e ricollegati alla pronuncia in base alla legge o ad altri fenomeni dell'ordinamento giuridico. In questo senso cfr. M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, op. cit., pag. 1162, nella parte in cui l'Autore mette in dovuto risalto il fatto che «[…] *quelli che altre volte ho chiamato effetto ripristinatorio ed effetto conformativo della sentenza amministrativa vanno considerati, prima che come effetti di essa — e tanto meno come effetti esterni, con il risultato di impoverire la sentenza amministrativa e di riavvicinare il rapporto fra amministrazione e sentenza amministrativa a quello fra amministrazione e sentenza civile — come elementi del suo contenuto. La sentenza amministrativa, cioè non è soltanto una sentenza costitutiva (di demolizione dell'atto impugnato), ma ha anche un contenuto d'accertamento e un contenuto ordinatorio*». Cfr., in argomento, la diversa costruzione del BENVENUTI (par. prec.), il quale limita il contenuto della sentenza d'annullamento al solo profilo eliminatorio ponendo ogni vincolo al ri-esercizio del potere difuori del giudicato e con un valore di mero "fatto" in relazione alla (nuova) spendita di potere. Da ciò deriva, come s'è visto, una grande contrazione del valore del giudicato che indebolisce l'utilità stessa delle forme di tutela assicurate dal processo amministrativo.

[148] Vd., infatti, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., 1979, pag. 283: «[…] *se la pronuncia del giudice amministrativo è (principalmente) una pronuncia costitutiva (d'annullamento), è anche, strumentalmente e secondariamente e tende a diventare sempre più, una pronuncia precettiva o ordinatoria (o di quasi condanna)*». Cfr., sul tema, anche F. LA VALLE, *Azione di impugnazione e azione di adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, op. cit., pag. 168, il quale, già qualche anno addietro rispetto alle teorie qui in esame, sosteneva che le sentenze amministrative d'annullamento «[…] *sono anche sostanzialmente di condanna, dacchè in esse il giudice amministrativo, fissando gli estremi del dovere inadempiuto, impartisce altresì all'Amministrazione corrispondenti istruzioni o direttive sul modo in cui essa debba adempiere il dovere, cioè sui comportamenti ch'essa debba tenere onde addivenire all'esatto adempimento*». In tal senso, anche, A. GLEIJESES, *Per una teoria dell'azione processuale amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1961, pag. 763, il quale sostiene che l'azione di annullamento di un provvedimento amministrativo «[…] *nell'oggetto si avvicina anche all'azione di condanna, in quanto a seguito della pronuncia del giudice nasce nella Pubblica Amministrazione l'obbligo di una prestazione o di una attività che elimini lo stato di fatto contrario al diritto e crei uno stato di fatto conforme al diritto, così come accertato con la pronuncia giurisdizionale*».

sentenza d'annullamento (inclusiva del suo contenuto conformativo) e la vicina sentenza di condanna civile viene reciso dall'Autore in esame, per due ordini di ragioni: in primo luogo, la sentenza del giudice amministrativo non può appartenere al *genus* delle sentenze di condanna in quanto difetta di un requisito essenziale per tale appartenenza, ossia la sua esecuzione nelle forme dell'esecuzione forzata di cui al libro III del Codice di procedura civile[149]; in secondo luogo, perché la centralità del momento caducatorio/eliminatorio fa sì che ogni contenuto ulteriore (e, tra questi, quello conformativo) assuma un ruolo "strumentale" (o, per dirla, altrimenti, "accessorio/derivato") rispetto a tale "primo" profilo.

Ciononostante, il contenuto centrale della pronuncia del giudice amministrativo, che si cela dietro ai profili eliminatorio ed ordinatorio (così come appena esaminato), è quello d'"accertamento", che identifica il vero "cuore"[150] della pronuncia e che consente, quanto all'istituto del «giudicato amministrativo», di attribuirgli la piena forza "sostanziale/materiale" (al pari del giudicato civile) ai

[149] Anche se, per l'Autore, tale dibattito sulla natura (o meno) di condanna della sentenza amministrativa d'annullamento rischia di divenire una disquisizione meramente terminologica (così, già, F. LANCELLOTTI, *Sentenza civile* (voce), op. cit., pagg. 1143 ss.). Infatti, all'interno della teoria generale del processo più sono le nozioni di "condanna", anche più generali di quella che ritiene imprescindibile (per la definizione stessa del "tipo") la correlazione con l'esecuzione forzata nelle forme di cui al libro III del c.p.c. (in questo senso, vd., per tutti, C. MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1976, IV, pagg. 1341 ss.). Ne sono una riprova le conclusioni raggiunte da A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1978, III, pagg. 1104 ss., il quale, a proposito del problema in esame giunge ad affermare che «[…] *sembra però che la dottrina sia andata di molto oltre il segno allorché ha voluto instaurare una correlazione normale o necessaria tra sentenza di condanna e procedimenti di esecuzione forzata disciplinati dal terzo libro del c.p.c.*».

[150] Così, chiaramente, M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, op. cit., pag. 1163. L'Autore, infatti, criticando la dottrina che elabora una sentenza amministrativa "povera" di effetti ulteriori al mero annullamento, sostiene che «[…] *l'attività di accertamento costituisca il centro vitale della pronuncia amministrativa* […]. *Questa forza della sentenza amministrativa consiste in ciò che, al pari della sentenza civile e secondo quanto dispone l'art. 2909 c.c., l'accertamento contenuto nella sentenza "fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi ed aventi causa"*».

sensi dell'art. 2909 c.c.[151], ossia la capacità (propria del contenuto d'accertamento anzidetto) di fare «[…] *stato, a ogni effetto, tra le parti, i loro eredi ed aventi causa*».

L'importanza dell'attività d'accertamento è massima in relazione al citato "effetto conformativo" della pronuncia, in quanto il contenuto e l'estensione del nascente obbligo di conformazione in capo all'amministrazione dipendono dall'operare dell'accertamento dei profili d'invalidità dell'atto posto *sub judice* nel suo (già anticipato) meccanismo di fissazione, in positivo, del corretto modo di esercizio futuro del potere.

Tuttavia, ed in questo si cerca di cogliere la distinzione dal giudicato civile, i «limiti oggettivi» del giudicato amministrativo difficilmente riescono a "chiudere" in chiave totale e stabile[152] la vicenda sostanziale inerente alla contesa, in quanto la sentenza amministrativa si trova ad incidere su di un potere amministrativo che (come si è ripetuto più volte) è un'energia dinamica che si rinnova anche dopo il concluso processo (seppur con il rispetto dei nuovi vincoli fissati dal giudice attraverso la sentenza passata in giudicato).

Tuttavia, il fascio dei vincoli nascenti dal «giudicato amministrativo» (e, dunque, l'estensione del «contenuto conformativo» della sentenza d'annullamento) è ad ampiezza variabile a seconda della tipologia di «potere amministrativo» (e, più precisamente, dal suo carattere «discrezionale» o «vincolato») e della *species* di vizio/i accertati a fondamento della pronuncia costitutiva[153].

---

[151] Sul significato del «giudicato materiale», come contrapposto al suo versante "formale", si rinvia, per ogni chiarimento, alla parte di teoria generale offerta all'interno del Cap. I del presente lavoro.

[152] In tal senso, anche, C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, op. cit., pag. 263.

[153] Vd., per una sintesi efficace, le parole di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., 1979, pag. 285: «[…] *pur così rinforzato* (s'intende: del contenuto d'accertamento) *il valore del giudicato amministrativo, nessuno può giungere ad immaginarlo come perfettamente analogo al giudicato civile. A parte la differenza rilevata or ora, il fatto che esso incide su di un potere che dev'essere esercitato ex novo (pur con l'osservanza dei vincoli imposti) caratterizza in modo peculiare tale giudicato.* […] *Il problema massimo è quello della stessa identificazione della natura e della consistenza del vincolo — e, cioè, dell'effetto conformativo — natura e consistenza che variano in relazione alla qualità del potere (vincolato o discrezionale) e al tipo di vizio per il quale è stato disposto l'annullamento dell'atto*». Sulla correlazione fra ampiezza dei «limiti

Di qui, pertanto, la Dottrina in esame, ha proceduto con una schematizzazione[154] (ovviamente in funzione di esemplificazione del concetto senza pretese di precisione dogmatica) dei diversi gradi di "vincolo" (ad ampiezza decrescente) come effetto del combinato dei criteri del tipo di potere, da un lato, e del tipo di vizio, dall'altro.

Procedendo per ordine, l'annullamento più penetrante (sulla ri-edizione del potere amministrativo) è quello che produce un c.d. «effetto vincolante pieno», nella sua forma "diretta" — presente nei casi in cui si accerti il difetto dei presupposti soggettivi e/o oggettivi previsti dalla norma attributiva del potere — o "indiretta", laddove sia preclusa totalmente la riemanazione dell'atto a causa del decorso del termine di esercizio del potere amministrativo.

Ad un grado di vincolo "intermedio" si colloca, invece, l'annullamento con c.d. «effetto vincolante semipieno» che si realizza quando l'eliminazione dell'atto impugnato avviene sulla base dell'accertamento di uno o più vizi che attengono ad elementi discrezionali dell'esercizio del potere (eccesso di potere), i quali limitano il potere stesso nella sua fase di rinnovo[155], senza, tuttavia, poterne escludere *tout court* un nuovo esercizio.

Da ultimo, nel "gradino" più basso della scala del "vincolo", si ritrovano le sentenze d'annullamento con c.d. «effetto vincolante secondario o strumentale» che si ottengono in tutti i casi in cui l'annullamento viene disposto sulla base del

---

oggettivi» del giudicato amministrativo e tipologia di vizi (dell'atto) posti a fondamento della pronuncia caducatoria, già M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, Jandi Sapi ed., 1972, pagg. 170-171. Infatti, tale Autorevole dottrina, sosteneva che, «[…] *in dipendenza del motivo dell'annullamento accolto dal giudice può variare alquanto la situazione* […]» e, pertanto, al fine di identificare il contenuto oggettivo del giudicato, è necessario riferirsi «[…] *all'effetto annullativo delle decisioni, dal momento che il limite oggettivo del giudicato deve considerarsi coincidente con il limite dell'effetto annullativo; variando quest'ultimo in ragione dei motivi accolti e quindi dei vizi accertati, varia in conseguenza il contenuto del giudicato*».

[154] Sulla quale si rinvia a M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 437; ma, anche, successivamente a ID., *Giustizia amministrativa*, op. cit., 1983, pag. 389; ID., *Giustizia amministrativa*, op. cit., 1979, pag. 285.

[155] Comportando, per tale via, una trasformazione dell'originaria (e piena) discrezionalità amministrativa in una sorta di "pseudo-discrezionalità" che trova, nella fase di ri-esercizio del potere, "sbarrate" alcune possibilità di sbocco del potere o alcuni vincoli causati dall'accertamento dei fatti in sede giurisdizionale.

riscontro di uno o più "vizi formali" (ad es., vizio d'incompetenza o vizi procedimentali), i quali impongono un obbligo (in capo all'amministrazione) limitato alla sola depurazione dei vizi formali da un nuovo ed ipotetico atto, senza nulla imporre quanto ai profili di contenuto (che ben potranno ripresentarsi analoghi a quelli dell'atto cassato in precedenza).

Poiché, come si è appena mostrato, gli effetti di vincolo "conformativo" della sentenza sono differenti — a parità di portata costitutiva/eliminatoria della pronuncia — ne deriva che la forza "precettiva" della sentenza non si debba ricavare unicamente dalla parte "dispositiva" di essa, ma dall'esame congiunto di quest'ultima con la (differente) parte "motiva"[156]. Infatti, è proprio dalla «motivazione» della sentenza, ossia quella parte del provvedimento giudiziario in cui sono esternati i motivi di fatto e di diritto che sorreggono la decisione finale, che si può comprendere in senso completo il "comando" del giudice[157]: proprio

---

[156] Cfr., in proposito, anche F. LA VALLE, *Azione di impugnazione e azione di adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, op. cit., pag. 169, il quale ebbe sin da subito consapevolezza del fatto che le "istruzioni" contenute nelle sentenze d'annullamento «[…] *evitano la formula dell'ordine o ingiunzione, e* […] *sono inserite nella motivazione e non nel dispositivo*». Sulle "direttive" incluse all'interno della motivazione della sentenza amministrativa, come base di un effetto del giudicato ulteriore a quello costitutivo, già G. BARONE, *Autorità amministrativa contenziosa, rinnovazione del procedimento, obbligo di conformarsi al giudicato: un problema di limiti*, in Foro amm., 1968, II, in part. pag. 48.

[157] Tale idea circa il rapporto fra motivazione e dispositivo (che verrà ripresa, nel corso del presente lavoro, ad altri fini), è ben esposto in M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, op. cit., pag. 1166. *Ivi*, infatti, l'Autore si sofferma sulla circostanza che «[…] *se si ritiene che l'elemento precettivo della sentenza sia contenuto tutto e soltanto nel "dispositivo", al quale l'art. 65 reg. proc. dà rilevanza formale distinguendolo dalla "esposizione dei motivi di fatto e di diritto", la sentenza amministrativa viene ridotta a ben povera cosa. Senonché, non solo sul piano processuale generale ma con riferimento specifico al processo amministrativo, nel quale la motivazione indica le ragioni e i limiti dell'annullamento o della dichiarazione di illegittimità, è corretto dire che il comando del giudice deve desumersi non solo dal dispositivo ma anche dalla motivazione. Per il processo amministrativo, anzi, non si esagera affermando che, essendo la formula dell'annullamento chiaramente diventata una formula tralaticia, come dimostra l'uso di essa anche a chiusura di sentenze che per certo non pronunciano annullamenti, il contenuto e il significato del comando del giudice vadano trovati soprattutto nella motivazione: e nemmeno è sbagliato dire che la trasformazione del processo amministrativo sta avvenendo attraverso la valorizzazione della motivazione e attraverso l'attribuzione ad essa di vera e propria forza precettiva*». Nella giurisprudenza dell'epoca v'era una certa uniformità nell'intendere il significato del giudicato amministrativo come frutto dell'integrazione del contenuto del dispositivo con quanto riportato in motivazione. Cfr., per tutte, Cons. St., sez. V, 12 settembre 1986, n. 442, in Cons. St., 1986, I, pag. 1208: «[i] *limiti oggettivi di una decisione giurisdizionale d'annullamento vanno individuati attraverso una interpretazione della volontà del giudice la quale si ricostruisce in base non solo al dispositivo, ma anche alla motivazione, nonché*

per la ragione appena esposta che il dispositivo eliminatorio mostra uno solo degli "effetti" della sentenza d'annullamento, ma lascia in ombra tutto il piano "ordinatorio" e d'"accertamento" che, invece, è di massima utilità per il ricorrente in funzione di guida e limite per la fase di ri-edizione del potere amministrativo.

Tuttavia, nonostante questo carattere "composito" dell'efficacia della sentenza amministrativa, il «giudicato amministrativo» (specie nei suoi «limiti oggettivi») non assume ancora il ruolo di "istituto stabilizzante" in via definitiva[158] dell'intero spazio di azione futura della P.A., giacché — secondo una scala d'ampiezza più o meno ampia — nella maggior parte dei casi concreti residuano "spazi liberi" di azione amministrativa[159] (*id est*: ambiti di manovra che fuoriescono completamente dalla funzione preclusiva e/o di vincolo coperta dai «limiti oggettivi» del giudicato).

La convivenza (apparentemente disarmonica) fra «giudicato amministrativo» e "spazi liberi" (di azione amministrativa) discende dai peculiari

---

all'oggetto del giudizio risultante dai due elementi del petitum e della causa petendi». Il (complesso) tema del rapporto fra giudicato e motivazione della sentenza è stato oggetto di grande attenzione da parte degli studi di teoria generale del processo. Per un approfondimento della tematica concernente il controverso rapporto — in dottrina e in giurisprudenza — tra dispositivo e motivazione in ordine all'oggetto del giudicato, si rinvia, *amplius*, all'apposito paragrafo (1.5.2.) contenuto all'interno del Cap. I del presente lavoro.

[158] Forse, tale ruolo viene assunto nei casi in cui la sentenza d'annullamento — per riprendere il linguaggio classificatorio esposto *supra* — produce un c.d. «effetto vincolante pieno» (sia esso diretto o indiretto) il quale consente di precludere ogni via di ri-esercizio del potere in capo alla P.A. con soddisfazione massima dell'interesse sostanziale del ricorrente (si pensi, a titolo di esempio, ai casi in cui questi vanti un interesse legittimo di tipo oppositivo). Ma, poiché tale "effetto di vincolo" non è l'unico, come s'è visto, ma ve ne sono altri (con intensità minore), tale regola, qui ripresa, non può essere assunta a modello generale di spiegazione dell'istituto del «giudicato amministrativo».

[159] Cfr., in proposito, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., 1983, pagg. 392-393: «[s]*e anche l'essenza del giudicato amministrativo consiste in ciò che essa determina ed impone gli obblighi di ripristinazione e di conformazione, non per ciò il giudicato si può assumere come regola sufficiente e conchiusa della successiva azione amministrativa* […]*: residuano al giudicato ed eccedono il giudicato, degli spazi di azione amministrativa che, dovendo mettere insieme aspetti notevolmente diversi fra di loro, non saprei definire meglio che come spazi liberi*».

connotati attribuiti al primo dalla teoria qui in esame: si sostiene, infatti, che esso produca una regolazione «implicita», «elastica», «condizionata» e «incompleta»[160].

Il carattere «implicito» del vincolo nascente dal «giudicato amministrativo» è l'ovvia conseguenza dell'accennato meccanismo di derivazione, *a contrario*, dell'effetto conformativo dalle censure negative — intese come specifiche affezioni d'illegittimità del provvedimento impugnato — per ricavare in via positiva (ma solo quale risultato interpretativo derivante dalla lettura della sentenza) le regole e i limiti per la ri-edizione del potere amministrativo.

L'«elasticità» del giudicato, invece, attiene all'individuazione dell'effetto "ripristinatorio" nascente dal travolgimento dell'atto impugnato. Infatti, una volta che si debba concretamente comprendere come l'amministrazione resistente debba procedere per adeguare lo stato di fatto allo stato di diritto posto dalla sentenza emanata, frequentemente sorgono una serie di difficoltà operative[161].

---

[160] Su tali "caratteri" cfr., per ogni dettaglio, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., 1983, pagg. 393 ss.; ID., *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, op. cit., pagg. 1168 ss. L'Autore, per esemplificare per immagini la propria personale costruzione del «giudicato amministrativo» ricorre allo schema grafico dei "cerchi concentrici" corrispondenti a livelli, via via decrescenti, di capacità vincolante dello stesso. Tale "visione" è ben esposta in M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, op. cit., pag. 1174, ove Egli suggerisce che 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 (anche nel senso di esplicazione, rigidità, immediatezza) del giudicato stesso. Il cerchio più piccolo indica l'imposizione dell'obbligo generico di ripristinazione e di 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 e per quei criteri di ripristinazione che la sentenza già fissi: 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 mediata del giudicato*». In senso critico verso tale "immagine", come riflesso della risposta teorica del NIGRO al problema del «giudicato amministrativo», M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 75. Tale Autore, infatti, non pienamente convinto circa la precisione dogmatica di alcune definizioni intorno all'istituto, sostiene in proposito che «[…] *lo stesso Nigro, nel concludere la propria analisi sul giudicato, ricorre ad un'immagine, quella dei cerchi concentrici* […]*: un'immagine assai suggestiva che peraltro, in tanto in quanto non si sia in grado di mettere in risalto in modo nitido ciascuna circonferenza (specie quella più esterna), non può lasciare completamente appagato l'occhio del giurista*».

[161] In proposito ai problemi discendenti dall'efficacia ripristinatoria della sentenza amministrativa d'annullamento cfr. M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, op. cit., pagg. 1168-1169. Egli, in generale, osserva che «[s]*e, in astratto, è facile dire che la ripristinazione comporta l'eliminazione degli stati di fatto e di diritto "creati" dall'atto annullato o dal comportamento dichiarato illegittimo e il compimento degli atti positivi che valgano a realizzare pienamente la retroattività dell'annullamento, la definizione concreta dell'attività di ripristinazione dovuta solleva molti*

Queste vanno dal rapporto fra esecuzione totale dell'opera ripristinatoria e (possibili ed eventuali) modifiche sopravvenute allo stato di fatto e di diritto fino al problema, invero già da tempo oggetto delle elaborazioni della dottrina[162], circa i "confini" di estensione dell'attività di ripristinazione discendente (come effetto diretto) dall'intervenuta sentenza d'annullamento.

Tali difficoltà (con ogni ovvia semplificazione riduttiva) fanno acquisire, sotto questo versante, al «giudicato amministrativo» un carattere elastico che, tradotto in pratica, significa nient'altro che un rinvio al momento esecutivo (*rectius*, alla fase dell'"ottemperanza") della definizione più completa e precisa circa il modo e l'estensione dell'attività di ripristinazione consequenziale al formato «giudicato»[163].

Quanto all'attributo di «condizionatezza» ricollegato al «giudicato amministrativo», esso è messo in luce dal delicatissimo problema delle "sopravvenienze" (di fatti o di nuovo *jus*). Tale complicazione risponde al seguente quesito: laddove in un momento temporale successivo al giudizio sopravvengano fatti o nuove disposizioni differenti da quelli/e posti/e alla base della precedente regolazione della fattispecie concreta, come dovrà rapportarsi l'attuazione del contenuto del giudicato in relazione ad essi[164]? Ossia, sarà

---

problemi legati non soltanto alla diversità e talvolta alla complicazione delle singole fattispecie, ma a notevoli oscurità di fondo […]».

[162] Ci si riferisce agli studi circa l'estensione dell'"obbligo di conformazione" alla pronuncia (e il nascente dovere di ottemperanza) impostati dal SANDULLI (cfr. par. 3.1., del presente Capitolo, cui si fa rinvio) sulla base di quelle "nebulose etichette" rappresentate dal carattere "necessario", "specifico" ed "immediato" del citato rapporto di consequenzialità fra annullamento e dovere di ripristinazione.

[163] Come conferma la conclusione raggiunta dall'Autore in esame (cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., 1983, pag. 394), il quale asserisce in chiave decisa che «[l]*a regola della ripristinazione è dunque una regola elastica, l'incertezza del cui contenuto viene eliminata solo successivamente al giudicato*».

[164] Si pensi, per fornire un esempio di grande frequenza pratica, al caso di una modifica degli strumenti urbanistici successiva ad una sentenza, dal cui contenuto implicito, è possibile ricavare la spettanza del permesso di costruire in capo al ricorrente che abbia subito un diniego illegittimo alla luce dell'assetto urbanistico all'epoca vigente. *Quid iuris*, nel caso in cui, successivamente a tale sentenza, l'intervento di una modifica degli strumenti urbanistici comporti una destinazione dell'area interessata differente e, come tale, incompatibile con il risultato favorevole raggiunto nel precedente giudizio (basato, all'epoca, su di una diversa

insensibile il giudicato difronte a tali mutamenti oppure dovrà subire un condizionamento da parte di essi?

E, in risposta a tale quesito, pur a fronte di una "spaccatura" forte — in dottrina[165] e in giurisprudenza[166] — la teoria in esame conclude nel senso che il giudicato rimanga "condizionato" (nella sua possibilità di traduzione pratica) alla permanenza di uno stabile stato di fatto e di diritto dovendo, viceversa, cedere la

---

disciplina del territorio)? La dottrina, da tempo, riflette intorno allo specifico problema dei riflessi delle sopravvenienze sulla materia urbanistica ed edilizia, come dimostrato, *ex multis*, dagli studi di G. PALEOLOGO, *Tempo logico dei provvedimenti successivi alle sentenze del giudice amministrativo favorevoli al ricorrente*, in AA.VV., *Il processo amministrativo: scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, Giuffrè, 1979, pagg. 393 ss.; A.M. SANDULLI, *In tema di licenze edilizie "ora per allora"*, in Giur. it., 1972, III, pagg. 484 ss.; G. BOZZI, *Conseguenze della sopravvenienza di norme edilizie ed urbanistiche nei confronti del giudicato amministrativo di annullamento di diniego di licenza edilizia*, in Foro amm., 1971, III, pagg. 63 ss.

[165] Cfr., per una chiara definizione del problema giuridico sotteso al tema delle sopravvenienze, C.E. GALLO, *Giudicato amministrativo e successione di leggi nel tempo*, in Foro it., 1980, III, pag. 100, nella parte in cui sottolinea la criticità derivante dal fatto che «[…] *spesso il cittadino, esperito un ricorso giurisdizionale avverso un provvedimento negativo adottato dall'autorità* […] *e conseguito l'annullamento del medesimo, si trova a non raggiungere quanto non soltanto desiderava (e cioè un provvedimento favorevole da parte dell'autorità) ma addirittura aveva titolo di ottenere, ai sensi della normativa vigente al momento della presentazione dell'istanza*». Su questi temi, la dottrina più risalente tendeva ad affrontare il problema dello *ius superveniens* all'interno del processo amministrativo con un approccio teso a sottolineare la "continuità" dell'azione amministrativa e, dunque, la piena rilevanza delle modifiche (in fatto e in *jus*) sopravvenute alla proposizione del ricorso. Così, per tutti, S. TRENTIN, *La cosa giudicata nelle decisioni delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, op. cit., in part. pag. 248. Successivamente, s'intuì maggiormente il bisogno di rinvenire un ragionevole punto di equilibrio fra la continuità dell'azione amministrativa in uno con il dinamismo dell'ordinamento giuridico, da un lato, e l'utilità del risultato processuale ottenuto dal ricorrente vittorioso in esito al giudizio amministrativo esperito, dall'altro. Così, certa dottrina (si vd., quale esempio, C.E. GALLO, op. ult. cit., pagg. 106-107), facendo leva sul carattere retroattivo della sentenza costitutiva d'annullamento in combinato con il (conseguente) dovere in capo alla P.A. di provvedere "ora per allora", giunse ad elaborare l'idea che la disciplina applicabile per la ri-edizione del potere amministrativo (in caso di successione nel tempo di diverso *jus*) fosse quella vigente al momento della proposizione dell'azione di annullamento in sede giurisdizionale.

[166] Si ricordi l'orientamento giurisprudenziale volto a risolvere il quesito attraverso una soluzione di tipo "mediano", ossia facendo leva sul discrimine temporale della produzione della sopravvenienza rappresentato dalla "notificazione" della sentenza di cognizione. Secondo tale giurisprudenza, pertanto, acquisteranno rilevanza le sopravvenienze verificatesi in un lasso temporale antecedente alla notifica della sentenza; mentre saranno irrilevanti quelle ad essa successive. Cfr., per un riscontro di tale orientamento, Tar Campania, 12 aprile 1978, n. 378, in Foro it., 1978, III, pag. 480; Cons. St., sez. V, 27 maggio 1977, n. 537, in Foro it., 1977, III, pag. 628.

sua "forza" nei casi di produzione (ad opera delle sopravvenienze) di un quadro fattuale o giuridico che risulti "totalmente incompatibile"[167] con il suo contenuto.

Infine, il carattere d'«incompletezza» del giudicato amministrativo consegue alla presa di consapevolezza degli "spazi liberi" di (successiva) azione amministrativa che esulano dai «limiti oggettivi» di quest'ultimo. Difatti, come s'è già anticipato più sopra, l'effetto conformativo (quale guida, limite, e/o vincolo per la ri-edizione della potestà amministrativa) riesce a "coprire" unicamente quei tratti della funzione amministrativa che vengono portati alla cognizione del giudice (e, dunque, fatti rientrare nel *thema decidendum*) sotto forma di censure (*sub specie* di vizi di legittimità) avverso la manifestazione concreta del potere[168]. Da

---

[167] Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., 1983, pag. 395: «[a] *me pare che una soluzione di compromesso* […] *sia inevitabile* […]. *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 (questo esigono la forza e il valore del giudicato), salvo che, per effetto di fatti sopravvenuti e di nuove disposizioni di diritto, non si sia creata una situazione totalmente incompatibile con tale attuazione*». Tuttavia, l'Autore, in un diverso scritto (ID., *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, op. cit., pagg. 275-276), riflettendo sulla propria soluzione apportata al complesso tema delle "sopravvenienze", ha ben presente la "debolezza" della proposta ricostruttiva laddove «[…] *far riferimento alla "consistenza" delle sopravvenienze significa adottare un criterio elastico e soggettivo, ma non vedo altra soluzione per conciliare l'autorità effettiva della pronuncia con le caratteristiche peculiari dell'ambiente amministrativo in cui essa deve trovare attuazione*». Sulla difficoltà di affrontare uno studio sull'esatto significato delle "sopravvenienze", anche, M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, op. cit., pag. 171, ove sostiene che tale tema rappresenta un «[…] *problema tuttora non studiato dalla dottrina e che la giurisprudenza ha sempre affrontato e risolto in modo assolutamente empirico ancorché talvolta non equo*». L'aspetto "condizionato" (dall'assenza di sopravvenienze totalmente incompatibili) del giudicato amministrativo può essere (anche) giustificato in analogia con quanto accade, in relazione a certi istituti, all'interno del diritto civile. Si pensi al fatto che l'art. 2933, comma 2, c.c. disponga — quanto all'esecuzione forzata degli obblighi di *non facere* — che «[n]*on può essere ordinata la distruzione della cosa e l'avente diritto può conseguire solo il risarcimento dei danni, se la distruzione della cosa è di pregiudizio all'economia nazionale*». Tale dipendenza dell'esecuzione in forma specifica degli obblighi di non fare dall'accertamento dell'assenza di pregiudizi (derivanti dalla distruzione della *res*) per l'economia nazionale, fa assumere al giudicato civile un carattere "condizionato" a tale assenza, comportando — nel diverso caso della presenza di un siffatto tipo di pregiudizio — una "degradazione" dell'esecuzione in forma specifica verso le forme dell'equivalente monetario. Per un approfondimento, nella civilistica, delle difficoltà che s'incontrano nell'esecuzione in forma specifica degli obblighi di *facere* (ma, soprattutto, di *non facere*), si rinvia all'Autorevole dottrina di S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, Jovene, 1978 e, più recentemente, ad A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2003.

[168] Vd., per lo sviluppo di tale idea, le argomentazioni di M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, op. cit., pag. 1171, nella parte in cui Egli afferma che «[l]*a regola esposta dalla sentenza amministrativa è (o può essere) incompleta, per l'ovvio motivo che riguarda solo i tratti di azione amministrativa sottoposti all'esame del giudice e quindi vincola direttamente soltanto questi*

tale connotato del sistema processuale amministrativo (basato, come noto, sulle regole del principio della domanda e, più in generale, del principio dispositivo) risulta un effetto proiettivo sulla futura attività amministrativa limitato unicamente a tali aspetti[169], i quali, sono (quasi sempre) un *minus* (di cognizione e, dunque, conseguente decisione) rispetto alla totalità della sfera dell'azione amministrativa rilevante per il singolo rapporto amministrativo.

Questa "struttura" del processo amministrativo scarica sul ricorrente e, dunque, sui suoi "oneri introduttivi" (ricorso e motivi aggiunti), la capacità espansiva del giudizio di legittimità verso la massima cognizione dell'attività amministrativa[170]. Detto altrimenti, più saranno i vizi lamentati che involgono un cattivo esercizio della potestà amministrativa — e, dunque, introdotto un ambito di critica che assume un volto di "unitarietà" — maggiore sarà l'ampiezza della cognizione del giudice amministrativo con (conseguente) maggiore ampiezza[171] della sentenza e dei (connessi) «limiti oggettivi» del giudicato.

---

stessi tratti in quanto debbano o possano ripresentarsi nell'azione successiva». Ovviamente tale incompletezza, adottando questa prospettiva ricostruttiva, è l'ovvia conseguenza di un modello di processo amministrativo nel quale l'oggetto dello stesso non è rappresentato dall'"interesse sostanziale" proprio del ricorrente, bensì dal modo di esercizio del potere (il quale, a sua volta, è visto come lo strumento giuridico che, in prime cure, deve sistemare in modo corretto l'assetto concreto degli interessi "toccati" dall'azione amministrativa).

[169] *Contra*, come si vedrà meglio nel prosieguo dello studio, la dottrina che pone quale oggetto del processo amministrativo l'intero "rapporto" fra P.A. e cittadino. Cfr., per tutti, A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, op. cit., II, in part. pagg. 140 ss.

[170] Tale profilo è ben colto dall'Autore in esame in M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, op. cit., pagg. 1173-1174: «[l]*'incidenza della sentenza amministrativa da questo punto di vista* (s'intende: sui profili di ulteriore attività amministrativa) *è tanto più ampia, quanto più ampia e unitaria è stata la critica del ricorrente*».

[171] Salva la non applicazione della (inopportuna) prassi dell'"assorbimento improprio" dei motivi di ricorso, pena la frustrazione della corrispondenza, quanto a dilatazione, tra *thema decidendum* e contenuto della sentenza (con annessa contrazione dei vincoli preclusivi discendenti dai «limiti oggettivi» del giudicato). Ed, infatti, M. NIGRO, *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, op. cit., pagg. 20-21, si pone in una prospettiva fortemente critica avverso tale pratica, cui il giudice amministrativo spesso indulge con eccesso, definendo, per l'appunto, l'assorbimento come "problema terribile" del processo amministrativo. A Suo avviso «[…] *quando il giudice amministrativo si arresta davanti agli altri motivi di ricorso intendendo di aver assolto la sua funzione con l'accoglimento di una censura, esso non fa altro che resistere alla richiesta di sindacare l'intero esercizio del potere amministrativo e, conseguentemente, di imbrigliare la successiva azione dell'amministrazione: non fa altro che attenersi rigorosamente al modello del processo di impugnazione e rifiutarsi di assumere un compito ordinatorio e direttivo nei confronti dell'amministrazione*». Ovviamente v'è, anche, il rischio opposto di creare un

Cap. III ***Verso una più matura elaborazione dei concetti di «giudicato amministrativo» (ed «efficacia della sentenza»). Le principali costruzioni teoriche. Pregi e limiti.***

Se è la sentenza amministrativa (ed il conseguente giudicato) ad avere un contenuto "incompleto", quanto a "chiusura" definitiva e stabile dell'intero ambito del rapporto amministrativo, la "fetta" mancante sarà completata in una fase successiva del giudizio, ossia nella fase dell'«ottemperanza»[172]. In questa sede, infatti, grazie alle caratteristiche peculiari (di cognizione e decisione) proprie della "giurisdizione di merito" (nel cui alveo, per l'appunto, s'inserisce l'ottemperanza alle sentenze amministrative), è possibile progredire nel percorso di conoscenza della realtà amministrativa sottostante all'episodio contenzioso e, dunque, pervenire in ultima istanza alla "vera" soddisfazione della pretesa "sostanziale" propria del ricorrente vittorioso.

Da tale visione consegue un giudizio di ottemperanza avente natura "mista"[173], ossia con una compresenza di componenti esecutive affiancate a

---

eccessivo "stallo" decisionale qualora il giudice amministrativo dovesse sempre considerare tutti i motivi di ricorso proposti, anche a fronte di una prassi forense che (spesso) non fa moderazione quanto a numero di censure riversate nei propri atti di ricorso. Dunque, tra i due estremi segnalati, v'è, per l'Autore in esame, una soluzione mediana che appare "ragionevole". Infatti, «[…] *la soluzione giusta sta nel mezzo e, non essendovi e comunque non potendosi qui ricercare criteri astratti per evitare al giudice il primo eccesso (l'abuso dell'assorbimento) senza farlo cadere nel secondo (sostituzione immediata e totale dell'amministrazione), spetta alla giurisprudenza, nella sua concreta azione, di identificare di volta in volta, con aderenza alle singole fattispecie, i punti fino ai quali il giudice può e deve spingersi* […]. *Evidentemente, in questa opera delicata e prudente, avrà molta rilevanza il fatto che, secondo il punto di vista esposto sopra, i motivi di ricorso vadano considerati elementi di un medesimo ordito critico e ricostruttivo dell'esercizio del potere amministrativo, per cui omettere l'esame di qualcuno di essi significherebbe scomporre l'unità dell'episodio e ridurre la critica ad una serie di censure, prive nella loro scucitura di effetto mordente*». Contro la prassi dell'assorbimento dei motivi, nella giurisprudenza dell'epoca, cfr., in particolare, Cons. St., sez. VI, 12 aprile 1986, n. 312, in Cons. St., 1986, I, pag. 544, nella parte in cui si sostiene che «[…] *il ricorrente ha un evidente interesse all'esame di tutte quelle censure idonee a creare un vincolo sempre più specifico alla futura attività dell'Amministrazione, sino ad escludere, per la medesima, la possibilità di adottare un atto del tipo di quello impugnato* […]».

[172] Tale fase processuale assume, dunque, una varietà di "volti" ed un fascio di differenti potenzialità a seconda della diversa ampiezza dell'efficacia della sentenza amministrativa da portare in esecuzione. Cfr., in argomento, M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, op. cit., pag. 1175, laddove, dopo aver esaminato l'ambito e le diverse forme di efficacia del «giudicato amministrativo» sostiene che «[…] *un processo il quale, come il processo di ottemperanza, si proponga di dare attuazione al giudicato stesso in sostituzione dell'amministrazione inadempiente, può assumere cento e uno volti, in relazione al tipo e all'ampiezza di efficacia che si ritenga necessario e/o possibile realizzare effettivamente* […]».

[173] Per una definizione dell'aggettivo "misto" affiancato alla specificazione della natura del «giudizio di ottemperanza» cfr. M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, op. cit., pag. 1190. *Ivi*, infatti, l'Autore sostiene che, date le premesse della propria costruzione personale sull'efficacia della sentenza amministrativa, Egli debba «[…] *insistere nella definizione del*

momenti di cognizione[174], le quali si fondono in un *unicum* peculiare e di difficile demarcazione dogmatica. Al fine di comprendere meglio tale duplicità del "tipo" di processo d'ottemperanza è necessario ricollegarsi a quanto detto più sopra con riguardo ai caratteri peculiari del «giudicato amministrativo» d'annullamento.

Infatti, se si assume che il «giudicato amministrativo» contenga un fascio di regole a carattere "implicito", "elastico", "condizionato", e "incompleto" è

---

giudizio di ottemperanza come giudizio misto di cognizione e di esecuzione. Misto, in un doppio senso. Nel senso che il giudice dell'ottemperanza cumula un'attività cognitoria (quando scioglie "le riserve" e colma le insufficienze del giudicato: sotto questo profilo, integra il giudicato stesso) e una attività esecutiva (quando assume le misure necessarie a tradurre effettivamente nella realtà il diritto posto dal primo giudice e da esso stesso giudice dell'ottemperanza). E misto nel senso che, come si comprende, i due aspetti sono spesso così strettamente congiunti da far ritenere impossibile o notevolmente difficile distinguerli». Così, già, in precedenza, ID., *Giustizia amministrativa*, op. cit., 1979, pag. 287, nella parte in cui si sottolinea che «[d]*alla natura elastica ed entro certi limiti indeterminata del giudicato amministrativo da una parte, dal carattere del potere amministrativo dall'altra, deriva che il giudizio di ottemperanza non può avere soltanto una funzione rigorosamente attuativa o addirittura esecutiva della pronuncia amministrativa, ma deve anche avere una funzione integrativa di tale pronuncia (la natura anche cognitoria del giudizio di ottemperanza* […]*)*». *Contra*, ossia a favore di una ricostruzione in termini puramente "esecutivi" del giudizio di ottemperanza, G. VERDE, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, op. cit., pagg. 642 ss. L'Autore (pag. 667), muove dapprima una critica ai fautori della natura (anche) "cognitoria" del giudizio di ottemperanza, affermando che «[…] *la natura cognitoria del giudizio di ottemperanza è sentita come una conseguenza inevitabile per chi non fa molto affidamento sulla capacità del giudicato amministrativo di "mordere nel concreto", incidendo in maniera effettiva sulla situazione sostanziale*». A tale orientamento Egli propone una diversa "via". Infatti, «[l]*'aver costruito in chiave esecutiva il giudizio di ottemperanza implica* […] *la fiducia che i giudici riescano a riempire le loro sentenze di contenuti concreti e che ai consilia e alle direttive si sostituiscano, ogni volta che sia possibile, ordini precisi e vincolanti*».

[174] In un primo scritto (cfr. M. NIGRO, *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27 n. 4 della legge sul Consiglio di Stato*, op. cit., in part. pag. 72) l'Autore in esame definiva il giudizio di ottemperanza come un giudizio "necessariamente di cognizione ed eventualmente di esecuzione"; mentre, successivamente (cfr. ID., *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, op. cit., pag. 1190, nt. 33), Egli sembra ribaltare la prevalenza tra i due "poli" della fase processuale *de qua*, ri-definendo lo stesso giudizio come un "giudizio necessariamente di esecuzione ed eventualmente di cognizione". Tale "combinazione" di momenti "cognitori" in uno con l'attività più strettamente esecutiva sembrano far assumere al giudice amministrativo il ruolo di "collaboratore" del modo di esercizio del potere, rendendo (sotto tale versante) quanto mai vera la massima (di derivazione francese) per la quale "*juger l'administration c'est aussi administrer*". Cfr., per ogni approfondimento in proposito, D. MATTA, *Le principe "juger l'administration c'est aussi administrer"*, mémoire de D.E.A., Sociologie du droit, Paris 2, 1989; P. VOGEL, *Juger l'administration c'est aussi administrer*, mémoire de D.E.A., Droit processuel, Paris 2, 1987. Il NIGRO (ID., *Il giudice amministrativo oggi*, op. cit., pag. 166) ritiene che già la pronuncia costitutiva "classica" d'annullamento integri la massima appena mostrata, in quanto «[l]*a sentenza non è* […] *un intervento esterno alla realtà sociale giudicata, un "invito" o una "pressione" su di questa per ottenerne la conformazione all'ordine giuridico (che è la sostanza dell'accertamento o della condanna), ma un intervento di immediata e diretta modificazione di tale realtà. Attraverso la sentenza di annullamento, il giudice non disciplina l'amministrazione, ma amministra esso stesso. È forse questo connotato del processo che più manifesta l'esattezza del principio che juger l'Administration c'est administrer*».

giocoforza scaricare ogni "integrazione"[175] degli aspetti "lacunosi" e "dubbi" del giudicato nella fase "a valle" (rispetto al giudizio di cognizione) rappresentata dal giudizio di ottemperanza. Sarà, per l'appunto, in tale sede che il giudice amministrativo[176]: tradurrà "in positivo" (dalle censure "negative" espresse avverso l'episodio di esercizio concreto del potere amministrativo) le regole di "guida" e limite per la fase di ri-edizione dell'azione amministrativa[177]; determinerà — con maggiore precisione — il contenuto concreto degli "obblighi di ripristino[178] nascenti dalla pronuncia eliminatoria risolvendo (in questa sede) gli eventuali profili problematici del ripristino materiale dello *status quo ante*; valuterà l'eventuale "sbarramento" opposto all'attuazione del «giudicato amministrativo» dalle sopravvenienze (di fatto o di diritto) intervenute *medio tempore* ed, infine, ricaverà gli "ulteriori vincoli" gravanti sugli "spazi liberi" di azione amministrativa che esulano dai «limiti oggettivi» del giudicato.

Affiancato a tale componente di "cognizione" del giudizio di ottemperanza — che suggerisce una definizione conclusiva del «giudicato amministrativo» come giudicato "a formazione progressiva"[179] — vi sarà tutto il

---

[175] Sulla funzione "integrativa" del giudizio di ottemperanza cfr., in giurisprudenza, Cons. St., Ad. Plen., 10 marzo 1978, n. 10, in Cons. St., 1978, I, pag. 335; Cons. St., sez. V, 16 novembre 1973, n. 874, in Foro amm., 1973, I, pag. 1069.

[176] Cfr., *amplius*, per le considerazioni a seguire, M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, op. cit., pag. 1190.

[177] In tal caso, rispetto alle operazioni presentate in seguito, l'attività che compie il giudice dell'ottemperanza appare più di tipo "interpretativo" dell'esistente «giudicato amministrativo», che non di "integrazione" (attraverso una nuova "cognizione") del contenuto dello stesso.

[178] Si vd., invece, in chiave comparatistica, la diversa situazione presente all'interno dell'ordinamento tedesco ove v'è una disposizione espressa (in specie l'art. 113 della VwGO, nella parte in cui sancisce che «[i]*st der Verwaltungsakt schon vollzogen, so kann das Gericht auf Antrag auch aussprechen, daß und wie die Verwaltungsbehörde die Vollziehung rückgängig zu machen hat. Dieser Ausspruch ist nur zulässig, wenn die Behörde dazu in der Lage und diese Frage spruchreif ist*») che prevede la possibilità, su domanda di parte, per il giudice (già in sede di cognizione) di statuire se e come l'autorità amministrativa debba eliminare gli effetti dell'esecuzione materiale dell'atto impugnato (con i limiti che l'amministrazione sia in grado di provvedere a tale rimozione e la questione sia già matura per la decisione).

[179] La definizione di "giudicato a formazione successiva", ossia un giudicato il cui contenuto sia il risultato di due distinti (anche se connessi) processi (quello di cognizione, da un lato, e quello di ottemperanza, dall'altro), si deve a M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., 1979, pag. 288. L'Autore, infatti, coniò tale espressione per sintetizzare — in modo evocativo —

versante di "esecuzione", ossia, il fascio di poteri giudiziari (intimatori, sanzionatori, sostitutori) volti a realizzare la traduzione "in fatti" del piano degli "effetti" del giudicato così come risultante dal "complesso di cognizione" ricollegato alle due fasi della cognizione (in senso stretto) e della (successiva) ottemperanza "cognitoria".

il fatto che «[…] *il giudicato amministrativo è il risultato tanto della pronuncia sul ricorso di legittimità quanto di quella nel giudizio di ottemperanza*». *Contra*, nel senso dei dubbi di equivocità che comporta una tale formula, A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, op. cit., pagg. 915-916.

3.3.1. (segue): Aspetti positivi della dottrina in esame e sue (possibili) debolezze.

La teoria appena esaminata ha rappresentato un punto di svolta epocale per gli studi sulla tutela giurisdizionale amministrativa in quanto ha cercato di contribuire allo sviluppo dell'impostazione dogmatica dell'«efficacia» della sentenza amministrativa e del correlato «giudicato» avendo come obiettivo e scopo finale l'incremento dell'effettività della tutela delle posizioni giuridiche soggettive del cittadino vantate nei confronti degli apparati amministrativi.

Ed è proprio l'accennato obiettivo di creare una giustizia amministrativa conforme al dettato costituzionale — informato, come noto, ai canoni della pienezza, effettività e satisfattività delle forme di tutela apprestate per ogni posizione giuridica soggettiva sostanziale (avente essa la consistenza di diritto soggettivo o d'interesse legittimo) — che ha consentito di "smuovere" l'analisi teorica dell'epoca dalle "maglie strette" di un giudizio focalizzato sulla sola critica all'atto e sulla sua conseguente eliminazione dall'ordinamento giuridico.

Si è cercato, dunque, di realizzare un'apertura del processo per consentirgli di volgere lo sguardo anche al "futuro", oltre che al "passato" storico della singola spendita concreta del potere, al fine di fornire alla pronuncia un'utilità che si proiettasse sul versante della ripresa dell'azione amministrativa, attraverso una guida (e dei limiti) per quest'ultima, verso la meta della massimizzazione della possibilità di conseguimento del "bene della vita" sotteso alla posizione giuridica d'interesse legittimo propria del ricorrente.

Nel procedere secondo questi binari metodologici, la dottrina esaminata ha cercato il supporto dogmatico più consono allo scopo. E questa base l'ha rinvenuta nella ricostruzione dell'oggetto del processo amministrativo come accertamento della fondatezza di un "diritto all'invalidazione" del provvedimento ricostruito in termini unitari, ossia come unica azione avente una sola *causa petendi*

(oltre che, ovviamente, un unico *petitum* caducatorio) a prescindere dalla quantità di vizi riversati in chiave critica avverso un dato provvedimento amministrativo.

Quest'idea di azione impugnatoria — vista come «fattispecie costitutiva d'assieme» — ha consentito di superare la passata "frammentazione" delle azioni costitutive e, di conseguenza, del «giudicato amministrativo» (o, meglio, della contrazione dei suoi «limiti oggettivi»), cercando di mettere in dovuto risalto l'aspetto composito della critica al modo di esercizio del potere come tecnica necessaria per raggiungere le utilità finali (*sub specie* di conseguimento del "bene della vita") sperate.

Perciò, l'attenzione canalizzata intorno al profilo della "*causa petendi*" — costruita nei termini unitari anzidetti — ha permesso, attraverso successivi passaggi della costruzione logico-giuridica, di scomporre i profili di efficacia della sentenza amministrativa d'annullamento (e, dunque, sotto altro angolo visuale, il contenuto oggettivo del «giudicato amministrativo») in ambiti ulteriori rispetto a quello di superficie meramente "caducatorio/eliminatorio"[180].

L'importanza di una siffatta impostazione consiste, per l'appunto, nell'aver valorizzato il contenuto "ordinativo" (ed insieme d'"accertamento") incluso (anch'esso) all'interno delle pronunce di tipo costitutivo (qual è, ovviamente, quella emanata in accoglimento dell'azione di annullamento di un provvedimento amministrativo viziato), facendo risaltare i profili della c.d. "efficacia ripristinatoria" e "conformativa" propri della sentenza del giudice amministrativo.

Tuttavia, pur a fronte delle anticipate grandi ambizioni di risultato a proposito della stabilità e della pienezza della tutela per il ricorrente, la teoria in

---

[180] Secondo A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, op. cit., pag. 915, «[…] *nel volume sull'appello Nigro cercò di conciliare la prospettiva sostanziale, di matrice amministrativistica, con quella processuale, che sollecitava invece una continuità con la dottrina sul processo civile. La conciliazione fu ricercata particolarmente nell'analisi sul vincolo che l'annullamento avrebbe prodotto nei confronti dell'amministrazione, in relazione ai vizi riconosciuti nella sentenza, e orientando questa analisi in termini coerenti con la ricostruzione dell'oggetto della domanda e del giudizio: chiave di lettura del "sistema" diventava il "modello dell'integrazione" fra giurisdizione amministrativa e amministrazione*».

esame ha dovuto "fare i conti" con un modello di processo amministrativo ancora "grezzo" (quanto a disponibilità di strumenti di tutela) ed incentrato principalmente sulla sola azione d'annullamento.

Per di più, il fatto che la garanzia delle aspirazioni finali del ricorrente fosse basata sui moduli di un'azione impugnatoria — a sua volta ambientata all'interno di uno schema di processo fondato sul principio dispositivo (e della domanda) — ha fatto sì che la cognizione e (conseguente) decisione circa il corretto modo di esercizio del potere in funzione di stabilizzazione del rapporto, dipendesse, in ultima analisi, dai singoli e specifici motivi di ricorso inclusi dal soggetto attore nei propri atti introduttivi del giudizio[181].

Per questa ragione, il rapporto amministrativo viene posto *sub judice* limitatamente ai tratti di azione amministrativa che ineriscono alle singole e specifiche censure (seppur, come detto poc'anzi, integrate vicendevolmente a comporre un unico ambito di "critica globale") senza che l'organo giudiziario possa volgere autonomamente lo sguardo e, dunque, la propria decisione, aldilà di questi spazi[182], pena il vizio della pronuncia per lo sconfinamento *ultra petita*.

Dunque, lo iato sussistente fra il rapporto amministrativo, inteso nella sua globalità sostanziale, e la (più o meno) limitata "sezione" di rapporto posta sotto la lente del giudice amministrativo (attraverso l'utilizzo della tecnica impugnatoria articolata per motivi di ricorso) fa sì che la successiva sentenza amministrativa[183] — seppur possegga un ambito di contenuto più esteso rispetto al passato in quanto comprensiva del c.d. "contenuto conformativo" — lascerà residuare a sé (in una forma più o meno dilatata a seconda della variegata fenomenologia e

[181] Giacché, come noto, è anche (e soprattutto) da quest'ultimi che dipende l'identificazione del *thema decidendum* del giudice.

[182] Seppur, per gli ovvi riflessi, ne beneficerebbero in punto di dilatazione i «limiti oggettivi» del successivo giudicato che si formerà intorno a quella data pronuncia.

[183] S'intende, ovviamente, d'annullamento, poiché la pronuncia di rigetto (ed il relativo giudicato) pongono diversi problemi, sui quali, seppur brevemente, in nt. 135 del presente Capitolo, ma anche *passim*.

casistica processuale) "spazi" di libertà per la ri-edizione del potere amministrativo[184].

Ossia, vi saranno in pratica con larga frequenza [185] situazioni in cui, anche a fronte di una sentenza d'annullamento costruita secondo l'impostazione teorica qui illustrata, la P.A. in fase di ri-edizione del medesimo potere potrà adottare un ulteriore atto negativo (o, comunque, altrimenti lesivo) per il ricorrente vittorioso[186], fondando il "nuovo atto" su di un diverso presupposto costitutivo (rispetto a quello o a quelli accertati nel concluso processo) del medesimo potere d'imperio[187]. In tali casi, assai numerosi, l'incisività e la forza discendente dai «limiti oggettivi» del formato giudicato appare assai debole giacché "parziale" (in termini di "barriera" preclusiva) rispetto al fascio di "possibilità" giuridiche di spendita concreta di quel dato potere amministrativo[188].

---

[184] In chiave critica, M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 74, dopo aver riflettuto sul fatto che la concezione in esame "chiude" alcune possibilità di comportamento successivo della P.A. lasciandone, tuttavia, (spesso) "aperte" altre ed ulteriori, giunge alla conclusione che questa impostazione costituisce un «[…] *limite, nell'ambito di una ricostruzione così ricca di spunti, che preclude la possibilità di accrescere l'estensione del giudicato, di rendere cioè più incisivo il vincolo che sorge in capo all'amministrazione per effetto del giudicato* […]». Infatti, ad avviso di tale Autore, il limite maggiore della costruzione del NIGRO discende dal carattere "implicito" del contenuto conformativo della sentenza che, con larga frequenza, non rende possibile ricavare con precisione — dai tratti di esercizio del potere inclusi nell'area di copertura del giudicato — la regola per la futura azione amministrativa. Emblematico l'esempio fornito all'uopo dall'Autore (*ibidem*): «[s]*e, ad esempio uno stesso atto discrezionale può essere emanato in presenza di una pluralità di presupposti autonomi, l'annullamento giudiziale dell'atto per accertata mancanza del presupposto posto a fondamento dell'atto, non preclude all'amministrazione la possibilità di emanare un nuovo atto avente il medesimo contenuto, facendo riferimento ad un altro dei presupposti legali*».

[185] Basti pensare, in proposito, a tutta la casistica che interesserà contestazioni rivolte avverso atti frutto di esercizio di poteri amministrativi a carattere latamente discrezionale.

[186] Questo scenario si potrà produrre nonostante la presenza del "contenuto conformativo" incluso nella sentenza d'annullamento perché, come s'è potuto spiegare nel par. prec., quest'ultimo in un ampio novero di situazioni concrete apporta un effetto di vincolo non "pieno".

[187] Coglie chiaramente questa criticità M. CLARICH, op. ult. cit., pag. 111, nella parte in cui mostra come «[n]*ella visione di Nigro, l'annullamento di un atto amministrativo che può essere emanato in base ad una pluralità di presupposti disciplinati autonomamente dalle norme attributive del potere non preclude alla pubblica amministrazione il potere di emanare un nuovo atto con lo stesso contenuto, fondato su un diverso presupposto, già esistente all'epoca dell'emanazione del primo atto e del quale l'amministrazione non abbia tenuto conto*».

[188] Ed, infatti, M. CLARICH, op. ult. cit., pag. 74, aprendo a nuove possibili basi dogmatiche di studio per l'istituto del «giudicato amministrativo», sostiene in chiave risolutiva che «[s]*e non si ammette una qualche forma di vincolo che esplichi i suoi effetti anche nei confronti di questi tratti*

Cap. III ***Verso una più matura elaborazione dei concetti di «giudicato amministrativo» (ed «efficacia della sentenza»). Le principali costruzioni teoriche. Pregi e limiti.***

Oltre al carattere "ad utilità decrescenti"[189] del «giudicato amministrativo», un'ulteriore possibile criticità della teoria qui esaminata deriva dalla tendenza a far acquistare un ruolo fondamentale alla "motivazione" della sentenza d'annullamento per poter comprendere il contenuto dell'«effetto conformativo» incluso in essa (o, se si vuole, dei «limiti oggettivi» del giudicato).

Sennonché si può osservare che, in disparte dell'acceso dibattito teorico circa l'estensione della qualità di *res iudicata* al solo dispositivo o, viceversa, anche alla parte "motiva" della sentenza[190], la scelta di affidare l'enucleazione delle regole giuridiche per la futura azione amministrativa a tale parte del provvedimento giurisdizionale[191] introduce un forte (e pericoloso) elemento di

---

di azione amministrativa (s'intendono: gli spazi "liberi" che residuano al «giudicato amministrativo» così come concepito)*, i tentativi rivolti a risolvere il problema del giudicato all'insegna dell'effettività della tutela del ricorrente sembrano destinati a scarse possibilità di successo*».

189 Ossia, con ampiezza differente a seconda dei tipi di vizi dell'azione amministrativa accertati e del numero di presupposti di esercizio del potere amministrativo "sbarrati" dalle preclusioni originate dai «limiti oggettivi» dello stesso.

190 Cfr., all'interno del dibattito di teoria generale in merito all'estensione del giudicato alla motivazione (o, viceversa, al solo dispositivo) della sentenza, quantomeno, E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, op. cit., pagg. 200 ss. In particolare, tale Autore (pag. 205) chiaramente si schiera nel dibattito affermando che «[…] *pare preferibile la teoria che esclude rigidamente ogni estensione del giudicato sui motivi.* […] *La distinzione fra l'elemento volitivo e l'elemento logico nella decisione non può non ripercuotersi sull'estensione del giudicato. Quando il giudice debba risolvere delle questioni nel corso della lite, ciò è mezzo e non fine. La motivazione può essere illogica, sbagliata, fondata su di false supposizioni di fatto e di diritto. Tutto ciò non vale menomamente a scuotere l'efficacia della sentenza. La parte che fa una domanda in base a una determinata causa petendi desidera una risposta chiara proprio a questa domanda, e non su altro. In base alla teoria che estende l'efficacia del giudicato sui motivi si avrebbe una discrepanza fra la mèta che si è posta l'attore e l'effetto raggiunto: la cosa giudicata coprirebbe più di quanto abbia inteso l'attore*». In senso adesivo, successivamente, E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, op. cit., pag. 41, ove si ribadisce che «[è] *solo il comando concreto pronunciato dal giudice che diviene immutabile, non già l'attività logica compiuta dal giudice per preparare e giustificare la pronuncia*». Invece, per una visione più "moderata", volta cioè a integrare in una "visione d'insieme" dispositivo e motivazione per comprendere al meglio il contenuto del giudicato, F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, op. cit., I, pag. 273, ove Egli ha modo di mostrare che dalla lettura della motivazione della sentenza «[…] *può emergere così una restrizione, come un ampliamento del dispositivo, vuoi perché ne risulti che alcune questioni non siano state né esplicitamente né implicitamente risolte malgrado l'ampiezza della formula conclusiva, vuoi perché, invece, altre questioni, che in questa non appariscono comprese, si dimostrino in realtà considerate e risolute*». Seguono un approccio simile anche, G.A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, op. cit., pag. 294 ; e A. SEGNI, *Della tutela giurisdizionale in generale*, op. cit., pag. 346.

191 Si vd., per esempio, quanto sostenuto da A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, op. cit., pag. 56, nt. 5, a proposito della prassi giudiziaria volta ad inserire "direttive" per la futura azione amministrativa all'interno della motivazione della

soggettività. Detto altrimenti, mentre il contenuto "dispositivo" è la proiezione sicura (a prescindere dal risultato di accoglimento o rigetto della domanda) del *petitum* proprio dell'azione esperita[192], così come individuato attraverso la corretta applicazione dei criteri d'identificazione delle azioni, la motivazione, invece, dipende dalla volontà (se non, anche, dalla capacità) argomentativa del singolo giudice che s'impegni (o meno) nel voler ricavare, attraverso una tecnica *a contrario*, "in positivo"[193] una serie di direttive, indirizzi e limiti per la futura azione amministrativa che siano l'immediata conseguenza (a suo avviso) dell'accoglimento delle censure proposte.

Tuttavia, pare evidente che far dipendere l'ampiezza della tutela apprestata al ricorrente dalla corrispondente dilatazione dell'effetto conformativo della pronuncia (che, s'è visto, va a localizzarsi nella parte "motiva" della sentenza) rischierebbe di recare una serie di incertezze sul piano dogmatico se non, anche,

---

sentenza. A Suo avviso, infatti, «[è] *vero che siffatte indicazioni — non previste da alcuna norma — vengono talvolta effettivamente impartite (ma — si noti bene — in motivazione, e non nel dispositivo) dal Consiglio di Stato* […]. *Ma si tratta di indicazioni extra ordinem, ispirate da finalità pratiche, e aventi funzione meramente ammonitrice. Esse non entrano a far parte dell'accertamento giurisdizionale e nei loro confronti non si forma il giudicato*». Si vd., anche, quanto sostenuto in proposito da R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, op. cit., pagg. 567-568, ove Egli individua una «[…] *stretta connessione tra ambito oggettivo del giudicato e oggetto del giudizio, dal quale ambito rimangono escluse le ragioni che inducono il giudice ad emanare quella determinata pronuncia*». In giurisprudenza, cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 23 maggio 1962, n. 425, in Foro amm., 1962, I, pag. 1262; Cons. St., sez. VI, 4 luglio 1962, n. 522, in Cons. St., 1962, I, pag. 1286. *Contra*, invece, A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, op. cit., II, pag. 448, nt. 102, nella parte in cui sostiene che «[…] *il vincolo della p.a. all'osservanza ed al rispetto delle direttive ed istruzioni impartitele dal giudice può agevolmente trovare, a sua volta, spiegazione nel ricorso ai principi propri del c.d. giudicato sulla fattispecie*». Per un approfondimento teorico sulla nozione di "giudicato sulla fattispecie" si rinvia agli studi di V. DENTI, *I giudicati sulla fattispecie*, op. cit., pagg. 1326 ss.

[192] Ritiene, invece, R. VILLATA, op. ult. cit., pag. 563, che «[l]*a circostanza che spinge la dottrina, dopo aver limitato il giudicato al dispositivo, a far riferimento pure alla motivazione, è la necessità di ricomprendere nel giudicato anche la causa petendi. Infatti il dispositivo, strettamente inteso, potrebbe essere riferito unicamente al petitum, cioè a una parte soltanto della domanda e degli elementi che identificano l'azione, mentre la sentenza fa stato in quanto pronuncia sulla domanda nella sua totalità*». Tale idea trova un'eco nell'impostazione (analoga quanto a soluzione) di G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, op. cit., 1928, pag. 906; nonché in certa giurisprudenza, quale, ad es., Cass. 6 maggio 1968, n. 1383, in Giust. civ., 1968, I, pag. 1869; Cass. 22 gennaio 1966, n. 268, in Giust. civ., 1966, I, pag. 140; Cass. 23 maggio 1962, n. 1263, in Mass. giur. it., 1962, pag. 462.

[193] *Contra* (sembra essere) A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, op. cit., pag. 935, laddove sostiene, in conclusione della Sua analisi, che «[l]*'accertamento che contraddistingue il giudicato è sempre "accertamento": non è una "molla" che trasforma o esaurisce il potere; l'annullamento ha sì valore costitutivo, ma in via negativa e non in via positiva*».

su quello della parità di trattamento. Infatti, diverrebbe eccessivamente "soggettivo" e vario il modo di interpretare la stesura del "contenuto conformativo" stesso da parte di ogni singolo giudice, con la conseguenza che la stabilità del risultato processuale, pur a fronte di ambiti di critica comuni, potrebbe essere il risultato di come i diversi giudici amministrativi redigeranno, secondo la personale tecnica di scrittura giuridica, la motivazione della sentenza.

Inoltre, nell'elaborazione delle "regole" rivolte alla futura ri-edizione del potere amministrativo, difficilmente si utilizzeranno ordini puntuali e comandi[194] ma, a questi, saranno preferite direttive[195], inviti, indicazioni generali (dal grado più o meno prescrittivo), fino a blandi "consigli", i quali richiederanno, comunque e sempre, un'opera d'interpretazione da parte del destinatario della sentenza (ossia, per quanto qui interessa, la pubblica amministrazione).

---

[194] Questa tendenza è chiaramente percepita, quanto all'ordinamento francese (ma, con una valenza che ben potremmo trasporre con riferimento alla giustizia amministrativa italiana dell'epoca), da H. LENOAN, *La procédure devant le Conseil d'Etat: statuant au contentieux en première et dernière instance*, Paris, Dalloz, 1954, pag. 215, dove, in modo chiaramente comprensibile, spiega che «[…] *le juge* (si sottintende: il giudice amministrativo)*, au lieu d'exprimer autoritairement sa volonté, il invite l'Administration sous forme de renvoi* […]». Sulla definizione della sentenza d'annullamento italiana come una sorta di "larva" o una "esigua e sottile cartilagine" non idonea a contenere precetti e comandi immediatamente eseguibili, cfr. G. VERDE, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, op. cit., pag. 656.

[195] Sull'insufficienza delle "direttive" incluse all'interno delle sentenze costitutive d'annullamento (in quanto "riflesso" di un giudizio amministrativo ancorato al modello rigidamente impugnatorio), cfr. E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, Milano, Giuffrè, 1963, pag. 84, ove, per quanto qui interessa, sottolinea che «[s]*e, nel corso della motivazione, il Consiglio di Stato indichi all'Amministrazione le direttive da seguire dopo l'annullamento, può accadere che questa, di fatto, ne tenga conto e si adegui. Ma sul piano giuridico, non v'è modo di dar rilievo a simili fenomeni*». Sulla differenza di "cogenza" fra i "comandi" inseriti all'interno di una sentenza d'annullamento, rispetto ad una di "adempimento", vd. F. LA VALLE, *Azione di impugnazione e azione di adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, op. cit., pagg. 169-171. *Ivi*, infatti, tale Autore avverte che «[…] *le direttive all'Amministrazione, contenute nella sentenza amministrativa, hanno una diversa portata ed un diverso valore, secondo che la sentenza sia emessa in esito di giudizio d'impugnazione, oppure di giudizio (di legittimità) per l'adempimento di un dovere dell'Amministrazione*». La differenza è fatta dipendere dalla circostanza che «[n]*el caso di esercizio di azione d'impugnazione, può essere eventualmente luogo a direttive da impartirsi all'Amministrazione sul comportamento dovuto onde adeguare la situazione agli effetti ripristinatori dell'annullamento. Nel caso che invece esperita sia azione d'adempimento, nelle direttive all'Amministrazione si articola il contenuto primario della sentenza amministrativa, cioè l'accertamento vincolante del comportamento che l'Amministrazione deve tenere in quanto tale comportamento è oggetto di un preciso dovere giuridico-amministrativo, cui si collega una attesa tutelata (interesse legittimo) del soggetto titolare dell'azione* […]».

Ecco perché, a fronte del margine di opinabilità interpretativa della motivazione della sentenza e dei noti problemi del «giudicato amministrativo» "implicito" e/o "incompleto", si rende pressoché necessario in ogni caso "completare" il giudizio (s'intende, nei suoi profili di cognizione) in una sede (o, meglio, in una fase) ulteriore del giudizio, ossia in quella dell'«ottemperanza» al cui interno, come ricorda l'Autore esaminato, sarà possibile svolgere compiutamente tutti i "nodi" irrisolti del giudicato sfruttando lo "stratagemma" della «giurisdizione "anche" in merito» e, finalmente, completare la tutela per il ricorrente vittorioso.

Difatti, secondo la costruzione in questione il giudizio di «ottemperanza» assume un carattere "misto"[196], abdicando cioè una fisionomia di "processo di esecuzione" in senso classico[197], al fine di fornire una "stampella" al claudicante "giudizio a cognizione incompleta", con ogni ostacolo nell'assicurare una giustizia piena, effettiva, ma anche conforme ai canoni di "ragionevole durata" e

---

[196] Sulla natura "*sui generis*" del giudizio di «ottemperanza» cfr., nella giurisprudenza dell'epoca, Cons. St., Ad. Plen., 14 luglio 1978, n. 23, in Foro it., 1978, III, pag. 449, specialmente nella parte in cui si ribadisce che «[…] *i ricorsi proposti per l'ottemperanza al giudicato danno luogo a un procedimento che presenta caratteri assolutamente particolari, non riconducibili a quelli del giudizio di cognizione né a quelli del processo di esecuzione disciplinato dal codice di procedura civile*». Nonostante questo dato, v'era dottrina (ci si riferisce, in particolare, a G. VERDE, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza ai giudici amministrativi*, op. cit., pag. 647) che leggeva diversamente la tendenza affermando che «[…] *la giurisprudenza, pur riaffermando la "singolarità" del giudizio di ottemperanza al giudicato amministrativo, pone in primo piano sempre più di frequente le finalità esecutive, che ne sono alla base* […]».

[197] Segnala, invece, il "valore politico" di una costruzione del giudizio di «ottemperanza» in termini di "processo esecutivo", G. VERDE, op. ult. cit., pag. 656. Secondo tale Autore, infatti, qualora sia denotato con chiarezza il carattere "esecutivo" del giudizio di ottemperanza, potrebbe derivare un impulso benefico volto a porre nella mente dei giudici amministrativi di cognizione l'idea di proiettarsi, nel formulare i dispositivi delle proprie sentenze, nel momento esecutivo avvertendo in massima misura il problema dell'effettività della tutela nel versante dell'incidenza ed ampiezza dell'efficacia delle proprie statuizioni sulla situazione concreta. Viceversa, mantenendo l'impostazione che esalta il ruolo "cognitorio" dell'ottemperanza si finisce per non compromettere (pag. 667) «[…] *(almeno formalmente) il potere discrezionale dell'amministrazione, la quale provvederà come e quando vorrà senza essere obbligata, ma essendo semplicemente spinta e indirizzata dai consilia giudiziali*».

"concentrazione" che un moderno sistema di processo amministrativo vorrebbe invece assicurare[198].

Tuttavia, per maggiore onestà di critica, è doveroso ricordare che le segnalate problematicità che potrebbero interessare la costruzione di un «giudicato a formazione progressiva» non sono il frutto di un limite dell'impostazione teorica dell'Autore appena esaminato.

Questi, appunto, ha saputo utilizzare nei limiti del massimo consentito gli strumenti della costruzione giuridica per ampliare, a sistema processuale vigente, l'efficacia della sentenza d'annullamento e il relativo giudicato[199] approdando ad un risultato che, considerando lo stato dottrinale e giurisprudenziale allora imperante, appare come una "rivoluzione copernicana". Infatti, attraverso la teorica del c.d. «effetto conformativo» della sentenza, si è aggiunto un "tassello" fondamentale (a prescindere dalle residue criticità) per la dottrina e la giurisprudenza a venire che ha contribuito a realizzare un'influenza positiva (rispetto al passato) sui risultati di tutela conseguibili attraverso la giurisdizione amministrativa.

D'altronde, al NIGRO erano ben chiare le lacune che la propria costruzione lasciava residuare quanto ad incisività e stabilizzazione del risultato processuale ma, poiché tali criticità attenevano ad aspetti "più strutturali" dell'impianto della giustizia amministrativa vigente e non potendo Egli forzare

---

[198] Anche C. CALABRÒ, *Giudicato - Diritto processuale amministrativo* (voce), op. cit., pag. 3, discostandosi dall'adesione mostrata in precedenza (ID., *Il giudizio di ottemperanza*, in AA.VV., *Studi per il centocinquantenario del Consiglio di Stato*, III, Roma, Ist. pol. e Zecca dello Stato, 1981, pagg. 2007 ss.) alla formula del "giudicato a formazione progressiva, ritiene che, per effetto degli interventi del legislatore e della giurisprudenza, «[…] *si registra un fenomeno correlativo e inverso: l'anticipazione di alcuni effetti della sentenza amministrativa (e, persino, al limite, del giudizio di ottemperanza)*».

[199] In un senso, comunque, critico circa la scelta di sposare (anche all'interno del sistema processuale all'epoca vigente) una concezione del giudizio sull'"atto", M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 111. A Suo avviso, infatti, «[…] *anche la ricostruzione di Nigro, restando ancorata ad una concezione che pone al centro del processo amministrativo l'atto impugnato, non è strutturalmente in grado di far discendere dal giudicato effetti giuridici riguardanti l'intero ambito delle relazioni tra pubblica amministrazione e cittadino che ciascun episodio (accadimento storico) è suscettibile di generare*».

ancor di più la propria costruzione, dovette rimettere i propri auspici a considerazioni "*de jure condendo*".

In questo senso, già all'epoca era avvertita come un'esigenza fondamentale, per poter costruire una sentenza amministrativa veramente satisfattiva per l'attore (con un conseguente giudicato avente «limiti oggettivi» pienamente preclusivi e vincolanti *in toto* la P.A.), quella di introdurre, tra gli strumenti di tutela a disposizione del ricorrente, un'«azione di adempimento»[200].

Ed infatti, si assumeva sin d'allora che attraverso questo rimedio il contenuto "ordinatorio" e di "comando" della statuizione del giudice si sarebbe

---

[200] In questo senso, M. NIGRO, *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, op. cit., in part. pagg. 254-255, segnalando i punti per i quali si riteneva fondamentale e necessario un intervento *de jure condendo* del legislatore, sottolineava come fosse quanto mai «[…] *urgente introdurre l'azione di adempimento (la quale non è che un'azione di condanna) come rimedio contro l'inosservanza da parte dell'amministrazione del dovere di emanazione di un atto amministrativo* […]. *La grave lacuna esistente nel nostro ordinamento può essere colmata trapiantando da noi l'istituto della Verpflichtungklage esistente nel processo amministrativo tedesco*». Vd., anche, analogamente, ID., *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, op. cit., pagg. 6 ss., ove, dopo aver riconosciuto che «[…] *quest'assetto della giurisdizione amministrativa è tuttaltro che soddisfacente*» data «[…] *l'inidoneità dell'attuale organizzazione della giurisdizione amministrativa ad assicurare quella tutela completa ed efficace delle situazioni giuridiche del cittadino contro la pubblica amministrazione, pretesa oggi dall'art. 24 costituzione* […]», si concentra sulla incapacità del vigente processo amministrativo a fornire mezzi "processuali" di reazione coerenti e "differenziati" a seconda della multiforme varietà delle manifestazioni del potere amministrativo nella società moderna. Per supplire a tale mancanza, si suggerisce, quale rimedio fra i molti utili ad una riforma necessaria, di «[…] *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, con funzione tendenzialmente generale, secondo l'esperienza tedesca, accanto all'azione di annullamento, l'azione di accertamento e l'azione di condanna o quasi condanna alla emanazione di un atto amministrativo, la c.d. Verpflichtungklage, che io tradurrei come azione d'adempimento*». Sulla necessità logico-giuridica di introdurre un'azione di adempimento all'interno del processo amministrativo, già, in precedenza, F. LA VALLE, *Azione di impugnazione e azione di adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, op. cit., pagg. 183 ss. Tale Autore mostra la propria convinzione che vi siano «[r]*agioni di logica giuridica* (aggiungiamo: le quali) *fanno sì* […] *che la tutela avverso l'inadempimento, da parte dell'Amministrazione, di suoi doveri, aventi a contenuto un'attività, non possa essere realizzata mediante un giudizio amministrativo d'annullamento*». Bensì, tale spazio di tutela «[…] *non può essere realizzata che mediante l'attribuzione al privato d'una azione (processuale amministrativa) tendente ad una pronuncia, il cui contenuto minimo è l'accertamento del dovere inadempiuto, un contenuto più pieno la condanna dell'Amministrazione ad adempier, ed il contenuto massimo l'emissione in via sostitutoria da parte dello stesso giudice amministrativo della dovuta attività, omessa dall'Amministrazione*». Tuttavia, anche in tale ricostruzione l'auspicio di riforma si rivolge al legislatore stimolato ad inserire, a livello di previsione normativa, un'azione di adempimento (come sperimentata già con soddisfazione nel vicino ordinamento tedesco), onde consentire di adeguare il c.d. dato legislativo al dato logico-normativo.

potuto definire compiutamente all'interno della fase di cognizione, la quale, in tal caso avrebbe potuto acquisire un ruolo di auto-sufficienza e di pienezza.

Non vi sarebbe stato più, quindi, il bisogno di supplenze da parte della fase di «ottemperanza», la quale avrebbe potuto ricoprire il ruolo di "processo di esecuzione"[201] di obblighi inseriti all'interno del dispositivo e non più ricavabili, con incerte operazioni interpretative, dalla motivazione della sentenza stessa.

[201] Si vd., a proposito dell'inquadramento del giudizio di «ottemperanza» all'interno del *genus* dei "giudizi di esecuzione", quanto sostenuto da M.S. GIANNINI, *Contenuto e limiti del giudizio di ottemperanza*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1960, pag. 471: «[s]*i potrà osservare che quando noi inquadriamo questo tipo di giudizio* (si sottintende: il giudizio di "ottemperanza") *fra i giudizi di esecuzione, presupponiamo già risolto il problema dell'esistenza di una categoria generale dei processi di esecuzione comprensiva di più specie di questi. E difatti così è. Noi non siamo affatto convinti che il processo di esecuzione forzata adottato dal nostro codice di procedura civile rappresenti l'archetipo dei processi di esecuzione; è una delle specie di questi, accanto a tante altre*». Nello stesso senso, anche, G. VERDE, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, op. cit., pag. 650, ove, chiaramente, manifesta la sua posizione volta a «[…] *scorgere nel giudizio, oramai disciplinato dall'art. 37 comma 3°, legge 6 dicembre 1971, uno speciale tipo di processo di esecuzione*». Inoltre, lo stesso Autore (pag. 653) sottolinea come «[…] *molto spesso si tenda a confondere problemi, che sono di pertinenza dell'ambito oggettivo di efficacia della sentenza amministrativa, con quelli della sua esecuzione. In altre parole, si viene qui a pagare, nel momento esecutivo, l'incapacità* […] *di definire i limiti oggettivi di efficacia della decisione con sufficiente chiarezza*».

3.4. La costruzione del processo amministrativo come "processo sul rapporto". Il più elevato sforzo teorico volto ad assicurare la (maggiore) "stabilità" del risultato processuale all'interno di un giudizio incentrato sull'azione di annullamento.

Negli stessi anni, come reazione alle insufficienze "di stabilità" e di "completezza" del risultato processuale dimostrate[202] da un modello di processo amministrativo meramente caducatorio e costruito sulla base di insegnamenti tradizionali che limitavano al mero annullamento (e poco più) l'ambito di efficacia della sentenza amministrativa ed il "contenuto oggettivo" del conseguente giudicato, venne avanzata da ALDO PIRAS una teoria[203] che, al fine di assicurare maggiormente l'effettività della tutela, cercò di confutare completamente la visione classica e consolidata ideando, quale (possibile) risposta, un nuovo approccio dogmatico al processo amministrativo[204].

---

[202] Cfr., in proposito, il "panorama" dottrinale e giurisprudenziale riportato, nelle sue voci principali, all'interno dei parr. precedenti del presente Capitolo (oltre che, per le "origini" del sistema di giustizia amministrativa, all'interno del Cap. II).

[203] Il riferimento va, ovviamente, al fondamentale (per gli studi sul processo amministrativo) contributo teorico offerto da A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, op. cit., *passim*; nonché alla (successiva) voce M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, op. cit., pagg. 229 ss., ove gli stessi concetti sono ripresi seppur, ovviamente, in una veste più sintetica com'è consono per una voce enciclopedica.

[204] Sulla "rivoluzione copernicana" inaugurata dall'Autore in esame, quantomeno nell'approccio e nell'impostazione degli studi (aldilà della condivisibilità, nella dottrina coeva e successiva, dei risultati finali raggiunti e dei singoli passaggi logico-argomentativi dell'analisi), cfr. il giudizio di M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 75. *Ivi*, Egli riferisce che «[u]*n contributo dottrinale che segna una svolta nella teoria del giudicato amministrativo e, più in generale, nella ricostruzione del processo amministrativo, è quello di Piras. Per ampiezza di prospettiva, profondità d'indagine e ricchezza di riferimenti teorici, l'elaborazione di Piras rappresenta 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*». Cfr., anche, in proposito agli "stimoli" che spinsero la dottrina che si vuole ora saggiare (nei suoi contenuti principali) ad assumere l'angolo visuale del "rapporto amministrativo", G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, op. cit., pagg. 176-177, nella parte in cui mostra che «[l]*a costruzione del giudizio amministrativo di annullamento come giudizio sul rapporto scaturisce, più che da particolari esigenze dommatiche, dalla precisa esigenza pratica di evitare di circoscrivere gli effetti della sentenza e del giudicato alla mera eliminazione dell'atto impugnato ed annullato. A quest'ultimo risultato condurrebbe ineluttabilmente* […] *ogni costruzione del giudizio*

Tale (nuova) impostazione cercò d'incentrare il giudizio amministrativo d'annullamento, in luogo delle più svariate tesi legate all'atto impugnato con i suoi (più o meno ampi) profili di (in)validità [205], sul c.d. «rapporto amministrativo» [206], inteso come rapporto giuridico sussistente tra un'amministrazione titolare di un potere d'imperio ed un soggetto privato titolare di un interesse legittimo che ruota complessivamente intorno ad un dato "bene della vita".

Infatti, ad avviso di tale Dottrina, se si conservasse la validità dell'insegnamento tradizionale incentrato sull'atto impugnato[207], non sarebbe possibile ricavare un convincente "vincolo" in capo all'amministrazione nascente dal giudicato[208], tanto quando l'azione proposta venisse respinta, quanto,

---

amministrativo imperniata sull'atto; si tratterebbe, peraltro e con ogni evidenza, di un risultato riduttivo dell'efficacia del giudizio amministrativo e assai poco satisfattorio della posizione sostanziale di cui si chiede la tutela».

[205] Cfr., in proposito, le varie ricostruzioni dell'«oggetto» del processo amministrativo, come "questione di legittimità dell'atto impugnato" (A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 260), come "diritto potestativo all'invalidazione dell'atto impugnato" (M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 18), come combinato della "lesione dell'interesse legittimo unitamente alla questione di legittimità dell'atto impugnato" (R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, op. cit., pag. 526; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965, pagg. 175 ss.).

[206] Ed, infatti, l'Autore in esame (vd. A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pag. 37), sin dal principio della Sua analisi palesa, in funzione di maggiore chiarezza, che «[…] *sembri senz'altro possibile ed anzi appaia necessario affermare che il giudicato si forma sul rapporto amministrativo* […]». Si vd., anche, M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, op. cit., pag. 255. La possibilità di passare dall'"atto" al "rapporto" richiede all'interprete, secondo P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, op. cit., pag. 127, di svincolarsi «[…] *dall'equivoco in cui si cade quando si crede che annullabilità e annullamento, gli istituti cioè dell'annullabilità e dell'annullamento, debbano essere necessariamente ricostruiti dal punto di vista delle misure contro l'atto, anziché dal punto di vista della tutela dei rapporti, ossia delle misure che si rivolgono a mantenere o modificare i rapporti*».

[207] Ossia, come sostiene espressamente A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pag. 269, un «[…] *modo di pensare che non esitiamo a giudicare, più che inadeguato, decisamente inattuale*».

[208] Sennonché all'Autore (A. PIRAS, op. ult. cit., pag. 270) pare difficile giustificare 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 di 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* […]». E invece, come ricorda Autorevole dottrina (si allude a G. CHIOVENDA, *Sulla cosa giudicata*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, op. cit., pag. 407), il processo deve essere costruito secondo modalità tali da consentire alla parte

viceversa, qualora quest'ultima venisse accolta: nel primo caso si potrebbe avere una preclusione limitata alle sole (nuove) impugnazioni avverso il medesimo provvedimento fondate sugli stessi vizi già inclusi nel primo ricorso; in caso di accoglimento della domanda, invece, basterebbe l'emanazione di un nuovo atto fondato su diversi fatti costitutivi del potere perché ci si trovi dinanzi ad un "nuovo e diverso" atto che esuli da ogni identità con il precedente e, dunque, dai «limiti oggettivi» del giudicato amministrativo[209].

Pertanto, al fine di "svincolarsi" completamente dalle "strettoie" (in punto di ridotta efficacia del vincolo discendente dal «giudicato amministrativo») cui conducevano le teorie esistenti all'epoca, la Dottrina in esame, secondo un'impostazione metodologica invero comune ai vari Autori che si approcciarono allo studio degli argomenti qui trattati[210], si pose il quesito primo circa l'«oggetto» del processo amministrativo.

Ed infatti, compiere una ricerca in merito all'«oggetto dell'accertamento» giudiziale consente di meglio inquadrare, poi, l'ambito delle questioni connesse all'istituto del «giudicato amministrativo» ed, in particolare, dei suoi «limiti

(risultante) vittoriosa di conseguire il massimo risultato unitamente ad un'attribuzione stabile del "bene" conseguito per il tramite della sentenza.

[209] Questa, ad avviso di A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pag. 271, è la conseguenza cui conducono le varie dottrine d'impostazione classica dello studio del processo amministrativo d'annullamento. Difatti, secondo tale Autore, «[s]*ulle tracce dell'opinione prevalente si arriva così pianamente all'assurdo di ritenere che la tutela riconosciuta al cittadino nei confronti degli atti dell'autorità che illegittimamente lo pregiudichino si esaurisca nel poter provocare l'annullamento del provvedimento lesivo, e per il resto rimanga affidata alla forza morale della decisione: il che, d'altro lato, è la conseguenza soltanto naturale di credere che sia lo stesso provvedimento impugnato e la questione di legittimità che in relazione ad esso si solleva a costituire rispettivamente l'oggetto esclusivo della disposizione costitutiva del giudice e l'oggetto del giudizio*». Sulle insufficienze della "misura d'annullamento" a garantire la piena soddisfazione delle esigenze di tutela espresse attraverso l'esercizio dell'azione, M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, op. cit., pag. 255. *Ivi*, appunto, tali Autori ricorrono a questo esempio pratico per spiegare il concetto: «[s]*i prenda l'ipotesi più semplice dell'affievolimento di un diritto, dell'interesse cioè protetto alla conservazione del bene di cui il provvedimento dell'autorità pretende di disporre: l'effetto ripristinatorio dell'annullamento restituisce la proprietà del bene al suo titolare; ma l'esigenza di tutela fatta valere richiede che la sentenza garantisca — attraverso il giudicato — che la pretesa non venga rinnovata o che il provvedimento non venga reiterato, senza l'osservanza di certe forme essenziali, prescritte a garanzia degli interessi individuali*».

[210] Cfr., infatti, l'approccio metodologico seguito dal SANDULLI, dal BENVENUTI e dal NIGRO, così come riportato *breviter* all'interno dei parr. precedenti del presente Capitolo.

oggettivi»[211]: giacché le inter-connessioni sussistenti fra questi concetti giuridici sono così stringenti da far ritenere che, anche qualora non vi dovesse essere una relazione di presupposizione, quantomeno risultino essere la stessa "cosa" vista da angoli prospettici differenti[212].

A tal fine, secondo la teoria in esame, la sentenza amministrativa, al pari di ogni sentenza in generale, va ricostruita nei termini di un c.d. «fatto d'accertamento» [213] onde poter consentire al successivo «giudicato amministrativo» di porsi come vincolo (positivo o negativo che sia) per il giudice di future cause aventi anche un oggetto difforme da quella precedente.

L'oggetto di questo "accertamento", tuttavia, non è rappresentato dall'esistenza (o meno) della situazione giuridica soggettiva veicolata in giudizio, bensì va identificato nel "rapporto" [214] che sta alla base della decisione di

---

[211] Così, chiaramente, A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pag. 39, nella parte in cui mostra di ritenere giustificata, dal punto di vista delle esigenze teoriche, «[…] *la ricerca che ci proponiamo di istituire per individuare e fissare una nozione dell'oggetto dell'accertamento giurisdizionale che consenta l'inquadramento di talune questioni direttamente rilevanti ai nostri fini, quale il rapporto tra questo concetto e quello di oggetto del giudizio o come la costruzione dei limiti oggettivi del giudicato*».

[212] A. PIRAS, op. ult. cit., pag. 149: «[…] *la connessione qui affermata tra la medesima possibilità di trattare il problema del giudicato e l'esigenza di risolvere preventivamente il problema dell'oggetto dell'accertamento, cioè il problema stesso dello scopo e della destinazione del processo e della giurisdizione che in esso si esercita: connessione che invece a noi sembra così stretta da rendere veramente difficile il dire se questo problema costituisca il presupposto di quello, o non sia addirittura lo stesso problema, visto in termini più generale e comprensivi*». Per una forte analogia d'impostazione si consulti S. SATTA, *Efficacia e autorità della sentenza (a proposito di una recente pubblicazione)*, in Riv. dir. comm., 1935, I, pag. 363, nella parte in cui anche tale Autore ammette che «[…] *non sia possibile trattare il problema della cosa giudicata senza risolvere preventivamente il problema della giurisdizione: problema così connesso che non si potrebbe dire se costituisca il presupposto di quello, o non sia addirittura lo stesso problema, visto in termini più generali e più comprensivi*».

[213] Si vd., in proposito, A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pag. 140, nella parte in cui, dopo aver mosso una serie di rilievi critici alla generalità di posizioni dottrinali esistenti in argomento, pone le basi della Sua personale ricostruzione affermando che vi è una «[…] *necessità di pensare che la sentenza, ogni sentenza, si individui, debba individuarsi, secondo la sua essenza, appunto e soltanto in ragione della sua essenziale attitudine a fungere quale fatto d'accertamento*». Si vd., anche, in proposito, M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, op. cit., pag. 255.

[214] Attraverso una serie di passaggi argomentativi A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pag. 141, indica che, al fine di intendere in chiave corretta il senso del valore della sentenza come "fatto d'accertamento", occorre «[…] *abbandonare l'idea che il contenuto dell'accertamento giudiziale sia costitutivamente rappresentato dall'esistenza stessa del diritto soggettivo fatto valere. Bisogna, più particolarmente, ritenere che l'oggetto di questo accertamento sia da identificarsi con il rapporto sulla cui base il bene domandato sia stato riconosciuto o negato, e così pure occorre pensare che questo*

riconoscere o negare il "bene della vita" domandato con l'azione e che è fissato dalla decisione in tutti i suoi tratti necessari e sufficienti a garantire l'immutabilità dell'attribuzione del "bene" stesso[215].

Quest'idea sembra porsi in antitesi ad una visione più tradizionale secondo la quale, aldilà dei casi di azioni di accertamento mero, l'accertamento del rapporto (si pensi all'esempio, più utile ai nostri fini, delle azioni costitutive) viene ad essere configurato come una mera attività preparatoria per la decisione in senso proprio[216], rappresentata dal "comando" espresso all'interno del dispositivo della sentenza[217].

---

rapporto risulti fissato dalla decisione nella realtà di quei suoi soli termini necessari e sufficienti a garantire l'immutabilità dell'attribuzione di quella particolare utilità, che abbia formato oggetto di domanda». *Contra*, E. CAPACCIOLI, *Per l'effettività della giustizia amministrativa (Saggio sul giudicato amministrativo)*, in ID., *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1978, pagg. 457 ss. Secondo tale Autore, infatti, sulla base della distinzione fra l'attività della "giurisdizione" e quella del "controllo" (per la cui spiegazione si rinvia all'opera citata), si era inquadrato il processo amministrativo nelle attività del secondo tipo (ossia quelle di "controllo"), le quali hanno ad oggetto l'"atto" e non il "rapporto". Ne discendeva, pertanto, la sufficienza del mero rimedio annullatorio (senza alcuna necessità di dover fissare il "rapporto") per rimuovere ogni lesione arrecata alla posizione d'interesse legittimo. Così, infatti, Egli asserisce molto chiaramente laddove (pag. 458) rimarca come «[…] *il controllo non risponde all'esigenza di fissare la disciplina di posizioni soggettive e perciò non richiede l'effetto di accertamento. Il controllo è coadiuvante della gestione della cosa pubblica (perché si svolga legalmente) e quindi rientra nell'area della gestione della medesima. La eliminazione dell'atto illegittimo (o l'impedimento della sua operatività) è tutto quanto si richiede al controllo: al di là, semmai c'è la gestione (o la cogestione, fra controllore e gestore)*».

[215] Mostra un segno di condivisione verso l'idea che anima l'impostazione del PIRAS, M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 77. A Suo avviso, infatti, «[…] *l'impostazione metodologica della ricerca di Piras — in questo del tutto condivisibile* — […] *mira a elaborare una teoria del processo tutta incentrata sull'effettività della tutela della parte che ha ragione*». Infatti, in più parti A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pagg. 150-151, mostra che «[s]*olo qualora si sia d'accordo sulla nozione qui accolta dell'oggetto dell'accertamento giurisdizionale sembra cioè possibile riconoscere — come qui si è riconosciuto — al giudicato questa insopprimibile funzione di garantire alla parte il godimento del risultato del processo* […]».

[216] Cfr., *ex multis*, E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, op. cit., pag. 41, il quale, sostenendo che «[…] *è il solo comando concreto pronunciato dal giudice che diviene immutabile*», giungeva a negare rilievo giuridico proprio all'attività di accertamento del rapporto. Così, anche, E. FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, op. cit., pag. 1319, ove anch'Egli giunge a rimarcare come «[…] *la cosa giudicata ha come oggetto e come limite la volizione del giudice e i suoi effetti sostanziali, e non un accertamento* […]».

[217] In senso contrario ad un giudicato limitato al solo effetto caducatorio, anche il NIGRO, seppur secondo una diversa impostazione volta ad individuare un c.d. "effetto conformativo" nascente dalla sentenza, per la cui elaborazione si rinvia al par. prec. del presente Capitolo.

Cap. III ***Verso una più matura elaborazione dei concetti di «giudicato amministrativo» (ed «efficacia della sentenza»). Le principali costruzioni teoriche. Pregi e limiti.***

Il passaggio ad una diversa impostazione è reso possibile dall'adozione di una prospettiva che veda nell'attività di ricostruzione del rapporto (che altri descriverebbero come mera base argomentativa per concedere la tutela richiesta dalla domanda dell'attore) il contenuto di un "effetto" peculiare della sentenza cui la teoria in esame dà il nome di «effetto d'accertamento»[218].

La caratteristica propria di tale effetto della pronuncia giudiziale è quella di produrre un'"efficacia preclusiva"[219] (discendente dall'accertamento del rapporto) che si proietti sul piano sostanziale (non essendo un effetto limitato al solo ambito processuale) impedendo ad ogni soggetto dell'ordinamento di porre

---

[218] Cfr. A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pag. 142, ove, nel mantenere il proposito di mutamento dell'angolo visuale anzidetto, sceglie di «[…] *considerare la qualificazione giuridica del rapporto che in ogni sentenza costituisce la base di giustificazione secondo cui si concede la tutela richiesta, come il contenuto di un particolare effetto, a cui niente vieta di conservare il nome di effetto d'accertamento*». Peraltro, l'idea di costruire un «effetto d'accertamento» (che, si badi bene, non significa privare della forza di giudicato il "comando" giudiziale), secondo l'Autore in esame, appare l'unica via teorica per consentire di assicurare l'"incontrovertibilità" dello stesso comando giudiziale, vista come preclusione (per le parti, ma anche per i giudici) di ricostruire in chiave differente il rapporto rispetto alla sua fissazione stabilita attraverso la sentenza resa. L'idea che si sta cercando di sviluppare presenta forti analogie con il concetto dell'"*Ausserstreitsetzung*" tedesco, inteso come "messa fuori contestazione" del rapporto giuridico sulla cui base l'attore pretende l'attribuzione stabile di un dato "bene" da parte del giudice. Intorno a tale concetto, utilizzato soprattutto dalla dottrina privatistica per descrivere i c.d. «negozi d'accertamento», cfr., quantomeno, M.F.G. VON RÜMELIN, *Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des Bgb*, Tübingen, Mohr, 1905, pag. 290; nonché, per l'ordinamento italiano, M. GIORGIANNI, *Il negozio d'accertamento*, Milano, Giuffrè, 1939, *passim*.

[219] L'ispirazione teorica della formulazione dell'"efficacia preclusiva" sostanziale può essere fatta risalire agli studi in materia di E. REDENTI, *Il giudicato sul punto di diritto*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, II, Padova, Cedam, 1950, pagg. 697 ss. *Ivi*, l'Autore, nel descrivere il meccanismo d'azione dell'accennata efficacia preclusiva nascente dal giudicato, riferisce come essa renda impossibile giuridicamente «[…] *vuoi per le stesse parti, vuoi per il giudice e per qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento, così il risalire direttamente alle fonti normative, come il ricostruire diversamente il fatto* […]». E, pertanto, essendo un profondo conoscitore della teoria generale del processo, A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pagg. 144 ss., giunge ad ammettere che «[…] *per quanto concerne la definizione dell'efficacia provvedimentale tipica della decisione, non par dubbio quale sia la ragione per cui, all'idea del vincolo per i futuri giudici od alla formula dell'immutabilità degli effetti, si deve sostituire il concetto dell'efficacia preclusiva dell'accertamento, in cui si risolva la qualificazione del rapporto operata dalla sentenza per i fini della concessione della tutela. E solo bisognerà anche avvertire che la preclusione della quale parliamo ha il carattere di una prescrizione non processuale, ma sostanziale, nonostante sia proprio nel processo che più evidentemente si manifesta l'operatività di questo effetto*». Sull'"effetto preclusivo" dell'accertamento contenuto all'interno delle sentenze cfr., anche, M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, op. cit., pag. 255.

contestazioni o pretese di regolazione del rapporto controverso differenti dal modo fissato dalla sentenza del giudice.

Avendo precisato nei termini siffatti l'oggetto dell'accertamento del giudice all'interno del processo (di qualsiasi tipo esso sia), la teoria in esame si concentra sulla *species* di processi di tipo costitutivo onde sottoporli ad attenta critica[220], soprattutto con riferimento a quelle impostazioni dottrinali tendenti a fornirne una spiegazione nei termini dell'accertamento di una situazione giuridica soggettiva avente la consistenza di "diritto potestativo" al mutamento giuridico (la cui produzione, per l'appunto, è richiesta al giudice)[221].

Infatti, secondo tale teoria perseverare nell'approccio dogmatico volto a ridurre l'accertamento giudiziale all'esistenza (o meno) della situazione soggettiva di diritto potestativo alla modificazione (e, per il caso del processo

---

[220] Date le esigenze di sintesi non è possibile qui sviluppare compiutamente l'intero ambito delle argomentazioni dell'Autore, assai complesse e ricche di riferimenti dottrinali, per le quali ci si limita ad effettuare un rinvio ad A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pagg. 151 ss. In termini generali l'Autore (pag. 162, nt. 147) ritiene che sia quanto mai necessario procedere secondo un percorso di «[…] *più generale revisione della teoria del processo costitutivo che, come si è accennato anche in precedenza, sembra essere ormai divenuta assolutamente necessaria*»: o meglio (pag. 165) che è viva l'esigenza «[…] *di affermare che anche rispetto alla sentenza costitutiva si pone il problema di individuare un contenuto d'accertamento suscettivo di formare oggetto di giudicato*». Un'efficace sintesi dei principali passaggi logici utilizzati dall'Autore si rinviene in R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, op. cit., pag. 63, laddove, riprendendo il pensiero del PIRAS, ricorda com'Egli avesse sostenuto che «[…] *la sentenza costitutiva non ha in realtà forza modificatrice del mondo giuridico, e che il suo oggetto è rappresentato dallo stesso rapporto risultante dalla modificazione. Il mutamento non segue alla pronuncia giurisdizionale, ma preesiste ad essa, l'oggetto di tale pronuncia è identificato appunto dalla modificazione giuridica prodottasi conseguentemente al verificarsi dei fatti costitutivi della situazione sostanziale esercitata con l'azione*».

[221] Si rinvia, per un approfondimento di tale costruzione all'interno della letteratura amministrativista, alle riflessioni del NIGRO, riprese in alcune parti all'interno del par. 3.3. del presente Capitolo. In proposito, già P. CALAMANDREI, *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, in ID., *Studi sul processo civile*, op. cit., in part. pag. 250, riteneva che la sentenza costitutiva fosse connotata da una certo carattere "composito", in quanto risultato di una duplice attività dell'organo giudiziario: da un lato, l'accertamento del diritto al mutamento giuridico, dall'altro la produzione stessa del mutamento giuridico anzidetto (che consente, per questo dato, di differenziare la pronuncia costitutiva, dalle diverse pronunce dichiarative e di condanna). *Contra*, A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pag. 157, secondo cui la modifica giuridica non è il frutto di una specifica attività del giudice, bensì un effetto *ex lege* che discende dall'accertamento compiuto dal giudice. A Suo avviso, infatti, si deve giungere alla conclusione (pag. 159) che «[…] *nemmeno riguardo al fenomeno del processo costitutivo sia valida la comune identificazione dell'oggetto dell'accertamento con la situazione del soggetto che vien fatta valere con l'azione*».

amministrativo, all'annullamento dell'atto impugnato), non consente di fornire al successivo giudicato una forza di vincolo ed una capacità stabilizzante che, invece, l'insieme dei principi sull'effettività della tutela vorrebbe fosse assicurata da ogni manifestazione della giurisdizione.

Ai fini di una miglior comprensione, questi concetti possono essere esemplificati attraverso il caso della tutela costitutiva d'annullamento di un licenziamento illegittimo: il risultato per il ricorrente vittorioso potrà essere garantito soltanto se il giudicato che accompagna la tutela demolitoria dell'atto precludesse *tout court* qualsiasi ipotesi di rinnovazione del medesimo atto (salva, ovviamente, la sopravvenienza di nuovi presupposti di fatto)[222].

Ed ecco perché, a fronte della dottrina tradizionale[223] che, in un esempio siffatto, porterebbe a giudicare sufficiente l'emanazione di un nuovo atto nei confronti dello stesso soggetto per ritenere superati i vincoli derivanti dai ristretti «limiti oggettivi» del giudicato[224], s'inizia a pensare che il problema del «giudicato» possa trovare una possibile soluzione[225] solo accogliendo la premessa — ricordata poco sopra — volta a ricostruire l'oggetto di ogni processo nei termini

---

[222] Con riguardo al caso del licenziamento appena prospettato, A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pag. 162, nt. 147, osserva come «[…] *non esiste esempio migliore* […] *per mostrare di quale natura siano le pratiche esigenze, da cui discende la necessità di ritenere che la sentenza c.d. costitutiva si caratterizzi, al pari di ogni altra sentenza, per la particolare efficacia (d'accertamento) che definisce il valore di questo atto* […]». E, successivamente (pag. 164), ha modo di ritornare sulla questione affermando che «[b]*asti ritornare per un momento sull'esempio prima fatto dell'annullamento di un licenziamento per convincersi di quanto sia indispensabile riconoscere alla sentenza un contenuto d'accertamento e costruire tale accertamento secondo il concetto dell'efficacia preclusiva*».

[223] Per il processo amministrativo si vedano, a titolo di esempio, le conclusioni in punto di ampiezza e di forza di vincolo del «giudicato amministrativo» sulla ri-edizione del potere della P.A. che conseguono ad un'impostazione della materia quale offerta dalla ricostruzione del BENVENUTI, sulla quale cfr. par. 3.2. del presente Capitolo.

[224] Si giustifica, in tale modo, l'assenza di violazione del giudicato nella continua novità dell'oggetto del processo (e, dunque, nella non identità delle successive azioni proposte rispetto alle precedenti). Intorno a quest'impostazione si suggerisce, nuovamente, il rinvio ai parr. precedenti del presente Capitolo.

[225] A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pag. 162, nt. 147: «[…] *il problema del giudicato — nei processi che si considerano — possa essere risolto solamente quando si supponga che l'oggetto dell'accertamento, in tale genere di giudizi, sia costituito non tanto dal mutamento giuridico stesso, che si tratta di produrre, o dal diritto a questo mutamento, quanto invece dal rapporto che sia per risultare dalla modificazione giuridica medesima prodotta*».

di un "accertamento del rapporto" che, per i processi di tipo costitutivo, è la risultanza della modifica giuridica prodottasi.

Detto altrimenti, i processi di tipo costitutivo (e, tra questi, senz'altro quello amministrativo) debbono essere ricostruiti ponendo al centro del modello il contenuto d'accertamento, il quale — visto il suo carattere comune ad ogni forma di processo (anche di mero accertamento o di condanna) — si declina secondo un particolare "oggetto" che viene ad essere individuato nel «[…] *rapporto che risulta dalla modificazione giuridica prodottasi in dipendenza del verificarsi dei fatti costitutivi della situazione sostanziale esercitata con l'azione*»[226].

Secondo tale costruzione, non vi sarebbe alcuna manifestazione di volontà del giudice che andrebbe a creare la modificazione giuridica *de qua*, la quale, in realtà, si realizza di per sé per effetto della norma giuridica[227]. La sentenza costitutiva, dunque, si limiterebbe ad accertare l'esistenza di quei presupposti cui

---

[226] Così A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pag. 197, nt. 188. L'idea per cui l'oggetto dell'accertamento ruoti intorno, non tanto alla situazione giuridica soggettiva di "diritto potestativo" al mutamento giuridico, bensì all'accertamento del giudice della situazione (di fatto e di diritto) così come "mutata" per effetto del "mutamento giuridico" stesso, trova una sua origine in un filone di autori di area germanica, tra i quali si segnalano (senza alcuna pretesa di esaustività), J. KOHLER, *Kompensation und Prozess*, in Zeitschrift für deutschen Civilprozess, 1894, pagg. 15 ss.; A. NIKISCH, *Die Aufrechnung im Prozess*, in *Festschrift für Heinrich Lehmann*, Berlin, 1956, II, pagg. 766 ss. Per l'ordinamento italiano, invece, si consulti E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, Giuffrè, 1957, pagg. 109 ss.

[227] Procedendo con un esempio, è possibile ritenere che l'effetto di annullamento di un dato contratto si produca non appena si realizzi nella realtà il fatto che è previsto come idoneo all'annullamento da una data norma giuridica, quale può essere — per l'esempio in questione — l'esistenza di un certo vizio della volontà. Dinanzi a tale situazione prodotta *ex lege* l'interessato (ossia colui che potrebbe ricavare una certa protezione dall'applicazione della norma giuridica *de qua*) è libero di scegliere se valersi o meno di tale meccanismo di garanzia a seconda della personale valutazione di convenienza (circa la scelta di mantenere in vita il rapporto giuridico oppure valersi dell'effetto d'annullamento e ripristinare lo *status quo ante*). L'esempio a seguire consente di comprendere meglio la posizione della dottrina in esame, la quale, in proposito (cfr. A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pag. 203, nt. 191) cerca di dimostrare «[…] *quanto sia assurdo negare che l'effetto, cui ci si riferisce parlando di annullabilità o di annullamento di un contratto oppure di altro atto giuridico, preesista alla sentenza che, sul presupposto della scelta effettuata dal titolare del potere relativo, si limita ad accertare il rapporto che dall'annullamento stesso risulta ricostituito*». Seguiva quest'impostazione anche A. ROCCO, *La sentenza civile. Studi*, Milano, Giuffrè, 1962, pag. 132, laddove sosteneva che la diversità tra la sentenza costitutiva e le altre specie di pronunce giudiziali andasse ravvisata unicamente nell'oggetto: la prima, infatti, riguarda un rapporto c.d. "latente" che preesiste alla sentenza ma che necessita per la sua attuazione di un accertamento giurisdizionale.

la legge stessa riconduce la produzione del mutamento giuridico e, di conseguenza, lo stesso rapporto giuridico che è il risultato della modifica suddetta[228], ponendosi come un "fatto d'accertamento" che sarà assistito dagli effetti preclusivi propri della *res iudicata*[229].

Poiché, dunque, seguendo la costruzione anzidetta, l'interesse che anima l'azione giurisdizionale deve essere inteso come «[…] *interesse all'accertamento del rapporto che risulta dalla modificazione giuridica di cui la parte dichiara di volersi avvalere*»[230], è consequenziale ricavare logicamente un corollario applicativo (di tale premessa)

---

[228] *Contra*, A. PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, op. cit., pag. 75.

[229] Per utilizzare le parole dell'Autore, si richiama il passaggio contenuto in A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pag. 197, nt. 188, ove Egli sottolinea che «[…] *l'attività del giudice, la volontà cioè di questi, non aggiunge neppure qui nulla a ciò che già esiste per effetto della norma. Sì che, per conseguenza, la sentenza che — verificata l'esistenza dei presupposti, cui la legge ricolleghi il prodursi del mutamento giuridico de quo — accerti il rapporto i cui termini risultano definiti dall'intervenuta modificazione delle situazioni giuridiche preesistenti, non può — nemmeno in questo caso — essere altrimenti qualificata che per la sua essenziale natura di fatto d'accertamento, vale a dire per il particolare carattere dell'effetto, di natura preclusiva, che identifica il concetto dell'autorità di cosa giudicata. Ritenere il contrario, e magari sostenere la validità della formula, secondo la quale la sentenza avrebbe in tale ipotesi la struttura di un atto dispositivo, di un "Gestaltungsakt" giurisdizionale, è cosa che certamente si può fare, ma solo a patto di ignorare il valore ed il significato dell'art. 2908 cod. civ.*». *Contra*, G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, op. cit., I, pag. 183. Tale Autore palesa la sua contrarietà all'idea che il mutamento giuridico non sia l'effetto della sentenza costitutiva ma preesista ad essa affermandone l'assurdità in modo provocatorio, ossia sostenendo che «[…] *se ciò fosse vero, si avrebbe, in questi ultimi casi, che, prima della sentenza, taluno sarebbe insieme proprietario e non proprietario, erede e non erede, coniugato e non coniugato, il fondo sarebbe diviso e indiviso, libero e insieme gravato di servitù e via dicendo*». Analogamente G. AULETTA, *Poteri formativi e diritti potestativi*, in Riv. dir. comm., 1939, I, pag. 562, sosteneva in proposito che «[…] *la possibilità di un'entità che insieme esiste e non esiste, è fuori da ogni realtà materiale e giuridica*». Una critica alla tesi del PIRAS, attenta anche al processo amministrativo, è invece offerta da R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, op. cit., pagg. 64-66, il quale, al fine di spiegare perché sia preferibile ritenere che gli effetti innovativi siano conseguenza della sentenza (e non preesistenti ad essa), riflette sulla circostanza che «[…] *se il mutamento giuridico preesistesse alla sentenza, ciò significherebbe ad esempio, in caso di divorzio, che il matrimonio sarebbe già cessato anteriormente alla pronuncia del giudice, o che, soprattutto, per quel che qui interessa in misura maggiore, l'atto amministrativo prima della decisione di annullamento, non avrebbe già più giuridica esistenza; ma tutto questo sembra essere contro la realtà delle cose e contro l'indubbia operatività degli effetti del matrimonio e del provvedimento amministrativo, fino alla pronuncia di divorzio o d'annullamento*». E, pertanto, alla luce di questi ragionamenti, conclude nel senso che «[…] *la sentenza costitutiva è una sentenza che produce direttamente, nella sua operatività quale atto anche di comando, una modificazione giuridica, previo accertamento dei presupposti (oggettivi) ai quali la legge subordina tale effetto*».

[230] Vd., infatti, A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pag. 214.

che giustifichi una certa "fungibilità" dei motivi[231] in base ai quali si fa dipendere l'eliminazione degli effetti prodotti da un certo negozio giuridico.

Poiché i fatti costitutivi svolgono, dunque, unicamente un ruolo d'individuazione del rapporto (non limitando, cioè, rigidamente l'oggetto del giudizio ed il conseguente giudicato) e, come s'è appena ricordato, sono fra loro in relazione di fungibilità, una volta che l'azione proposta dovesse essere rigettata (per ragioni di merito), la medesima azione non potrebbe più essere rinnovata, nemmeno se basata su motivi differenti[232].

Una volta chiarite tali premesse di teoria generale — funzionali, come anticipato, a porre le basi per una "nuova" teoria del «giudicato amministrativo»

---

[231] Cfr. A. PIRAS, op. ult. cit., pag. 214, ove ritiene che, date le premesse esposte, «[…] *quasi naturalmente 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, dai quali vien fatta dipendere l'eliminazione degli effetti giuridici del negozio, ad es., mediante annullamento, rescissione o risoluzione*». In proposito, una chiara lettura della concezione del PIRAS sul tema della "fungibilità" dei motivi è offerta da M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 80, il quale evidenzia che, secondo la dottrina che si sta esaminando, «[…] *i fatti costitutivi della pretesa adempiono soltanto alla funzione di individuare l'effetto in ordine al quale si chiede al giudice di pronunciarsi, e non anche alla funzione di fissare l'oggetto del giudizio e del giudicato: i fatti costitutivi, poiché concorrono a produrre un'unica modificazione del rapporto, hanno un carattere di fungibilità*». È possibile, dunque, ravvisare un'analogia — quantomeno negli scopi perseguiti attraverso la propria costruzione dogmatica — fra la teoria della "fungibilità" dei motivi del PIRAS e la nozione di "unicità" del diritto d'invalidazione (con unica "*causa petendi*" a prescindere dai vizi/motivi inclusi nel ricorso) del NIGRO, il quale, come si è mostrato all'interno del par. 3.3. del presente Capitolo, concentrava l'attenzione sulla "critica" all'atto amministrativo nel suo "insieme" e nella sua "unità" frutto della correlazione e inter-relazione fra i plurimi e diversi vizi/motivi.

[232] Così sembra ragionare A. PIRAS, op. ult. cit., pag. 215, quando giunge alla conclusione che «[…] *accertata ad es. con valore di giudicato la validità o efficacia del negozio, ovvero l'esistenza del complesso rapporto costituito dagli effetti del negozio (nel diritto amministrativo, dagli effetti del provvedimento), resti precluso l'agire per l'annullamento, tranne che (quanto alla risoluzione, nel campo del diritto privato o quanto alla c.d. invalidità successiva nel campo del diritto pubblico) per motivi posteriori al giudicato*». Appare critico nei confronti dell'idea di "fungibilità" dei motivi del PIRAS, C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, op. cit., pag. 108. Secondo tale Autore, infatti, «[…] *se l'accertamento giudiziale vertesse sul rapporto giuridico e non sulla situazione potestativa del soggetto, dovrebbe ammettersi "una certa fungibilità" dei motivi dai quali dipende l'eliminazione degli effetti giuridici, talché, respinta la domanda, l'azione costitutiva non potrebbe essere esercitata per fatti diversi. Accogliere tale conclusione, peraltro, significa ritenere operante nel nostro ordinamento una preclusione eccezionale, oltre i limiti del giudicato e trascurare che altro è la fungibilità dei motivi nel corso del processo ed altro è la proposizione di una nuova domanda che alleghi fatti diversi da quelli oggetto del precedente giudizio*».

— la Dottrina in esame prosegue lo studio declinando i concetti elaborati all'interno della *species* di processo rappresentata dal processo amministrativo.

Poiché l'"oggetto" (anche) del processo amministrativo è rappresentato dall'accertamento di un "rapporto", si tratta di comprendere nello specifico quale sia la relazione giuridica alla base del c.d. «rapporto amministrativo», poiché sarà proprio quest'ultimo ad identificare l'ambito di cognizione peculiare del giudice amministrativo ed il contenuto del giudicato che si formerà intorno alla sentenza amministrativa vista, appunto, come "fatto d'accertamento".

Il «rapporto amministrativo», dunque, viene ad essere inteso[233] come una relazione giuridica che trova il suo fondamento nella norma attributiva del potere, la quale, nel fissare i presupposti e le condizioni d'esercizio di un dato potere amministrativo, al contempo prende in considerazione anche l'interesse sul quale l'ipotetica azione amministrativa potrebbe trovarsi ad incidere[234]. Tale interesse,

---

[233] Cfr. A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., in part. pag. 233, nt. 9-*bis*, ove l'Autore ha modo di precisare la propria concezione di «rapporto amministrativo» fondandola sulla «[…] *circostanza che la norma, la quale crea e disciplina modalità e presupposti d'esercizio del potere, specificamente consideri degno di protezione l'interesse di cui trattasi, stabilendo tra il soggetto di questo ed il titolare del potere una relazione giuridica che valga a costituire tra l'una e l'altra situazione — aventi in comune l'identica base di fatto — un nesso, un rapporto di reciproca funzionalità*». Un'ulteriore definizione utile è inclusa all'interno della voce M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, op. cit., pagg. 254-255, nella parte in cui si afferma che «[…] *la connessione esistente tra la situazione prevalente — potere dell'amministrazione — e l'interesse legittimo si spiega in termini di rapporto giuridico. Si tratta — come s'è notato — di un rapporto essenzialmente dinamico tra situazioni concorrenti, e perciò non necessariamente (anche se spesso) contrastanti, nel quale ai portatori degli interessi protetti mediante l'attribuzione di situazioni strumentali è sempre assicurato il mezzo di tutela finale dell'annullamento (giudiziale) del provvedimento, ove — s'intende — l'amministrazione abbia violato le norme che disciplinano il potere o la sua trasformazione in atto*». Per un miglior chiarimento del concetto di "rapporto amministrativo", come *species* di un rapporto giuridico, quale oggetto del processo amministrativo, si rinvia a P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, op. cit., pagg. 111-112. Tale Autore, infatti, molto lucidamente osserva che «[p]*er intendere in cosa consista quel rapporto amministrativo cui si fa riferimento come all'oggetto del giudizio amministrativo occorre muovere da una nozione del rapporto giuridico più ampia di quella che non risulti dal concetto della correlazione di un diritto o di un obbligo, tale insomma da adeguarsi a definire qualsiasi modificazione d'ordine giuridico che incida correlativamente nella sfera di due soggetti, per identificarlo poi nella relazione intercorrente tra la potestà discrezionale della Pubblica Amministrazione e la situazione del privato che, se non è una situazione di diritto soggettivo, è pur sempre una situazione favorevole*». Una base di teoria generale che consenta di costruire un concetto di rapporto giuridico "a maglie larghe" può ravvisarsi nell'opera di D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, Giuffrè, 1939, in part. pag. 265.

[234] In questo senso tale Autore sembra distaccarsi da una concezione della norma attributiva del potere come mera "norma di azione", ossia una norma volta a disciplinare

che assume il nome di «interesse legittimo», è perciò elevato — dalla norma stessa — a posizione degna di tutela per l'ordinamento[235], ponendosi in un rapporto di

---

unicamente l'azione dell'amministrazione cui è attribuito un dato potere d'imperio, senza prendere in diretta considerazione gli interessi coinvolti, i quali (qualora fossero lesi) si potrebbero al più giovare unicamente di una tutela "occasionale" e compatibile con la contemporanea soddisfazione dell'interesse pubblico (cfr., in proposito, l'idea dell'interesse legittimo come "interesse occasionalmente protetto", teorizzata da O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, op. cit., pagg. 394 ss.). Per un richiamo alla distinzione fra "norme di relazione" e "norme di azione", si consultino le definizioni elaborate da E. GUICCIARDI, *Norme di relazione e norme di azione: giudice ordinario e giudice amministrativo*, in Giur. it., 1951, III, in part. pag. 66, ove si definiscono "norme di relazione" tutte quelle norme dirette a «[…] *tutelare direttamente un interesse del cittadino, coll'elevarlo a diritto soggettivo e coll'imporre all'amministrazione un obbligo giuridico corrispondente*»; mentre assumono il *nomen* di "norme di azione" tutte quelle finalizzate «[…] *invece a disciplinare l'uso dei poteri spettanti all'amministrazione per assicurare la conformità all'interesse pubblico, e di cui il ricorrente si giovi per la coincidenza in fatto fra il suo interesse tutelato, al fine di ricevere indiretta tutela per il suo interesse attraverso l'attuazione di quella predisposta per l'interesse pubblico*». Per una ripresa, in chiave moderna, di questi concetti (unitamente al loro vaglio critico), cfr. F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 2004, *passim*.

[235] La teoria in esame definisce tale posizione come "interesse protetto", ossia (vd. A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pagg. 232-233) come «[…] *una situazione giuridica soggettiva, inattiva, ma di favore, che definisce la posizione del soggetto in un rapporto amministrativo, in un rapporto cioè nel quale si inscrive, come uno dei suoi termini, e più precisamente come il suo termine attivo, il potere dell'autorità di porre in essere un determinato atto o provvedimento*». Sulla personale concezione di "interesse legittimo" del PIRAS, fondata su uno "sdoppiamento" fra "interesse protetto" ed "interesse legittimo" (in senso proprio), si consulti M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 80. *Ivi*, infatti, l'Autore fa notare come la costruzione del PIRAS si regga «[…] *su uno sdoppiamento tra interesse protetto, rappresentato dalla situazione soggettiva di favore (che definisce la posizione del soggetto in un rapporto amministrativo), ed interesse legittimo, che sorge soltanto allorché l'emanazione di un atto amministrativo arreca un pregiudizio all'interesse protetto*». *Contra*, alla costruzione del PIRAS, R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, op. cit., pagg. 478-479, secondo cui tale ricostruzione dell'interesse legittimo «[…] *sembra ridursi a uno spostamento della qualifica di "interesse legittimo" dall'interesse sostanziale (di cui si ammette la giuridicità) all'azione (rectius ricorso) intesa in senso concreto; il che da un lato può sembrare superfluo e dall'altro è inesatto giacchè in contrasto con tutte quelle disposizioni normative, ora anche a livello costituzionale, che considerano l'interesse legittimo come una posizione sostanziale contrapposta al diritto soggettivo e azionabile davanti a un giudice all'uopo precostituito*». Il carattere "strumentale" dell'interesse legittimo (ripreso dal PIRAS) trovava all'epoca, in dottrina, un riscontro anche nell'elaborazione di E. CASETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1952, pag. 623, il quale, secondo un'impostazione a tratti simile, sosteneva che «[l]*'interesse legittimo è quindi una situazione soggettiva di vantaggio, costituita dalla protezione giuridica di interessi (materiali), che si attua non direttamente ed autonomamente, ma attraverso la protezione indissolubile e immediata di un altro interesse meramente strumentale del soggetto alla legittimità dell'atto amministrativo, mediante l'attribuzione al soggetto stesso della potestà di ricorso alle giurisdizioni amministrative, e nei limiti della realizzazione di quest'ultimo interesse*». Utile, in proposito, anche la lettura offerta da L. GERI BIGLIAZZI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1967, pag. 79, ove si afferma che «[…] *per poter identificare l'interesse legittimo come situazione in un rapporto è necessario partire dalla nozione di interesse legittimo come interesse il cui soddisfacimento (o il cui sacrificio, temporaneo o definitivo) dipende dal*

"reciproca funzionalità"[236] con il potere ed assumendo il carattere di "situazione di favore", ossia "termine attivo" di un rapporto al cui interno tende verso il conseguimento di un certo "bene della vita".

Unendo l'idea di «rapporto amministrativo» con quella di «oggetto» del processo amministrativo — inteso come «accertamento di un rapporto» che preesiste (nella produzione della modificazione) all'intervento del giudice stesso — si perviene ad una "teoria" del «giudicato amministrativo» diversa da quelle fino a quel momento elaborate[237] e che — negli intenti della dottrina in esame — poteva rappresentare l'unica via per raggiungere il risultato dell'attribuzione in forma stabile dell'utilità (o, meglio: del "bene della vita") aspirata/o dal ricorrente attraverso una preclusione definitiva in capo alla P.A., secondo la forma piena e stabilizzante dell'art. 2909 c.c.[238]

---

comportamento facoltativo o dovuto, positivo o negativo — ma, in ogni caso, discrezionale — di un diverso soggetto».

[236] Tale espressione, riferita ai nessi che si instaurano fra le situazioni giuridiche all'interno di un rapporto, è mutuata dalle analisi svolte da U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, Giuffrè, 1943, pagg. 18 ss.

[237] Cfr., in particolare, i parr. precedenti del presente Capitolo, nonché, per maggiore completezza il Cap. II del presente lavoro. Seguendo le premesse di tali ricostruzioni del processo amministrativo (e, soprattutto, del suo oggetto), secondo la Dottrina qui saggiata (cfr. A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pagg. 275-276), l'unico risultato che si potrebbe raggiungere sarebbe quello «[…] *soltanto di rafforzare vanamente l'inesatta conclusione che la tutela concessa al titolare dell'interesse legittimo garantisce l'eliminazione pura e semplice dell'atto amministrativo illegittimo che ha causato il pregiudizio lamentato. Non si riuscirebbe invece a fondare su tale premessa un qualsiasi vincolo extraprocessuale della P.A. al rispetto del giudicato perché non si saprebbe quale contenuto dargli*». Nel dilemma tra giudizio amministrativo sull'"atto" o sul "rapporto", M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, op. cit., pagg. 255-256, pongono l'interprete difronte al seguente "*aut-aut*": «[…] *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 fatto con il 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*».

[238] Cfr., in proposito, A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pag. 276, nt. 62, laddove l'Autore, richiamando la propria costruzione in materia di oggetto del processo, ritiene che al fine di creare un "vero" vincolo preclusivo in capo alla P.A. occorra che «[…] *la sentenza abbia un contenuto d'accertamento, un oggetto qualsiasi, l'accertamento del quale possa passare in autorità di giudicato. Ma, al punto in cui siamo, è oramai certo che esiste un solo modo per riconoscere alla*

Cap. III *Verso una più matura elaborazione dei concetti di «giudicato amministrativo» (ed «efficacia della sentenza»). Le principali costruzioni teoriche. Pregi e limiti.*

Costruendo, dunque, l'oggetto del processo amministrativo come accertamento, assistito dalla peculiare efficacia preclusiva sostanziale, del rapporto amministrativo così come risultante dalla modificazione operata dal giudicato la Dottrina in esame ricava una serie di corollari[239] in relazione allo studio del «giudicato amministrativo» onde poter raggiungere al meglio l'auspicato obiettivo di massimizzare l'effettività della tutela assicurata dal processo amministrativo.

In primo luogo, se oggetto del processo (e, dunque, del giudicato) è il rapporto amministrativo, è necessario (proprio per realizzare l'accertamento in questione e, dunque, esercitare la giurisdizione) che l'ambito di cognizione del giudice si ponga ben aldilà del mero (e limitato) ambito rappresentato dall'atto

---

sentenza amministrativa un contenuto d'accertamento. Occorre, più precisamente, essere pronti, da un lato, ad identificare l'oggetto di tale accertamento (e, quindi, del giudicato) con il rapporto che viene ad essere costitutivamente ripristinato per effetto dell'annullamento dell'atto impugnato, e a non dimenticare, dall'altro, che il bene riconosciuto al ricorrente dalla sentenza che ne abbia accolto la domanda è soltanto lo stesso bene, la stessa utilità, garantita al singolo dalla situazione giuridica soggettiva, il cui affievolimento da parte del provvedimento amministrativo illegittimo abbia provocato l'investitura del ricorrente nella titolarità dell'interesse tutelato con l'azione». Nega, invece, l'applicabilità del concetto di «giudicato sostanziale» alla sentenza amministrativa, proprio in quanto ritiene che quest'ultima non si ponga come accertamento di un "rapporto", E. CAPACCIOLI, *Per l'effettività della giustizia amministrativa (Saggio sul giudicato amministrativo)*, op. cit., in part. pag. 478, ove, in chiave assertoria, si statuisce che «[…] *del giudicato nel senso dell'art. 2909 cod. civ. non c'è bisogno, e per esso non c'è spazio, nel processo amministrativo*». Infatti, tale Autore distingue il "tipo" di processo ordinario (che attiene a liti fra parti in posizione paritetica) da quello amministrativo (che in realtà, a Suo avviso, assume una forma di "controllo" analogo a quello svolto dalla P.A. nell'esercizio dei poteri di "autotutela") anche sulla base della produzione di un effetto d'accertamento e di un conseguente giudicato sostanziale che si realizza unicamente con riguardo al primo (dei due tipi di) processo. Perciò Egli sostiene che «[i]*l processo in lite fra posizioni paritetiche serve se produce la cosa giudicata; l'altro serve se produce l'annullamento e l'effetto preclusivo. Non si può dire che servirebbe di più se producesse l'effetto di fissare la disciplina di un rapporto. È — questa — una proposizione nemmeno formulabile, perché l'oggetto del giudizio di annullamento è tale per cui non esiste la possibilità per il giudice di fissare quel che spetta all'una o all'altra delle parti del giudizio*».

[239] In chiave critica nei confronti degli sviluppi logici ed argomentativi che l'Autore in esame apporta alla costruzione del «giudicato amministrativo», in quanto forieri di alcune "incrinature" nel rigore del metodo e della coerenza dogmatica dell'elaborazione, M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 84, il quale, chiaramente, prende posizione sostenendo che «[…] *la teoria del giudicato elaborata da Piras — che, come si è visto, ha al suo centro l'accertamento con efficacia preclusiva del rapporto risultante dalla modificazione — obbliga l'autore, per un verso, a proporre l'introduzione nel processo amministrativo di principi processuali che si pongono in contrasto con orientamenti consolidati in giurisprudenza e dottrina e che finiscono per stravolgere la struttura attuale del processo; e per altro verso, ad operare alcune restrizioni al campo di applicazione della teoria — pur di salvaguardarne la coerenza interna —, escludendo da esso importanti fattispecie*».

amministrativo impugnato (peraltro, con riguardo ai soli vizi di legittimità asseriti dal ricorrente), raggiungendo (se possibile) una conoscenza di tutti gli aspetti della relazione giuridica sussistente tra il potere amministrativo e la posizione giuridica soggettiva d'interesse legittimo del ricorrente.

Per conquistare quest'ambizioso traguardo di dilatazione della sfera di cognizione del giudice amministrativo in un ambiente processuale dominato ancora dalla struttura impugnatoria di un atto amministrativo in funzione del relativo sindacato di legittimità, è necessario procedere ad alcune "forzature" circa i ruoli processuali delle parti in giudizio. In specie, l'amministrazione resistente, in luogo di mere eccezioni e difese sulla validità dell'atto a proposito delle specifiche critiche di legittimità rappresentate dall'articolazione dei motivi di ricorso proposti dall'attore, dovrà esercitare un compito ben più gravoso consistente nella dimostrazione (in positivo) della validità del proprio operato, ossia tale da provare che l'assetto degli interessi cristallizzato nel provvedimento (qui impugnato) realizzi un rapporto amministrativo (in concreto) conforme alla configurazione (di esso) voluta a livello normativo[240].

Quest'attività processuale della parte resistente, che (si noti subito) si pone in frizione diretta con la regola — invero alquanto consolidata in dottrina e giurisprudenza[241] — del "divieto d'integrazione postuma della motivazione"[242], si

---

[240] Secondo A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pag. 447, nt. 101, non esistono sbarramenti che si oppongano «[…] *a 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, pur non essendo desumibile, nemmeno implicitamente, dall'esame del provvedimento, sussistesse comunque già prima dell'emanazione dell'atto impugnato*».

[241] Sul problema dell'"integrazione postuma della motivazione" cfr. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987, pag. 393. Ad avviso di tale Autorevole dottrina è necessario che lo studioso del processo amministrativo si soffermi su «[…] *una delle questioni di maggior rilievo pratico e teorico, la quale ha rappresentato un vero e proprio capo delle tempeste nella dogmatica della motivazione: il problema della c.d. motivazione "successiva", nel quale comunemente si traduce la questione circa la possibilità di addurre, in sede di giudizio, elementi motivi che non emergono dal provvedimento* […]». Per la dottrina contraria alla "motivazione successiva" cfr., per tutti, la posizione di A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1976, pagg. 311-314, nella parte in cui Egli ritiene che tale

traduce a livello processuale nell'apporto di nuovi elementi di fatto o di diritto[243] funzionali alla dimostrazione della validità dell'operato amministrativo con l'obiettivo di precludere l'accoglimento della domanda d'annullamento del ricorrente[244].

Il passaggio logico successivo, sicuramente ambizioso in termini di effettività della tutela assicurabile, appare alquanto "forte": si ritiene, infatti, che qualora la P.A. resistente non riesca, attraverso le integrazioni di fatto e di diritto riversate in sede istruttoria, a giustificare la validità della propria scelta amministrativa, la sentenza d'annullamento (e, sotto altro angolo visuale, la forza del relativo «giudicato amministrativo») fonderà una preclusione totale per

---

pratica (criticata fortemente) porterebbe a posizionare l'amministrazione resistente «[…] *in una situazione di ingiustificato privilegio nei confronti del ricorrente, cioè dell'avversario nel processo* […]», con l'effetto di stimolare il ricorrente ad impugnare atti amministrativi che, a sorpresa, potrebbero essere scoperti come legittimi solo in corso del giudizio per effetto delle integrazioni della parte motiva da parte della P.A. resistente. Per la giurisprudenza, cfr., *ex pluribus*, Cons. St., sez. V, 13 novembre 1990, n. 776, in Cons. St., 1990, I, pag. 1235; Cons. St., sez. V, 24 maggio 1988, n. 353, in Cons. St., 1988, I, pag. 643. Tutte queste pronunce rappresentano un certo filone giurisprudenziale compatto nell'ammettere che, così come fa chiaramente Cons. St., sez. IV, 20 maggio 1992, n. 546, in Cons. St., 1992, I, pag. 716, «[i]*l giudizio amministrativo ha per oggetto non il rapporto, ma l'atto amministrativo e da questa sua fondamentale caratteristica discende, fra l'altro, la ben nota regola per cui non è consentito alla difesa dell'amministrazione integrare in corso di giudizio la motivazione originariamente insufficiente*». Più recentemente, sempre sul tema, A. ZITO, *L'integrazione in giudizio della motivazione: una questione ancora aperta*, in Dir. proc. amm., 1994, III, pagg. 577 ss.; P. VIRGA, *Integrazione della motivazione nel corso del giudizio e tutela dell'interesse alla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato*, in Dir. proc. amm., 1993, III, pagg. 516 ss.

[242] Ad avviso della teoria in esame (A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pag. 448, nt. 102), al fine di evitare che la sentenza amministrativa (soprattutto nei casi di difetto e/o insufficienza di motivazione) si limiti al solo annullamento senza alcuna forza di vincolo preclusivo sulla rinnovazione del potere, è sufficiente «[…] *rammentare* […] *la facoltà, che deve essere attribuita all'amministrazione, di rendere manifesta e di integrare persino la motivazione del proprio provvedimento anche in un tempo successivo alla sua emanazione — vale a dire nel corso del giudizio* — […]. *Di regola, dovrà dirsi, difatti, che l'annullamento dell'atto per difetto o insufficienza della motivazione, siccome segue solo se ed in quanto l'amministrazione non sia riuscita a dimostrare, nel processo, il (buon) fondamento giuridico del proprio operato, non può, appunto perciò, non avere l'effetto di precludere la rinnovazione del provvedimento in questione; in altre parole, la sentenza che pronunzia un tale annullamento non può non contenere, per forza di cose, un accertamento del contenuto del rapporto (sfavorevole all'amministrazione)*».

[243] Anche, si badi bene, preesistenti all'adozione dell'atto impugnato ma non riversati, quali giustificativi dell'atto in questione, all'interno della sua motivazione.

[244] Ed infatti, secondo A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pag. 447, «[…] *nel caso in cui le circostanze dedotte dal ricorrente insieme a quelle che furono specificamente considerate dall'amministrazione al momento dell'emanazione dell'atto dovessero essere considerate idonee a giustificare la legittima riemanazione del medesimo provvedimento, mancherebbe il presupposto stesso dell'annullamento*».

l'amministrazione impedendo ogni possibile ri-edizione del potere al fine di emanare un atto di eguale contenuto sostanziale. Questo risultato, infatti, è la diretta conseguenza di una sentenza d'annullamento che, nel suo atteggiarsi come "fatto d'accertamento", contiene, per l'appunto, un accertamento del rapporto amministrativo "sfavorevole" all'amministrazione e favorevole, viceversa, al ricorrente vittorioso (nei termini di attribuzione definitiva di un dato "bene della vita").

L'*escamotage* giuridico che permette alla Dottrina in esame di stabilizzare al massimo possibile l'efficacia nascente dall'accertamento del rapporto in sede processuale è rappresentato dalle "preclusioni processuali" — ed, in particolare, da quella del c.d. "dedotto e deducibile"[245] — che consentono, attraverso una

[245] Infatti, al fine di rimediare alle insufficienze di quelle tesi che si basano sui motivi del ricorso al fine di individuare l'ambito di estensione dei c.d. «limiti oggettivi» del giudicato, A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pag. 581, ritiene che «[…] *così come si deve ammettere, nel corso del processo, una determinata fungibilità dei motivi da cui vien fatto dipendere l'accoglimento della domanda, così si deve anche, parallelamente, riconoscere che la cognizione del giudice, per quanto sia e debba essere limitata — positivamente e negativamente — dalle deduzioni e produzioni delle parti, produce, con la decisione finale, l'effetto di coprire, in relazione al rapporto controverso, il dedotto ed il deducibile*». Vd., anche, M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, op. cit., pag. 257. *Contra*, in dottrina, R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, op. cit., pagg. 580-582, il quale è assertivo nel ribadire come «[…] *non si può accettare la tesi che il giudicato copre il dedotto e il deducibile: esso si riferisce soltanto ai vizi di legittimità denunciati; su tutti gli altri aspetti del provvedimento il giudice non compie alcuna indagine, né si forma alcun accertamento. Ciò è importante non tanto per la possibilità di impugnare una seconda volta l'atto in relazione a motivi diversi, stante la brevità dei termini perentori, quanto perché, se la pubblica amministrazione emana un nuovo provvedimento, dopo il ritiro del precedente, non vi è alcuna forza d'accertamento della sua legittimità, al di là dei vizi presi in considerazione dalla pronuncia cassatoria* […]»; nonché G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, op. cit., pag. 182, nella parte in cui, procedendo alla critica della concezione del PIRAS, rileva che «[…] *le cennate presunzioni* (aggiungiamo per quanto qui rileva: la preclusione del "dedotto e deducibile"), *in mancanza di una esplicita disciplina positiva, possono essere riconosciute come vigenti soltanto in un sistema di giudizio di annullamento imperniato sull'accertamento del rapporto; poiché, viceversa, il nostro ordinamento positivo ha predisposto, a mio modo di vedere, un diverso tipo di giudizio di annullamento, le cennate presunzioni appaiono innanzitutto prive di solido fondamento normativo. Esse, comunque, non risultano idonee a garantire il "recupero" dell'accertamento dell'intero rapporto amministrativo nel nostro giudizio d'annullamento e non sono in grado pertanto di colmare del tutto il divario esistente tra la materia del contendere in siffatto giudizio e l'effettivo conflitto di interessi sostanziali, intrcorrente tra Amministrazione e destinatario dell'atto*». In senso analogo, all'interno della dottrina processual-civilistica, C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, op. cit., pagg. 110-111, il quale critica l'applicazione al giudicato del principio del "dedotto e deducibile" in quanto foriero di un ingiustificato allargamento dei limiti oggettivi dello stesso. Infatti, ove si applicasse tale meccanismo preclusivo «[s]*i dovrebbe ritenere* […] *che l'oggetto del giudicato sia costituito non dalla situazione potestativa o dal rapporto giuridico che si vuol modificare, ma da tutti i fatti costitutivi del potere*

sorta di *fictio iuris*, di raggiungere l'ampiezza massima dei «limiti oggettivi» del giudicato in un processo a struttura dispositiva ove al giudice non è consentito allargare *ex officio* l'ambito posto sotto la sua sfera di cognizione.

Lo strumento preclusivo del "dedotto e deducibile" viene ad essere applicato (all'interno del processo amministrativo) secondo un modello che potremmo definire "a simmetria piena", ossia valevole per ambedue le parti principali del processo rappresentate, come noto, dal privato nella sua qualità di "ricorrente", da un lato, e dall'amministrazione in veste di "resistente", dall'altro[246].

Le conseguenze di un'applicazione generalizzata di tale meccanismo preclusivo sono degne di attenzione.

Infatti, si può notare come l'estensione della preclusione del "dedotto e deducibile" in capo alla parte ricorrente funga da stimolo all'arricchimento degli spazi di "critica" avverso l'atto impugnato grazie alla "spendita" immediata del

---

sostanziale sussistenti al tempo del processo e che la parte avrebbe potuto addurre a fondamento dell'eccezione. A tale risultato, peraltro, non mi sembra si possa pervenire se non sulla base di norme positive […] *di cui non v'è traccia nel nostro ordinamento*». E, pertanto, la conclusione dovrebbe essere quella di ritenere che «[…] *i limiti del giudicato devono pur sempre essere individuati sulla base dei fatti costitutivi del potere che viene dedotto nel processo con l'eccezione. Poiché non sussiste a carico del convenuto l'onere di allegare tutti i fatti costitutivi del potere di modificazione fatto valere, la sentenza che respinge l'eccezione non impedisce la proposizione di altre domande od eccezioni dirette all'eliminazione degli stessi effetti negoziali e fondate su fatti diversi da quelli in precedenza allegati*».

[246] Cfr., invece, un certo filone giurisprudenziale (sul quale, per alcuni riferimenti minimi si rinvia alla nt. 135 del presente Capitolo) volto ad estendere il citato meccanismo preclusivo unicamente in danno del ricorrente a fronte di un c.d. "giudicato di rigetto". Valga, per tutte, a titolo di esempio, Cons. St., Ad. Plen., 28 luglio 1965, n. 19, in Cons. St., 1965, I, pag. 1069, nella parte in cui (per quanto qui interessa) si sostiene che «[i]*l giudicato di annullamento di un atto amministrativo riconosciuto illegittimo non preclude alla P.A.* […] *il potere di emanare un atto nuovo, anche se di identico contenuto, che elimini, in sede di rinnovazione, l'illegittimità che determinò l'annullamento dell'atto precedente; e ciò sia nel caso di provvedimento annullato per vizi di forma, sia nel caso di provvedimento annullato per motivi sostanziali (nel quale ultimo caso, il provvedimento può essere riprodotto in base a motivi diversi da quelli ritenuti illegittimi)*». Sul tema, G. BERTI, *Connessione e giudizio amministrativo*, Padova, Cedam, 1970, pag. 120, ritiene che «[…] *il rigetto del ricorso dovrà corrispondere all'accertamento di questa conformità perfetta*», ossia, detto altrimenti (pag. 120, nt. 54) «[…] *il rigetto del ricorso non si determini come alternativa caratterizzata in modo difforme dall'accoglimento del ricorso e dall'annullamento dell'atto: è sempre dominante l'accertamento del rapporto tra interessi. In questo senso si può anche comprendere la giurisprudenza del Consiglio di Stato, alla cui stregua il giudicato di rigetto, a differenza di quello di annullamento, non è legato ai motivi di ricorso e limitato all'area di questi, ma copre "il dedotto e il deducibile"* […]».

maggior numero possibile di vizi/motivi a supporto della domanda di annullamento. Con ciò, si avrà l'ovvia conseguenza di rendere impossibile (grazie, appunto, all'operatività del meccanismo preclusivo anzidetto) l'esperimento di nuovi ricorsi *de eadem re* fondati su censure già ipotizzabili al momento del primo ricorso[247].

Viceversa, l'applicazione della preclusione in esame in capo all'amministrazione resistente[248] fa sì che la (consentita, come s'è visto poco sopra) possibilità di "integrazione postuma" della motivazione in sede d'istruttoria processuale si configuri, non tanto come una mera "facoltà", bensì come un vero e proprio "onere" in quanto, laddove la P.A. non dovesse riuscire a giustificare la validità del proprio operato (attraverso tutti i possibili elementi di fatto e/o di diritto a giustificazione dell'esercizio del potere) sarà ad essa preclusa ogni possibilità di ri-edizione del potere amministrativo che si fondi su fatti

[247] Secondo A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pag. 582, nt. 172, l'applicazione del meccanismo preclusivo in capo alla parte ricorrente non causa particolari conseguenze problematiche. Infatti, Egli chiarisce espressamente che «[…] *non pare che dal principio accolto possano derivare conseguenze in special modo gravi per il ricorrente, che normalmente non è in grado, data la brevità del termine di decadenza, di proporre una seconda azione contro un provvedimento precedentemente impugnato con esito infausto*». Semmai, la possibile obiezione che potrebbe essere mossa ad una tale impostazione, e che l'Autore in esame non si esime dall'ipotizzare e dal farsi carico di replicare spontaneamente, riguarderebbe la circostanza che «[…] *il ricorrente vien posto, per effetto della concezione accolta, in una posizione meno favorevole di quella in cui si troverebbe ove il giudicato veramente non dovesse coprire, oltre il dedotto, il deducibile. Ma è facile replicare come non sia certo una considerazione di tale genere che può indurci a rinunziare al tentativo di impostare in termini scientificamente propri il problema del giudicato amministrativo*».

[248] A parere della Dottrina in esame (cfr. A. PIRAS, op. ult. cit., pag. 582, nt. 172) anche l'estensione del meccanismo preclusivo in capo alla P.A. resistente (così come l'applicazione nei riguardi della parte ricorrente, sulla quale si vd. la nt. prec.) non è foriera di particolari criticità. Infatti, a Suo avviso basterebbe pensare, per ottenere una giustificazione teorica e razionale della costruzione, «[…] *a) che se l'atto sia annullato per un c.d. vizio sostanziale della disposizione di volontà dell'autorità poco importa — da un punto di vista pratico — che il giudicato copra il dedotto e il deducibile, il risultato sarà sempre lo stesso: in nessun caso l'amministrazione potrà rinnovare l'atto; b) che se invece l'atto sia annullato per vizi di mera forma, l'amministrazione non potrà che avvantaggiarsi del fatto che il giudicato copra il dedotto e il deducibile: l'applicazione di questo principio porta,* […] *a ritenere che in tal caso l'amministrazione dovrà soltanto, nel rinnovare l'atto, uniformarsi al giudicato, dal quale discende (salva, beninteso l'ipotesi della sopravvenienza) la certezza della legittimità sostanziale della sua azione*».

costitutivi già esistenti al momento della prima "spendita" in concreto del potere[249].

Grazie alla proiezione combinata di tali effetti preclusivi estesi (oltreché, come è ovvio che sia, a tutto ciò che è stato esplicitamente "dedotto" nei vari atti processuali di parte) anche al "deducibile" — ossia nei confronti di tutti quegli spazi di azione amministrativa che ben avrebbero potuto essere posti *sub judice*, ma che non lo sono stati, vuoi per una consapevole scelta processuale, vuoi per inerzia e/o superficialità difensiva di una delle parti in causa[250] — si riesce ad ottenere (anche se, per alcuni aspetti, solo "fittiziamente") una cognizione piena del "rapporto amministrativo" e, dunque, una sentenza ed un «giudicato amministrativo» veramente stabilizzanti e definitivi per la parte risultante vittoriosa in esito al giudizio[251].

Tuttavia, tale schema, una volta calato nella prassi applicativa, mostra di funzionare correttamente (aldilà, poi, della condivisione nel merito di alcune scelte giuridiche che lo sorreggono, sulle quali, *infra*) soltanto per una certa "parte" di processi amministrativi, non riuscendo, viceversa, in alcuni casi concreti a raggiungere quell'ambita preclusione in capo alla P.A. (s'intende: di

---

[249] Come si è già cercato di anticipare, il risultato sarebbe il medesimo anche qualora gli svariati fatti giustificativi dell'uso del potere non fossero stati inclusi all'interno della motivazione del primo provvedimento. Infatti, grazie all'integrazione processuale della motivazione è data possibilità alla P.A. di convincere l'organo giudiziario circa la correttezza dell'assetto d'interessi cristallizzato nel provvedimento impugnato, a pena di una piena preclusione sostanziale per la futura azione amministrativa (appunto per l'operatività, anche nei confronti della P.A. resistente, del meccanismo del "dedotto e deducibile").

[250] Cfr., per una definizione giurisprudenziale simile del meccanismo preclusivo, Cass. 8 febbraio 1963, n. 239, in Riv. dir. matr., 1963, pag. 343, nella parte in cui s'individua l'operatività del principio nell'impossibilità del «[…] *riesame giudiziale dell'identica controversia sulla base di nuove ragioni che potevano dedursi, ma non furono dedotte nell'anteriore procedimento conclusosi col giudicato*».

[251] Il funzionamento del meccanismo preclusivo del "dedotto e deducibile", così come inteso dal PIRAS per il processo amministrativo, è lucidamente chiarito dalla lettura offerta (in proposito) da M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 88, nella parte in cui Egli cerca di cogliere l'"essenza" del principio nel fatto che «[i]*n definitiva, in base al principio del dedotto e deducibile, il ricorrente deve "spendere" nel ricorso tutti i motivi d'invalidità dell'atto; la pubblica amministrazione deve dar conto nell'atto o nell'ambito del processo di tutti gli elementi e le ragioni che valgono a giustificare l'atto. Se per entrambe le parti il non dedotto non è più deducibile successivamente, si realizza allora la desiderata stabilità del rapporto e la definitiva attribuzione del bene della vita alla parte vittoriosa in giudizio*».

rinnovare l'esercizio del potere) funzionale al traguardo della massima effettività della tutela intorno al riconoscimento di un certo "bene della vita".

Infatti, lo stesso schema ricostruttivo assunto nella sua base appena tracciata dimostra una capacità stabilizzante differente in dipendenza delle categorie di vizi sui quali si fonda il ricorso della parte attrice evidenziando, in particolare, alcune criticità quando quest'ultimo verta unicamente intorno a contestazioni di tipo c.d. "formale"[252].

Il rischio, infatti, è che in tutti quei casi ove l'atto amministrativo impugnato sia annullato sulla base del riscontro di un dato vizio formale/procedurale (il quale, in ipotesi, sia anche l'unico incluso all'interno del ricorso dell'attore) l'amministrazione possa, in fase di ri-edizione, adottare un atto amministrativo di eguale contenuto seppur emendato negli specifici aspetti

[252] Definite tali, appunto, per contrapposizione alle censure di tipo c.d. "sostanziale" (ad. es., eccesso di potere), le quali, invece, consentono di apprezzare nel suo massimo sviluppo i risultati di tutela cui auspica la teoria in esame. Infatti è proprio quando la contestazione cade sugli aspetti del modo di esercizio della funzione e/o della discrezionalità che si riesce a comprendere al meglio come l'oggetto del giudizio non sia il "solo" atto impugnato, bensì il più ampio "rapporto amministrativo". Con riguardo a questa tipologia di vizi (i c.d. "vizi sostanziali") A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pag. 448, vede la massima "efficacia" della propria ricostruzione in quanto appare «[…] *chiaramente come le diverse figure di illegittimità, raggruppabili* […] *sotto il comune profilo del vizio del giudizio di apprezzamento discrezionale, vale a dire dal punto di vista del vizio della funzione, rappresentano tutte ipotesi nelle quali l'oggetto dell'accertamento e del giudicato non è tanto l'annullamento dell'atto, quanto piuttosto il rapporto che in relazione a determinati fatti si è stabilito tra l'amministrazione ed il privato*». Quanto, invece, ai "vizi formali" l'Autore in esame assume un'idea ristretta ai soli casi in cui (cfr., in proposito, A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pag. 453, nt. 107) da un eventuale annullamento dell'atto impugnato (appunto, per il riscontro del vizio formale) possa conseguire, anche se solo "eventualmente", un contenuto diverso del nuovo atto da adottare in sostituzione di quello cassato. Tale concezione sembra mostrare alcune analogie con l'idea di F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, op. cit., pag. 185, circa l'inclusione (o meno) della "forma" tra gli elementi essenziali dell'atto. Ad avviso di tale Illustre dottrina, infatti, la "forma" dell'atto è unicamente la forma di esternazione dello stesso e, come tale, non riveste un'importanza tale da farla includere fra gli elementi essenziali dell'atto come, invece, la "funzione amministrativa" (con la sua "forma" rappresentata dal "procedimento amministrativo"). Per utilizzare le parole dell'Autorevole dottrina evocata: la «[…] *forma, che viene talvolta considerata pure come un elemento essenziale, ricorderemo che essa non è che il momento di estrinsecazione sensibile della funzione e, quindi, il suo momento terminale, in cui cioè si concreta il potere, di esternazione dell'atto.* […] *la forma non è dunque, in ogni caso, che il modo di essere della funzione: essa pertanto non può, a stretto rigore, essere considerata come un elemento essenziale a sé stante*».

formali e/o procedurali in precedenza violati[253]. Tale possibilità sembrerebbe recare un *vulnus* all'idea della stabilizzazione definitiva del rapporto che la Dottrina in esame auspica, invece, come obiettivo finale della propria ricostruzione dogmatica sul processo amministrativo.

E, pertanto, onde evitare di condizionare l'efficacia della propria concezione (e, dunque, far dipendere la forza preclusiva del «giudicato amministrativo») dalla *species* di vizi (formali o sostanziali) posti alla base della pronuncia costitutiva d'annullamento, l'Autore in esame è costretto a fissare — invero con alcune "forzature" che non andarono esenti da critiche (vd. *infra*) — un preciso "ordine" di esame fra i vizi sostanziali e quelli formali[254], al fine di riuscire a mantenere, in ogni caso, la coerenza complessiva del proprio impianto teorico.

Detto altrimenti, si cercò di mostrare la necessità per il giudice, data da un'esistente priorità di tipo logico[255], di esaminare dapprima le censure di tipo

---

[253] A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pag. 451, infatti, riporta, seppur come base per la successiva critica e per l'ideazione di una diversa prospettiva ricostruttiva, la tesi tradizionale secondo cui «[…] *l'annullamento dell'atto per vizi meramente formali non impedisce la riemanazione nei confronti dei medesimi soggetti di un provvedimento di identico contenuto che non presenti gli stessi difetti per cui la precedente manifestazione di volontà dell'autorità è stata invalidata*». In questo senso, cfr., per tutti, E. CASETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, op. cit., pag. 621, ove, ragionando circa il rapporto fra "interesse materiale" e "interesse alla legittimità", giunge alla conclusione che «[…] *una volta venuto meno l'interesse alla legittimità, l'interesse materiale, ove non realizzato insieme con esso, ritorna ad essere, com'era originariamente, un interesse di fatto. Ciò avviene tipicamente nei casi, già da tempo individuati in dottrina, in cui l'atto amministrativo è annullato per vizi di forma, eliminati i quali l'amministrazione può riprodurlo con immutato contenuto*». Cfr., anche, se si vuole, P. BODDA, *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1950, pag. 19; nonché gli Autori analizzati all'interno dei parr. 3.1. e 3.2. del presente Capitolo.

[254] Ossia, secondo A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pag. 455, rendendosi consapevoli «[…] *della relazione che corre tra le questioni relative ai c.d. vizi sostanziali e quelle attinenti invece ai vizi formali del procedimento o del provvedimento (che ne risulta), converrà riflettere che esse si distinguono, ed insieme si compongono, quanto all'ordine nel quale devono essere prese in esame dal giudice* […]». In ciò intuendo una eco con la distinzione, elaborata dalla dottrina tedesca (cfr., in particolare, A. ZEUNER, *Wiederholung der Kündigung und Rechtskraft im Kündigungsschutzstreit*, in M.D.R., 1956, pagg. 257 ss.), tra il rapporto amministrativo (*Gestaltungsrechtsverhältnis*), da un lato, e l'atto (*Gestaltungsakt*).

[255] Tale necessità discende dal diverso carattere delle norme giuridiche che stanno alla base delle due diverse categorie di vizi dell'atto amministrativo. Infatti, mentre le norme di tipo "sostanziale" (cfr. A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pag. 456) «[…] *sono direttamente intese a riempire* […] *la c.d. riserva che nel nostro ordinamento copre l'intero momento*

"sostanziale" ed, in seguito, soltanto dopo aver constatato la "legittimità sostanziale" della sistemazione degli interessi in concreto operata dall'amministrazione per il tramite del provvedimento impugnato, analizzare le censure relative ad aspetti "formali/procedurali".

Per tale via, pertanto, anche laddove — per tornare all'esempio formulato poc'anzi — un atto amministrativo fosse caducato sulla base di uno o più vizi formali, la pronuncia stessa riconoscerebbe comunque implicitamente, per l'operare del citato meccanismo della "priorità logica" dell'esame della validità sostanziale del provvedimento, un accertamento di legittimità sostanziale del rapporto amministrativo che, ovviamente, andrà a favore (nell'esempio fatto) dell'amministrazione resistente[256].

Tale particolare "ordine di esame" dei motivi d'annullamento imposto al giudice, in combinato con la preclusione del "dedotto e deducibile", consente di

---

dell'autorità e contengono perciò immediatamente la garanzia della posizione del cittadino nei rispetti degli interventi dei pubblici poteri che incidano sulla sua sfera giuridica»; quelle di tipo "formale", invece, (A. PIRAS, op. ult. cit., pag. 457) che impongono un «[…] *determinato procedimento composto da una certa serie di atti ovvero prescrivano particolari adempimenti formali sono dettate unicamente per rafforzare quella garanzia e di esse non può pertanto profittare il privato oltre i naturali limiti imposti dal loro contenuto*». Ecco, pertanto, perché, alla luce di tali premesse definitorie, si ritiene di aver chiarito la ragione giuridica tale per cui, dato che le norme "formali" non sono funzionalizzate a garantire forme di tutela finale per il cittadino, allora ne discende (*ibidem*) che «[…] *la questione della loro violazione non può venire logicamente in considerazione se non dopo che siano accertate le varie condizioni di validità sostanziale del provvedimento (e cioè che all'amministrazione in concreto spettava il potere che essa ha esercitato e che, sempre in concreto, al legittimo esercizio di questo potere non si opponeva alcuno dei limiti stabiliti dalle norme sulla funzione)*».

[256] Cfr., chiaramente, A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pag. 453, nella parte in cui ammette che per ottenere lo stesso "risultato" di tutela (che si ottiene per i vizi "sostanziali") anche per i ricorsi basati su "vizi formali" «[è] *sufficiente pensare che la sentenza la quale pronunci l'annullamento per un vizio del procedimento, ad es., o per altro difetto di forma, 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, risolvendosi la controversia in difformità delle richieste del ricorrente, ma anche nell'ipotesi in cui il vizio di natura formale, per cui l'atto sia stato annullato, abbia costituito l'unico motivo del ricorso*». Di diverso avviso, come già mostrato (cfr. *supra* nt. 245), R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, op. cit., pag. 583, nella parte in cui chiarisce che «[…] *rimosso un atto per vizi di forma, ciò non comporta assolutamente,* […] *l'accertamento della sua legittimità sostanziale, da cui deriverebbe che, posto rimedio al vizio, l'ulteriore provvedimento sarebbe al riparo da ogni impugnativa*».

soddisfare, anche nei casi di annullamento per soli vizi formali, l'obiettivo di accertamento pieno, definitivo e stabile del rapporto amministrativo[257].

Il risultato in questione è la conseguenza dei corollari che discendono da tale "complessa" ricostruzione del meccanismo di funzionamento del processo amministrativo: dal lato della parte ricorrente, infatti, la preclusione del "deducibile" sanziona la scelta di non aver proposto contestazioni di tipo "sostanziale" le quali, pertanto, non potranno più essere riprese in un nuovo e successivo ricorso *de eadem re*; dal lato dell'amministrazione resistente, invece, nonostante l'annullamento dell'atto per una censura "formale", si potrà confidare, nella fase di ri-edizione del potere amministrativo, sulla conferma "giurisdizionale" della validità "sostanziale" del proprio operato[258].

[257] In questo modo, per usare le parole di A. PIRAS, op. ult. cit., pagg. 452-453, «[…] *l'ipotesi dell'annullamento dell'atto in conseguenza di vizi meramente formali non costituisc*(e) *affatto un ostacolo a riconoscere il carattere finale della tutela giurisdizionale amministrativa*».

[258] Si vd., in argomento, la chiara illustrazione dei corollari — esposti *breviter* in corpo — contenuta in M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 89, ove l'Autore intuisce come le premesse argomentative del PIRAS si possano declinare secondo due direttrici: «[…] *in base al principio del dedotto e del deducibile, che qui sanziona la mancata proposizione di motivi di ricorso attinenti a vizi di carattere sostanziale, il ricorrente non può più contestare la legittimità sostanziale del provvedimento; l'amministrazione, allorché proceda alla rinnovazione dell'atto annullato per il vizio formale uniformandosi al giudicato, ha "la certezza della legittimità sostanziale" della sua azione*».

3.4.1. (segue): Critiche alla costruzione del "giudicato sul rapporto" e spunti per una proposta ricostruttiva adattabile alla (mutata) struttura del processo amministrativo attuale.

La tesi appena esaminata, nonostante il grande apprezzamento che ricevette per l'encomiabile sforzo ri-costruttivo dell'Autore ed il grande "interesse" [259] che suscitò intorno al tema (qui trattato) del «giudicato amministrativo», divise la dottrina, coeva e successiva, e la stimolò a porsi (seppur con i personali "aggiustamenti") in una posizione di adesione o, viceversa, di contrarietà a tale "disegno" del processo amministrativo.

In particolare, coloro che si schierarono a favore dell'impostazione in questione[260] fecero leva sul risultato di stabilità e di effettività della tutela del

---

[259] Tra i vari commentatori che si sono confrontati con le ricche suggestioni impresse dalla teoria appena esaminata, P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, op. cit., pag. 123, definisce esplicitamente come "interessantissima" la ricostruzione del PIRAS riferendo al lettore come «[…] *la tesi che si va esaminando* (aggiungiamo: quella, appunto, che riscostruisce il processo amministrativo come "processo sul rapporto") *si rivela subito interessantissima, anzi come l'unica che consenta* […] *di restituire al giudicato amministrativo la funzione di tutelare il cittadino leso dal provvedimento illegittimo annullato contro gli eventuali nuovi interventi autoritativi dell'amministrazione o comunque contro il persistere della stessa autorità nel proprio comportamento illegittimo*». Vd., anche, in proposito, G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, op. cit., pag. 179, che identifica la teoria del PIRAS come «[…] *il più cospicuo contributo, finora fornito dalla dottrina, per superare il divario da sempre esistente nel nostro giudizio amministrativo tra la materia del contendere, deducibile in sede di ricorso per l'annullamento dell'atto, e l'effettivo conflitto di interessi, sussistente sul piano sostanziale fra le parti. Si raggiunge così il risultato di investire direttamente il giudice del potere di definire il rapporto amministrativo concreto e, dunque, di dichiarare, una volta per tutte, quale debba essere l'assetto definitivo di tale rapporto*».

[260] Cfr., per un'adesione alla costruzione del processo amministrativo come processo sul "rapporto", quantomeno F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1971, pagg. 242 ss., il quale, seppur nell'ottica dello studio del tema specifico del "silenzio" della P.A., ha modo — incidentalmente — di mostrare una preferenza verso tale impostazione ritenendo (pag. 244) che «[s]*e l'oggetto proprio del giudizio è il rapporto amministrativo, diventa ovvio che quello si struttura processualmente secondo l'ampiezza e la ricchezza disciplinare, di cui questo è dotato sul piano sostanziale*»; nonché F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, Cedam, 1969, pagg. 184-185, nella parte in cui tale Autore, resosi consapevole che «[…] *la giurisdizione del Consiglio di Stato è lacunosa nel senso che si svolge come annullamento di atti, lasciando impregiudicata l'attività dell'amministrazione* […]» propone, come possibile soluzione al problema di "effettività" della tutela, un modello di processo amministrativo che «[…] *non si appunti esclusivamente sugli atti, ma investa l'attività nel suo complesso, sia in quanto abbia determinato la lesione (quindi come motivo di illegittimità dell'atto), sia in quanto debba venir svolta per ripararla*». In questo modo si stimola il Consiglio di Stato ad interpretare «[…] *la propria giurisdizione in senso più estensivo, cioè*

processo amministrativo che discendeva da una piena e completa applicazione dei corollari giuridici ricavabili dalle premesse teoriche della costruzione del PIRAS. Ciò, ovviamente, anche a costo di accettare di rimuovere i principali aspetti consolidati — in dottrina e giurisprudenza[261] — del modello di processo amministrativo all'epoca vigente.

Viceversa, un'altra schiera di Autori[262] riconobbe il grande merito teorico alla colta e "titanica" (in senso di mole degli studi, specie con riguardo alle citazioni di dottrina, anche tedesca) impresa compiuta dalla tesi in esame, ma non rinunciò (pur condividendo i medesimi obiettivi di pienezza ed effettività della tutela) a valutare in chiave critica i vari passaggi giuridici attraverso cui si articola l'impostazione *de qua* al fine metterne in risalto le maggiori debolezze ed insufficienze[263].

Conviene al riguardo ricordare alcune delle maggiori "problematicità" prodotte dalla tesi del "giudizio sul rapporto", al fine di mostrare come il

---

veramente, come si è detto in dottrina, quale giurisdizione su rapporti e non su atti, rivolta non solo a sopprimere l'illegittimità, ma a ricostruire la legalità […]».

[261] Cfr., in particolare, l'indirizzo presente all'interno della giurisprudenza dell'epoca che inquadrava il "centro" del processo amministrativo nell'atto impugnato (e negli specifici vizi mossi contro di esso), così come espresso, *ex multis*, da Cons. St., sez. V, 14 luglio 1978, n. 854, in Cons. St., 1978, I, pag. 1137; Tar Campania, 22 febbraio 1978, n. 166, in I T.a.r., 1978, I, pag. 1675; Cons. St., sez. IV, 18 ottobre 1952, n. 810, in Cons. St., 1952, pag. 1233. Emblematica per l'orientamento anzidetto risulta essere la pronuncia Cons. St., sez. V, 26 ottobre 1976, n. 1319, in Cons. St., 1976, I, pagg. 1050 ss., ove, chiaramente, il giudice amministrativo, dopo aver premesso che il processo amministrativo «[…] *pur essendo costruito dall'ordinamento come processo di parti, è essenzialmente un processo da ricorso, preordinato al fine di determinare una pronunzia giurisdizionale sulla legittimità di un atto amministrativo* […]», giunge *expressis verbis* ad affermare che «[…] *in sede di giurisdizione di legittimità oggetto del giudizio è un atto, e non un rapporto* […]».

[262] Vd., per tutti, G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, op. cit., pagg. 174 ss.; R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, op. cit., pagg. 501 ss.; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, pagg. 160 ss.

[263] Valga, per tutti, l'impostazione critica espressa da G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, op. cit., pagg. 179-180. Egli, infatti, a conferma di quanto esposto *supra*, «[p]*ur condividendo appieno le esigenze di giustizia concreta, da cui la cennata teoria muove, sommessamente a me non pare che i riferiti risultati possano essere raggiunti all'interno del nostro giudizio di annullamento. E così, non mi pare che si possa pervenire all'accertamento dell'intero rapporto amministrativo nel quadro del giudizio di annullamento — così come è stato normativamente configurato — senza operare una evidente forzatura della struttura di questo giudizio e senza pervenire, d'altro canto, ad implicazione ricostruttive inique, oltre che contrastanti col dato normativo*».

dibattito sul tema del «giudicato amministrativo» non sia stato definitivamente chiuso nemmeno dopo le dimostrazioni del PIRAS[264], ma come, anzi, questa tesi, così come le altre (principali) posizioni dottrinali selezionate ed esaminate nel corso del presente Capitolo, rappresenti unicamente un "angolo visuale" dello studio del tema.

Ed intorno al problema del «giudicato amministrativo» la tesi in questione, seppur si sia posta nell'ottica di un virtuoso incremento dei risultati di tutela, così come le altre posizioni analizzate deve — in ultima analisi — scontare il *deficit* strutturale del modello di processo impugnatorio disegnato dal legislatore dell'epoca.

Ed è proprio questo "modello" di processo all'epoca vigente che rappresenta il punto di maggior "frizione" tra le ambizioni della Dottrina appena esaminata e la successiva costruzione giuridica che doveva tradurre sul piano tecnico-processuale quelle medesime finalità e che, a fronte di uno schema di processo fortemente incentrato sull'"atto", portò il PIRAS a compiere quelle (forse eccessive) "forzature"[265] dell'impianto onde salvare la tenuta complessiva della propria tesi.

In particolare, le maggiori "debolezze" della costruzione esaminata sembrano riguardare l'utilizzo generalizzato dei meccanismi "preclusivi" e "presuntivi" onde cercare di garantire, in ogni tipologia di contenzioso di legittimità davanti al giudice amministrativo, l'accertamento completo e stabile del rapporto amministrativo: questi sono, per l'appunto, la regola dell'estensione del giudicato, oltreché al "dedotto", anche al "deducibile" e la priorità logica

---

[264] Ed infatti, vi furono altri Autori, vd. ad es. M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pagg. 112-113, che «[s]*tretti tra i due corni del dilemma giudizio sull'atto e giudizio sul rapporto — l'uno insoddisfacente, l'altro improponibile perché contra legem* — […]» si chiesero «[…] *se non esista qualche altra linea interpretativa che, senza stravolgere la struttura attuale del processo consenta di risolvere il problema che ci interessa*».

[265] Tale aspetto è ben evidenziato da M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 93, il quale, nel confrontarsi con la tesi del PIRAS, giunge a porsi il seguente interrogativo: «[t]*irando le fila* (aggiungiamo: delle) *considerazioni sulla teoria del Piras, ci si può chiedere se il prezzo che essa paga, in termini di alterazione della struttura attuale del processo amministrativo si giustifichi pienamente rispetto ai risultati raggiunti in tema di rapporti tra giudicato e potere amministrativo*».

(imposta al giudice) di esame prioritario dei "vizi sostanziali" rispetto a quelli di ordine "formale".

Venendo a trattare per ordine tali profili, quanto al meccanismo preclusivo del "dedotto e deducibile", in disparte delle critiche relative alla possibilità di utilizzare tale tecnica processuale in assenza di un "preciso" fondamento normativo a riguardo[266], è possibile (anche ammettendo una pacifica applicazione della preclusione in questione) evidenziare come vi siano casi in cui essa non consente di far ricoprire al successivo «giudicato amministrativo» (o, ancor meglio, ai suoi «limiti oggettivi») l'intero ambito del rapporto amministrativo, con conseguente venir meno dell'effetto di stabilizzazione definitiva auspicato dalla teoria in esame[267].

Ci si riferisce ai contenziosi ove gli atti amministrativi impugnati appartengano ai tipi di atti che sono definiti, utilizzando il lessico di Autorevole dottrina[268], come atti «negativi pregiudiziali»[269] o «preliminari»[270], i quali sono

---

[266] Per un esame critico, in generale, dell'applicazione al processo amministrativo della preclusione del "dedotto e deducibile" si rinvia al dibattito riportato (*breviter*) in nt. 245 del presente Capitolo.

[267] Così, anche, G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, op. cit., pagg. 182-183, cui si fa espresso rinvio.

[268] Il riferimento va a F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1964, pagg. 150 ss.

[269] Si possono definire come "atti di rifiuto pregiudiziale" quei provvedimenti di diniego che vengono emanati nel corso del procedimento amministrativo (avviato nell'aspirazione della soddisfazione di un dato interesse legittimo "pretensivo") nel momento in cui l'amministrazione procedente accerti una "irritualità" o una "tardività" dell'istanza. Sulla distinzione teorizzata fra "rifiuto pregiudiziale" e "rifiuto in senso proprio" (ossia avente ad oggetto l'emanazione di uno specifico provvedimento), cfr. F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, op. cit., pagg. 150-151, dov'Egli ritiene che il secondo «[…] *esprime o dovrebbe esprimere l'intero ciclo della funzione, e quindi tutto il complesso delle operazioni e valutazioni in cui si articola l'agire per l'esercizio del potere* […]», mentre il primo «[…] *esprime solo l'attività preliminare consistente nella verifica dei presupposti di questo stesso agire*». Come lucidamente chiarito da G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, op. cit., pag. 30, poiché in tali situazioni le eventuali censure mosse in sede d'impugnazione degli atti di rifiuto pregiudiziale non potranno che essere incentrate sugli stessi profili della "ritualità" o "tempestività" dell'istanza proposta (onde veder conseguenzialmente accertata l'illegittimità del "rifiuto pregiudiziale), «[…] *su siffatte questioni — e solo su queste — si instaura la materia del contendere, mentre resta del tutto estranea ad essa e, dunque, all'oggetto del giudizio ogni questione sulla fondatezza o meno della pretesa sostanziale del ricorrente*». In argomento, se si vuole, si vd. anche C. ANELLI, *L'efficacia della cosa giudicata con particolare riguardo ai limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, op. cit., pag. 398, il quale formula chiaramente un esempio analogo in grado di

espressione di un esercizio della funzione amministrativa che, per le più svariate ragioni in fatto o in diritto, si è dovuto arrestare ad un momento anticipato (rispetto alla sua fisiologica conclusione). In simili casi, dunque, quand'anche il ricorrente apporti alcune censure d'illegittimità avverso tali specie di atti e si applicasse la preclusione del "deducibile" non si potrebbe comunque raggiungere il risultato della stabilizzazione completa del rapporto in quanto quest'ultimo non potrebbe, per definizione, entrare (in via diretta o presuntiva) all'interno del *thema decidendum* del processo giacché l'atto impugnato non attiene alla definizione del rapporto stesso (ma solo a suoi profili propedeutici o preliminari).

Un'ulteriore possibile "incrinatura" della coerenza complessiva dell'approccio ricostruttivo in esame riguarda l'idea per cui l'oggetto del processo amministrativo sia sempre rappresentato da un accertamento completo del "rapporto". Tale assunto sembra non potersi pienamente rispettare con riguardo ad una delle tre categorie di vizi di legittimità del provvedimento amministrativo, ossia quella rappresentata dalla contestazione dell'«incompetenza» dell'organo che

---

spiegare la possibile "barriera" che, in taluni casi, si va a frapporre ad una cognizione intera del "rapporto amministrativo": «[…] *può avvenire che la domanda di partecipazione al concorso sia stata respinta per tardività o per omissioni o irregolarità di ordine formale* […]. *Sì che, in definitiva, può dirsi che si accerta solo l'interesse del candidato a che la sua domanda sia esaminata nel merito, ma è questa pur sempre una situazione soggettiva, anche se strumentale e preparatoria rispetto al bene della vita che si intende conseguire, ossia, all'interesse di fondo a vincere il concorso, situazione correlativa al potere — dovere dell'amministrazione di pronunciarsi sulla domanda*». Più, in generale, sull'elaborazione della figura del rifiuto c.d. "pregiudiziale", cfr. P. GASPARRI, *Corso di diritto amministrativo*, III, Padova, Cedam, 1956, pag. 75.

[270] Tale tipologia di rifiuto, invece, secondo F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, op. cit., pag. 197, serve ad inquadrare quegli atti di diniego pronunciati in una fase più matura del procedimento amministrativo. Ossia, per utilizzare le parole dell'Autore, tutti quei casi in cui «[…] *pur ricorrendo i presupposti del procedimento (intesi in senso proprio), il preliminare accertamento negativo di una condizione del provvedimento rende giuridicamente superflua la prosecuzione della serie procedimentale, e questa si conclude quindi con un atto che per l'aspetto sostanziale si profila come un rifiuto in merito, ma per la disciplina formale si avvicina alquanto alla figura (aggiungiamo: del "rifiuto pregiudiziale")*». In tal caso, a differenza della figura del rifiuto "pregiudiziale", è possibile in sede di sindacato giurisdizionale avere una maggiore (anche se non completa) conoscenza del "rapporto amministrativo" per effetto dei vizi mossi dal ricorrente avverso l'atto sfavorevole impugnato. Secondo G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, op. cit., pag. 31, in ambedue i casi esaminati la cognizione del rapporto in giudizio appare fisiologicamente incompleta e «[…] *solo quando l'atto di rifiuto è il risultato del completo svolgimento della funzione amministrativa il soggetto, eventualmente leso, si troverà in condizione di dedurre in giudizio l'intero rapporto amministrativo*».

ha emanato l'atto impugnato. Ed infatti, in tale caso, poiché l'organo "incompetente" non dispone di una legittimazione a poter attualizzare il rapporto amministrativo di cui alla norma attributiva del potere, l'annullamento dell'atto in questione non può accertare il modo d'essere di un rapporto proprio in quanto si è dinanzi ad un organo senza legittimazione[271]. A conferma di ciò, lo stesso T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato (R.d. 26 giugno 1924, n. 1054) prevedeva espressamente, all'art. 45, come conseguenza dell'annullamento in funzione del riscontro dell'incompetenza dell'organo amministrativo, che il Consiglio di Stato «[…] *annulla l'atto e rimette l'affare all'autorità competente*».

Sempre sul tema dei vizi, la regola della priorità logica di esame dei vizi sostanziali (rispetto a quelli formali) applicata sul piano pratico rischia di produrre delle conseguenze "inique"[272].

---

[271] Lo stesso Autore in esame pare ben conscio che la figura dell'"incompetenza" rappresenti un qualcosa di particolare e diverso rispetto alle altre categorie di vizi di legittimità dell'azione amministrativa. Infatti, Egli (cfr. A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pagg. 460-461) ha cura di precisare, a scanso di ogni equivoco sul punto, che «[…] *l'incompetenza, mentre si atteggia come una delle possibili cause dell'annullabilità del provvedimento, tradisce molto chiaramente la circostanza che l'autore dell'atto impugnato, se è di 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. Oltre tutto, il fondamento di questa conclusione emerge evidente dall'osservazione che la sentenza, la quale annulli l'atto per motivi di incompetenza, si differenzia dalla decisione che dispone l'annullamento per motivi attinenti invece ai soli vizi, di natura formale, dell'atto stesso o del relativo procedimento, non tanto con riguardo all'effetto costitutivo della decisione, che rappresenta anzi il tratto comune dei due diversi provvedimenti giurisdizionali, quanto piuttosto nei rispetti dell'oggetto dell'accertamento, che nel secondo, ma non nel primo di questi casi, è rappresentato dal rapporto giuridico sostanziale*». In argomento, R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, op. cit., pag. 511, sostiene che, poiché (come del resto ritiene il PIRAS) nei casi in cui il vizio lamentato sia l'"incompetenza" «[…] *l'autore dell'atto non è legittimato a contraddire rispetto al rapporto sostanziale, che non può così essere oggetto di accertamento in quella causa*», ne discende la conclusione che «[…] *persino nel caso di annullamento per una delle tre figure di vizi di legittimità legislativamente riconosciute, si conviene che l'oggetto del processo non può essere il rapporto*». Sul vizio di "incompetenza" in generale, e nei suoi principali profili problematici di ordine sostanziale e processuale, si rinvia, *ex pluribus*, quantomeno a G. GASPARRI, *Competenza in materia amministrativa*, in Enc. Dir., VIII, Milano, Giuffrè, 1961, pagg. 34 ss.; A.M. SANDULLI, *Per la delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi*, in Rass. dir. pubbl., 1948, III, pagg. 25 ss.; F. D'ALESSIO, *Competenza amministrativa*, in Nov. dig. it., III, Torino, Utet, 1938, pagg. 731 ss.; nonché, più di recente, all'opera di S. MORO, *L'incompetenza tra forma e sostanza*, Padova, Cedam, 2008.

[272] Per l'espressione valga riferirsi a G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, op. cit., pag. 183: «[…] *l'applicazione delle descritte presunzioni* (s'intende: quella del "dedotto e deducibile" e quella dell'assenza di vizi sostanziali qualora si accertino quelli di ordine formale) *al nostro giudizio di annullamento implicherebbe talune conseguenze davvero inique*».

Infatti, se l'accoglimento di un'azione di annullamento basata unicamente su vizi "formali" di legittimità comportasse sempre e comunque un accertamento della "validità sostanziale" dell'esercizio della funzione amministrativa, si creerebbe un gravoso ampliamento degli "oneri introduttivi" del ricorso in capo all'attore, poiché questi sarebbe costretto in ogni caso, onde evitare di subire un giudicato pregiudizievole quanto alla "sostanza" del rapporto (e nonostante la vittoria in giudizio sulle contestazioni "formali"), ad una complessa ricerca — con conseguente ampliamento dei vizi posti a sostegno della propria domanda d'annullamento — di tutti i possibili (anche incerti) vizi di tipo "sostanziale" che potrebbero affliggere l'atto impugnato[273]. Questa sarebbe l'unica via per sfuggire alle drastiche conseguenze del meccanismo preclusivo del "dedotto e deducibile" che, anche se ottenuto l'annullamento dell'atto impugnato sulla base delle censure "formali", impedirebbe qualsiasi contestazione "sostanziale" avverso il nuovo atto adottato dalla P.A. nella fase di ri-esercizio del potere quand'anche quest'ultimo fosse interessato dagli stessi problemi che (astrattamente, anche se con difficili ricerche istruttorie) erano già ipotizzabili avverso il primo atto (poi annullato)[274].

---

[273] L'unica via per giustificare l'impostazione in questione, come acutamente osserva R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, op. cit., pagg. 509-510, sembra essere quella di interpretarla «[…] *solo come invito al Consiglio di Stato a non trascurare i vizi sostanziali dedotti, e a non limitarsi ai difetti esteriori, senza decidere sui primi, anche per evidenti motivi di economia processuale. Ma se il giudice rifiuta di prendere in considerazione le illegittimità sostanziali, nulla viene accertato su di esse*». Peraltro, l'impossibilità per il giudice di conoscere del rapporto "sostanziale" in tutti quei casi ove siano stati denunciati unicamente vizi "formali" dovrebbe essere la logica conseguenza del principio del "vincolo del giudice ai motivi di parte" vigente anche all'interno del processo amministrativo e sul quale si rinvia, *ex pluribus*, agli studi di F. LA VALLE, *Il vincolo del giudice amministrativo ai motivi di parte*, op. cit., pagg. 40 ss. In particolare tale ultimo Autore (pag. 80) spiega come si realizzi una violazione del vincolo del giudice ai motivi di parte, «[…] *tanto nel caso in cui il giudice addivenga al rigetto del ricorso, omettendo la considerazione di uno o alcuni motivi* […] *quanto nel caso che il giudice, riconosciuti fondati uno od alcuni motivi, pervenga all'accoglimento del ricorso omettendo l'esame degli ulteriori motivi che la parte abbia dedotto*».

[274] Questa "pericolosa" conseguenza pratica è colta in tutta la sua problematicità da G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, op. cit., pagg. 183-184. Egli, infatti, coglie prontamente che, «[…] *se l'accoglimento di un ricorso per vizi solo formali comportasse davvero l'accertamento del rapporto in senso favorevole all'Amministrazione* […]» allora «[…] *risulterebbe poi preclusa al ricorrente stesso l'impugnazione di un nuovo atto — in ipotesi reiterato con gli stessi vizi sostanziali —, anche nel caso in cui nel nuovo atto i vizi sostanziali emergano con ogni evidenza e sia questa volta agevole la*

La stessa regola della presunzione di esame dei vizi "sostanziali" laddove si giudichi (unicamente) intorno a quelli "formali" comporta anche importanti riflessi circa il rapporto fra «giudicato amministrativo» (di rigetto o, per quanto qui rileva maggiormente, di annullamento ma per "vizi formali") ed esercizio successivo del potere amministrativo di «autotutela» — per maggiore precisione: di «annullamento d'ufficio» — della pubblica amministrazione[275].

Infatti, se da un lato nei casi in cui la cognizione del giudice amministrativo si sia basata sulle sole censure di tipo "formale" la questione della "validità sostanziale" dell'atto non è stata oggetto di una cognizione di tipo diretto, dall'altro il «giudicato amministrativo» — per effetto dell'operatività congiunta del meccanismo della preclusione del "dedotto e deducibile" e della regola dell'ordine logico di esame dei motivi di ricorso (che fa sì che l'accertamento dei vizi formali sia sempre un *posterius* rispetto all'accertamento della legittimità sostanziale dell'azione amministrativa) — coprirà sempre (secondo l'ottica della Dottrina qui esaminata, animata dalle esigenze di copertura definitiva e stabile del giudicato) l'intero rapporto amministrativo, incluso

---

relativa dimostrazione in giudizio». Per di più, analoghi problemi potrebbero ravvisarsi anche in tutti quei casi ove, pur a fronte di una critica avverso l'atto impugnato realizzata attraverso un combinato fra vizi "sostanziali" e vizi "formali", il giudice disponga l'annullamento dell'atto impugnato sulla base del riscontro dei soli vizi "formali" non esaminando quelli di tipo "sostanziale" in adesione alla prassi del c.d. "assorbimento improprio" (in disparte delle critiche mosse a tale pratica, sulle quali si rinvia alla nt. 171 del presente Capitolo). In proposito, R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, op. cit., pag. 508, criticando l'approccio del PIRAS al giudizio sui vizi di "forma", osserva che «[…] *l'esperienza comune dimostra all'evidenza che quando il Consiglio di Stato accoglie il ricorso per un vizio di forma, stante la prassi dell'assorbimento dei motivi d'impugnazione, non accerta nient'altro oltre il difetto indicato, che cagiona l'annullamento, in conformità all'indirizzo formalistico (sotto questo profilo) che tale giudice segue nelle sue pronunce. Né l'opinione avversata importerebbe una garanzia di maggiore tutela per il ricorrente: anzi, se la pronuncia di annullamento per motivi di forma significasse l'accertamento del rapporto in modo favorevole all'amministrazione, questa, una volta riparato il vizio formale, potrebbe tranquillamente riemanare un atto di identico contenuto, contro il quale il cittadino sarebbe del tutto privo di mezzi di gravame con prospettive di successo*».

[275] Tema, peraltro, già anticipato (soprattutto con riferimento al versante del rapporto fra pronuncia di rigetto ed autotutela successiva della P.A.) nello studio della teoria del giudicato amministrativo espressa dal BENVENUTI (che, in argomento, si ricorda giungere a conclusioni diametralmente opposte a quelle della costruzione qui in esame), cui si fa rinvio (vd., in proposito, par. 3.2. del presente Capitolo ed, in particolare, la nt. 89 di approfondimento).

l'accertamento, favorevole alla P.A. resistente, della validità sostanziale della sistemazione d'interessi realizzata dall'atto.

La conseguenza "fortemente" problematica di tale approccio dovrebbe essere quella di privare l'amministrazione resistente della possibilità di riesaminare *ex officio*, nell'esercizio dunque dei generali poteri di autotutela spontanea — e, fra questi, di quello di annullamento d'ufficio — la validità della propria azione.

Una menomazione di tal fatta di una capacità generale dell'amministrazione appare criticabile in quanto, in ultima analisi, discende dalle scelte processuali del ricorrente volte ad includere all'interno del proprio atto di ricorso unicamente vizi "formali".

E, per questo, le conseguenze cui la teoria in esame conduce, seppur negli intenti siano mosse da ragioni di ampliamento dei «limiti oggettivi» del giudicato amministrativo in funzione di definizione stabile del "rapporto amministrativo", nei fatti si traducono in uno svantaggio sia per il ricorrente vittorioso che per l'amministrazione resistente.

Infatti, il primo, come già anticipato *supra*, viene ad essere "sanzionato" per non aver mosso contestazioni di tipo "sostanziale" (bensì unicamente "formali") all'azione della P.A. dovendo subire, nonostante l'accoglimento della propria azione d'annullamento dell'atto impugnato, un accertamento (che non ha formato oggetto della cognizione diretta del giudice, né di una richiesta espressa dello stesso ricorrente in proposito), della validità sostanziale della sistemazione concreta del rapporto amministrativo.

Quanto all'amministrazione, invece, essa si troverà nella fase di ri-edizione del potere ad essere "legata" da un vincolo di "sostanza" che emerge dal concluso giudizio (ed incluso nella forza del nascente «giudicato amministrativo») seppur ricavabile unicamente in via "implicita" per effetto dell'azione di meccanismi di tipo "preclusivo"[276] (il dedotto ed il deducibile in combinato con

[276] D'altronde risulterebbe pure utopistico immaginare che, secondo l'idea del possibile accertamento pieno del rapporto in corso di giudizio, l'amministrazione resistente, a fronte di

la priorità logica delle questioni di ordine sostanziale), che le proibirà successivamente una spendita del proprio potere di annullamento d'ufficio per rivedere la "sostanza" delle proprie scelte quand'anche si dovesse accorgere che, in realtà, un vizio di "legalità sostanziale" davvero affligge il provvedimento[277].

Tutte queste critiche — qui riportate nei loro profili essenziali — che si possono riferire ad alcuni approcci interpretativi della teoria del "giudicato sul rapporto", sono il frutto (come si è già anticipato) di un difficile connubio tra un'impostazione alquanto evoluta dei risultati (auspicati) di tutela — con relativi corollari di pienezza, effettività e stabilità — ed un impianto di processo amministrativo ancora arretrato quanto a struttura, azioni, tecniche istruttorie, etc.

Pertanto, la base "virtuosa" e meritevole dello sforzo compiuto da questa Dottrina per riuscire a creare un modello di processo amministrativo idoneo a risolvere (con aspirazione di definitività) il conflitto sostanziale tra amministrazione e ricorrente va valorizzata e ripresa nell'ottica di un nuovo studio del tema del «giudicato amministrativo» all'interno dell'attuale diritto processuale amministrativo (s'intende: successivo all'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo).

---

contestazioni unicamente "formali" avverso l'atto emanato, domandi espressamente al giudice un accertamento della legalità sostanziale del proprio operato. Infatti, non si arriverà mai a questo, potendo il conseguente risultato processuale andare contro ai propri interessi facendo accertare un'eventuale illegalità dell'atto (che va oltre a quanto aveva chiesto il ricorrente a ciò interessato), ossia una conclusione processuale che si pone in contraddizione con il ruolo di resistente a difesa della legittimità del provvedimento ricoperto in giudizio dall'amministrazione.

[277] Secondo M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pagg. 90-91, il quale ha presenti alcune possibili "aporie" (quale quella appena esposta in corpo) che discendono dallo svolgimento pieno e pratico delle premesse teoriche proprie della costruzione del PIRAS, in relazione al tema del rapporto fra «giudicato amministrativo» ed «annullamento d'ufficio» è necessario in conclusione assumere una posizione fra le due sole che si presentano all'interprete: «[…] *o si consente alla pubblica amministrazione (ed a un eventuale controinteressato) di richiedere un accertamento espresso della validità sostanziale del provvedimento nel corso del giudizio.* […] *Oppure si deve ritenere non precluso il potere di autotutela e con ciò stesso si menoma gravemente la stabilità del rapporto conseguente al giudicato. La prima soluzione altererebbe ancor più la struttura del processo amministrativo; la seconda contrasta con gli obiettivi che la tesi di Piras vuole perseguire*».

Infatti, i recenti sviluppi normativi, tanto sul fronte del procedimento amministrativo [278], quanto su quello strettamente giurisdizionale, possono costituire l'occasione per riprendere il percorso di studi sui temi oggetto d'interesse del presente lavoro al fine di cercare di comprendere se si sia "andati oltre" alle "moderne" elaborazioni dottrinali sul «giudicato amministrativo» — qui analizzate nei loro *pro* e *contra* — e sia possibile raggiungere gli obiettivi che animavano il PIRAS (e gli altri Autori esaminati) senza dover, tuttavia, accettare gli estremi delle "forzature" del sistema vigente con le connesse e, presumibilmente, dimostrate iniquità pratiche.

[278] L'utilità di allargare lo sguardo anche sul fronte "procedimentale" quando si studino alcuni istituti del processo amministrativo (per esempio, quello che qui interessa del "giudicato") è ben presente a M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 113, ove Egli propone una prospettiva metodologica «[…] *che cerchi di risolvere il problema dell'effettività della tutela del cittadino coordinando la fase processuale con la fase procedimentale e facendo un'applicazione congiunta di principi procedimentali e principi processuali*».

Capitolo IV

PER UNA RICONSIDERAZIONE DEL PROBLEMA DEL GIUDICATO ALL'INTERNO DELL'ATTUALE DIRITTO PROCESSUALE AMMINISTRATIVO.

SOMMARIO: 4.1. Una premessa di lettura: il *favor* verso un'"inversione del metodo" come chiave esegetica per interpretare il dato "strutturale" alla luce degli attuali "valori funzionali" del processo – 4.2. Il (nuovo) dato "strutturale" rappresentato dal Codice del processo amministrativo con la sua "sistematica" di azioni. La pluralità delle azioni all'interno del processo amministrativo come "fascio" di tecniche processuali a disposizione dell'attore per la protezione e soddisfazione (effettiva) dei "bisogni" differenziati di tutela. Riflessi in punto di giudicato amministrativo: "limiti oggettivi" ad "ampiezza variabile" in conformità alla modulazione delle pretese processuali del ricorrente – 4.3. Verso un giudicato amministrativo di "spettanza" (o di "rigetto" della pretesa) c.d. "stabilizzato". Le differenti tecniche di tutela degli interessi legittimi (pretensivi e oppositivi) e loro collegamento con i limiti/ostacoli tradizionali opposti ad un giudicato amministrativo "pieno e stabile" – 4.3.1. (segue): La contrazione dei «limiti oggettivi» del giudicato amministrativo per effetto della "discrezionalità residua" e/o del ri-esercizio del potere fondato su differenti "fatti costitutivi" – 4.3.2. (segue): Spunti per un "esaurimento" delle "alternative" amministrative all'interno della sede procedimentale. Verso un "onere preclusivo" di tipo procedimentale in capo alla P.A. – 4.3.3. (segue): La valorizzazione delle eccezioni e degli strumenti dell'istruttoria processuale come (ulteriore) via per l'esaurimento del potere in funzione di un giudicato di "stabilità". Resistenze legate al (superabile) "divieto d'integrazione postuma della motivazione" del provvedimento amministrativo – 4.4. I riflessi di "sistema" della ri-costruzione suggerita, ossia il riequilibrio "fisiologico" tra fasi processuali: cognizione "completa" ed ottemperanza "esecutiva" attraverso la sostituzione del "giudicato a formazione progressiva" con un giudicato amministrativo a "limiti oggettivi" completi e stabili.

4.1. Una premessa di lettura: il favor verso un'"inversione del metodo" come chiave esegetica per interpretare il dato "strutturale" alla luce degli attuali "valori funzionali" del processo.

Come s'è potuto anticipare in più occasioni, all'interno dei Capitoli precedenti del presente lavoro[1], l'elaborazione dogmatica dell'istituto processuale del «giudicato amministrativo», nella tradizione dottrinale e giurisprudenziale anteriore alla stagione di riforme che hanno portato, negli ultimi anni, ad un'opera d'importante "revisione" del processo amministrativo — culminata, come noto, nell'adozione del relativo "Codice"[2] —, appariva divisa tra due fondamentali esigenze. Queste erano rappresentate, da un lato dal bisogno di assicurare "stabilità" (di risultati) e "pienezza" (di contenuti) alla sentenza di merito resa in esito al giudizio amministrativo, e, dall'altro, dall'imprescindibile confronto con un "impianto strutturale" povero (nella sua architettura) di strumenti processuali offerti all'attore poiché incentrato, essenzialmente, intorno all'azione costitutiva di annullamento di un atto (asserito come) illegittimo.

Il "dato strutturale" ad impostazione "demolitoria", dunque, ha costituito sempre un termine di raffronto obbligato per l'interprete che, seppur mosso da auspici e obiettivi finalistici ambiziosi (quanto ai risultati di tutela e satisfattività accordati dal processo amministrativo), nel momento in cui ha dovuto implementare sul piano giuridico-processuale quella massa di "principi" di qualità della funzione giurisdizionale, si è trovato astretto in un "*aut-aut*" metodologico rappresentato dalle seguenti alternative: dover rinunciare parzialmente ai risultati sperati[3] o procedere con una sorta di tortuosa "forzatura" degli istituti processuali onde poterli declinare in funzione delle premesse di "valore" tendenti al

[1] Cfr., in proposito, le tesi analizzate (in particolare) all'interno dei Capp. II e III del presente studio.

[2] D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104. «*Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*». Si rinvia, *infra*, per ogni considerazione in merito al (nuovo) sistema introdotto dal Codice del processo amministrativo, relativamente ai profili d'interesse per uno studio in tema di «giudicato amministrativo».

[3] Si pensi, come possibile esemplificazione, alla costruzione del «giudicato amministrativo» a "limiti oggettivi fortemente contratti" elaborata dal BENVENUTI, che stimola a "dequotare" il valore del giudicato a mero "fatto" da bilanciare in sede di ri-edizione del potere amministrativo. Sul punto si rimanda all'analisi "critica" condotta all'interno del paragrafi 3.2. e 3.2.1., del Cap. III, del presente lavoro.

traguardo di un giudizio (e, dunque, di un «giudicato amministrativo») "stabilizzante" il complesso "rapporto amministrativo"[4].

A fronte, dunque, della difficoltà di rinvenire, a "struttura processuale invariata", un risultato costruttivo dell'istituto del «giudicato amministrativo» che "andasse oltre" alle alternative nette appena prospettate, le quali prestavano il fianco a un delicato "gioco" di *pro* e *contra* (a seconda dell'angolo visuale prescelto, a favore delle finalità auspicate o di una più stretta aderenza alla "forma" costitutiva del giudizio), portò ad un (temporaneo) abbandono del dibattito giuridico sul tema, ormai ascritto nella più grande e omnicomprensiva dicotomia (spesso abusata all'estremo della sua portata semplificante) "giudizio sull'atto - giudizio sul rapporto"[5].

Tuttavia, la "nuova stagione" del processo amministrativo inaugurata "simbolicamente" con l'emanazione del (nuovo) Codice di rito[6], prima

---

[4] Si richiami, in argomento, l'"ambiziosa" e raffinata (oltre che complessa) costruzione teorica suggerita dal PIRAS (vd. par. 3.4., del Cap. III, del presente lavoro), come esempio del massimo sforzo teorico perseguito dalla dottrina tradizionale del processo amministrativo per elaborare un giudizio sul c.d. "rapporto" entro la "cornice" strutturale di un modello processuale che, viceversa, risentiva pesantemente delle logiche del "controllo" sull'"atto". Cfr., in proposito, C. CONSOLO, *Per un giudicato pieno e paritario a prezzo di un procedimento amministrativo all'insegna del principio di preclusione*, in Dir. proc. amm., 1990, I, pagg. 175-176, il quale definisce il tentativo del PIRAS 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 (immemore a tratti del fatto, sempre presente a Nigro, che molti limiti della giustizia amministrativa italiana, anzi di ogni concepibile sistema di giustizia amministrativa, non nascono, e quindi neppure si risolvono, nell'ordine processuale, ma vi sono indotti da quello sostanziale*».

[5] Appare critico P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1981, I, pag. 13, nella parte in cui ritiene che la concezione del processo amministrativo elaborata dal PIRAS abbia «[…] *finito per radicalizzare la discussione tra fautori della concezione del giudizio amministrativo come giudizio sull'atto e fautori dello stesso come giudizio sul rapporto, discussione che si presenta ormai in termini erroneamente assoluti, generici e stabili* […]». Nello stesso senso, anche E. CAPACCIOLI, *Per l'effettività della giustizia amministrativa (Saggio sul giudicato amministrativo)*, in Imp. amb. e p.a., 1977, I, pag. 55, laddove afferma che «[…] *non è affermando a parole che tale processo è di accertamento e sui rapporti che si progredisce verso una giustizia amministrativa più utile*».

[6] Anche se, invero, alcune tendenze anticipatrici si erano già manifestate alcuni anni addietro, attraverso vari interventi di riforma, più o meno complessi, dell'allora vigente sistema processuale. Tra questi, è possibile qui ricordare, fra tutti, quello realizzato ad opera della l. 21 luglio 2000, n. 205, «*Disposizioni in materia di giustizia amministrativa*», rinviando, per ogni commento a riguardo, a V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo: commento alla legge 21 luglio 2000 n. 205*, Torino, Giappichelli, 2000; nonché a R. VILLATA, *Due anni dopo*, in Dir. proc. amm., 2003, I, pagg. 333 ss.

richiamato, avendo contribuito in misura esponenziale a realizzare un "salto epocale" nello sviluppo del sistema di tutele[7] per le "controversie di diritto pubblico"[8], ha comportato un "cambio di paradigma"[9] — che potremmo qui compendiare con l'espressione — dalla "giustizia amministrativa" al "diritto processuale amministrativo"[10], scaricando "a valle" una serie di nuovi compiti per l'interprete.

---

[7] Ci si riferisce, principalmente, al nuovo piano di articolazione degli strumenti di tutela a disposizione dell'interessato. Ovviamente, a scanso di ogni equivoco si evidenzia come gli spazi di novità recati dal (nuovo) Codice sono molteplici e vanno ben oltre a tale profilo, sul quale si è posto sin d'ora specifico risalto per le ragioni che saranno esplicate, più ampiamente, *infra*, nella costruzione del percorso argomentativo relativo all'ambito della presente indagine.

[8] Volendo indicare, con tale definizione di "sintesi", l'ambito di giurisdizione del giudice amministrativo "globalmente" riferito, come ci ha ben spiegato V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, op. cit., pag. 449, al «[…] *contenzioso con le pubbliche amministrazioni relativo a controversie aventi ad oggetto episodi di esercizio del potere amministrativo (controversie di diritto pubblico)*».

[9] La formula impiegata in corpo ricorda l'espressione ("cambio di paradigma") utilizzata di proposito da E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, op. cit., pag. 65, per descrivere la "metamorfosi" che ha subito la giustizia amministrativa nell'ultimo secolo all'interno degli ordinamenti dei vari Stati nazionali ove s'è assistito, per utilizzare un'altra espressione dell'Autore, a "spettacolari trasformazioni". Egli, *ivi*, sostiene che la nuova configurazione del processo amministrativo non si fondi su di una serie di «[…] *riforme meramente "tecniche", più o meno efficaci, in un sistema di giustizia amministrativa il cui modello doveva comunque essere considerato perfetto e consolidato*», bensì si assista ad un «[…] *cambio deciso e sostanziale del modello medesimo.* […] *Accade dunque che la nuova configurazione del sistema di giustizia amministrativa* […] *non possa essere spiegata "semplicemente" riconducendola al modello di giustizia amministrativa che finora (a partire dalla Rivoluzione francese) ha rappresentato il punto di riferimento, poiché in realtà è indispensabile una spiegazione teorica interamente nuova, radicalmente differente*». In argomento cfr., anche, A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, in Giorn. dir. amm., 2010, IX, pagg. 885 ss. Più in generale, sul concetto di "cambio di paradigma" con riguardo al campo delle "rivoluzioni scientifiche", il richiamo implicito è a T. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, op. cit.

[10] Evocativi, per l'appunto, i titoli di alcune recenti opere a commento del (nuovo) sistema positivizzato dal Codice del processo amministrativo, tra le quali G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, Cedam, 2014; B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012. In particolare, G.P. CIRILLO, *Introduzione*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, op. cit., precisa, in chiave generale, che «[l]*a "giustizia amministrativa" aveva una chiara collocazione sostanzialistica, e certo non processuale,* […]» finendo a comprendere «[…] *tutte quelle forme di controllo dirette a mantenere nell'ambito della legittimità l'esercizio del potere amministrativo.* […] *Con l'entrata in vigore del codice* […] *le cose sono profondamente cambiate.* […] *In altri termini, mentre sinora i temi legati alla tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione venivano sostanzialmente inquadrati secondo gli schemi del diritto amministrativo sostanziale, con l'emanazione del codice vanno inquadrati secondo gli schemi della scienza del processo* […]». Meno recentemente, in via "anticipatrice", anche V. CAIANIELLO, *Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo: suggestioni del pensiero di Aldo Sandulli*, in Dir. proc. amm., 1994, II, pagg. 193 ss., il

Tra questi, è possibile ricavare un generale invito ad intraprendere un percorso di studi che proceda con una ripresa e, financo, una rivisitazione delle categorie e/o degli istituti processuali propri del tradizionale impianto di "giustizia amministrativa" per ambientarli ed adattarli alle nuove "fondamenta" rappresentate da un modello di giudizio amministrativo che, almeno negli intenti, aspira ad acquisire un "abito" di "piena giurisdizione"[11].

Al fine di (cercare di) procedere nel solco di questo "binario", assumendo, come compito proprio, una possibile ri-costruzione dell'oggetto del presente lavoro, ossia lo studio del «giudicato amministrativo», appare opportuno premettere alcune indicazioni metodologiche che aprano, per così dire, il percorso argomentativo volto (almeno nelle intenzioni) a ri-elaborare, in alcuni aspetti (in passato) problematici, il tema finora affrontato.

In particolare, tale passaggio pare necessario proprio alla luce della circostanza che, fra i vari istituti propri dell'ordinamento processuale, quello del «giudicato» rappresenta — forse in misura maggiore degli altri — un "anello di sutura" fondamentale per la sequenza "processo - attività successiva delle parti", grazie alla capacità di conferire la qualità e l'attributo della "stabilità" al piano di

---

quale suggeriva un'interessante lettura del pensiero del SANDULLI. Egli, infatti, faceva notare come «[…] *Aldo Sandulli propone una nuova sistemazione della disciplina del contenzioso dinanzi agli organi di giustizia amministrativa. Una disciplina che, considerata dalla tradizione e da programmi di insegnamento e di materie di concorso* […] *come parte conclusiva o accessoria del diritto amministrativo sostanziale, viene per la prima volta organicamente inquadrata da Sandulli nella scienza del diritto processuale. L'inquadramento così proposto, che oggi appare naturale in relazione all'evolversi degli studi, costituì all'epoca una novità per la cultura giuridica. La materia, considerata parte del diritto sostanziale era compresa (e spesso lo è tuttora) in trattazioni intitolate "Giustizia amministrativa"* […]» al cui interno si studiavano un "intreccio" di istituti sostanziali e/o contenziosi che «[…] *fa spesso fuggire il vero e proprio carattere giurisdizionale acquisito dai rimedi istituiti con la legge del 1889*». Prima del SANDULLI, tuttavia, già il BENVENUTI, con la sua monografia "*L'istruzione nel processo amministrativo*" (op. cit.), aveva contribuito a dare il "via" ad una serie di studi volti ad approcciarsi al contenzioso dinanzi al giudice amministrativo secondo un metodo rigorosamente processualistico.

[11] Quest'aspetto risulta ben evidenziato da E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, op. cit., in part. pag. 77, ove il Maestro mette in luce come «[i]*l secolo appena cominciato presenta* […] *un panorama completamente nuovo nel sistema di giustizia amministrativa. Nella maggior parte dei paesi, ed anche nel nostro, questo sistema, che costituisce un tassello essenziale dello stato di diritto, sembra aver raggiunto la propria definitiva consistenza, in quanto in grado di garantire una giustizia piena, non limitata ad una mera dichiarazione astratta*».

efficacia della sentenza[12]. Ne consegue che occorre sin da subito identificare la tensione fra "valori" (spesso) contrastanti che si contendono il campo e si pongono alla base delle scelte interpretative che muovono la costruzione degli interpreti negli spazi "a maglie larghe" di certi "dati normativi" di base esistenti per alcuni istituti propri del diritto processuale.

Un esempio, utile a comprendere quanto appena espresso, si ha proprio in materia di "giudicato", ove il fondamento normativo (del «giudicato sostanziale») contrassegnato dall'art. 2909 c.c., a causa della sua genericità (e, forse, anche "ambiguità") sul "cosa" sia l'oggetto dell'«[…] *accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato* […]»[13], non consente una scelta dogmatica univoca, bensì apre ad un "ventaglio" di posizioni dottrinali e giurisprudenziali (tutte, ovviamente, ancorate ad argomentazioni giuridiche serie e ragionate) le quali, alla loro base (o, forse, come loro "effetto"), implicano comunque una presa di posizione circa il rapporto tra i differenti "valori" in conflitto sottesi al "problema" dell'estensione del giudicato.

Infatti, è agevole comprendere come dall'opzione circa l'oggetto dell'"accertamento" *ex* art. 2909 c.c., derivi, per implicazione necessaria, il perimetro dei «limiti oggettivi» del giudicato e, di qui, il rapporto tra "stabilità" del rapporto controverso e "libertà" (futura e residua) per le parti. Quest'ultimo particolare conflitto tra i diversi "valori in gioco", ossia "stabilità" del giudicato *versus* "spazi residui" di azione (sostanziale e/o processuale) residuanti alle preclusioni (della "*res judicata*" stessa, s'intende), rappresenta proprio, come peraltro s'è potuto evincere lungo il corso dell'analisi condotta fino ad ora, il "cuore" del "problema" del «giudicato amministrativo», sempre in "bilico" tra sua possibile "completezza" (nell'ottica della "stabilità" e "definitività" del risultato

[12] Si rinvia, per ogni aspetto di teoria generale sul punto, al "perimetro dogmatico" tracciato, all'interno del Cap. I del presente lavoro, fra i concetti di «giudicato» e di «efficacia» della sentenza.

[13] Si rimanda, ancora, all'inquadramento generale offerto all'interno del Cap. I del presente lavoro.

processuale) e "continuità" dell'azione amministrativa frutto di esercizio di poteri amministrativi "inesauribili", come da definizione tradizionale[14].

Per tali ragioni, pertanto, appare doveroso confrontarsi sin da subito con una tendenza "di metodo" attuale — e che riceve sempre più seguito tra gli studiosi — la quale, nell'approcciarsi sul piano ermeneutico ad ogni fattispecie giuridica (ma, per quanto qui interessa, a quella "processuale"), stimola verso una scelta interpretativa che si traduce in una precisa relazione di priorità tra i due parametri di confronto rappresentati dal dato "strutturale" e da quello, per così dire, "funzionale", con un esito che accorda ogni precedenza a favore del secondo (dei due). Detto altrimenti, tale orientamento, nella scansione temporale del momento interpretativo applicato alla fattispecie giuridica e, quindi, anche alla lettura degli istituti processuali, suggerisce l'adozione di un c.d. «*Inversion - Method*» ("Metodo dell'inversione") che impone una doverosa analisi prioritaria (rispetto

---

[14] Basti pensare all'idea "classica" del potere amministrativo come «[…] *forza assoluta e ricreantesi, pur dopo la pronuncia del giudice amministrativo che ne abbia fulminato come illegittima qualche manifestazione* […]», riportata da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Mulino, 1994, pag. 302. Per una definizione chiara del principio di "inesauribilità" del potere, si rimanda a G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2013, pag. 300, ove, discorrendo dei poteri di "autotutela" amministrativa, si dà risalto alla circostanza per cui «[…] *è necessario assumere che il potere amministrativo sopravviva al suo esercizio, sia, come si suol dire, inesauribile: sicché possa essere esercitato, in tempi diversi, in direzioni diverse. L'inesauribilità del potere si spiega facilmente col fatto che l'autorità amministrativa è tenuta a curare in modo costante l'interesse pubblico. Se il potere amministrativo è uno strumento di tutela di questo interesse è naturale che di questo strumento l'autorità deve disporre in ogni tempo*». Cfr., anche, nella dottrina del secolo scorso, E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1950, pagg. 94-95, ove l'Illustre Autore spiegava che «[i]*n quanto è energia giuridica, il potere non annovera la volontà tra i propri elementi costitutivi, né quando si esercita, si risolve in tanti poteri diversi e distinti quanti i casi in cui si esplica e si fa valere, ma rimane sempre il medesimo; la sua natura deve essere determinata in sé e per sé, nella efficienza di cui è capace, prescindendo dalle indefinite accidentalità del suo esercizio.* […] *è nel concetto stesso di energia, che questa non si esaurisca nei casi in cui di volta a volta si specifica. Giova ritornare, al proposito, sul paragone, dianzi richiamato, del lancio della pietra: non esistono tante forze da lanciare, quanti sono i lanci che si compiono, ma ogni lancio rappresenta la realizzazione dell'unica forza, la quale rimane sempre la medesima, indipendentemente dal numero delle pietre lanciate*». Più in generale, un'interessante riflessione circa il "difficile" bilanciamento tra "inesauribilità" del potere amministrativo e c.d. "principio del giudicato sostanziale" applicato all'agire amministrativo (come "vincolo dell'autorità al mantenimento del provvedimento") si rinviene in G. PASTORI, *La procedura amministrativa. Introduzione generale*, op. cit., oggi in ID., *Scritti scelti*, op. cit., pagg. 145 ss. Per una costruzione sul piano dogmatico dell'"inesauribilità" del potere si consulti, anche, S. ROMANO, *Poteri. Potestà*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983, pagg. 186 ss.

all'esegesi del dato "strutturale" e positivo) dei c.d. "valori funzionali" del processo.

Tale "chiave esegetica", peraltro assunta come prospettiva d'indagine anche dalla più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione[15] — che ricopre il ruolo di "architrave" della funzione giurisdizionale globalmente intesa[16] —, può rappresentare un importante punto di partenza,

---

[15] Tanto da essere stata posta a fondamento del proprio ragionamento "in diritto" all'interno della "celebre" pronuncia Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2014, n. 26242, in Giur. it, 2015, I, pag. 70. In particolare, si segnala l'inciso ove le Sezioni Unite premettono che, dovendo condurre l'analisi della tematica di diritto oggetto della loro pronuncia «[…] *secondo i consueti canoni ermeneutici di analisi delle fattispecie giuridiche nel loro duplice aspetto struttura/funzione* […]», si presenta la «[…] *necessità di una Inversion-Method, che muova dall'analisi (prioritaria) dei valori funzionali del processo*». Sul "metodo" seguito dalla Corte di Cassazione, cfr. S. MENCHINI, *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in Foro it., 2015, III, pagg. 931 ss., ma anche in Nuovi quad. del Foro it., 2015, II, pagg. 1 ss. *Ivi* (pag. 9, nt. 18), l'Autore rileva che il risultato raggiunto dalla Corte di Cassazione «[…] *è ottenuto procedendo ad un'inversione di metodo tra aspetto strutturale ed aspetto funzionale; così, la valutazione dei valori funzionali del processo (principi di stabilità della decisione, di economia processuale, di concentrazione dei giudizi, di effettività delle tutele, di armonizzazione delle decisioni) porta ad escludere che esso possa essere configurato come uno strumento in grado di ripercorrere all'infinito le medesime tappe e di ritornare ripetutamente sulla medesima vicenda sostanziale, richiedendo, piuttosto, il definitivo consolidamento della situazione sostanziale, direttamente o indirettamente, dedotta in causa* […]». Per un commento alla citata pronuncia delle Sezioni Unite, relativa al delicato tema della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale, cfr., fra tutti, A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*, in Foro it., 2015, III, pagg. 916 ss.; I. PAGNI, *Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in Giur. it., 2015, I, pagg. 70 ss.; nonché A. PROTO PISANI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite*, in Foro it., 2015, III, pagg. 944 ss. In particolare, tale Autore (pag. 944), spiega molto chiaramente la "premessa sistematica" da cui muovono le Sezioni Unite, ossia «[…] *l'affermazione che in tutte le azioni contrattuali (di esecuzione o di impugnativa) l'oggetto del processo è sempre il "rapporto giuridico sostanziale" nel suo complesso che scaturisce dal contratto* […]*, con l'importantissima conseguenza che, come il convenuto in esecuzione del contratto è onerato (dalla preclusione del dedotto e deducibile) di far valere in via di eccezione tutti i motivi di invalidità o inefficacia del contratto, così l'attore in impugnativa negoziale è onerato (in base alla medesima preclusione del deducibile) di far valere tutti i motivi di invalidità o inefficacia del contratto* […]».

[16] Seppur, come noto, il ruolo da essa esercitato nei confronti della giurisdizione speciale amministrativa (oggetto della nostra analisi) si limiti, *ex* art. 111, comma 8, Cost., ai soli profili attinenti ai c.d. «limiti esterni» di giurisdizione. In generale, sul(l'attuale) problema dello "sconfinamento" della Corte di Cassazione dal proprio "ruolo" di garante del riparto di giurisdizione, cfr. R. VILLATA, *"Lunga marcia" della Cassazione verso la giurisdizione unica ("dimenticando" l'art. 103 della Costituzione)?*, in Dir. proc. amm., 2013, I, pagg. 337-338, ove, polemizzando contro alcune tendenze recenti in tema di sindacato del "giudice della giurisdizione", sostiene che «[…] *la Cassazione ha varato un concetto di questione di giurisdizione che supera — inaccettabilmente — le norme di attribuzione della potestas iudicandi per investire il "come" la tutela giurisdizionale viene accordata o negata dal giudice amministrativo*». Con riferimento ad un altro caso giurisprudenziale anche B. SASSANI, *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la translatio, le Sezioni Unite riscrivono l'articolo 111 della Costituzione*, in Dir. proc. amm., 2012, IV, pagg. 1593, ha

quantomeno come *input* metodologico, per uno studio del «giudicato» "ambientato" all'interno del (nuovo) diritto processuale amministrativo.

Dunque, per seguire le coordinate (di metodo) dell'accennato "filone" interpretativo[17] è necessario, dapprima, procedere con l'individuazione di quelli che rappresentano (secondo l'opinione comune) i principali «valori funzionali» del processo[18], al fine di comprendere, poi, come essi si pongano nei confronti del peculiare "conflitto" (accennato poco sopra) tra esigenze contrapposte — e sottostanti — al problema del «giudicato amministrativo» e quale soluzione (all'esito dell'indagine) risulti preferibile.

All'interno del "decalogo" di quelli che, nel momento storico attuale, vengono avvertiti come «valori funzionali» del processo si può, in primo luogo, mettere in risalto il c.d. «principio di corrispettività sostanziale»[19], implicante

---

occasione di criticare l'approccio seguito dalla Corte di Cassazione affermando che «[c]*osì ragionando le Sezioni Unite hanno esercitato il più schietto controllo di merito su una decisione del Consiglio di Stato. Lo schermo del controllo della giurisdizione ha mascherato una cassazione della sentenza per "violazione di legge"; un'operazione che — duole dirlo — ha infranto, ad un tempo, l'art. 111, comma 8, Cost., l'art. 362 c.p.c. e l'art. 110 c.p.a.*». Sempre in argomento, si consultino anche M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in Dir. proc. amm., 2012, IV, pagg. 1677 ss.; nonché R. VILLATA, *La corte di Cassazione non rinuncia al programma di imporre al Consiglio di Stato le proprie tesi in tema di responsabilità della pubblica amministrazione attribuendo la veste di questione di giurisdizione a un profilo squisitamente di merito*, in Dir. proc. amm., 2009, I, pagg. 236 ss.

[17] Da intendere, si ribadisce, come punto di partenza per la lettura (successiva) del dato "strutturale", all'interno dei paragrafi a seguire della presente analisi.

[18] Sull'argomentare "per valori" cfr. S. PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della. Cassazione … a mo' di bussola per rivedere Itaca*, in Contratti, 2015, II, in part. pagg. 113 ss.; nonché, per una "critica" da un punto di vista più generale, N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in Riv. dir. civ., 2014, V, pagg. 987 ss. Egli, infatti, rinviene una "crisi" della "calcolabilità" giuridica e della "dommatica pura" a causa di un approccio ove «[i]*l giudice, salito dalle leggi ordinarie alle norme costituzionali — e le une e le altre pur appartengono al diritto vigente —, si è ormai spinto oltre, ha raggiunto il piano dei "valori". Non più princìpî generali o supremi, che siano desumibili dalle norme positive, qualcosa che stia dentro di esse e che l'interprete provi a ricavare ed enunciare, ma criteri validi in sé e per sé. I valori non hanno bisogno di "fattispecie", ma tutto abbracciano ed a tutto rispondono; i valori non si "applicano" ad eventi singoli e predefiniti, ma reagiscono a "situazioni di vita" e si realizzano in esse.* […] *Questo calarsi e realizzarsi dei valori — che non può certo dirsi, al modo antico, "applicazione" di una fattispecie astratta — è del tutto incalcolabile, sfugge a qualsiasi previsione e anticipazione*». Sul "bisogno" della "calcolabilità razionale", applicato anche alla decisione giudiziaria, cfr. M. WEBER, *Economia e società*, trad. it., II, Milano, Ed. com., 1974, in part. pagg. 189 ss.

[19] Tale principio, che s'innesta nel più generale tema — ampiamente studiato dalla dottrina tedesca — del rapporto tra il c.d. «*recht*» (nella sua accezione di "diritto sostanziale") e la c.d. «*rechtsfrage*» (inteso come "domanda giudiziale"), è ripreso esplicitamente dalla sentenza della

un'idea di funzione giurisdizionale collocata in rapporto di "strumentalità"[20] (e in ruolo "servente") rispetto al "diritto sostanziale". Quest'ultimo, infatti, rappresentando un *prius* rispetto alla (successiva ed eventuale) fase "patologica" processuale, non deve subire deformazioni per effetto della dinamica del giudizio bensì essere fedelmente ripreso all'interno dell'episodio contenzioso.

Cass., Sez. Un., 26242/2014 (cit. in nt. 15, del presente Cap.), che lo definisce, appunto, «[…] *come valore che lo strumento processuale non può cancellare, incrinare, disarticolare o deformare, ma soltanto rispecchiare e attuare, attesane la sua dimensione essenzialmente strumentale* […]». Sul tema dell'"oggetto del giudizio", tra teorie che si rifanno al "*recht*" o alla "*rechtsfrage*", cfr. D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, Giappichelli, 2001, in part. pag. 166, ove l'Autore si sofferma sulla circostanza che «[l]*'attenzione di chi ha preso in esame il processo tedesco improntato al principio di eventualità si è accentrata sul rapporto tra capacità contenutistica del processo e oggetto della lite. Se il processo è strutturato in maniera tale da poter contenere soltanto i fatti costitutivi fatti valere dall'attore con la domanda, senza alcuna possibilità di integrazione in corso di causa, anche in base allo sviluppo del contraddittorio e alle difese del convenuto, si pone il problema se oggetto della lite e della decisione è il diritto sotto i tutti possibili profili costitutivi ovvero il diritto unicamente sotto il profilo costitutivo fatto valere con la domanda. In sintesi, la contrapposizione è tra oggetto della lite e della decisione come Recht ovvero come Rechtsfrage. Ebbene, si conclude nel senso che oggetto del giudizio non è un diritto (Recht), ma una questione giuridica fattuale (Rechtsfrage); i fatti posti a fondamento della domanda, sussunti sotto una norma giuridica, rilevano non più indirettamente al fine di individuare la situazione sostanziale controversa che è oggetto del processo, bensì costituiscono direttamente l'oggetto del giudizio*». Per il dibattito della dottrina tedesca in materia, cfr., tra tutti, K. HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts*, III, Leipzig, A. Deichert, 1903, in part. pag. 32; e R. SCHMIDT, *Die Klagänderung*, Leipzig, Duncker&Humblot, 1888, in part. pag. 204.

[20] Sui rapporti tra diritto sostanziale e processo resta d'obbligo riferirsi, quantomeno per l'impostazione, a G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, op. cit., 1965, in part. pag. 81, cui si deve la "celebre" espressione (oggi, quanto mai, "in voga" tra le citazioni utilizzate dagli Studiosi del processo amministrativo) per cui «[…] *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* […]». Invece, A. PROTO PISANI, *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in Foro it., 2012, V, pag. 4, definisce la "strumentalità" del processo come «[…] *un tema tutto intriso del valore della effettività della tutela offerta dallo Stato al cittadino come contropartita del divieto di farsi ragione da sé*». Sempre in argomento, si consultino, *ex pluribus*, quantomeno A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, op. cit., pagg. 71 ss.; nonché A. PROTO PISANI, *Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processo*, in Dir. e giur., 1978, I, pagg. 1 ss. Per un'affermazione del principio con specifico riguardo al processo amministrativo cfr., in giurisprudenza, Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, in Foro amm. C.d.S., 2009, II, pagg. 478 ss. Tale pronuncia, in particolare, ragionando sulla portata dell'art. 24 Cost., afferma che «[t]*ale norma (s'intende: l'art. 24 Cost.) sancisce il diritto di azione per la tutela degli interessi legittimi in sé considerati, e dunque, indipendentemente dal problema dell'annullamento dell'atto amministrativo. Viene così costituzionalizzato il carattere strumentale del processo rispetto al diritto sostanziale, in linea con la nota formula dottrinale secondo cui il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quelle e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*».

In secondo luogo, è utile dare rilievo al c.d. «principio di stabilità»[21] (delle sentenze giurisdizionali) come "valore" volto a contrastare ogni utilizzo in chiave "distorta" ed "abusiva"[22] dello strumento processuale. In altre parole, tale principio contraria ogni iniziativa di parte che metta in moto un contenzioso che venga ad assumere un ruolo di "parentesi frazionata" nei confronti di una vicenda "sostanziale" che si continua a ripresentare (sul versante processuale) per tappe progressive e frammentate in luogo di una sua possibile ed intera risoluzione in "chiave definitiva" all'esito del (primo) giudizio. A questo importante "valore funzionale" può senz'altro collegarsi anche il c.d. «principio di armonizzazione»[23] delle pronunce giurisdizionali, cui si contrappone, come noto, ogni scomposizione "artificiosa" di una vicenda "sostanzialmente unitaria"

---

[21] Cfr., ancora, Cass., Sez. Un., 26242/2014, nella parte in cui si riconnette il "principio di stabilità" alla circostanza che «[…] *il potere di azione riconosciuto ai privati non può (più) essere quello di attivare un meccanismo potenzialmente destinato a ripercorrere all'infinito le medesime tappe con provvedimenti che si consente al giudice di revocare o modificare motu proprio o su istanza di parte, bensì quello di pretendere una risposta per quanto possibile definitiva alla domanda di giustizia*». Alcuni "echi" recenti sulla "stabilità" del processo, già in Cass., Sez. Un., 4 luglio 2014, n. 15295, in Foro it., 2014, X, pag. 2785.

[22] Sul tema dell'"abuso del processo" la letteratura giuridica è amplissima. Si segnalano, senza pretesa di esaustività, quantomeno i contributi di G. ROMUALDI, *Dall'abuso del processo all'abuso del sistema giustizia*, Torino, Giappichelli, 2013; M.F. GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, Giuffrè, 2012; ID., *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale,* Milano, Giuffrè, 2004; L.P. COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in Riv. dir. proc., 2008, II, pagg. 319 ss.; M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di abuso del processo*, in AA.VV., *L'abuso del diritto,* Padova, Cedam, 1998, pagg. 435 ss.; G. DE STEFANO, *Note sull'abuso del processo*, in Riv. dir. proc., 1964, pagg. 582 ss.; P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in Riv. dir. proc., 1950, I, pagg. 23 ss. Per un'approccio al tema con specifico riguardo al processo amministrativo si rimanda, invece, *ex multis*, a G. CORSO, *Abuso del processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2016, I, pagg. 5 ss.; G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Uno studio critico*, Napoli, Jovene, 2015; ID., *Spigolature in tema di abuso del processo*, in Dir. proc. amm., 2015, IV, pagg. 1262 ss.; S. BACCARINI, *Giudizio amministrativo e abuso del processo*, in Dir. proc. amm., 2015, IV, pagg. 1203 ss.; N. PAOLANTONIO, *Abuso del processo (dir. proc. amm.)*, in Enc. Dir. (ann.), Milano, Giuffrè, 2008, pagg. 1 ss.

[23] Sul bisogno di "armonizzazione" tra giudicati, già S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, Utet, 2002, pag. 83, laddove spiegava che «[…] *inevitabilmente anche i giudicati non possono non essere armonizzati; orbene, siffatta (necessaria) armonizzazione può essere ottenuta soltanto estendendo l'efficacia della sentenza all'accertamento del rapporto fondamentale: la vincolatività della pronuncia relativa al rapporto complesso, nei futuri processi relativi ad effetti diversi rispetto a quello fatto valere in precedenza, rappresenta lo strumento per ottenere la necessaria omogeneità di regolamentazione giuridica dei più diritti, che hanno comune origine da un unico rapporto obbligatorio*». Cfr., anche, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., pagg. 68 ss.

attraverso una serie parcellizzata di decisioni singolarmente isolate ad un solo "segmento" dell'unitario rapporto[24].

In terzo luogo, ben s'inserisce in questo discorso anche il generale "valore" della "concentrazione" processuale[25], tendente a "riversare" all'interno del giudizio di cognizione ogni aspetto essenziale per il proprio bisogno di tutela, al fine di "stimolare" la produzione di una sentenza "completa", con effetti indiretti e "benefici" con riguardo alle appena accennate esigenze di stabilità e armonizzazione delle decisioni.

Da ultimo, è possibile concludere questa breve panoramica sulle qualità "assiologiche" del processo, con un duplice gruppo di "valori funzionali" che ruotano, da un lato intorno alle esigenze di «effettività» e «giustizia» delle pronunce giurisdizionali, dall'altro intorno a ragioni di «economia processuale» (in senso lato) e di «rispetto della non illimitata risorsa - giustizia».

---

[24] Idea ripresa (sempre) dalla citata sentenza Cass., Sez. Un., 26242/2014, ove il bisogno "funzionale" di un'"armonizzazione" fra decisioni è volto a «[…] *evitare la scomposizione della unità della situazione sostanziale in una indefinita molteplicità rappresentata da tante "minime unità decisorie"*». La tematica in analisi è stata oggetto di attenzioni specifiche, *ex multis*, da Cass., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, in Riv. dir. proc., 2008, in part. pag. 1435. Sul problema del "frazionamento" artificioso si rimanda, quantomeno ad A. GRAZIOSI, *Pluralità di azioni a tutela dello stesso diritto (frazionato) o abuso del diritto di azione?*, in AA.VV., *Studi in onore di Modestino Acone*, Napoli, Jovene, I, 2010, pagg. 671 ss.; M. GOZZI, *Il frazionamento del credito in plurime iniziative giudiziali, tra principio dispositivo e abuso del processo*, in Riv. dir. proc., 2008, V, pagg. 1437 ss.; A. RONCO, *(Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processi distinti*, in Giur. it., 2008, IV, pagg. 929 ss.

[25] Cfr., per un "richiamo" a tale bisogno, *ex multis*, Cass., Sez. Un., 28 febbraio 2007, n. 4636, in Giust. civ. mass., 2008, XII, pagg. 1715 ss., nella parte in cui si rileva che «[…] *la costituzionalizzazione del principio della ragionevole durata del processo imponga all'interprete una nuova sensibilità ed un nuovo approccio interpretativo, per cui ogni soluzione che si adotti nella risoluzione di questioni attinenti a norme sullo svolgimento del processo, deve essere verificata non solo sul piano tradizionale della sua coerenza logico concettuale, ma anche, e soprattutto, per il suo impatto operativo sulla realizzazione di detto obiettivo costituzionale. L'articolo 111 Cost., in combinazione con l'articolo 24, esprime dunque, quale mezzo imprescindibile al fine, un principio di concentrazione delle tutele* […]». In dottrina, cfr. C. CACCIAVILLANI, *Giurisdizione sui contratti pubblici*, in giustizia-amministrativa.it, 2008, pag. 4, ove si considera il "valore" di concentrazione delle tutele come una «[…] *tecnica decisoria funzionale a garantire il giusto processo nell'accezione (anche) di processo a durata ragionevole, quale "principio cardine del sistema processuale costituzionale"*». Sempre con attenzione al processo amministrativo cfr., anche, G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, op. cit., pagg. 92 ss.; A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2013, pagg. 79-80; B. RAGANELLI, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, Torino, Giappichelli, 2012, in part. pagg. 128 ss.

Il combinato dei "valori" di «effettività»[26] e «giustizia»[27] delle decisioni, come noto, mette in dovuto risalto l'esistenza di alcune componenti assiologiche

[26] Coglie molto bene la valenza "metodologica" del "valore" dell'effettività della tutela la recente pronuncia della Cass., sez. III., 17 settembre 2013, n. 21255, in Foro it., 2015, I, pag. 2909, ove, come momento propedeutico alla lettura del diritto positivo, si avverte la «[…] *necessità di partire dalla ricerca del profondo e decisivo significato del principio di effettività, rettamente inteso, nella sua innegabile dimensione di regola-cardine dell'ordinamento costituzionale, come diritto ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella specifica, unica, talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato* […]. *Il diritto ad una tutela effettiva è, in ultima analisi, la facoltà di beneficiare di strumenti idonei a garantire la piena soddisfazione dell'interesse azionato, dovendosi interpretare la norma costituzionale sul(l'inviolabile) diritto alla tutela giurisdizionale non solo seguendo l'itinerario di pensiero indicato dalle sentenze della Consulta (che, pur alludendovi qua e là, non ha mai esplicitamente affermato, sinora, che il diritto fondamentale alla tutela comprenda, accanto alle regole di correttezza del processo, quelle che attengono alle forme di protezione della situazione sostanziale dedotta in giudizio), ma anche alla luce del più generale contesto rappresentato dall'ordinamento internazionale che quella norma integra (C. Cost. 22 ottobre 1999, n. 388), ordinamento nel quale il moltiplicarsi di accenti sul diritto al rimedio effettivo che emerge dalla lettura degli artt. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, 13 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (stando all'interpretazione offertane dalla Corte di Giustizia già a far data dalla sentenza Johnston del 1986) e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, e oggi del Trattato di Costituzione Europea, è indicativa del fatto che quello alla tutela giurisdizionale non viene inteso soltanto come diritto di accesso al giudizio o all'esercizio in esso di un determinato potere processuale, ma è concepito pure, in una prospettiva contenutistica, come diritto alla misura appropriata alla soddisfazione del bisogno di tutela*». Per una definizione dottrinale del "dittico" "pienezza ed effettività della tutela" valga, per tutti, il rinvio alla pregevole spiegazione fornita da V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, op. cit., pag. 472, ove l'Autore adotta la seguente interpretazione: «[…] *tutte le situazioni protette debbono poter usufruire di tutti i mezzi di tutela (azioni) riconosciuti dall'ordinamento, i quali, dato il tipo di situazione protetta e il tipo di rapporto nel quale si colloca (date perciò le particolarità che i diversi tipi di rapporti presentano), siano necessari al fine di assicurarne la protezione; e che questi mezzi di tutela (azioni) siano disciplinati in maniera tale (ciò che attiene propriamente alla disciplina processuale) da assicurare che la protezione sia effettiva, cioè capace di tradursi sul piano pratico nella soddisfazione sostanziale degli interessi che delle situazioni protette costituiscono, appunto, il substrato sostanziale*». Più in generale, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., pag. 51, riconosce all'art. 24 Cost. un "valore", ossia quello di «[…] *avere disposto che tutti i diritti (purché ovviamente tali, cioè purché previsti dalla legge sostanziale) hanno tutela giurisdizionale nelle forme e nei limiti in cui la tutela giurisdizionale è disciplinata dall'ordinamento processuale (latamente inteso), con l'esigenza — per di più — che le forme di tutela giurisdizionale predisposte dalla legge processuale (ordinaria) devono essere effettive, cioè adeguate allo specifico bisogno di tutela delle singole (rectius: dei titolari delle singole) situazioni di vantaggio di diritto sostanziale*».

[27] Sul significato di "giustezza" del processo si vd., all'interno della giurisprudenza più recente, Cass., sez. III, 22 novembre 2011, n. 28286, in Foro it., 2012, X, pagg. 2813 ss., la quale, molto chiaramente, rileva che «[i]*l "giusto processo" espresso dalla norma dell'art. 111 Cost., come riformato con la legge costituzionale 23.11.1999 n. 2, sulla scia dei principi enunciati dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (art. 6), è principio che nella giurisprudenza della Corte di cassazione, dopo la sua emersione, ha subito una maturazione interpretativa. Le linee che si sono così delineate sono state caratterizzate dal legame inscindibile che ha legato la "giustezza" del processo alla meritorietà della tutela giurisdizionale della situazione fatta valere dall'interessato e delle sue modalità di attuazione; di modo che una condotta che si fosse caratterizzata per l'uso strumentale del processo non avrebbe potuto trovare tutela nell'ordinamento*». In argomento, si consulti, anche, Cass., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, in Foro it., 2008, V, pagg. 1514 ss., la quale, tenendo conto delle evoluzioni dell'ordinamento (anche per effetto della

proprie di un processo che aspiri ad essere "giusto" (*ex* art. 111 Cost.), oltreché "utile" alla parte vittoriosa, e che, rispetto ad un passato ove potevano apparire come espressioni meramente "programmatiche" e/o "declamatorie", oggi acquistano un ruolo sempre più "precettivo", soprattutto per effetto dell'influenza della giurisprudenza sovranazionale (tanto della Corte E.D.U., quanto della Corte di giustizia dell'Unione Europea[28]) i cui stimoli penetrano anche all'interno dell'ordinamento processuale nazionale[29].

Quanto al "valore" dell'«economia processuale», invece, è qui utile cogliere una sua (possibile) manifestazione[30] in un'accezione di tipo "esterno", ossia

---

giurisprudenza sovranazionale), ritiene necessario — come metodo interpretativo — procedere attraverso una «[…] *lettura "adeguata" della normativa di riferimento* […]*, nel senso del suo allineamento al duplice obiettivo della "ragionevolezza della durata" del procedimento e della "giustezza" del "processo", inteso come risultato finale (della risposta cioè alla domanda della parte), che "giusto" non potrebbe essere ove frutto di abuso, appunto, del processo, per esercizio dell'azione in forme eccedenti, o devianti, rispetto alla tutela dell'interesse sostanziale, che segna il limite, oltreché la ragione dell'attribuzione, al suo titolare, della potestas agendi*».

[28]Per un'interessante analisi sul (nuovo) assetto del sistema di tutela delle situazioni protette nei confronti della Pubblica Amministrazione, come esito attuativo — oltre che dei principi consacrati nella Costituzione (vd., sul punto, A. PAJNO, *Per una lettura "unificante" delle norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in Giorn. dir. amm., 2006, IV, pagg. 459 ss.) — anche degli *standards* di tutela giurisdizionali elaborati in sede europea o all'interno della giurisprudenza C.E.D.U., cfr. V. CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea,* op. cit., pag. 435. Egli, infatti, acutamente osserva che «[n]*orme e principi del diritto amministrativo europeo, la cui applicazione sarebbe limitata allo spazio organizzativo europeo* […] *in realtà influenzano profondamente i diritti amministrativi nazionali e i relativi sistemi di tutela giurisdizionale*». Più in generale, in merito all'influenza esercitata dalla C.E.D.U. sul diritto amministrativo italiano, con particolare attenzione ai risvolti procedimentali (dell'azione amministrativa) e/o processuali (nel contenzioso avverso i poteri pubblicistici), è d'obbligo riferirsi alla monografia di M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Ed. Sc., 2012, *passim*.

[29] Si pensi, per quanto attiene al diritto processuale amministrativo, alla disposizione di apertura del (nuovo) Codice del processo amministrativo ove, precisamente all'art. 1 (rubricato, per l'appunto, «effettività»), si sancisce "a chiare lettere" che «[l]*a giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*». Per un commento cfr. A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo ed il superamento della giustizia amministrativa. Una introduzione al libro I*, op. cit., pag. 127, nella parte in cui l'Autore sostiene che «[…] *la disposizione di cui all'art. 1 inserisce direttamente la disciplina del codice in un reticolo composto da organi nazionali ed organi sovranazionali, che viene avvertito come comune perché comuni sono i principi che tali organi sono chiamati ad applicare*».

[30] Ovviamente restando sempre nel quadro della derivazione dal più ampio "fascio di garanzie" a copertura costituzionale ricavabile dal patrimonio di contenuti del "giusto processo" *ex* art. 111 Cost. Sulla "formula" (anche linguistica) "giusto processo" si rinvia, per ogni approfondimento, a L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del giusto processo*, op. cit., in part. pagg. 4-5.

secondo una visione "funzionale" volta ad imprimere un *favor* per ogni lettura dogmatica che eviti la prassi di prolificazione seriale dei processi contribuendo all'obiettivo di una giustizia esauriente e definitiva (per così dire) "in prima battuta"[31].

Da ultimo, la presa di coscienza (quanto mai attuale) che la "risorsa giustizia" sia un "bene" a fruizione non-illimitata depone (come molti altri dei "valori" summenzionati) per un uso "accorto" dello "strumento processuale", contribuendo, ove possibile, a stimolare una prassi giudiziaria — e, più in generale, una lettura degli istituti — che consenta di realizzare "giustizia" in modo pieno, ma anche definitivo, "concentrato" e stabile, onde evitare una possibile "patologia" qual è la conclusione delle vicende contenziose a "singhiozzo", ossia attraverso una sommatoria di numerosi processi resi intorno a singoli frammenti di una più ampia vicenda sostanziale sottostante.

Pare di grande interesse, sul piano metodologico, l'interrogativo preliminare che si pone l'Autore quando riflette intorno al problema di concepire (o meno) «[…] *una visione del processo che — in armonia con gli stessi principi di buona fede, di lealtà e di probità, cui si ispirano le regole di comportamento delle parti e dei loro difensori, accolte in qualsiasi ordinamento processuale moderno — tenga conto di una possibile etica ad esso rigorosamente interna (e, quindi, non già ad esso geneticamente estranea)?*». Di qui, la presa d'atto che «[l]*'interrogativo cruciale (ed intrinsecamente impegnativo) — riproposto con forza dalla avvenuta costituzionalizzazione del "giusto processo" come categoria generale — è, a mio avviso, proprio questo.* […] *È lecito e possibile, allora, tentare di individuare — non al di fuori, ma all'interno del processo e nella controversia come tale — siffatti valori, da assumersi quali parametri fondamentali di commisurazione e di apprezzamento della correttezza e della lealtà di quei "comportamenti pratici", in qualsiasi tipo di processo o di procedimento giurisdizionale?*». In argomento, cfr., anche, A. FALZEA, *Giusto processo*, in AA.VV., *Il giusto processo. Atti del Convegno (Roma, 28-29 marzo 2002)*, Roma, Acc. naz. Lincei, 2003, pagg. 9-10, il quale mette bene in evidenza come «[…] *l'argomento del processo giusto si inserisce in quell'arco di temi che muove dal diritto giusto e, attraverso il processo giusto, si conclude con la sentenza giusta e la sua giusta esecuzione.* […] *La giustizia processuale appare, così, condizione necessaria perché la giustizia sostanziale, fissata formalmente nell'enunciato legislativo, trovi attuazione nell'enunciato giurisdizionale e nella sua esecuzione. La mediazione tra due fenomeni di giustizia, collegati e interdipendenti, non può non essere improntata a sua volta alla giustizia*». In passato G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in Riv. dir. proc., 1950, I, pag. 1, già sottolineava come «[…] *il processo è qualche cosa che tocca tutte le persone e tutti gli interessi: se pure è un problema tecnico, al disotto c'è come in ogni problema tecnico un problema di vita, un problema della vita* […]».

[31] Cfr., sul punto, Cass., Sez. Un., 26242/2014, ove si "compendia" questo "valore funzionale" con il *nomen* di "principio di economia (extra) processuale", interpretato come «[…] *declinazione del giusto processo inteso (anche) come esigenza di evitare la eventualità di moltiplicazione seriale dei processi e di offrire alle parti una soluzione "complessiva" già entro il primo, sovente assai lungo procedimento*».

Dalla lettura congiunta e dall'intreccio sistematico di questo insieme di "valori funzionali" del processo, ricavati per astrazione dalle esigenze più avvertite nell'attuale momento storico e così "intuite" dalla giurisprudenza più recente[32], deriva complessivamente un'idea di processo che, per quanto possibile alla luce dello specifico "dato strutturale", debba concorrere a realizzare un "risultato di tutela" che stabilizzi definitivamente il rapporto giuridico fondamentale veicolato in giudizio al fine di "combattere" il rischio di un processo come mera "parentesi" non risolutiva e, dunque, possibile meccanismo "a ripetizione infinita"[33].

Questa esigenza, come s'è già cercato di far emergere più volte nel corso del lavoro[34], è massimamente avvertita all'interno del processo amministrativo, in

---

[32] Cfr., in proposito, S. MENCHINI, *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, op. cit., pag. 16, nella parte in cui riflette sul fatto che «[i] *valori funzionali che, nell'attuale momento storico, caratterizzano la giurisdizione civile (economia processuale, concentrazione dei giudizi, armonizzazione dei giudicati, effettività delle tutele), escludono che il processo possa operare un'astrazione dal rapporto e che il principio della domanda possa essere interpretato in modo tale da consentire alla parte di delimitare l'oggetto della controversia, deducendo in giudizio una situazione elementare e non il rapporto giuridico nella sua integrità. Se ciò fosse permesso, si avrebbe non soltanto "la frammentazione di un'originaria ed unitaria sorgente di rapporti sostanziali in tanti separati rivoli processuali", ma, a seguito dell'accertamento soltanto incidentale del più complesso rapporto aggregatore, la disarticolazione e la deformazione della realtà sostanziale, mentre il processo, per la sua dimensione essenzialmente strumentale, deve rispettare la disciplina e la conformazione della vicenda sostanziale che in esso è versata*».

[33] Questo è — precisamente — l'obiettivo fatto proprio (anche) dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali, all'interno della più volte richiamata sentenza 26242/2014, giungono alla conclusione che, alla luce della premessa circa l'esistenza di tutta quella massa di "valori funzionali" del processo (brevemente ricostruiti in corpo), «[…] *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*».

[34] Intuisce acutamente il problema M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 2. L'Autore, infatti, dopo aver premesso che anche nel processo civile ci si preoccupa del problema dell'attività successiva delle parti (rispetto al "giudicato"), tuttavia rimarca come «[…] *questo problema assume un rilievo particolare nel processo amministrativo per il fatto che la necessità di riprendere l'azione amministrativa, una volta conclusa la vicenda processuale, discende non solo (e forse non tanto) dall'autorità della sentenza, ma anche dal carattere doveroso dell'esercizio del potere amministrativo: quest'ultimo, infatti, è sempre un potere-dovere di agire per il perseguimento del fine pubblico*». Si vd., in proposito, l'idea avanzata da S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, op. cit., pagg. 190-191, con riguardo al tema dell'ampiezza del giudicato formatosi su di una pronuncia costitutiva. Egli, in proposito, ha cercato di dimostrare che il giudicato «[…] *stabilisce in modo vincolante le relazioni dei soggetti intorno alla situazione sostanziale sottoposta a modificazione. La sentenza costitutiva ha, perciò, "duplice funzione: essa*

quanto, in tale *species* di giudizio, laddove si rimanesse ancorati ad un modello circoscritto alla sola contestazione di legittimità di un dato provvedimento amministrativo con riguardo unicamente a specifici vizi dell'atto, non consentendo una cognizione completa (con ogni riflesso in punto di "giudicato") del "rapporto giuridico complessivo"[35] sottostante, si correrebbe un grande "pericolo". Ci si riferisce alla tendenza — verificatasi, peraltro, nel passato più prossimo[36] — di far assumere al processo unicamente il ruolo della (appena segnalata) "parentesi" [37] fra intervalli di continua ri-effusione del potere amministrativo *post* giudizio, rendendo estremamente difficoltoso, se non solo dopo lunghi, plurimi, e defatiganti giudizi per il ricorrente, riuscire ad avere una risposta conclusiva, completa e stabile in ordine alla possibile "spettanza"(o meno) del bene della vita auspicato[38].

---

stessa, in primo luogo, causa l'effetto giuridico ed, in secondo luogo, fissa questo per il futuro in modo incontestabile. Il giudice determina la disciplina del rapporto giuridico intercorrente tra le parti, del quale è chiesto il mutamento; la pronuncia dà, cioè, certezza delle relazioni giuridiche sussistenti dopo il suo intervento. Essa fissa autoritativamente le condotte delle parti rispetto ad un determinato bene della vita, stabilisce più esattamente il regolamento del rapporto giuridico che l'attore pretende di modificare».

[35] Cfr., ancora, S. MENCHINI, *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, op. cit., pagg. 19-20, ove l'Autore mette in risalto la circostanza che, alla luce della giurisprudenza delle Sezioni Unite, «[…] *l'oggetto del processo è costituito dal rapporto giuridico sostanziale originato dal contratto nella sua integrità, piuttosto che da una singola frazione di esso o dal diritto potestativo*». E perciò «[…] *i valori funzionali richiamati, l'oggetto del processo costitutivo identificato non nel diritto potestativo ma nelle situazioni soggettive prodotte dal contratto, l'oggetto del giudizio di adempimento focalizzato sul rapporto giuridico fondamentale,* […] *forniscono un convincente ed equilibrato assetto a quello che è il problema centrale della giurisdizione civile: l'oggetto del processo e del giudicato, i rapporti tra diritto sostanziale e processo*». Più in generale, per una rassegna circa gli orientamenti esistenti all'interno della dottrina processual-civilistica sul tema dell'oggetto dei processi costitutivi si rimanda, oltre che alle considerazioni svolte all'interno del Cap. I del presente lavoro, anche a S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, op. cit., pagg. 143 ss.

[36] E, di qui, infatti, il motivo degli "sforzi" della moderna dottrina volti a cercare di costruire un "tipo" di giudizio amministrativo che, seppur incentrato sull'azione di annullamento, riuscisse "a dare di più" al ricorrente vittorioso rispetto alla sola caducazione dell'atto impugnato. Sul punto, si rinvia alle costruzioni teoriche riprese all'interno del Cap. III del presente lavoro.

[37] Sul rischio di un processo amministrativo come mera "parentesi" collocata fra continue effusioni di poteri amministrativi sostanziali cfr. Cap. II, par. 2.1., nt. 1, del presente lavoro.

[38] Attraverso una pronuncia e, dunque, un giudicato con limiti oggettivi che possano abbracciare l'intero perimetro del rapporto amministrativo, o in senso favorevole al ricorrente, o (laddove la sua pretesa non sia ritenuta fondata in esito al giudizio) alla parte resistente.

All'interno di quest'ordine di "problematiche", il «giudicato amministrativo» assume un ruolo fondamentale in quanto istituto giuridico che, come qualità propria, contribuisce ad assicurare la "stabilizzazione" del rapporto grazie al fascio dei vincoli preclusivi (perimetrati dai suoi «limiti oggettivi»[39]) per le parti come "insieme di regole" volte ad imporsi alla loro condotta successiva al processo.

Ecco perché, dunque, è di grande interesse cercare di capire se gli accennati "valori funzionali" riescano, all'interno del "sistema" dell'attuale processo amministrativo, con la sua nuova "struttura" (sulla quale *infra*), ad essere implementati senza dover con ciò operare "forzature" dogmaticamente scorrette dal punto di vista del metodo giuridico, al fine di poter avere, a valle del giudizio, un «giudicato amministrativo» "completo" (quanto ad ampiezza dell'"ambito di accertamento") e, di conseguenza, a "stabilità definitiva" per il futuro (salve, ovviamente, le "sopravvenienze").

[39] Giacché, come magistralmente ricorda M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 3, il rischio di avere un giudicato amministrativo con limiti oggettivi fortemente contratti è quello di veder «[…] *innescato un circolo vizioso potenzialmente senza fine: il tutto con gran dispendio di risorse e di energie e senza alcun risultato utile per il ricorrente*».

4.2. Il (nuovo) dato "strutturale" rappresentato dal Codice del processo amministrativo con la sua "sistematica" di azioni. La pluralità delle azioni all'interno del processo amministrativo come "fascio" di tecniche processuali a disposizione dell'attore per la protezione e soddisfazione (effettiva) dei "bisogni" differenziati di tutela. Riflessi in punto di giudicato amministrativo: "limiti oggettivi" ad "ampiezza variabile" in conformità alla modulazione delle pretese processuali del ricorrente.

Come anticipato, il processo amministrativo ha subito un'importante trasformazione "strutturale" per effetto dell'emanazione del (nuovo) "Codice del processo amministrativo" adottato dal Governo in adempimento ai criteri direttivi fissati in una legge delega[40] avente — tra gli scopi — quello del "riassetto della disciplina del processo amministrativo".

[40] Cfr., in part., l'art. 44 (rubricato «[d]*elega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo*») della l. 18 giugno 2009, n. 69. «*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*»: «[i]*l Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di princìpi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele. I decreti legislativi di cui al comma 1, oltre che ai princìpi e criteri direttivi di cui all'articolo 20, comma 3, della legge 15 marzo 1997, n. 59, in quanto applicabili, si attengono ai seguenti princìpi e criteri direttivi: a) assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, al fine di garantire la ragionevole durata del processo, anche mediante il ricorso a procedure informatiche, nonché la razionalizzazione dei termini processuali, l'estensione delle funzioni istruttorie esercitate in forma monocratica e l'individuazione di misure, anche transitorie, di eliminazione dell'arretrato; b) disciplinare le azioni e le funzioni del giudice: 1) riordinando le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni; 2) riordinando i casi di giurisdizione estesa al merito, anche mediante soppressione delle fattispecie non più coerenti con l'ordinamento vigente; 3) disciplinando, ed eventualmente riducendo, i termini di decadenza o prescrizione delle azioni esperibili e la tipologia dei provvedimenti del giudice; 4) prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa; c) procedere alla revisione e razionalizzazione dei riti speciali, e delle materie cui essi si applicano, fatti salvi quelli previsti dalle norme di attuazione dello statuto speciale della regione Trentino-Alto Adige; d) razionalizzare e unificare le norme vigenti per il processo amministrativo sul contenzioso elettorale, prevedendo il dimezzamento, rispetto a quelli ordinari, di tutti i termini processuali, il deposito preventivo del ricorso e la successiva notificazione in entrambi i gradi; e) razionalizzare e unificare la disciplina della riassunzione del processo e dei relativi termini, anche a seguito di sentenze di altri ordini giurisdizionali, nonché di sentenze dei tribunali amministrativi regionali o del Consiglio di Stato che dichiarano l'incompetenza funzionale; f) riordinare la tutela cautelare, anche generalizzando quella ante causam, nonché il procedimento cautelare*

Gli *inputs* fissati dalla legge delega per il "riassetto" del processo amministrativo sono degni di attenzione in quanto intercettano, come obiettivi da implementare attraverso la "maglia" strutturale del Codice e le varie tecniche processuali *ivi* incluse, una serie di (quelli che in precedenza abbiamo definito come) "valori funzionali" (es. concentrazione, snellezza, effettività, etc.) del processo che, ormai, debbono trovare applicazione anche all'interno del giudizio amministrativo.

Questo dato non rappresenta una sterile indicazione programmatica, ma può essere letto come un "segnale" ed una "formale consacrazione" di un punto di rottura che — seppur nella prassi avvenuto con un certo procedere graduale, specie grazie alla "stratificazione" di un formante giurisprudenziale attento alla costruzione del "sistema" — divide la nuova "stagione" del "diritto processuale amministrativo" dalla passata epoca della "giustizia amministrativa" con tutte le sue ambiguità d'inquadramento teorico.

Si ricordi [41], infatti, la "parabola evolutiva" della giurisdizione amministrativa[42] che, a partire da un sistema di contenzioso dinanzi alla IV

innanzi al giudice amministrativo in caso di ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato, prevedendo che: 1) la domanda di tutela interinale non può essere trattata fino a quando il ricorrente non presenta istanza di fissazione di udienza per la trattazione del merito; 2) in caso di istanza cautelare ante causam, il ricorso introduttivo del giudizio è notificato e depositato, unitamente alla relativa istanza di fissazione di udienza per la trattazione del merito, entro i termini di decadenza previsti dalla legge o, in difetto di essi, nei sessanta giorni dalla istanza cautelare, perdendo altrimenti ogni effetto la concessa tutela interinale; 3) nel caso di accoglimento della domanda cautelare, l'istanza di fissazione di udienza non può essere revocata e l'udienza di merito è celebrata entro il termine di un anno; g) riordinare il sistema delle impugnazioni, individuando le disposizioni applicabili, mediante rinvio a quelle del processo di primo grado, e disciplinando la concentrazione delle impugnazioni, l'effetto devolutivo dell'appello, la proposizione di nuove domande, prove ed eccezioni. […]». Per una (prima) lettura della legge delega, interpretata come l'avvio di una "stagione di codificazione" per il processo amministrativo si consulti, in particolare, A. PAJNO, *La giustizia amministrativa all'appuntamento della codificazione*, in Dir. proc. amm., 2010, I, pagg. 119 ss. Egli, infatti, osserva in proposito (pag. 120), che l'art. 44 della l. 69/2009 impone la necessità di «[…] *predisporre un compiuto ed organico sistema di disposizioni processuali idonee ad assicurare la pienezza della tutela del cittadino nei confronti del potere pubblico, e con essa (non l'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo, ma) la soddisfazione della "pretesa della parte vittoriosa": e cioè un "codice" del processo amministrativo*». Sulla "codificazione" del processo amministrativo come attuazione dei principi costituzionali (intesi come "embrione" di codice) sulla giustizia amministrativa, cfr. V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, op.cit., in part. pag. 5.

[41] Per il dibattito sulle "origini" della giustizia amministrativa si rinvia alle considerazioni svolte all'interno del Cap. II del presente lavoro.

Sezione del Consiglio di Stato come mero controllo di tipo "oggettivo" della legalità di un atto amministrativo[43], ha sempre più posto in risalto la figura dell'interesse legittimo, non più mera "molla" — peraltro "occasionalmente protetta" [44] — per l'avvio di un controllo "giustiziale", bensì autonoma "posizione giuridica sostanziale"[45] di carattere soggettivo[46] avente un substrato

---

[42] Alle origini, financo dubbio era l'inquadramento del giudizio tra le due diverse "funzioni sovrane", ossia quella giurisdizionale (opzione che è poi prevalsa, a partire dal 1907) e quella amministrativa. Cfr., in particolare, il dibattito esistente nella dottrina coeva all'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato riportato all'interno del Cap. II del presente lavoro. Si voglia, anche, riferirsi, per ogni ulteriore approfondimento a riguardo, all'interessante volume di L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma, Laterza, 2006, *passim*; nonché a M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940), in Quad. fior., 1973, II, pagg. 179 ss.

[43] Per una critica cfr. R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, op. cit., pag. 474, il quale (rifacendosi ad alcune considerazioni già espresse da M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo. L'attività amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1970, pag. 75) ribadisce come «[…] *l'ostacolo più forte ad accettare la teoria dell'interesse alla legittimità, è ancora un altro, rispetto a quello, pur importante, della generalità di tale interesse: la legittimità dell'atto è una qualificazione astratta e non un bene della vita; mentre proprio nei confronti dei beni della vita si definiscono le situazioni soggettive*». Infatti, già M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo. L'attività amministrativa*, op. cit., pag. 75, sosteneva che ammettere una spiegazione dell'interesse legittimo come "interesse alla legittimità" dei provvedimenti amministrativi «[…] *è un rebus, poiché se le situazioni soggettive si definiscono in ordine a beni della vita, non s'intende come la legittimità di un atto (cioè la qualificazione astratta di un atto) possa essere vista come un bene della vita*». Così, anche, A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, op. cit., in part. pag. 49, nt. 3, nella parte in cui, in funzione critica avverso la tesi dell'interesse legittimo come "interesse alla legittimità dell'atto amministrativo", sostiene che «[…] *l'interesse alla legittimità degli atti amministrativi (rectius: a non subire pregiudizio da atti amministrativi illegittimi), da un lato, presuppone la posizione di interesse legittimo* […]*; dall'altro rimane assorbito senza residui nella posizione giuridica consistente nella possibilità di promuovere l'annullamento degli atti amministrativi illegittimi*».

[44] Cfr., in proposito, O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, op. cit., pagg. 163-164, il quale spiegava gli interessi legittimi come quegli interessi particolari propri dei soggetti che traggono un vantaggio dall'osservanza delle norme giuridiche (poste, si ribadiva, unicamente nell'ottica del perseguimento di finalità generali), e la cui protezione «[…] *è puramente occasionale; è solo un effetto indiretto, riflesso, del diritto obiettivo*». Una ripresa di questa concezione, poi abbandonata definitivamente con consenso unanime della dottrina, si è avuta (anche) in C. BOZZI, *Interesse e diritto* (voce), Nss. Dig. It., VIII, Torino, Utet, 1962, in part. pag. 852. Sulla costruzione dell'interesse legittimo come figura "puramente" processuale, si consulti, invece, *ex multis*, E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in Arch. dir. pubbl., 1937, in part. pagg. 56 ss.; ma anche ID., *La giustizia amministrativa*, op. cit., pag. 42, ove asseriva che gli interessi legittimi «[…] *rimangono quindi, dal punto di vista sostanziale, interessi semplici, di mero fatto*».

[45] Sull'utilizzo del *nomen* "posizione giuridica" non v'è accordo unanime, giacché alcuni Autori preferiscono utilizzare la locuzione "figura giuridica" ed altri ancora l'espressione "situazione giuridica". Tale dato, unitamente ad una *summa* delle principali posizioni dottrinali, è

"materiale"[47] o, detto altrimenti, un proprio "bene della vita"[48] che informa una domanda di protezione oltreché una pretesa a realizzazione "auspicata".

---

messo bene in rilievo da L. GERI BIGLIAZZI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, op. cit., in part. pag. 17, nt. 4.

[46] Fondamentale, per tale passaggio, è stata la "consacrazione", ad opera della Costituzione (cfr., in proposito, l'art. 24 Cost.), dell'equiparazione tra "diritti soggettivi" ed "interessi legittimi" ai fini della protezione giurisdizionale sul presupposto della loro connotazione di posizioni giuridiche di rilievo "sostanziale". In proposito, molto chiaramente, F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975 (oggi in ID., *Scritti giuridici*, op. cit., pagg. 3223 ss.), affermava (pag. 3231) che «[…] *nell'ambito della nostra Costituzione non si può immaginare la esistenza di un interesse che abbia minor valore di un diritto e cioè la esistenza di rapporti nei quali il cittadino si trovi rispetto all'amministrazione in posizione di vantaggio a tutela piena e nell'altro in una posizione di vantaggio a tutela semipiena*». Ossia, dalla Costituzione si evince che «[…] *diritti soggettivi ed interessi legittimi hanno la stessa possibilità di una tutela piena, mentre rimane che le due posizioni si differenziano soltanto come elementi di legittimazione per l'insorgere della competenza del giudice ordinario o del giudice amministrativo*». Sempre sulla costruzione dell'interesse legittimo come posizione giuridica di tipo "sostanziale" cfr., *ex multis*, F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, op. cit., pag. 114, ove molto chiaramente si ammette che «[p]*er rendere breve il discorso si può partire da dati che possono considerarsi acquisiti: l'interesse legittimo costituisce una situazione soggettiva, sostanziale, strumentale*»; nonché A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, op. cit., pag. 40, il quale, con un tono marcatamente convinto, ribadiva che «[…] *gli interessi legittimi fatti oggetto di tutela giurisdizionale siano anch'essi — non diversamente dai diritti soggettivi — delle posizioni giuridiche di carattere sostanziale, è impossibile contestare*». Tra i processual-civilisti, si vd. V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, Jovene, 1954, I, pag. 279, il quale definisce l'interesse legittimo come «[…] *una categoria di diritto sostanziale, da porsi su lo stesso piano della volontà concreta di legge nel campo del processo civile*». Vale la pena di ricordare anche l'Autorevole lezione di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., 1979, in part. pag. 112, ove l'Illustre Autore, a seguito della disamina delle teorie (più datate e nuove) esistenti con riguardo all'inquadramento della "figura" dell'interesse legittimo asserisce convintamente che «[…] *l'interesse legittimo appartiene all'ambito sostanziale, vuoi perché l'interesse protetto è un interesse materiale, vuoi perché la protezione del medesimo (il che significa la rilevanza di esso per il diritto)* […] *è avanti tutto ordita dalla norma regolativa del potere, ed è ordita con il fatto stesso che tale norma include anche l'interesse materiale nella sua trama, a limite e concretamento del potere* […]». Di qui la "celebre" definizione di interesse legittimo come «[…] *posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine a un bene 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 dell'interesse al bene*». Descrive molto bene la "parabola evolutiva" che ha interessato la nozione di "interesse legittimo" A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, pagg. 19-20, il quale riporta che «[p]*ur tra profonde incertezze e contraddizioni, la rilevanza giuridica della dimensione sostanziale dell'interesse legittimo sembrò allora sempre più un dato acquisito: in questo quadro, le elaborazioni volte a considerare tale figura quale posizione di carattere processuale, ovvero come situazione occasionalmente protetta in ragione della tutela dell'interesse pubblico, risultarono ben presto insoddisfacenti a descrivere l'effettivo atteggiarsi del giudizio dinnanzi al g.a., il quale, originariamente concepito per assicurare il ripristino della legalità violata, si veniva declinando piuttosto come strumento di difesa dell'utilità del privato, come giurisdizione, cioè, di carattere soggettivo*».

[47] Per una particolare ricostruzione del rapporto fra "interesse materiale" (leso) ed "interesse legittimo" si riprendano le pagine di E. CASETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, op. cit., in particolare pagg. 619 ss.

Con ciò, la traslazione "velata" da un modello di giurisdizione amministrativa di tipo "oggettivo"[49], ove l'interesse tutelato era quello "pubblico" veicolato dall'atto amministrativo sindacato, ad un modello di giurisdizione "di diritto soggettivo"[50], ove il fine è la protezione della posizione giuridica soggettiva

---

[48] Così A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, op. cit., pag. 18 ss. Anche se tale Autore, nella propria costruzione, individua un "bene della vita" affiancato — e non direttamente "interno" — all'interesse legittimo, ricostruito come situazione giuridica di secondo grado. Su questa discutibile "duplicazione", già R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, op. cit., pag. 480, nt. 233, il quale faceva notare che «[…] *riconosciuta la giuridicità dell'interesse protetto, non ci sono ragioni per non identificarlo con l'interesse legittimo; se un provvedimento incide sul c.d. interesse protetto non sorge un interesse legittimo, bensì, se mai, il potere di ricorso*». Si vd., invece, la più moderna definizione ad opera di G.D. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2009, II, pag. 245, laddove Egli sostiene che «[…] *l'interesse legittimo è l'interesse a conseguire un provvedimento favorevole (attributivo di un "bene della vita") o ad evitare un provvedimento sfavorevole (soppressivo o diminutivo del bene della vita)*». Si consulti, anche, in argomento, G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in Dir. amm., 2014, III, pagg. 479 ss.

[49] Tra gli Autori delle origini del sistema di giustizia amministrativa fautori di un inquadramento del contenzioso dell'epoca entro le maglie del "controllo" di tipo "oggettivo", si richiamino, quantomeno, F. D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Torino, Un. tip. ed., 2° ed., 1934, in part. pag. 390, il quale riteneva che «[i]*l giudizio amministrativo ha carattere obiettivo, il che non esclude che possa servire a difesa di interessi individuali*»; nonché A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi con speciale riguardo al vigente diritto Italiano*, op. cit., in part. pag. 785, nella parte in cui l'Autore chiaramente affermava che «[l]*a giurisdizione di legittimità è dunque una giurisdizione di diritto pubblico, o se si vuole, di diritto obiettivo*». Successivamente, molta influenza ebbe anche la posizione espressa da E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, op. cit., 1957, in part. pag. 69, ove è contenuta un'affermazione che, alla luce delle successive trasformazioni subite dalla giustizia amministrativa, oggi non troverebbe più un'ampia condivisione. Infatti, l'Illustre Autore *ivi* sosteneva che «[…] *è il cittadino che serve al giudizio amministrativo, che senza la sua iniziativa non potrebbe instaurarsi e svolgersi, mentre il giudizio amministrativo non serve al cittadino*». Per un ulteriore approfondimento sul problema della "natura" di "diritto soggettivo" o di "diritto oggettivo" della giurisdizione amministrativa, cfr., inoltre, V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, Torino, 1994, pagg. 127 ss.

[50] Vd., per tutti, V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2014, II, in part. pag. 354, ove l'Autorevole dottrina osserva che «[…] *il processo amministrativo, attraverso le varie azioni che nel processo possono essere esercitate (anche nella precedente esperienza, laddove dominava in maniera pressoché esclusiva, il ricorso per annullamento), sia strumento di tutela di situazioni soggettive (diritti o interessi legittimi: artt. 24, 103, 113, Cost.), allo stesso modo del processo civile, processo perciò di tipo soggettivo (a contenuto soggettivo) è affermazione da ritenere pacifica, sin dagli esordi della nostra disciplina, in dottrina e in giurisprudenza*»; ma anche, se si vuole, G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, I, 2013, pag. 316, nella parte in cui si spiega che la funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato «[…] *non ha tardato ad essere pienamente riconosciuta: si tratta, dunque, di una giurisdizione soggettiva (e, cioè, preordinata alla tutela non già del rispetto della norma di diritto positivo in sé considerata, sibbene di posizioni soggettive individuali, assunte come lese), al pari di quella ordinaria. L'art. 24 e l'art. 103, c. 1, della Costituzione hanno confermato tale carattere soggettivo della giurisdizione, con l'autorità propria della fonte costituzionale*»; nonché M. CLARICH, *La giustizia*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, II,

del ricorrente, seppur accordata nelle forme e secondo le tecniche processuali del sindacato sul corretto esercizio del potere amministrativo[51], la cui cornice di "legalità" segna — per così dire — il "limite"[52] per la soddisfazione della pretesa tradotta in giudizio.

Un cambio di "prospettiva" davvero "importante" anche se, fino alle modifiche più recenti (ed il richiamo è, ovviamente, al Codice), ha trovato la sua ambientazione in un modello di processo a "struttura invariata", ossia all'interno di uno schema di giudizio ove le tecniche di tutela delle posizioni giuridiche soggettive d'interesse legittimo (ci si riferisce alle "forme" del sindacato proprie della giurisdizione generale di legittimità) erano "scarse", anzi può ben dirsi incentrate (quasi) esclusivamente sulla tecnica caducatoria per il tramite della c.d. «azione costitutiva d'annullamento»[53].

---

pagg. 2021 ss. In una posizione "mediana" che intercetta nel processo amministrativo elementi di giurisdizione soggettiva ed elementi di giurisdizione oggettiva, invece, S. CASSARINO, *Attuali problemi del processo amministrativo*, in Foro amm., 1994, VII, pagg. 1991-1993, il quale rimarca che «[…] *il processo amministrativo non è soltanto un processo di tipo soggettivo, un "processo di parti", ma anche, al contempo, un processo di tipo oggettivo, e pertanto sui generis, di natura mista*».

[51] Per una lettura dell'interesse legittimo attenta al "dialogo" con il potere ed all'inerenza con il "ciclo trasformativo" del potere verso la sua "obiettivizzazione" in un atto amministrativo, si vd. G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, op. cit., pagg. 300-301. Tale Illustre dottrina osservava la difficoltà di studiare "in via autonoma" l'interesse legittimo senza riflettere, al contempo, sul "potere" e sul relativo esercizio. Infatti, l'interesse legittimo «[…] *costituisce in realtà la figura che, nel nostro ordinamento, più di tutte inerisce al ciclo trasformativo che, dall'ordinamento obbiettivo, raggiunge i soggetti attraverso l'atto e che più di tutte si adatta alle fasi di trasformazione. L'interesse del destinatario diretto e quelli dei destinatari indiretti dell'attività giuridica che si traduce nell'atto operano come limiti al potere, specifici e concreti in confronto al limite generale che è insito nell'ordinamento*».

[52] Così, nella Sua lettura, F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, op. cit., pag. 142: «[m]*i sembra che si possa chiarire nei termini predetti il rapporto tra la tutela dell'interesse legittimo e la legittimità (e la opportunità) dell'azione amministrativa: la legittimità (e la opportunità) del comportamento dell'Amministrazione non costituiscono l'oggetto dell'interesse legittimo (interesse alla legittimità del comportamento amministrativo), ma costituiscono il limite che l'ordinamento positivamente assegna alla tutela giuridica propria della situazione soggettiva che va sotto il nome di interesse legittimo*».

[53] Vd., in proposito, i "profili critici" sollevati avverso la forma di giudizio amministrativo all'epoca vigente da G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, op. cit., in part. pagg. 1 ss. Tale Autore, infatti, dopo aver premesso che «[è] *opinione diffusa che il nostro sistema di tutela giurisdizionale amministrativa non sia idoneo a soddisfare compiutamente le posizioni giuridiche che hanno ingresso in giudizio*», riconnetteva (pag. 2) l'essenza del "problema" ai «[…] *limiti che tradizionalmente vengono ricollegati ai poteri cognitori e decisori del giudizio di legittimità, in relazione alla funzione tipica che detto giudice è chiamato ad esercitare e che consiste* […] *nel sindacato giurisdizionale (di legittimità) degli atti amministrativi oggetto di ricorso. Si tratta di limitati poteri*

Questa "frizione" fra modello (risultante dall'evoluzione della prassi e dalle sistemazioni della dottrina) di giudizio di tipo "soggettivo" e struttura (ancora) ancorata allo schema dell'archetipo "controllo di legalità" incentrato sull'atto, nato alle origini dell'istituzione della IV Sezione, portò la dottrina[54] (e, conseguentemente, anche la giurisprudenza[55]) a farsi carico di un'opera di adattamento (dottrinale e/o pretorio) della "struttura" processuale onde consentire al giudizio amministrativo di fornire una risposta di tutela nei confronti delle pretese che animano (seppur sullo "sfondo") i ricorsi dei privati e

cognitori, perché hanno come essenziale punto di riferimento l'atto amministrativo e solo attraverso il sindacato sull'atto possono (talvolta) giungere ad accertare il rapporto tra Pubblica Amministrazione ed amministrato; si tratta altresì di limitati poteri decisori, perché sono circoscritti […] *al solo annullamento dell'atto amministrativo impugnato*». Più recentemente, anche, A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 25, il quale, nel problematizzare il passaggio (dottrinale e giurisprudenziale) del giudizio amministrativo dall'"atto" al "rapporto", osserva molto acutamente che, come effetto parallelo all'emersione della natura "sostanziale" dell'interesse legittimo, «[…] *si iniziò a ravvisare anche la necessità di adattare gli strumenti processuali a disposizione del giudice amministrativo a garantire la piena soddisfazione della concreta pretesa del privato. Ci si è così imbattuti nel limite principale all'effettività di tutela di tale posizione soggettiva, che, cioè, essa nasce e trova il suo fondamento nel processo, un processo che, però, risentiva della sua originaria impostazione, non diretta alla tutela di una situazione giuridica. Come tale, esso si limitava a configurare un rimedio tipico, l'annullamento dell'atto*». S'iniziava, dunque, ad immaginare un "modello" di processo amministrativo ove «[…] *l'azione impugnatoria non costituisse più il momento in cui l'interesse del privato indirettamente si manifestava, ma soltanto uno dei rimedi attraverso cui questo, assurto a categoria giuridicamente rilevante, poteva trovare soddisfazione*».

[54] Si pensi, in particolare, ad alcuni Autori (tra i quali, soprattutto, il NIGRO ed il PIRAS), la cui impostazione è stata oggetto di analisi all'interno del Cap. III del presente lavoro. Osserva, in proposito, B. SASSANI, *Arbor actionum. L'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo*, op. cit., pagg. 1356-1357, che la comprensione dell'insufficienza degli esiti del solo modello d'"annullamento" — proprio della giurisdizione generale di legittimità — «[…] *aveva nel tempo portato a costruire, a mo' di appendice dell'annullamento, il c.d. effetto conformativo che aveva favorito e sorretto la fioritura del giudizio di ottemperanza. Con ciò quel contenuto minimo aveva dimostrato l'attitudine a dilatarsi ex post, soprattutto attraverso la grande elaborazione giurisprudenziale dell'ottemperanza, divenuto col tempo il puntello della giustizia amministrativa*».

[55] Cfr., *ex pluribus*, Cons. St., Ad. Plen., 27 ottobre 1970, n. 4, in Foro amm. 1970, I, pag. 937 ss., specialmente, per quanto qui rileva, nella parte in cui si osserva che «[…] *l'interesse al ricorso, secondo la nozione che si è venuta elaborando nell'ambito della giurisdizione amministrativa, non si concentra unicamente sul risultato formale dell'annullamento dell'atto impugnato, ma include tra le sue componenti anche l'affidamento in ordine alle attività che in esecuzione del giudicato l'amministrazione è tenuta o facultata a svolgere e dalle quali potrà derivare il soddisfacimento dell'interesse sostanziale*».

che, secondo la nuova dogmatica, costituivano l'essenza della loro posizione giuridica d'interesse legittimo[56].

È evidente come una soddisfazione giuridica piena e completa (ove possibile) dei "bisogni di protezione e soddisfazione" di una data posizione giuridica sostanziale (e, tra queste, l'interesse legittimo) richieda modelli e tecniche processuali di tutela (*id est*: "azioni") differenti a seconda dei diversi "tipi" di "pretesa"[57]. Ossia, detto altrimenti, poiché i "rimedi" seguono i "diritti"[58], le "forme della tutela processuale" debbono ritagliarsi ed essere funzionali alle diverse "esigenze di protezione" (*rectius*: "bisogni di tutela

[56] Già all'epoca, infatti, s'intuiva il bisogno di porre al centro del giudizio amministrativo l'"esigenza di tutela" sottesa alla specifica posizione giuridica sostanziale del ricorrente. Così, per esempio, P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, op. cit., pagg. 22-23, quando indicava che «[…] *la via da percorrere è nel senso* […] *che il giudizio verta in realtà sull'affermazione di una determinata esigenza di tutela, la quale trova a sua volta la sua legittimazione nella situazione sostanziale protetta, cioè nell'affermato interesse legittimo del ricorrente*».

[57] Cfr. F. LUCIANI, *Funzione amministrativa, situazioni soggettive e tecniche giurisdizionali di tutela*, in Dir. proc. amm., 2009, IV, pag. 979: «[d]*i fronte ad un interesse giuridico che chiede protezione, il rimedio di tutela non deve essere rigidamente conformato soltanto sul tipo di situazione soggettiva, ma (soprattutto) sul bisogno differenziato di garanzia che quell'interesse complessivamente esprime. Quanto più il rimedio erogato dal giudice si dimostra efficace nella protezione dell'interesse ed efficiente nell'allocazione di risorse economiche scarse, tanto maggiore è il grado di effettività riconoscibile in concreto alla funzione giurisdizionale*». Coglie molto bene questo profilo, assumendolo come critica della situazione che si era venuta a verificare nel corso dell'evoluzione (*ante* Codice) del processo amministrativo, A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 31, laddove riflette sulla circostanza che «[l]*'emersione della natura sostanziale dell'interesse legittimo, avvenuta in maniera timida ed incerta, non aveva in definitiva fatto pervenire la maggioranza della dottrina all'ulteriore conseguenza di una siffatta teorizzazione: non aveva portato, cioè, ad una piena consapevolezza della necessità di strutturare il processo amministrativo in diversi modelli di tutela corrispondenti alle differenti modalità di esplicazione del rapporto tra potere e interessi protetti*».

[58] Questa pare essere, del resto, la prospettiva seguita da molti processual-civilisti, tra cui, *ex multis*, L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, Utet, 1994, pag. 18 ss., il quale, in particolare, osserva che nel nostro ordinamento «[…] *il riconoscimento della posizione soggettiva da tutelare, cristallizzata dal riconoscimento costituzionale (artt. 24 e 113 Cost.), precede la tutela giurisdizionale*». Nell'ambito della letteratura dedicata al processo amministrativo, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014, pag. 70, fa notare che «[…] *le modalità della tutela non costituiscono di per sé l'elemento caratterizzante della figura dell'interesse legittimo; il ragionamento va invece capovolto: sono i caratteri dell'interesse legittimo che condizionano le modalità della tutela*»; ma anche P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, op. cit., pagg. 14-15, nella parte del ragionamento in cui espone che «[i]*l giudizio amministrativo deve conseguentemente essere ricostruito dall'interprete, nel suo oggetto come nella sua concreta esplicazione, essenzialmente come uno strumento di tutela di quell'interesse sostanziale, di cui s'è ora discorso* (ossia, aggiungiamo: l'interesse legittimo)».

differenziati") che emergono dalla "vita" delle relazioni e dei rapporti giuridici di diritto sostanziale.

Questa "*forma mentis*" che, come si vedrà a breve, è stata correttamente posta alla base della (nuova) architettura del Codice, nel periodo antecedente, invece, provocava l'accennato iato tra "funzione" (nel senso di "obiettivi di tutela") e "struttura" del processo che portò all'elaborazione di soluzioni che, a costo di "forzare" e creare alcune deviazioni dalla dogmatica più tradizionale della teoria generale del processo, cercarono di realizzare "la massima tutela" a "struttura processuale invariata"[59]. Ed ovviamente, se il "punto di partenza" è obbligato e fisso, ossia l'azione di annullamento come "perno" necessario, l'attenzione doveva necessariamente incentrarsi sui "contenuti" della sentenza resa proprio perché questi rappresentavano il momento intorno al quale si riconnettevano i «limiti oggettivi» del giudicato e, dunque, la possibile (o meno) stabilità del risultato ottenuto grazie al perimetro di estensione delle preclusioni e del vincolo per la futura azione delle parti.

S'è potuto mostrare [60] come questo "metodo" portasse ad una "manipolazione" del giudizio costitutivo cercando di "far dire di più" (di quanto fosse possibile, in aderenza ad un'opzione dogmaticamente tradizionale delle pronunce costitutive) alla sentenza (e, quindi, al «giudicato amministrativo») d'annullamento[61] grazie all'attenuazione dell'attenzione verso il c.d. «*petitum*» (e,

---

[59] Sull'"alterazione" subita dal processo amministrativo in tale momento storico, cfr. P. STELLA RICHTER, op. ult. cit., pag. 13: «[i]*l vero si è che il processo amministrativo ha, almeno nel presente momento storico, natura certamente composita, derivata da uno schema legislativo originario di impugnativa del singolo atto dell'Amministrazione e della successiva alterazione dei suoi tratti caratteristici, alterazione introdotta progressivamente, sia dalla giurisprudenza che dalla dottrina, al fine di aprire "il processo, oltre l'atto, alla considerazione e alla valutazione del potere amministrativo e del modo di esercizio di esso"*».

[60] Cfr., in proposito, le tesi sul «giudicato amministrativo» elaborate dalla dottrina "moderna" ed illustrate nel percorso espositivo del Cap. III del presente lavoro.

[61] Per un raffronto tra il modello delle impugnative negoziali, ove l'attenzione è risposta integralmente sulla componente caducatoria, e l'azione di annullamento nel processo amministrativo, ove, invece, l'attenzione è stata sempre più concentrata sull'aspetto cognitorio al fine di proiettarsi sulla successiva attività amministrativa, cfr. B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, Cedam, 1990, in part. pagg. 130 ss. Tale Autore coglie molto bene la distinzione tra i due modelli in particolare quando riferisce che «[…] *un processo amministrativo che si incentri sull'atto senza proiettarsi sull'attività, è, in molti casi, un processo inidoneo a tutelare efficacemente*

dunque, alla componente strettamente "costitutiva" del giudizio) in funzione di un'ampia valorizzazione della «*causa petendi*», o più in generale della fase d'accertamento e/o cognitiva alla base della sentenza caducatoria[62].

In questa "stagione" di studi sul giudizio amministrativo, non potendosi andare aldilà del "dato positivo" (salvo generici auspici di modifiche "*de jure condendo*" dell'impianto "strutturale"[63]), il dibattito finiva per incentrarsi sul "polo" "oggetto del processo – ambito di efficacia della sentenza – limiti oggettivi del giudicato" ricostruito secondo l'impostazione (con i tutti i conseguenti corollari) del "giudizio sull'atto" o del "giudizio sul rapporto", a seconda delle preferenze d'impostazione dell'interprete e della sua propensione ad accordare una maggiore "effettività" alla soddisfazione della pretesa o, viceversa, una maggior adesione al rispetto dogmatico del dato strutturale del processo (pur invocandone, semmai, a

---

gli interessi lesi dal comportamento dell'amministrazione. Questi interessi possono viceversa ottenere una più pregnante protezione attraverso pronunce che valgano quali accertamenti tra le parti. Ciò presuppone una trasformazione funzionale dei giudizi di diritto formulati dal giudice e utilizzati a giustificazione dell'accoglimento del ricorso: essi non si limitano più a fornire il materiale della "cognizione", ma costituiscono la base di un "accertamento", cioè della fissazione autoritativa di criteri di valutazione dei comportamenti delle parti». Invece, «[u]*n procedimento che si concepisca come mettente capo ad un effetto meramente demolitorio rimuove gli effetti di un atto passato senza poter fissare regole di qualificazione incidenti su comportamenti a venire. Si intende qui per "comportamenti", quelli consistenti nel rinnovato esercizio del potere producente nuovi atti autoritativi*».

[62] Si pensi, per comprendere al meglio tale notazione, a tutta la teorica sul c.d. «effetto conformativo» — elaborata, fra tutti, dal NIGRO (cfr. Cap. III, parr. 3.3. e 3.3.1.) — come "ambito ordinativo" della pronuncia costitutiva al fine di guidare la ri-edizione del potere amministrativo in seguito alla "parentesi" caducatoria di un "atto" esercizio di una funzione (per definizione) dinamica ed inesauribile. Di qui i commenti in dottrina, quale quello provocatorio di S. GIACCHETTI, *La legge sul procedimento tre anni dopo*, in Foro amm., 1994, VII-VIII, pag. 2006, che ricordava la necessità di procedere sempre con un'azione impugnatoria che conduce ad una «[…] *pronunzia che è di annullamento, per colpa di quella veste impugnatoria ormai divenuta troppo stretta che fa sembrare il giudizio amministrativo un uomo maturo vestito alla marinara, ma che non è soltanto di annullamento e quindi volta al passato: è essenzialmente prescrittiva, ordinatoria, e quindi volta al futuro*».

[63] Si ricordino gli auspici di M. NIGRO, *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, op. cit., pag. 254; ma anche ID., *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, op. cit., pag. 7, il quale, conscio dei risultati non pienamente satisfattori derivanti dalla sola funzionalizzazione verso la "pretesa" del momento cognitorio del giudizio d'annullamento (specie, con riguardo agli interessi legittimi di tipo "pretensivo"), era costretto "*de jure condito*" ad accontentarsi degli incrementi di tutela derivanti dall'effetto conformativo delle pronunce d'annullamento, ma "*de jure condendo*" teorizzava la necessità di introdurre nuove azioni (*in primis*, l'azione di adempimento "alla tedesca"). Si rinvia, per ogni approfondimento sul pensiero dell'Autore, al Cap. III, par. 3.3., del presente lavoro.

livello di politica legislativa, una riforma coerente con i desiderati *standards* di tutela).

Questo sistema di processo amministrativo, basato su di una "*fictio* teorica", volta a funzionalizzare il "momento cognitivo" del giudizio costitutivo come leva per un "giudicato stabilizzante" e/o un "giudicato amministrativo a formazione progressiva"[64] costruito in forma "bi-fasica" dal combinato "sentenza di annullamento con contenuti conformativi" e "giudizio di ottemperanza a natura mista con profili di completamento cognitori"[65], ben presto entrò in "frizione" e si iniziarono a ritenere maturi i tempi per una riforma dell'impianto processuale più coerente con le istanze di effettività e pienezza di soddisfazione dei "bisogni di protezione" nei confronti delle pubbliche amministrazioni[66].

Del resto, è noto come un contribuito "decisivo" per la "rottura" della tradizione "granitica" rappresentata dal modello strettamente impugnatorio del processo amministrativo sia stato impresso da due fattori specifici, che si vanno ad aggiungere a quelli (più) tradizionali rappresentati da quella parte della dottrina e della giurisprudenza amministrativa "insofferente" verso il perseverare di un

---

[64] Secondo la nota teorica risalente a M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., 1979, pag. 28, ed analizzata nel par. 3.3. del Cap. III, del presente lavoro.

[65] Così la lettura, nella dottrina più recente, di A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., pagg. 39-40: «[l]*addove la P.A. non si fosse conformata al giudicato, il privato avrebbe infatti potuto ottenere in via coattiva l'esecuzione della sentenza per mezzo del giudizio di ottemperanza, sede in cui la pretesa effettiva riemergeva dalla fictio del processo di annullamento per essere portata ad attuazione attraverso lo strumento* […] *del commissario ad acta*». Sempre lo stesso Autore (pagg. 65-66) ritiene che la necessità di strumenti processuali *ad hoc* plasmati sui "bisogni di tutela differenziati" a seconda dei diversi caratteri delle situazioni sostanziali proprie del ricorrente non aveva trovato (almeno sino all'adozione del Codice) un riscontro "strutturale" «[…] *cosicché le modalità attraverso le quali questa esigenza è stata perseguita sono sempre rimaste quelle della "conformazione", dell'utilizzo, cioè, dell'accertamento contenuto nella sentenza di annullamento al fine di vincolare il successivo esercizio del potere, che si traduce,* […] *nella funzionalizzazione dell'accertamento ad una pretesa sostanziale formalmente estranea al thema decidendum*».

[66] Giacché, come suggeriva alcuni anni addietro L. MONTESANO, *Luci ed ombre in leggi e proposte di tutele differenziate nei processi civili*, in Riv. dir. proc., 1979, IV, pag. 592, occorre sempre «[…] *realizzare, nella creazione e nell'applicazione del diritto, il comando della nostra Costituzione, che vuole, certo, una tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive il più possibile effettiva, se è vero che le garanzie costituzionali, e in specie l'art. 24, non debbono restare di pura forma e di puro procedimento, ma vanno coordinate alla tendenziale uguaglianza di fatto tra i cittadini (art. 3), cioè, qui, al dovere di evitare che chi adisca con ragione le magistrature rimanga, pur dopo la vittoria in giudizio, concretamente ed economicamente sopraffatto da chi gli abbia a torto resistito*».

"sistema" di contenzioso amministrativo (ancora troppo) legato ad una logica frutto di una "tradizione storico-genetica" ormai da superare in chiave evolutiva alla luce delle dinamiche di sviluppo dell'ordinamento.

In primo luogo, forte è stato l'influsso del diritto comunitario[67], attento al dato "sostanziale" del rispetto di un insieme di principi sulla "qualità" della

---

[67] L'eco sul processo amministrativo derivante dalla partecipazione sempre più stringente dello Stato italiano all'Unione europea, con quanto ne consegue in termini di necessario adattamento della "struttura" tradizionale per intercettare i nuovi *standards* di effettività della tutela secondo i livelli sovranazionali, è messa in giusto risalto da A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, op. cit., pag. 60, il quale molto correttamente sottolinea che «[…] *l'incidenza del diritto comunitario potrebbe condurre nel nostro Paese ad attenuare la contrapposizione fra interesse legittimo e diritto soggettivo, nel senso che, pur rimanendo ferme le specifiche modalità di tutela (come l'articolazione delle giurisdizioni, ecc.), che sono rimesse all'ordinamento nazionale, i risultati sostanziali della tutela dovrebbero diventare sempre più vicini*». Si pensi, a tal fine, alla vicenda concernente la risarcibilità del danno da lesione d'interessi legittimi, da sempre esclusa in forza di una "granitica" lettura dell'art. 2043 c.c., ove l'equivalenza fra "ingiustizia del danno" e danno cagionato "*contra jus*" (nell'accezione di diritto soggettivo "perfetto") rappresentava la "leva" per escludere l'interesse legittimo dal novero delle posizioni garantite dalle forme della tutela "aquiliana". Sicuramente, tra le varie "anime" che hanno ispirato il noto "*revirement*" della Corte di Cassazione (a Sezioni Unite), consacrato nella "storica" pronuncia n. 500 del 22 luglio 1999, v'è stata senz'altro quella comunitaria. Detto altrimenti, l'attenzione europea per la pienezza e l'effettività della tutela, a prescindere dalle peculiari classificazioni dogmatiche di diritto interno (quale, per l'esempio in questione, quella di "interesse legittimo", peraltro sconosciuta a livello sovranazionale), ha contribuito a "scardinare" il tradizionale "dogma" dell'irrisarcibilità dei danni arrecati ai portatori d'interesse legittimo, a partire dalle aperture realizzate in materia di appalti pubblici, per poi (con un effetto di c.d. "*spill-over*") dilatarsi fino a culminare nella generalizzazione del modello ad opera della citata sentenza 500/1999. Peraltro, il riferimento a tale "celebre" pronuncia è qui utile anche per un altro aspetto coerente con l'analisi che si sta cercando di sviluppare in corpo. Infatti, la parte motiva della sentenza delle Sezioni Unite rappresenta un'ulteriore conferma e consacrazione della natura "sostanziale" dell'interesse legittimo, giacché, per giungere alla conclusione circa l'ammissibilità del rimedio risarcitorio "per equivalente", si è reso necessario porre al centro il "bene della vita" sotteso alla posizione d'interesse legittimo (come per ogni altra posizione giuridica di diritto sostanziale), fugando, per tale via, ogni dubbio ancora residuo (anche se, invero, già all'epoca in costante diminuzione) circa una possibile lettura di tipo "processuale" dello stesso. La letteratura intervenuta a commento e ad analisi della sentenza *de qua* è davvero amplissima. Si rinvia, pertanto, senza alcuna pretesa di esaustività, quantomeno a G.D. COMPORTI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, Giappichelli, 2003; F.D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, in Riv. dir. civ., 2000, I, pagg. 335 ss.; F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in Dir. pubbl., 2000, I, pagg. 13 ss.; C. CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in Eur. dir. priv., 1999, IV, pagg. 1263 ss.; A. ROMANO, *Sono risarcibili, ma perché devono essere interessi legittimi?*, in Foro it., 1999, I, pagg. 3222 ss.; G. ALPA, *Il revirement della Corte di Cassazione sulla responsabilità per la lesione di interessi legittimi*, in Resp. civ. prev., 1999, IV-V, pagg. 907 ss.; F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi alla risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*, in Foro it., 1999, XI, pagg. 3212 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, C.

protezione erogata dai sistemi processuali nazionali più che alle "classificazioni dogmatiche" strettamente domestiche in tema d'interesse legittimo con i suoi corollari sul fronte delle modalità di tutela contenziosa.

Dall'altro, (ma, forse, il "moto" fra le giurisprudenze è circolare[68]) può inserirsi, senz'altro, la giurisprudenza della Corte Costituzionale, la quale, grazie ad una serie di pronunce dedicate alla "materia amministrativa"[69], ha fornito una

---

MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in Dir. Pubbl., 1999, II, pagg. 487 ss.; G. ALPA, M. SANINO, P. STELLA RICHTER, *Prime riflessioni sulla sentenza n. 500 delle sezioni unite della Cassazione relativa alla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi*, in Giust. civ., 1999, X, pagg. 427 ss. Sull'estensione dell'ambito di efficacia dei principi e delle regole del diritto comunitario anche oltre lo stretto perimetro dei limiti di attribuzione (c.d. effetto di "*spill-over*") valga il riferimento a D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2005, III-IV, pagg. 851 ss.

[68] Sulla tendenza ai processi di c.d. "*cross-fertilization*" fra le giurisprudenze si consulti, in generale, E. D'ALTERIO, *La funzione di regolazione delle corti nello spazio amministrativo globale*, Milano, Giuffrè, 2011, in part. pag. 37; nonché A. SPERTI, *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, in Riv. dir. cost., 2006, pagg. 125 ss. Con specifico riguardo all'omogeneizzazione fra i diritti processuali amministrativi, si vd., quantomeno, G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA (a cura di), *Le autorità indipendenti*, Padova, Cedam, 2010, in part. pag. 104; D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2002, III, pagg. 683 ss.; M. FROMONT, *La convergence des systèmes de justice administrative en Europe*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2001, I, pagg. 125 ss.

[69] Il riferimento va, in particolare, all'importante sentenza della Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204, in Cons. St., 2004, II, pagg. 1357 ss. Tale pronuncia, nell'interpretare l'art. 103 Cost. con riguardo alla locuzione «[…] *particolari materie indicate dalla legge* […]» al fine di perimetrare l'ambito di (possibile) creazione in via legislativa di nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva (non più ammessa per interi "blocchi di materie"), ha occasione di operare un'interessante lettura dell'art. 24 Cost. che si pone nell'ottica della — più volte evocata nel corso del presente Capitolo — "strumentalità" del processo. In particolare, passando per l'inquadramento del risarcimento del danno per equivalente come «[…] *strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*» (non condividendo un diverso inquadramento di esso come «[…] *nuova "materia" attribuita alla sua giurisdizione* […]»), giunge necessariamente al tema "centrale" della "pluralità delle tutele" nel processo amministrativo affermando che «[l]*'attribuzione di tale potere* (s'intende: quello di disporre il risarcimento del danno per equivalente e/o in forma specifica) *non soltanto appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato* […]*, ma anche, e soprattutto, essa affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 Cost., il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri* […]». Interessante, in proposito, la lettura di A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 60, il quale intuisce che il collegamento operato dalla Corte fra azione risarcitoria e garanzia della posizione giuridica soggettiva veicolata in giudizio presuppone «[…] *una lettura del dettato dell'art. 24 Cost. non meramente formale, quale generico principio di azionabilità delle situazioni giuridiche, con ampia libertà del legislatore processuale di fronte alle scelte dei mezzi di tutela disponibili* […] *ma sostanziale, quale norma, cioè,*

lettura dell'art. 24 Cost. attenta ai "valori" di protezione delle posizioni giuridiche sostanziali da porre (sempre) come "asse portante"[70] rispetto alle tecniche di tutela, le quali, semmai, costituiscono un momento "a valle" che deve essere articolato dal legislatore in modo da riflettere le esigenze fondamentali di tutela.

Questa "esaltazione" del carattere "strumentale" del processo, come funzione dell'ordinamento che deve rispecchiare e porsi "al servizio" dei "bisogni differenziati di tutela" — identificati dalle diverse connotazioni delle posizioni soggettive (anche d'interesse legittimo) del singolo attore — diviene radicalmente incompatibile con la forma "monistica" della tecnica di tutela rappresentata dall'azione di annullamento, inadeguata a fornire protezione ad un "fascio" ben più variegato di esigenze di tutela riferite alle diverse controversie di diritto pubblico.

Questo, in sintesi, è stato il percorso che ha portato il legislatore delegante del 2009 ad intuire la necessità di procedere, a livello legislativo, con un'opera di riforma e (nuova) razionalizzazione dell'impianto della giustizia amministrativa di modo da «[…] *adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle*

---

idonea a richiamare uno standard massimo di protezione che assicurasse al titolare del diritto o dell'interesse legittimo un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di cui è portatore». Per una lettura della sentenza *de qua* nei suoi vari aspetti, si rimanda, *ex multis*, quantomeno a V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*, in Dir. proc. amm., 2004, III, pagg. 799 ss.; F. FRACCHIA, *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione "esclusiva" alla giurisdizione del giudice amministrativo*, in Foro it., 2004, X, pagg. 2605 ss.; M. CLARICH, , *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "riletta" dalla Corte Costituzionale. La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata*, in Giorn. dir. amm., 2004, IX, pagg. 969 ss.; A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d.lg. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204*, in Foro it., 2004, X, pagg. 2598 ss.; B.G. MATTARELLA, *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, in Giorn. dir. amm., 2004, IX, pagg. 979 ss.; R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte Costituzionale*, in Dir. proc. amm., 2004, III, pagg. 832 ss.

[70] Il termine è volutamente evocativo del titolo dell'intervento di M. CLARICH, *Nei "bisogni di tutela" l'asse portante del sistema*, in Guida al diritto - Dossier, 2011, IX, pag. 85, a commento del Codice del processo amministrativo ad un anno dalla sua adozione. L'Autore, per quanto qui rileva, osserva che «[i]*l Codice del processo amministrativo* […] *pone al centro della nuova disciplina le situazioni giuridiche soggettive di cui è titolare il soggetto privato che ha proposto il ricorso e il sistema delle azioni. Con ciò i "bisogni di tutela", sempre più variegati nella società contemporanea, diventano l'asse portante del sistema processuale. Su di essi si commisura l'effettività del sistema processuale*».

giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di princìpi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele».[71]

L'idea per tradurre, sul piano tecnico, i segnalati *desiderata* della riforma, è stata quella — in omaggio alla più volte accennata impostazione del ruolo "strumentale" del processo — di indicare al Governo la strada dell'intervento sulla "sistematica" delle azioni prevedendo «[…] *le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa*».

Questi indizi testuali confortano l'idea che al centro del nuovo processo amministrativo vi sia, in piena coerenza con gli schemi di una giurisdizione "di diritto soggettivo", la "pretesa" dell'attore[72]. Quest'ultima, in quanto "multi-forme", poiché dipende dal diverso atteggiarsi del rapporto sostanziale e dal "tipo" di potere amministrativo con il quale il privato "dialoga", non può (in molti casi) trovare una tutela "piena" ed "effettiva"[73] unicamente tramite il

---

[71] Cfr., appunto, l'art. 44, comma 1, della l. 69/2009, già riportato (in forma estesa) in nt. 40 del presente Capitolo.

[72] Il Codice è ricco di "spunti" che confortano tale tesi. Tra questi, valga la pena ricordare l'art. 34, comma 5, c.p.a., ove si lega la dichiarazione giudiziale di "cessazione della materia del contendere" all'accertamento della circostanza che «[…] *nel corso del giudizio la pretesa del ricorrente risulti pienamente soddisfatta*» (e non solo in caso di semplice annullamento in autotutela dell'atto impugnato, come nel passato assetto meramente "impugnatorio").

[73] Si noti come le esigenze di "pienezza" ed "effettività" della tutela siano enunciate chiaramente, in "apertura" del Codice, all'art. 1 (rubricato, per l'appunto, «effettività») ove si dispone che «[l]*a giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*». Il rimando al "diritto europeo" implicitamente importa tutto il patrimonio di "garanzie" contenute, tanto nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (specialmente al comma 1, ove si statuisce che «[o]*gni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice* […]»), quanto negli artt. 6 e 13 della C.E.D.U. (in particolare, nel secondo ove si prevede che «[o]*gni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali*»). Si vd., in proposito, quanto affermato dalla Corte di Giustizia dell'U.E., all'interno della sentenza del 13 marzo 2007, C-432/05 "*Unibet*", specialmente nella parte in cui si prende atto che «[…] *in base ad una giurisprudenza costante, il principio di tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale di diritto comunitario che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che è stato sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* […] *e che è stato ribadito anche all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000*». Per una lettura dell'art. 1 del c.p.a., si rinvia, innanzitutto, a R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel Codice del processo amministrativo*, in Foro amm. C.d.S., 2011, V, pagg. 1707 ss. Inoltre, si veda anche l'interessante lettura operata da M. LIPARI, *L'effettività della decisione tra cognizione e*

"*petitum*" proprio dell'azione di annullamento tradizionale, bensì richiede (quantomeno) un ulteriore "modello" di tutela, ossia quello di "condanna" per tutti quei casi ove la posizione d'interesse legittimo sia di tipo "pretensivo"[74].

Intercettando la segnalata esigenza di articolazione delle forme di tutela secondo un "fascio" di tecniche (*rectius*: azioni) che riflettano la pluralità delle pretese sostanziali[75], il Codice — nonostante alcune iniziali "sforbiciature"[76] poi

---

ottemperanza, in Federalismi.it, 2010, pag. 22, che intercetta il collegamento tra il "valore" dell'effettività ed una serie di corollari applicativi. In particolare, l'Autore spiega che «[n]*el codice, l'articolo 1, in modo sobrio ed essenziale (e proprio per questo molto incisivo) presenta esplicitamente il principio di effettività, ancorandolo alla pienezza della tutela e alla attuazione dei criteri costituzionali e del diritto europeo.* […] *Il richiamo al principio di effettività assume il significato di sintesi di un complesso di regole diverse, ma operanti nel contesto del nuovo processo amministrativo: a) positivizza e rafforza l'opzione ermeneutica della giurisprudenza, diretta a individuare letture delle norme processuali orientate in una precisa direzione finalistica; indica il principio generale che consente di colmare eventuali lacune del codice; b) àncora l'effettività a valori normativi superiori di rango costituzionale e di derivazione sovranazionale* […]*; c) autorizza a configurare l'ordinamento processuale secondo coordinate flessibili, al cui interno le regole specifiche vanno accuratamente adattate all'esigenza di effettività; d) rappresenta una (forse la principale) valvola di raccordo con il codice di procedura civile, indicando quali regole possono e devono essere applicate anche nella sede amministrativa*».

[74] A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 66: «[i]l *vero è che la valorizzazione dell'accertamento del rapporto sotteso alla sentenza di annullamento in funzione del giudizio di ottemperanza è servita, oltre che in generale per cercare di dare stabilità al giudicato, a porre rimedio alla mancanza di azioni diverse dall'annullamento e, in particolare, di un'azione di condanna, di un'azione cioè idonea ad indirizzare l'accertamento compiuto verso l'effettiva pretesa del ricorrente*».

[75] Vd., appunto, A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo ed il superamento della giustizia amministrativa. Una introduzione al libro I*, op. cit., pag. 100 ss., laddove coglie nella "codificazione" del processo amministrativo un aspetto di grande novità, ossia quello rappresentato dalla circostanza che «[c]*on l'ingresso ufficiale della "pretesa" nell'universo del processo amministrativo anche in quest'ultimo l'azione si separa definitivamente dalla posizione soggettiva: in un certo senso, si scindono quegli elementi — sostanza e processo — la cui unione aveva tradizionalmente caratterizzato la giustizia amministrativa*». Un esempio di pluralità di azioni combinate attorno alla "pretesa" centrale del ricorrente è offerto dagli artt. 121 ss. del c.p.a., i quali, per la materia degli appalti pubblici, consentono di accordare una tutela di "spettanza" a piena soddisfazione del "bene della vita" auspicato dal ricorrente. Per una lettura delle disposizioni citate, favorevole ad un loro inquadramento entro i più generali canoni della giurisdizione di tipo "soggettivo", sia consentito rinviare a S. VACCARI, *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale satisfattoria*, in Dir. proc. amm., 2015, I, pagg. 255 ss.

[76] Ci si riferisce alla provocatoria espressione "anonimo sforbiciatore" adottata da F. MERUSI, *In viaggio con Laband*…, in Giorn. dir. amm., 2010, VI, pagg. 658 ss, per alludere all'espunzione finale dal testo del Codice del processo amministrativo, poi approvato, di alcuni aspetti (per tutti, in particolare, l'azione di adempimento), che invece erano presenti all'interno del "progetto" di Codice elaborato dalla Commissione incaricata (presso il Consiglio di Stato) della sua elaborazione. L'Autore, per descrivere — in chiave critica — l'accaduto afferma che «[u]*n anonimo sforbiciatore, che ha affermato di agire in nome del Ministro del tesoro per contenere un possibile aumento della spesa pubblica, ha surrettiziamente mutilato il testo predisposto da una apposita Commissione costituita in esecuzione della legge delega presso il Consiglio di Stato e ci ha aggiunto qualcosa di suo per trasformare, quel che doveva essere un processo paritario, in una sorta di giustizia domestica preunitaria.*

"aggiustate" a mezzo dei successivi "correttivi"[77] — ha previsto, agli artt. 29 ss., un "catalogo" di azioni esperibili dall'attore[78], quali: l'azione di annullamento, l'azione di condanna, l'azione avverso il silenzio, l'azione di declaratorio di nullità, l'azione di adempimento, oltre ad altre azioni implicitamente ammesse (si pensi, ad esempio, all'azione di accertamento mero[79]) sulla base di un più generale canone di "atipicità" delle forme di tutela[80].

Insomma in qualcosa di più arretrato rispetto al discorso di inaugurazione della IV Sezione del Consiglio di Stato scritto da Silvio Spaventa verso la fine dell'Ottocento».

[77] Per i quali, A. PAJNO, *Le nuove disposizioni correttive ed integrative al codice del processo amministrativo*, in Giorn. dir. amm., 2013, I, pagg. 5 ss.

[78] Saluta con favore la previsione di un "catalogo" di figure tipizzate di "azioni" all'interno del nuovo Codice, B. SASSANI, *Arbor actionum. L'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo*, op. cit., pag. 1358. Infatti, a Suo avviso «[…] *il concetto di azione rinvia ad un paradigma che collegando la domanda al rimedio, indica anche la via da seguire (i caratteri salienti delle modalità) per attingere quest'ultimo, sicché il diritto sostanziale si proietta sulla procedura e la conforma*». Ed in particolare, il concetto di "azione" cui l'Autore fa riferimento può trovare una migliore comprensione ricorrendo al concetto anglosassone di "*form of action*", ossia quello che denota il «[…] *tipo di tutela il cui esercizio è subordinato a forme predeterminate, forme che condizionano l'accesso, la procedura, i poteri del giudice e i rimedi*». Più in generale, sulle "azioni" contenute all'interno del (nuovo) Codice del processo amministrativo, cfr., fra le diverse letture e i vari commenti esistenti, quantomeno, S. BACCARINI, *Scelta delle azioni e valutazione della necessità dell'annullamento per la tutela del ricorrente*, in Dir. proc. amm., 2011, IV, pagg. 1260 ss.; G. VELTRI, *Le azioni di accertamento, adempimento, nullità ed annullamento nel codice del processo amministrativo*, in Giustizia-amministrativa.it, 2011, pagg. 1 ss.; M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in Giustizia-amministrativa.it, 2010, pagg. 1 ss.; S. RAIMONDI, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel Codice del processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2011, III, pagg. 913 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*, in Giustizia-amministrativa.it, 2010, pagg. 1 ss.

[79] Sulla quale interessanti spunti si rinvengono in A. CARBONE, *Pluralità delle azioni e tutela di mero accertamento nel nuovo processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2013, III, pagg. 864 ss.

[80] Nel senso della permanenza di un principio di "atipicità" delle azioni anche dopo l'emanazione del Codice del processo amministrativo, fra gli altri, M. RAMAJOLI, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, 2011, pagg. 573 ss.; E. SCOTTI, *Tra tipicità e atipicità delle azioni nel processo amministrativo (a proposito di ad. plen. 15/2011)*, in Dir. amm., 2011, IV, pagg. 765 ss.; L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in Giustizia-amministrativa.it, 2010, pagg. 1 ss. Già prima dell'avvento del c.p.a. sosteneva apertamente l'atipicità, M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2005, III, pagg. 557 ss. *Contra*, invece, in quanto a favore di una "tipicità moderata", A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in AA.VV., *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Milano, Giuffrè, 2011, in part. pag. 87, ove esprime la propria idea secondo cui «[…] *emerge nel codice una disciplina positiva ispirata a un canone di tipicità "moderata". Il codice non propone un catalogo delle "azioni" (talvolta il suo intervento appare piuttosto casuale), ma ne consente comunque un'identificazione precisa.* […] *Di alcune azioni sono previsti più puntualmente i presupposti e i possibili risultati* […]*, altre sono ammesse "implicitamente", perché risultavano già "acquisite" nel quadro delle azioni nel processo amministrativo (si pensi all'azione di accertamento). Il quadro che si ricava dal codice, pertanto, non*

Ciò che è interessante rilevare è come il ruolo centrale assegnato alla "pretesa", come bisogno di collegamento fra le tecniche di tutela processuale ed il "bene della vita" oggetto della posizione giuridica sostanziale veicolata in giudizio, abbia importanti riflessi in ordine all'«oggetto del processo». Quest'ultimo[81], nonostante tutte le incertezze che circondano la relativa nozione con riguardo al processo amministrativo[82], dovrebbe essere ora ricostruito come in ogni giurisdizione di tipo "soggettivo"[83].

Infatti, se — come pare oggi condiviso in chiave quasi unanime — la giurisdizione amministrativa sposa compiutamente il modello e le forme della giurisdizione "soggettiva"[84], allora dovrà convenirsi che ciò che si domanda, aldilà della "tecnica" con la quale si prospetta la propria domanda al giudice, è la tutela di una propria posizione giuridica soggettiva[85]. E, pertanto, l'«oggetto del processo» riguarderà la "frazione"[86] (più o meno estesa, financo "totale") del

recepisce il canone dell'atipicità e non lascia comunque spazio ad azioni atipiche». Per il "principio di atipicità" nel processo civile, si voglia riferirsi alle riflessioni di G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, op. cit., 1965, in part. pag. 81.

[81] Si ricordi l'importanza fondamentale della riflessione sull'oggetto del processo per una corretta comprensione dell'ambito d'estensione del giudicato. Sul punto, basti il rinvio alla nt. 44 del Cap. III del presente lavoro, con particolare attenzione all'intuizione di A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, op. cit., pagg. 48-49.

[82] Per un approfondimento sulle principali teorie dottrinali sul tema (complesso) dell'«oggetto del processo amministrativo» si rimanda, in primo luogo, al fondamentale scritto dedicato al tema di R. VILLATA, *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo*, in AA.VV., *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano, Giuffrè, 1982, pagg. 705 ss. Inoltre, si consultino, quantomeno, L. MAZZAROLLI, *Il processo amministrativo come processo di parti e l'oggetto del giudizio*, in Dir. proc. amm., 1997, III, pagg. 463 ss.; S. GIACCHETTI, *L'oggetto del giudizio amministrativo*, in AA.VV., *Studi per il centocinquantenario del Consiglio di Stato*, Roma, Ist. pol. e Zecca dello Stato, 1981, III, pagg. 1483 ss.; V. CAIANIELLO, *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in Foro amm., 1980, IV, pagg. 851 ss.

[83] E, dunque, prendendo a modello per quanto possibile — e salvi "alcuni aggiustamenti" — il processo civile.

[84] Anche se, secondo alcuni Autori, sopravvivono "frammenti" di "giurisdizione oggettiva", seppur ambientati in un modello complessivo di "giurisdizione soggettiva". In particolare, cfr., anche per ogni ulteriore riferimento bibliografico, M. SILVESTRI, *I frammenti di una giurisdizione oggettiva nel processo amministrativo*, in Giustamm.it, 2015, pagg. 1 ss.

[85] E, sul punto, pare fuor dubbio che l'interesse legittimo abbia pacificamente conquistato il ruolo di "situazione giuridica sostanziale".

[86] F.G. SCOCA, *Considerazioni generali del processo amministrativo*, pag. 146 ss., ricorda sul punto che il «[…] *rapporto amministrativo non è (può non essere) dedotto in giudizio nella sua integralità,*

"rapporto" come corrispondente al bisogno di protezione e di tutela della "pretesa" nelle forme "guidate" dalla domanda introdotta in giudizio secondo gli schemi (anche combinati) delle diverse azioni proponibili nel (nuovo) processo amministrativo.

Ciò significa che l'«oggetto del processo» e, dunque, la possibile ampiezza della cognizione del rapporto, dipenderà dal tipo di azione e/o azioni proposte, come esito della scelta sulle modalità di tutela ritenute dall'attore[87] più funzionali alla soddisfazione della propria pretesa[88], senza che si possa, come s'era fatto in passato, generalizzare un modello di "giudizio sul rapporto" sempre completo e pieno. Quest'idea di un giudizio amministrativo che, a prescindere dall'ambito delineato dalla domanda di parte, consenta sempre la cognizione del rapporto amministrativo complessivamente inteso, seppur all'epoca era funzionale ad accordare un "ambito di protezione" più ampio per alcune pretese a fronte della sola tutela caducatoria, oggi, in un sistema "a pluralità di azioni" palesa il proprio carattere di impostazione con assenza di scientificità.

Nel sistema vigente, infatti, la pluralità degli strumenti di tutela che si adattano, secondo la scelta dell'attore, ai propri peculiari "bisogni di tutela", consente di traslare in giudizio "in forma diretta" la propria pretesa, senza alcun bisogno, per la dottrina e la giurisprudenza, di dover "forzare" sul piano

---

afferendo l'oggetto del giudizio ai profili di illegittimità dell'esercizio del potere, che, rappresentati (di norma) come vizi del provvedimento che definisce il procedimento, siano stati dedotti con l'atto introduttivo del processo».

[87] In pieno rispetto, dunque, del «principio dispositivo», nella sua declinazione di «principio della domanda». Per la bibliografia principale sul tema si rinvia alla nt. 70 del Cap. III del presente lavoro. Si ricordi, nuovamente, il fondamentale contributo (per il processo amministrativo) di M. NIGRO, *Domanda (principio della) — Diritto processuale amministrativo*, op. cit.

[88] Sull'ingresso della "pretesa" nell'oggetto del "nuovo" diritto processuale amministrativo cfr. V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, op. cit., pagg. 359-360, il quale ricollega tale idea alla «[…] *configurazione più recente assunta dal processo amministrativo, nella quale è indiscutibile che oggetto del giudizio sia l'accertamento della fondatezza delle pretese sostanziali di parte (espressamente, art. 31, 3° co.; art. 34, 1° co., lett. c)) delle quali si chiede la reintegrazione piena o per equivalente, laddove possibile, attraverso la condanna al risarcimento dei danni ovvero all'adozione del provvedimento richiesto*». In giurisprudenza, molto chiaramente Cons. St., sez. V, 6 luglio 2002, n. 3717, in Foro amm. C.d.s., 2003, III, pagg. 1058 ss., che segnala l'esistenza di un «[…] *generale principio che vuole che il reale oggetto del giudizio amministrativo sia costituito dalla pretesa azionata e dall'accertamento della sua fondatezza*».

dogmatico le categorie processuali ed, in particolare, la cognizione alla base della tutela costitutiva per funzionalizzarla a scopi che, nell'attuale processo amministrativo, invece, rinvengono la propria soddisfazione secondo altri strumenti *ad hoc*[89].

Un "ripristino" di una maggiore coerenza tra pretesa sostanziale e tecnica di tutela processuale non può non avere riflessi sul tema del «giudicato», in quanto, per i noti collegamenti tra «oggetto del processo» e «limiti oggettivi» del giudicato, la centralità diretta della pretesa, entrando (ove possibile) nel "*thema decidendum*", formerà il contenuto della decisione del giudice[90] sulla quale verrà poi ad attribuirsi la "qualità" stabilizzante della "*res judicata*" con ogni effetto preclusivo "*pro futuro*".

Ovviamente, bisogna premettere che il giudicato amministrativo sarà ad "ampiezza variabile" in funzione del tipo di azioni proposte e della possibile

---

[89] Si vedrà, *infra*, in particolare, l'utilità dell'azione di adempimento per la tutela degli interessi legittimi c.d."pretensivi".

[90] Si noti il carattere in un certo senso "flessibile" e "plastico" del possibile contenuto della sentenza di merito, grazie alla formulazione dell'art. 34 del c.p.a. In tale disposizione, infatti, si prevede, mettendo in risalto ancora una volta la centralità che la "pretesa" assume all'interno del nuovo impianto, che «[i]*n caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti della domanda:* […] *condanna* […] *all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio* […]». Suggerisce una lettura in combinato disposto delle disposizioni del Codice sulle azioni (artt. 29 ss.) e sul contenuto delle pronunce (artt. 34-35) F. PATRONI GRIFFI, *Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*, op. cit., in part. nel par. dedicato al "*rapporto tra tipologia delle azioni e contenuti della sentenza*". Sempre sulla lettura dell'art. 34 c.p.a., anche, L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, op. cit., pag. 4, la quale ritiene che il Codice «[…] *fa inevitabilmente emergere la questione della corrispondenza fra elenco delle azioni ed elenco delle pronunce*» visto che (pag. 2) «[l]*a pronuncia è, infatti, il momento in cui le domanda delle parti, i fatti oggetto della controversia e i poteri del giudice si incontrano ed è proprio in quel momento che si palesa la misura dell'ampiezza, della effettività e della profondità del sistema di giustizia amministrativa, che non si esaurisce nel solo procedimento giurisdizionale*». Anche M. LIPARI, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, op. cit., pag. 27, mette in dovuto risalto «[…] *il non immediato coordinamento testuale tra il catalogo delle azioni esperibili dinanzi al giudice amministrativo e la tipologia dei contenuti della sentenza di accoglimento, descritti dall'articolo 34*». Infatti, all'interno della disciplina del Codice, mentre «[…] *le azioni sono classificate con preponderante (se non esclusivo) riferimento al petitum (condanna in senso ampio: art. 30, comma 1, e condanna al risarcimento, annullamento dell'atto; dichiarazione della illegittimità del silenzio)*», la disciplina della sentenza di merito *ex* art. 34 c.p.a., invece (pag. 28), «[…] *risulta orientata ad esaltare la "causa petendi" dell'azione, ossia la posizione giuridica affermata dalla parte, in rapporto alla lesione lamentata*». Sul tema, anche, A. SCOGNAMIGLIO, *Appunti per una prima lettura dell'art. 34, comma 1, lett. c), d) ed e): le sentenze di condanna e condanna al risarcimento dei danni*, in Giustizia-amministrativa.it, 2010.

dimostrazione di "spettanza" della pretesa veicolata in giudizio. 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, come si vedrà *infra*, grazie ad una lettura che combini, in un disegno più generale ed unitario, le sequenze del procedimento amministrativo e del (successivo) processo.

Ciò in quanto, molte "risposte" che la dottrina ha cercato all'interno del processo amministrativo — e che questo non può "strutturalmente" fornire, pena lo stravolgimento di alcuni "punti fermi" della relativa dogmatica — vanno invece ricercate all'interno del procedimento amministrativo poiché attengono al modo (più o meno completo) di svolgimento della "funzione amministrativa", che altro non è se non la traduzione "reale" e "dinamica" del potere amministrativo come posizione giuridica dell'amministrazione che, a valle della sua spendita, si confronterà in giudizio, in posizione di resistente o, più in generale, di convenuta, intorno alla "pretesa" vantata dall'attore.

4.3. Verso un giudicato amministrativo di "spettanza" (o di "rigetto" della pretesa) c.d. "stabilizzato". Le differenti tecniche di tutela degli interessi legittimi (pretensivi e oppositivi) e loro collegamento con i limiti/ostacoli tradizionali opposti ad un giudicato amministrativo "pieno e stabile".

Le osservazioni svolte all'interno del paragrafo precedente hanno consentito di focalizzare un dato centrale, ossia come (pare) sia erroneo ragionare intorno alla posizione giuridica soggettiva d'interesse legittimo secondo una concezione "stereotipa" e unificante, che ricolleghi in via automatica al dato "sostanziale" un unico "strumento" (*rectius*: tecnica di tutela) processuale standardizzato/a di reazione nei confronti delle più diverse patologie dell'illegittimità amministrativa. Ciò, com'è noto, era accaduto per un lungo corso della giustizia amministrativa attraverso l'assolutizzazione del modello "impugnatorio" e "cassatorio" incentrato sull'atto amministrativo come via di reazione obbligata, nelle forme del *petitum* d'annullamento, avverso la lesione della propria sfera giuridica soggettiva (tanto nei casi di atti di tipo "ablatorio", quanto, con impostazione — risultata poi — inadeguata, nei casi di "diniego" di atti di tipo "ampliativo").

Viceversa, con il passare degli anni si è sempre più adeguatamente intuito che è preferibile procedere secondo una miglior distinzione e sotto-articolazione delle diverse figure ricomprese all'interno del (più ampio) *genus* "interesse legittimo" secondo il loro diverso atteggiarsi con il potere amministrativo e la differente aspirazione di soddisfazione sottesa nel loro substrato "materiale".

L'utilità di quest'approccio metodologico risiede, non tanto in un mero esercizio di sterile classificazione[91], bensì nella più corretta comprensione — viste

[91] Attento ad evitare la critica di "sterile" esercizio classificatorio legato all'opera dogmatica di proliferazione delle situazioni soggettive, P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, op. cit., pag. 21. Egli, infatti, sottolinea come la necessità interpretativa di enucleare «[…] *una suddistinzione all'interno dell'unica situazione "interesse legittimo", non è quindi fine a se stessa, né*

le esistenti relazioni fra "interessi", "bisogni" e "rimedi"[92] — di quali siano le "tecniche processuali" (o, se si vuole, le azioni) più coerenti con il tipo di bisogni di protezione da soddisfare e, dunque, più idonee a consentire una tutela piena ed effettiva per il ricorrente (eventualmente vittorioso).

Tale ragionamento, volto alla ricerca di una piena simmetria tra "tipologia" di situazione soggettiva (con il suo peculiare "bene della vita") e "modello" di rimedio, sembra essere oggi avverato — a diritto positivo vigente — grazie al "sistema" pluralistico (e, forse, anche "atipico") di azioni codificato all'interno del nuovo Codice[93].

Onde agevolare la comprensione del concetto è possibile, in chiave di semplificazione espositiva, quantomeno identificare in due macro-modelli i "tipi" di posizioni giuridiche soggettive che dialogano con il potere dell'amministrazione. Queste corrispondono, per usare un lessico ormai

---

risulta giustificata soltanto da finalità classificatorie, ma consegue a reali esigenze di differenziazione della tutela giuridica accordata, nell'un caso e nell'altro, dall'ordinamento».

[92] Molto lucidamente F. LUCIANI, *Funzione amministrativa, situazioni soggettive e tecniche giurisdizionali di tutela*, op. cit., pag. 979, nella parte in cui rileva che «[q]*uando si parla genericamente di tutela di interessi giuridici è opportuno distinguere tra interessi, bisogni e rimedi di protezione. Il diritto sostanziale qualifica alcuni interessi come giuridicamente rilevanti e li fa oggetto di situazioni soggettive; ciascuna di queste situazioni esprime bisogni differenziati di tutela, ai quali corrisponde una tipologia differenziata di rimedi protettivi*».

[93] Cfr., infatti, le osservazioni esposte nel paragrafo precedente del presente Capitolo. Intuiva già (qualche anno addietro l'entrata in vigore del Codice) la tendenza del legislatore ad ampliare lo "spettro" dei rimedi a disposizione del ricorrente nell'ottica del superamento di un anacronistico modello di processo amministrativo impugnatorio, A. POLICE, *Annullabilità e annullamento*, in Enc. dir., Ann., I, Milano, Giuffrè, 2007, in part. pag. 68, ove l'Autore affermava che «[…] *nell'alternativa tra un processo preordinato essenzialmente all'eliminazione dell'atto ed un processo indirizzato a dettare una disciplina definitiva ed esaustiva delle rispettive posizioni giuridiche convergenti in quella fattispecie, il legislatore sembra ormai definitivamente orientato per la seconda soluzione*». Sulla "pienezza" del giudizio dinanzi al G.A., in giurisprudenza, fra tutte, Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, in Giur. comm., 2003, II, pag. 170.

consolidato, alla *summa divisio*[94]: interessi legittimi "oppositivi" e interessi legittimi "pretensivi"[95].

Questa sotto-articolazione — della più generale figura di teoria generale dell'interesse legittimo — in due *species*, è costruita, in un'ottica più moderna rispetto ad alcune passate classificazioni[96], a partire dal "tipo" di interesse materiale protetto dal singolo interesse legittimo[97]. Così, si è intuito che è possibile accorpare l'ampia casistica di posizioni giuridiche esistenti nell'infinita fenomenologia concreta delle relazioni giuridiche fra persone e P.A. detentrici di

---

[94] Così F. LA VALLE, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza delle libertà e dei diritti*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1969, III, pag. 842: «[…] *ad onta della diversità strutturale, le due categorie di interessi legittimi — a questo riguardo può ben parlarsi d'una summa divisio — sono accomunate dalla circostanza che entrambe implicano essenzialmente la possibilità di un mutamento autoritativo della sfera di libertà del soggetto, nelle direzioni opposte d'una restrizione o d'un ampliamento di tale sfera, sono cioè essenzialmente correlate a dei possibili comportamenti costituenti esercizio di poteri autoritativi* […]».

[95] Le categorie riportate in corpo attengono alla distinzione dottrinale — che ebbe la maggiore eco di diffusione, tanto nella dottrina (e nella manualistica), quanto nella giurisprudenza successiva — elaborata da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., 1979, in part. pagg. 131-132. Tuttavia, la letteratura elaborò ulteriori (e diverse) denominazioni che, sebbene recanti un diverso *nomen*, corrispondono essenzialmente (nella "sostanza") alla suddivisione qui presa a modello. Si pensi, in particolare, alla bipartizione fra interessi legittimi "statici" e interessi legittimi "dinamici" teorizzata da G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, op. cit., pagg. 4-5, il quale definisce come "interessi legittimi statici" «[…] *quelli correlati — e, per così dire, contrapposti — alla potestà ablatoria, che si pretende non venga esercitata, mantenendo viceversa lo "status quo ante"*», mentre chiama con l'appellativo "interessi legittimi dinamici" «[…] *quelli correlati alla potestà autorizzatoria, concessoria, ecc., che si pretende venga esercitata, trasformando così in modo ampliativo la sfera giuridica del titolare dell'interesse stesso*». Sempre in dottrina, si rinvia anche alla nota costruzione della posizione di "aspettativa di provvedimento" ideata da P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, op. cit., pag. 21 ss., il quale, nel perimetrare l'oggetto delle Sue ricerche, rifletteva sull'esistenza di «[…] *interessi legittimi che sintetizzano la protezione di interessi contrari ad un provvedimento ed interessi legittimi che sintetizzano invece la protezione di interessi che attendono di essere realizzati da o mediante un provvedimento. Questa seconda categoria può essere indicata con il termine di "aspettativa di provvedimento"*».

[96] Si pensi, in particolare, alla diffusa distinzione, nella dottrina più datata, fra "interessi occasionalmente protetti" e "diritti affievoliti", come elaborata, per tutti, da O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, op. cit., in part. pagg. 163 ss.

[97] M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., 1979, pag. 131: «[s]*embra, infatti, preferibile classificare gli interessi legittimi in base al tipo di interesse materiale protetto. In base a questo criterio, si deve distinguere fra interessi legittimi il cui nucleo centrale è costituito dall'interesse alla conservazione di un bene e interessi legittimi il cui nucleo è un interesse alla acquisizione di un bene. Il diverso contenuto dell'interesse conferisce diversa posizione al soggetto titolare del medesimo interesse, rispetto al potere amministrativo. Nel primo caso, il privato si limita a resistere alla p.a., ad opporsi ad essa per difendere il bene; nel secondo caso, il privato pretende qualcosa dalla p.a., si aspetta dal comportamento di questa un accrescimento delle sue utilità. Per questa ragione, mi è parso di poter battezzare gli interessi del primo gruppo come interessi oppositivi, quelli del secondo gruppo come interessi pretensivi*».

un potere amministrativo attorno a due principali "nuclei" di protezione: da un lato un interesse volto a conservare un certo "bene della vita" già presente nella propria sfera giuridica; dall'altro un interesse teso ad acquisire nel proprio patrimonio giuridico un dato "bene della vita" per opera dell'azione amministrativa. Il primo insieme, che corrisponde alla posizione denominata "interesse legittimo oppositivo", riassume tutti quei casi in cui il privato si opponga (nelle forme consentite) ad un'azione amministrativa concreta onde difendere il proprio "bene" dall'azione ablatoria ed imperativa della P.A. (utile, a tal fine, l'esempio di scuola del potere espropriativo o dell'ordine di demolizione). Il secondo insieme, invece, che accomuna quelle posizioni denominate "interesse legittimo pretensivo", si caratterizza per l'aspirazione e la pretesa ad uno svolgimento positivo e favorevole dell'azione amministrativa onde accrescere ed incrementare la propria sfera di utilità (si pensi, ad un'autorizzazione, ad una sovvenzione, all'assunzione in esito ad un concorso pubblico, etc.).

Ciò che qui interessa rilevare dalla distinzione tracciata è la possibilità di derivare, per implicazione logica consequenziale, il "rimedio" processuale più "ritagliato" sulla fisionomia della posizione presa a modello[98].

Come noto, infatti, chi intende reagire ad una puntuale decisione amministrativa concreta onde conservare una propria preesistente utilità — e, dunque, è portatore sul piano sostanziale di un c.d. "interesse legittimo oppositivo" — vedrà nella tutela costitutiva "tradizionale" lo strumento di reazione (all'esercizio del potere) più funzionale (almeno a livello potenziale) alla soddisfazione della propria "pretesa".

---

[98] Si vd. A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 34, il quale riassume gli spunti ricavabili dalla dottrina (più critica) dell'epoca nell'esistenza di una «[…] *intima correlazione tra bisogno di tutela della situazione concreta e strumenti processuali idonei ad assicurarne la soddisfazione, e della conseguente necessità di differenziare gli interessi legittimi proprio in relazione al diverso atteggiarsi del rapporto tra situazione del privato e potere amministrativo, di cui il bisogno di tutela nient'altro costituisce se non l'espressione processuale*». Sulla correlazione, già M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., 1979, in part. pag. 132, il quale, da un punto di vista generale, aveva da qualche tempo compreso che «[l']*utilità della distinzione fra interessi oppositivi e interessi pretensivi si coglie nello studio dei singoli istituti del processo amministrativo*».

Viceversa, chi si oppone, in nome della propria posizione giuridica sostanziale di c.d. "interesse legittimo pretensivo", ad una manifestazione di diniego amministrativo (ma il ragionamento potrebbe, con alcune precisazioni, adattarsi anche ai casi di c.d. "silenzio inadempimento") necessiterà (sempre a livello potenziale) di un differente "schema" di tutela nelle forme della "condanna" (o, anche, dell'"esatto adempimento") al fine di assicurarsi la "vera" ed "effettiva" soddisfazione della propria pretesa[99].

L'osservazione ci consente immediatamente di ri-collegarci ad un punto fermo più volte sottolineato nel corso della trattazione, ossia che la tecnica "caducatoria" non può essere assunta come modello generalizzato e valevole per ogni giudizio di legittimità nei confronti dell'azione amministrativa degli apparati pubblici[100].

Infatti, in caso di collegamento fra posizione giuridica soggettiva d'interesse legittimo "pretensivo" e azione di annullamento[101] si "rompe" quella

---

[99] Si veda la ricerca di una simmetria tra diritto sostanziale e processo in F. LA VALLE, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza delle libertà e dei diritti*, op. cit., pag. 844, laddove, dopo aver descritto una prima *summa divisio* tra le posizioni d'interesse legittimo (corrispondente, essenzialmente, al duplice modello "interesse legittimo oppositivo" – "interesse legittimo pretensivo" riportato *supra*), si ricerca un'analoga *summa divisio* in campo processuale, al fine di strutturare un sistema di tutele giurisdizionali coerente rispetto al dato sostanziale. L'Autore, infatti, chiarisce che «[a]*lla distinzione cardinale degli interessi legittimi in due categorie, strutturalmente dissimili, quella degli interessi legittimi simpliciter, e quella degli interessi legittimi-attese, corrisponde pertanto una summa divisio delle azioni processuali amministrative, classificabili nelle due fondamentali categorie delle azioni d'impugnazione e delle azioni di adempimento. E tale divisione delle azioni processuale amministrative in due categorie irriducibili, prospetta l'esigenza d'una nuova sistematica del processo amministrativo (che ha già avuto un inizio d'elaborazione nella dottrina tedesca)* […]».

[100] Cfr., anche, F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, Giappichelli, 2000, in part. pag. 11: «[l]*a tutela specifica, nella forma della sentenza di annullamento, parifica situazioni rispetto alle quali l'attitudine satisfattoria del rimedio è assai diversa. La nota distinzione tra interessi legittimi "oppositivi" e interessi legittimi "pretensivi" viene usualmente impiegata proprio per illustrare la differente utilità che la tutela di annullamento è in grado di offrire al ricorrente secondo che l'interesse del quale si afferma la lesione appartenga al primo o al secondo tipo*».

[101] Collegamento che, invece, nella situazione antecedente a quella inaugurata con il (nuovo) Codice, come s'è potuto intuire nel corso del Cap. III (del presente lavoro) attraverso l'analisi delle posizioni dei diversi Autori che *ivi* studiavano i problemi del giudizio amministrativo, rappresentava il modello vigente. Infatti, all'epoca la "forma" di tutela (anche) per quella *species* di posizioni giuridiche soggettive era rappresentata dalla domanda d'annullamento con il risultato, perciò, di gravare frequentemente il ricorrente (già vittorioso all'esito di un primo giudizio) di lunga serie di ricorsi avverso una "catena" di dinieghi fondati

ricercata simmetria tra "*ius*" e "*remedium*" che, invece, si fonda sulla scelta dei modelli appropriati in funzione di coerenza con i valori della effettività e satisfattività della tutela giurisdizionale[102].

Sul punto, tuttavia, pare d'obbligo sin d'ora una precisazione.

Infatti, ragionando poco sopra sulle tecniche di tutela più idonee ad assicurare la soddisfazione della pretesa non a caso si è da subito posto in risalto il carattere "potenziale" della "spettanza"[103].

Qui, invero, s'intercetta appieno il *proprium* del "giudicato".

Cercando di chiarire al meglio i termini del ragionamento, si vuole evidenziare il dato centrale tale per cui non è detto che la sola possibilità di

---

sulle più disparate ragioni offuscando, per tale via, la centralità della propria "pretesa". Sul problema delle "asimmetrie" tra situazioni giuridiche e rimedi giurisdizionali, cfr., *ex multis*, F. LUCIANI, *Funzione amministrativa, situazioni soggettive e tecniche giurisdizionali di tutela*, op. cit., pag. 993, laddove precisamente chiarisce che «[l]*'interesse giuridico manifesta esigenze differenziate di protezione e i rimedi idonei sono quelli che massimizzano il rapporto tra efficacia della tutela ed efficienza economica del risultato*», giungendo ad affermare (pag. 994) che «[…] *la tutela non deve essere rigidamente conformata sulla situazione soggettiva, ma sul bisogno differenziato di protezione che quella situazione complessivamente esprime*». Coglie esattamente il problema anche G. CORSO, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in Foro it., 1989, V, pagg. 424-425, nella parte in cui, operando un raffronto tra la tutela offerta dal giudice civile e quella resa dal giudice amministrativo (dell'epoca), fa notare che «[c]*on l'annullamento del rifiuto il rapporto tra privato ed ente pubblico ricomincia da zero, laddove — in analoga situazione — il giudice civile condannerebbe il debitore ad adempiere*». E, dunque, l'Autore si domanda «[…] *se rispetti il canone costituzionale della effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) una disciplina processuale che offre una forma di protezione del tutto inadeguata alla natura della situazione giuridica fatta valere: nella specie la tutela costitutiva in luogo della tutela di condanna*».

[102] Cfr., in proposito, i plurimi "valori funzionali" del processo esaminati, con selezione di sintesi, all'interno del paragrafo 4.1., del presente Capitolo.

[103] Il termine richiama il lessico utilizzato da G.D. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in Dir. proc. amm., 2001, II, pagg. 287 ss., ove, in particolare, l'Autore (pagg. 324-325), riflettendo sulla situazione di squilibrio esistente fra i rimedi e le giurisdizioni (G.O. e G.A.), ritiene che non residuino «[…] *soluzioni, in un medio periodo di assestamento, che le due estreme: o il ritorno generalizzato al tradizionale criterio, con rinuncia ad ogni giudizio di spettanza da parte del giudice ordinario, o il riconoscimento al giudice amministrativo di valutare esso la spettanza del provvedimento, sia in sede di giurisdizione esclusiva, sia in sede di giurisdizione generale*». Di qui (pagg. 325-326) «[…] *la trasformazione dell'oggetto del giudizio dalla legittimità dell'atto alla spettanza del provvedimento richiesto o del rinnovo dell'esercizio del potere comporterebbe la rinuncia ai residui della concezione "oggettivistica", quali si manifestano nella tradizionale concezione dell'azione di annullamento, quale azione rivolta a far valere qualunque illegittimità. Invece, il giudizio amministrativo verrebbe ad avere ad oggetto la fondatezza sostanziale dell'atto che ha definito la situazione giuridica dell'amministrato, l'annullamento dell'atto in quanto ingiusto, l'individuazione dei limiti di ulteriore definibilità della situazione giuridica da parte dell'amministrazione e in relazione a ciò la definizione del dovere di riparare le conseguenze dannose del precedente atto ingiusto*».

esperimento di una tecnica di tutela coerente con il proprio bisogno di protezione consenta — sempre e comunque — di vedere, da un lato, soddisfatta la propria pretesa (nel merito), e, dall'altro, di vedere soddisfatta la propria pretesa (laddove sia consentito) in chiave "stabile e definitiva".

In realtà[104], anche utilizzando le tecniche processuali coerenti (in astratto) con la propria pretesa (concreta), possono residuare alcune problematiche, legate sia al profilo del «giudicato amministrativo» (ed, in particolare, ai suoi «limiti oggettivi»), sia — ancor prima — alla possibilità stessa di accoglimento della propria domanda (qui il riferimento è al caso della tutela di condanna al *facere* nei confronti della P.A.), che richiedono una peculiare attenzione.

Si tratterà di comprendere, dallo studio di queste criticità, se sia possibile una loro risoluzione "*de jure condito*" che potrà portare alla costruzione — nel nuovo "impianto" del processo amministrativo — di un tipo di «giudicato amministrativo» (che potremmo definire) di "spettanza stabilizzata", ossia a risultato "pieno" e "garantito"[105] in chiave temporale nei confronti della P.A. difronte ad ogni successivo comportamento e/o nuova spendita di potere[106].

---

[104] Si rinvia, in proposito, a quanto sarà meglio chiarito nel paragrafo immediatamente successivo.

[105] Al fine di eliminare l'immagine di "ingiustizia" che, spesso, veniva o viene avvertita dagli osservatori del sistema di giustizia amministrativa per i risultati spesso meramente "formali" a fronte di un'amministrazione troppo spesso incline a non dare attuazione completa alle pronunce del giudice amministrativo. Sul tema rimangono fondamentali le pagine di F. MERUSI, *L'"ingiustizia" amministrativa in Italia*, in F. MERUSI, G. SANVITI, *L'"ingiustizia" amministrativa in Italia: per la riforma del processo amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1986, pagg. 62 ss., ove l'Autorevole dottrina, in chiave critica, affermava che nel processo amministrativo dell'epoca «[…] *prevale l'ingiustizia sulla giustizia, l'inattuazione dei precetti costituzionali sulla realizzazione, ancorché imperfetta, dell'ideale dei costituenti. Perché dunque non si è mai sentito tuonare in questi ultimi anni nessun emulo di Silvio Spaventa, né a Bergamo, né altrove?*». Si vd., anche, S. CASSESE, *Le ingiustizie della giustizia amministrativa italiana*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1984, II, pagg. 422 ss.

[106] Salvo, ben s'intende, il tema (delicato) delle sopravvenienze (di fatto e/o di nuovo *jus*).

4.3.1. (segue): La contrazione dei «limiti oggettivi» del giudicato amministrativo per effetto della "discrezionalità residua" e/o del ri-esercizio del potere fondato su differenti "fatti costitutivi".

Proseguendo con l'impostazione adottata, è possibile mostrare, seguendo in via sintetica le "orme" già tracciate dalla dottrina moderna che si è affacciata allo studio del tema del «giudicato amministrativo»[107], come anche in un contesto a pluralità di azioni residuino una serie di ostacoli che si frappongono all'obiettivo (assai ambizioso) di costruzione di un giudicato (*rectius*: dei «limiti oggettivi» del giudicato) a carattere "stabilizzante" e coerente/i con i valori di effettività e satisfattività della tutela per il ricorrente vittorioso.

A tal fine, è utile suddividere l'analisi delle criticità insistendo con il modello di ragionamento giuridico-processuale basato sulle tecniche di tutela più coerenti con la "pretesa" che anima il soggetto che introduce la domanda di giustizia.

In primo luogo, dunque, s'intende mostrare l'ostacolo principale che si oppone ad un giudicato "a spettanza stabilizzata" con riguardo alla pretesa di conservazione di un "bene della vita" che anima i titolari delle posizioni giuridiche soggettive (che abbiamo sopra definito) d'"interesse legittimo oppositivo" nei confronti di un dato potere imperativo della P.A.

Tale "bisogno di protezione", basandosi essenzialmente su di un'opposizione all'esercizio del potere al fine di mantenere inalterata (e nello stesso "*status quo ante*") la propria sfera giuridica, trova (in astratto) la propria tecnica di tutela più consona per la realizzazione della pretesa nell'azione di annullamento del provvedimento ablatorio/compressorio/sanzionatorio, etc.

Infatti, una volta rimosso l'ostacolo rappresentato dal provvedimento lesivo, previa dimostrazione del cattivo esercizio del potere sulla base delle

[107] Cfr., a tal fine, *amplius*, il Cap. III del presente lavoro.

specifiche censure di legittimità (*sub specie* di vizi dell'atto) veicolate all'interno del ricorso come base per il *petitum* caducatorio, si otterrà, grazie appunto all'efficacia retroattiva della pronuncia costitutiva (c.d. effetto "*ex tunc*"), la soddisfazione della propria "pretesa".

Tuttavia, si era già posto all'attenzione come questa soddisfazione (della pretesa e, dunque, della "spettanza" del bene della vita) resa (eventualmente, in caso di accoglimento del ricorso) dalla sentenza di merito potrà risultare "veramente" satisfattiva unicamente laddove la "spettanza" sia riconosciuta in via "stabilizzata" e, dunque, definitiva.

Il tema, infatti, riguarda precisamente l'ambito di dilatazione dei «limiti oggettivi» del «giudicato amministrativo» che si formerà[108] intorno alla sentenza di annullamento pronunciata dal giudice amministrativo competente.

A fronte delle diverse spiegazioni che — da un punto di vista più generale — dottrina e giurisprudenza assumono per risolvere il problema dell'ampiezza dei «limiti oggettivi» del «giudicato» relativo alle pronunce costitutive[109], discende la difficoltà di assumere una posizione sicura ed univoca sul punto, specie per la peculiare importanza che la questione riveste all'interno del processo amministrativo.

Onde chiarire sin da subito la centralità del problema si possono mostrare in tutta evidenza le conseguenze che discenderebbero da un'opzione di lettura del «giudicato amministrativo» che interpreti i «limiti oggettivi» secondo un'impostazione a "forte contrazione" per effetto di un'attenzione focalizzata sulla "*causa petendi*" (rappresentata, qui, dal singolo vizio di legittimità del

[108] Ovviamente nel momento temporale idoneo secondo i noti criteri della mancata impugnazione della sentenza e/o dell'esaurimento degli strumenti di gravame/impugnativa. Si richiami, per ogni precisazione dogmatica sul punto, la teoria generale del «giudicato» ripresa (sinteticamente) all'interno del Cap. I del presente lavoro.

[109] L'ampio dibattito, dottrinale e giurisprudenziale, è stato ripreso, seppur con ogni ovvia selezione di sintesi delle posizioni principali per esigenze di economia del lavoro, all'interno del par. 1.5.1., del Cap. I, del presente lavoro, cui si fa espresso rinvio.

provvedimento impugnato[110]) che isoli per ogni fatto costitutivo un'autonoma azione e, specularmente, un autonomo esercizio del potere.

Seguendo tale lettura, seppur dal punto di vista della "parte passiva" del rapporto amministrativo (ossia, all'interno del processo, del "ricorrente") sia possibile in caso di rigetto della propria domanda d'annullamento riproporre[111] un'ulteriore azione fondata su diversi motivi di critica dell'uso del potere

---

[110] O, per alcuni, dalla "categoria" normativa di vizio. Questa tesi è ben espressa da C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, Utet, 1987, pagg. 148-149, nella parte in cui l'Autore riflettendo sui diritti potestativi con riguardo ai processi costitutivi afferma che «[…] *la causa petendi può atteggiarsi in una maniera che potrebbe considerarsi intermedia rispetto ai due estremi del suo tendenziale identificarsi col singolo fatto genetico (come nei diritti relativi) o, viceversa, con tutti i possibili fatti genetici (come nei diritti assoluti). Qui infatti la causa petendi può investire una serie di fatti genetici in quanto considerati dalla legge come costitutivi del medesimo diritto*». *Contra*, M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 134. Tale dottrina ritiene, infatti, che «[…] *contro siffatta ricostruzione è possibile obiettare che, una volta abbandonato il concetto tradizionale di diritto potestativo — cioè del diritto potestativo che si individua in base al singolo fatto costitutivo —, sembra poco razionale fermarsi, nell'operazione di individuazione della causa petendi, a livello di fattispecie normativa, visto che il passaggio dall'una all'altra fattispecie normativa* […] *non determina comunque un mutamento nell'effetto giuridico prodotto* […]».

[111] Salvo, ben s'intende, il problema "fattuale" della brevità del termine decadenziale che rende "teorico" e meramente ipotetico il "caso" cui in corpo. Tuttavia il problema era ben avvertito da Autorevole dottrina sin dal passato prossimo. Si vd., in particolare, E. ALLORIO, *Per una teoria dell'accertamento giudiziale*, op. cit., in part. pag. 181, il quale temeva la possibilità di una ricostruzione del processo costitutivo tale per cui la sentenza di rigetto «[…] *che abbia respinto la domanda d'annullamento fondata su un determinato motivo, non pregiudica la deduzione in un successivo giudizio di un nuovo diritto all'annullamento, che si richiami a un motivo differente*». Cfr., anche, per il metodo, C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, op. cit., pag. 83, laddove si pone all'interprete il seguente problema: «[…] *l'oggetto dell'accertamento costitutivo deve essere identificato con riferimento al mutamento giuridico richiesto al giudice, oppure con riferimento ai singoli fatti costitutivi del potere di modificazione? Se più sono i fatti costitutivi, "ne nascono diritti concorrenti a chiedere la sentenza costitutiva", oppure "vi può essere simultaneamente un solo diritto al provvedimento chiesto, quale che sia il fatto costitutivo?*»; nonché A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, op. cit., in part. pag. 71, ove si suggerisce di approfondire lo studio dell'oggetto del processo come concetto che consenta di comprendere quando possa (o meno) essere riproposto un processo per domandare nuovamente (per la seconda volta) una tutela già richiesta. Nella dottrina amministrativistica, M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pagg. 129-130, considerando se possa essere oggetto del processo costitutivo (di tipo "eliminativo") il "diritto potestativo" (s'intende: all'annullamento), sostiene che «[t]*ra gli elementi che concorrono ad identificare il diritto potestativo assume un valore preminente la causa petendi. Nella visione tradizionale* […] *essa è individuata nel singolo fatto costitutivo* […] *così che tanti sono i diritti potestativi in ordine alla produzione di un medesimo effetto costitutivo, quanti sono i fatti che possono essere sussunti nella fattispecie legale. E se ciascun diritto potestativo identifica un'autonoma azione, è aperta la strada ad una moltiplicazione dei processi in ordine alla medesima tutela: respinta l'azione costitutiva promossa in base ad un diritto potestativo, potrà essere promossa un'altra azione sulla base di un altro diritto potestativo idoneo a produrre il medesimo effetto*».

amministrativo[112], il "vero" problema di "effettività" della tutela si avverte nel caso (opposto) di accoglimento del ricorso.

Infatti, seppur ad un primo sguardo possa ritenersi soddisfatta la "pretesa" del ricorrente che anima il suo interesse legittimo "oppositivo", in realtà, dilatando temporalmente l'angolo visuale aldilà del momento che segue la formazione del «giudicato amministrativo», ci si potrà rendere conto della circostanza per cui il "bene della vita" conquistato risulti attribuito in via precaria e non "stabile".

Ciò, in quanto, per l'accennata simmetria sussistente tra l'azione d'impugnativa individuata nel singolo fatto costitutivo della domanda d'annullamento[113] ed il potere amministrativo sostanziale[114] che si specifica, a sua

---

[112] Si precisa: già esistenti al momento della prima spendita di potere amministrativo in concreto.

[113] O, secondo altre letture dottrinali, del "diritto potestativo" all'invalidazione giuridica. Il tema sarebbe davvero complesso da indagare in questa sede e richiederebbe numerosi approfondimenti di teoria generale. Sia consentito rinviare, per ogni approfondimento (anche bibliografico) relativo alle posizioni principali espresse in argomento, alla magistrale e chiara sintesi contenuta in C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. Parte I. Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1991, I, in part. pagg. 246 ss. Per una prima costruzione, invece, G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, op. cit., 1923, in part. pagg. 42 ss. e 179 ss. L'Illustre Autore, dopo aver affermato che per i «[…] *diritti che si esauriscono in un puro potere giuridico, e che quindi si contrappongono tanto ai diritti reali come ai personali, noi abbiamo proposto il nome di diritti potestativi* […]» sosteneva chiaramente che «[f]*ra questi diritti potestativi l'azione*». Inoltre, con espresso riferimento alle sentenze costitutive (pag. 181) Egli ragionava sul fatto che «[v]*'ha diritti potestativi nei quali il nuovo stato giuridico si produce senz'altro in virtù d'una semplice dichiarazione di volontà del titolare; ed altri nei quali il mutamento si produce soltanto allora che il diritto potestativo fu accertato dal giudice: talora è anche necessario che il giudice provveda ad alcune determinazioni conseguenziali* […]».

[114] Inquadrato, per continuare la simmetria di cui alla nt. precedente, da alcuni Autori, nel più ampio *genus* dei "diritti potestativi". Sul parallelismo (ritenuto) sussistente tra il "potere" di domandare l'annullamento in sede giurisdizionale dell'atto impugnato e il "potere" amministrativo è d'obbligo riferirsi alla nota costruzione di M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pagg. 152-153. *Ivi*, infatti, l'Autore, aprendo ad un ampio approfondimento sulle situazioni giuridiche potestative in generale, osserva che «[i]*l minimo comun denominatore tra le due fattispecie è rappresentato dal fatto che entrambe sono strumentali alla produzione di un effetto costitutivo. Nel primo caso, l'effetto costitutivo consiste nel venir meno (ex tunc) dell'efficacia del provvedimento impugnato in seguito all'emanazione di una sentenza di accoglimento. Nel secondo caso, l'effetto costitutivo consegue al carattere più tipico del provvedimento amministrativo, cioè all'imperatività (o autoritarietà), che è generalmente definita, appunto, come l'attitudine del provvedimento a produrre in modo unilaterale modificazioni giuridiche nella sfera giuridica del destinatario, costituendo, modificando o estinguendo le situazioni giuridiche soggettive del medesimo*». Nel prosieguo, Egli facendo propria la distinzione elaborata dalla dottrina tedesca (vd., in particolare, E. SECKEL, *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*,

volta, nel provvedimento con riguardo ad uno (dei forse plurimi) fatti costitutivi-genetici previsti a livello di fattispecie normativa astratta, residua una libertà (s'intende dall'ambito delle preclusioni nascenti dal formato «giudicato amministrativo») per l'amministrazione di ri-esercitare il potere raggiungendo un risultato "sostanzialmente" analogo (a quello cassato) poiché giustificato, a livello di motivazione, sulla base di un differente (anche se già esistente) fatto costitutivo[115].

Darmstadt Wiss, Buchgemeinschaft, 1954, *passim*) tra "*Gestaltungsrechte*" e "*Gestaltungsklagerechte*", ossia tra (pag. 160) «[…] *situazioni in cui il titolare del diritto potestativo può produrre direttamente l'effetto giuridico con una propria dichiarazione unilaterale e situazioni in cui egli può esercitare il proprio diritto potestativo esclusivamente nelle forme di una domanda giudiziale*», giunge ad inquadrare il "potere amministrativo" all'interno del più ampio *genus* dei c.d. "diritti potestativi ad esercizio stragiudiziale" ("*Gestaltungsrechte*"), in chiave simmetrica con il diritto potestativo all'annullamento includibile all'interno dei c.d. "diritti potestativi a necessario esercizio giudiziale ("*Gestaltungsklagerechte*"). Sui concetti di teoria generale di "potere", "potestà", "diritto potestativo", cfr., quantomeno, A. CERRI, *Potere e potestà*, in Enc. giur., Roma, Treccani ed., 1998; A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, in Enc. dir., XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, pagg. 610 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1957, *passim*; G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in Rass. dir. pubbl., 1949, I, pagg. 238 ss.; S. ROMANO, *Poteri. Potestà*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, pagg. 172 ss.; G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in Riv. dir. comm., 1944, I, pagg. 114 ss.

[115] Si pensi, ad esempio, al caso del "licenziamento disciplinare" del dipendente pubblico *ex* art. 55-*quater*, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. La disposizione, infatti, nel conferire all'amministrazione il potere di licenziamento, elenca (oltre alle ipotesi di licenziamento per giustizia causa, giustificato motivo e casi *ad hoc* previsti dalla contrattazione collettiva) un elenco di sei ipotesi (*rectius*: "fatti costitutivi" del potere) che rappresentano i possibili "casi" che giustificano (come presupposto) l'applicazione del potere su di una determinata fattispecie concreta. Se l'amministrazione licenziasse un dipendente perché (lett. a) con il suo comportamento realizzava una «*falsa attestazione della presenza in servizio* […]» ed il giudice (amministrativo se il dipendente rientrasse nel regime di impiego non "privatizzato") annullasse l'atto di licenziamento, l'amministrazione potrebbe ri-esercitare il potere di licenziamento giustificando il nuovo atto *sub* lett. e) perché il dipendente all'epoca del primo esercizio del potere (poi cassato) avrebbe potuto essere licenziato anche per la «*reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesive dell'onore e della dignità personale altrui*»? E così, sulla base degli altri casi di cui alle lett. b), c), d), etc., rendendo, per tale via, il processo costitutivo una mera parentesi fra i continui ri-esercizi del potere?. Si pensi, anche, all'ordinanza di demolizione e restituzione in pristino (giustificata sulla base della violazione sostanziale della norma urbanistica X) che, dopo esser stata caducata in quanto illegittima (poiché, ad esempio, si dimostri in giudizio l'errore dell'amministrazione procedente in quanto il manufatto realizzato era, invece, conforme a quella data disposizione), viene ri-emanata con il medesimo contenuto "reale" ma giustificata sul (differente) presupposto della violazione di un'ulteriore e diversa norma urbanistica Y. Per tale via, il ricorrente vittorioso conserverebbe il proprio "bene della vita" unicamente per un brevissimo lasso di tempo intercorrente tra il giudicato d'annullamento e il ri-esercizio del potere di demolizione

In tal caso, il ricorrente che aveva visto soddisfatta inizialmente la propria "pretesa", si troverà — a distanza ravvicinata dalla parentesi del primo giudizio amministrativo — a veder rimesso in discussione nuovamente il proprio "bene della vita" per effetto di una ri-edizione del potere amministrativo fondata, nel nuovo episodio, alla stregua di un differente fatto costitutivo tratto dalla (più o meno ampia) elencazione seriale delle ipotesi di esercizio incluse nella norma attributiva del potere che disegna la fattispecie legale (compresi i presupposti di esercizio) del potere.

Dunque, la vera soddisfazione della "pretesa" del ricorrente in giudizio si avrà, non soltanto laddove egli risulti vittorioso in giudizio attraverso la pronuncia di una sentenza di merito che accolga il proprio *petitum*, bensì quando a quest'ultima si affianchi un «giudicato amministrativo» che attribuisca al piano di efficacia della sentenza d'annullamento la qualità della "stabilità". Quest'ultima, dovrà avere un raggio d'estensione secondo un perimetro (i c.d. «limiti oggettivi») la cui dilatazione sia tale da impedire all'azione successiva dell'amministrazione di ri-esercitare il potere in senso contrario alla "spettanza" del bene della vita conseguito in sede processuale (e ingiustamente sacrificato nella "prima" sede procedimentale). Solo per questa via sarà possibile erodere gli spazi di "libertà amministrativa" successivi alla sentenza e lasciati liberi dalle "maglie" (spesso) ristrette del giudicato d'annullamento.

Ovviamente, per evitare il frazionamento seriale dei processi, sono stati escogitati alcuni meccanismi processuali che consentano di "fissare" il più possibile l'utilità resa dalla sentenza passata in giudicato. Tra questi rileva senz'altro, per importanza, il principio del c.d. "dedotto e deducibile"[116] che, con

---

giustificato sui molteplici "casi" (anche già esistenti al momento della prima spendita di potere) che possano fungere da fatti costitutivi del potere amministrativo.

[116] Per una chiara definizione valga riferirsi a G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, op. cit., I, pag. 341, ove l'Illustre Autore riconnette la regola del "dedotto e del deducibile" alla «[…] *preclusione di tutte le questioni, che furono fatte e di tutte le questioni che si sarebbero potute fare intorno alla volontà concreta di legge, al fine di ottenere il riconoscimento del bene negato o il disconoscimento del bene riconosciuto*». Per una declinazione della definizione con riguardo al processo amministrativo cfr. M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 151: «[d]*educibile nel*

riguardo al processo amministrativo, da sempre viene pacificamente applicato (soprattutto dalla giurisprudenza[117]) con riguardo alla parte ricorrente.

Questi, infatti, secondo un orientamento ad ampia diffusione, è impossibilitato a riproporre nuovi ricorsi *de eadem re*, laddove fossero giustificati unicamente sulla base di motivi di ricorso già proponibili al momento del primo giudizio e *ivi* non proposti.

Tuttavia, a differenza del processo civile, suscita ampie perplessità l'applicazione della medesima *fictio*[118] alla parte resistente (qui) rappresentata da una pubblica amministrazione. Difatti, l'inapplicabilità in senso simmetrico (per ambedue le parti processuali) del medesimo meccanismo discende da una "paura" di imbrigliare l'esercizio del potere amministrativo — funzionalizzato (come noto) al perseguimento d'interessi pubblici e tradizionalmente ricostruito secondo i caratteri dell'"inesauribilità" e del dovere di "continuità" — ad un giudicato reso con riferimento ad un singolo ed episodico esercizio dello stesso.

Eppure, la logica "compromissoria" sottesa ad una costruzione del giudicato amministrativo che, in favore della "parte resistente", faccia (con larga frequenza) residuare un ambito (più o meno ampio) di libertà di ri-edizione del

---

processo amministrativo è ogni fatto che può dar origine al diritto potestativo all'annullamento oppure […] *che sia rilevante per la produzione dell'effetto costitutivo (annullamento) invocato. Il ricorrente è soggetto ad un vero e proprio onere di dedurre nell'atto introduttivo del giudizio tutti i motivi di invalidità dell'atto impugnato. Se non ottempera all'onere, e fatta salva la possibilità di proporre motivi aggiunti ove ne ricorrano i presupposti, la sentenza di rigetto passata in giudicato non può essere messa più in discussione in un secondo giudizio* […]». In argomento, anche, A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, op. cit., pag. 167, ove l'Autore chiariva che «[l]*a preclusione del giudicato si estende dunque a tutti i fatti rilevanti per l'effetto costitutivo invocato; correlativamente, la preclusione implica che gli stessi fatti siano deducibili per l'intero corso del processo e che un'azione successiva possa fondarsi solo su accadimenti sopravvenuti*». Per una rassegna della giurisprudenza, si consultino, quantomeno, P.C. TACCHI VENTURI, *I limiti oggettivi del giudicato*, op. cit., in part. pag. 1207; nonché G. PROVENZALI, *Osservazioni sul giudicato rispetto al dedotto e deducibile*, in Monit. Trib., 1961, pagg. 686 ss.

[117] Si rimanda al Cap. III, del presente lavoro, in particolare par. 3.4., nt. 246.

[118] Tale la si può chiamare in quanto la dilatazione dei «limiti oggettivi» del «giudicato» conseguente alla sua operatività non discende da un accertamento giudiziale effettivo, bensì unicamente dall'astratta possibilità — che si "consuma" per effetto di un'inerzia o di una svista dell'attore — d'includere alcuni ambiti di critica all'interno del processo. Dunque, il "deducibile" rileva solo come effetto preclusivo e non tanto come ambito posto sotto la reale cognizione del giudice secondo una lettura dell'art. 2909 c.c. che interpreti la locuzione "accertamento" in un senso "effettivo" e non unicamente "teorico".

potere amministrativo pare oggi — almeno ad un primo sguardo — in attrito con alcuni "valori" che lo "strumento" processuale deve fisiologicamente possedere e raggiungere (ove ancora non implementati) in omaggio (anche) ai principi costituzionali e sovranazionali esistenti in materia[119].

Tutto ciò premesso, per affrontare il problema all'interno del nuovo "diritto processuale amministrativo" si ritiene che sia scientificamente difficile sostenerne la risoluzione semplicemente auspicando un'applicazione generalizzata — a livello giurisprudenziale — della preclusione "del dedotto e del deducibile" anche con riguardo all'amministrazione titolare del potere amministrativo. Sul punto, invero, non si può nascondere come non vi sia alcun dato positivo che possa suggerire (e fondare in chiave sicura) l'esistenza della preclusione in questione.

Pertanto, anche se l'applicazione diffusa di quest'ultima potrebbe sicuramente accrescere i «limiti oggettivi» del «giudicato amministrativo» e, perciò, l'ambito di efficacia preclusiva per la successiva azione della P.A., tuttavia tale soluzione potrebbe apparire come un mero suggerimento per la giurisprudenza giustificato da esigenze di "forte" protezione degli individui nei confronti delle incidenze amministrative sulle loro sfere di libertà, ma risulterebbe sicuramente debole dal punto di vista della dogmatica processuale in quanto giustificata solo da obiettivi e finalità d'ordine pratico in assenza di chiari supporti di tipo normativo[120].

---

[119] Si rinvia, in proposito, al quadro di sintesi dei principali "valori" funzionali del processo tracciato all'interno del par. I, del presente Capitolo, come ambito sempre più preso in considerazione dalla giurisprudenza più recente, anche come "metodo" ermeneutico per il giudice e, più in generale, per lo studioso.

[120] Forte, infatti, la critica mossa da C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, op. cit., pagg. 110-111, specialmente ove l'Autore ritiene che il risultato dell'allargamento dei limiti oggettivi del giudicato per il tramite dell'operare della preclusione del "dedotto e deducibile" non possa essere raggiunto «[…] *se non sulla base di norme positive (come il § 616 ZPO) o di principi (come quelli condensati nei §§ 62 e 63 del Restatement of the Law of Judgment) di cui non v'è traccia nel nostro ordinamento*». Così, anche, nella dottrina amministrativistica, C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, op. cit., pag. 322: «[…] *non appare possibile ritenere che l'esercizio dell'azione per un determinato fatto costitutivo determini la consumazione del diritto di agire per fatti costitutivi diversi, così che il giudicato abbia a oggetto, oltre che il dedotto, anche il deducibile, allo stesso modo non appare possibile ritenere*

Più complesso, invece, il percorso[121] che s'intende intraprendere per affrontare l'accennato insieme di criticità allargando, in primo luogo, l'orizzonte dell'indagine aldilà del solo discorso processuale per involgere il più ampio segmento "procedimento amministrativo – processo amministrativo" onde ricercare un diverso fondamento che impedisca una ri-edizione del potere amministrativo *post*-giudicato fondata sulla base di differenti fatti costitutivi. Come già più volte anticipato, l'aspirazione è quella di creare, in questo caso con riguardo ai titolari di posizioni giuridiche d'interesse legittimo oppositivo, le condizioni processuali per il traguardo di una c.d. "spettanza stabilizzata"[122].

In secondo luogo, la possibilità di perseguire il medesimo risultato, qualora non dovesse risultare pienamente convincente la prima proposta ricostruttiva, potrebbe (forse) essere raggiunta attraverso una differente valorizzazione della fase dell'istruttoria processuale abbandonando alcuni "schemi" che oggi sembrerebbero assumere la fisionomia di un retaggio di una logica amministrativa in via di superamento proprio all'interno di un più moderno "diritto processuale amministrativo".

Venendo, invece, a considerare la situazione processuale dei portatori delle posizioni giuridiche soggettive d'interesse legittimo c.d. "pretensivo", è agevole comprendere come la tecnica di tutela giurisdizionale più coerente con la

---

che l'accoglimento della domanda di annullamento precluda all'amministrazione di riesercitare il potere di cui sia titolare in base al diritto sostanziale adducendone un fondamento che avrebbe anche anteriormente potuto addurre, pur non avendolo dedotto. Non si può però ritenere che ciò incrini la stabilità — o la tenuta — del giudicato, perché la forza del giudicato è propria esclusivamente dell'accertamento che esprime, ed è delimitata dall'oggetto di questo: rappresentato da ciò che, nel giudizio, il ricorrente ha dedotto (e ha potuto dedurre)».

[121] Cfr., appunto, i paragrafi successivi.

[122] L'obiettivo ambizioso non è nuovo, ma come si è mostrato nel corso del lavoro, sempre vi sono state tendenze in dottrina verso la costruzione di un «giudicato amministrativo» dotato di stabilità (anche se, come s'è visto, spesso il risultato non era pienamente soddisfacente a causa dei limiti "strutturali" del processo amministrativo dell'epoca). Ricorda bene questa aspirazione C. CACCIAVILLANI, op. ult. cit., pag. 264, nella parte in cui sottolinea che «[l]*a linea d ricerca pressoché costantemente seguita dalla dottrina è così volta a dotare il giudicato di stabilità, in modo tale che esso sia idoneo a precludere la possibilità di ulteriori controversie o contestazioni de eadem re*».

soddisfazione (ove possibile) della "pretesa" del soggetto ricorrente sia da individuare nell'azione di "condanna pubblicistica"[123].

Infatti, s'è cercato di dimostrare che, per tale categoria di rapporti giuridici amministrativi ove il privato aspira ad un esercizio favorevole ed ampliativo (della propria sfera giuridica) del potere amministrativo, la sola tutela costitutivo-demolitoria — presa in senso isolato e non combinata ad un'ulteriore azione di condanna — non consenta di intercettare la "pretesa" che anima l'agire del soggetto [124] e, di conseguenza, rischierebbe di rendere, se non inutile, eccessivamente difficoltoso il lungo percorso processuale di contestazione del cattivo esercizio del potere come mezzo per un finale conseguimento del "bene della vita" auspicato.

---

[123] Il *nomen* "condanna pubblicistica" è richiamato, in giurisprudenza, in particolare, da Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, in Foro amm. C.d.s., 2011, III, pagg. 826 ss., nella parte in cui (seppur con riguardo al caso del silenzio-inadempimento, ma con aperture anche verso i casi di provvedimenti espressi di diniego) si afferma che «[i]*l riconoscimento dell'autonomia, in punto di rito, della tutela risarcitoria si inserisce — in attuazione dei principi costituzionali e comunitari in materia di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale richiamati dall'art. 1 del codice oltre che dei criteri di delega fissati dall'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69 — in un ordito normativo che, portando a compimento un lungo e costante processo evolutivo tracciato dal legislatore e dalla giurisprudenza, amplia le tecniche di tutela dell'interesse legittimo mediante l'introduzione del principio della pluralità delle azioni. Si sono, infatti, aggiunte alla tutela di annullamento la tutela di condanna (risarcitoria e reintegratoria ex art. 30), la tutela dichiarativa (cfr. l'azione di nullità del provvedimento amministrativo ex art. 31, comma 4) e, nel rito in materia di silenzio-inadempimento, l'azione di condanna pubblicistica (cd. azione di esatto adempimento) all'adozione del provvedimento, anche previo accertamento, nei casi consentiti, della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio (art. 31, commi da 1 a 3*)»; ma anche, successivamente, da Cons. St., Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15, in Foro it., 2011, III, pagg. 501 ss., ove si richiama quanto appena riportato estendendo la "condanna pubblicistica" e specificandone il regime per il caso della tutela avverso la c.d. "S.C.I.A.". Per una definizione "minima" e chiara, cfr., inoltre, F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike, 2015, pag. 200: «[…] *la tutela di condanna pubblicistica,* […]*, sulla scorta dell'accertamento della spettanza del bene della vita, impone alla P.A. l'adozione del provvedimento richiesto (per questo l'azione in parola è detta anche "di esatto adempimento", a voler plasticamente evidenziare che essa è tesa ad ottenere una pronuncia giudiziale che imponga alla P.A. un facere specifico)*».

[124] Cfr. F. LA VALLE, *Azione d'impugnazione ed azione d'adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, op. cit., pag. 152, nella parte in cui l'Autore traccia una corretta distinzione tra azione di annullamento e azione di adempimento in correlazione alle diverse *species* della posizione giuridica d'interesse legittimo. In particolare Egli rimarca che «[l]*e differenti azioni rispondono ad una diversa configurazione delle posizioni soggettive sostanziali tutelate, dacché l'interesse (legittimo) protetto con l'azione d'adempimento riveste la peculiare figura dell'interesse attesa, di interesse cioè (qualificato) risolventesi nella attesa di un provvedimento, la cui emanazione, doverosa da parte dell'Amministrazione, è idonea a soddisfare l'attesa*».

Il punto richiede alcune brevi precisazioni vista la centralità per il ragionamento che si andrà, a breve, a sviluppare.

È noto che il titolare di un interesse legittimo "pretensivo" possa ritrovarsi leso, in esito ad un procedimento amministrativo avviato ad istanza di parte, per effetto di due diversi "tipi" di fase decisoria[125]: quella per "inerzia" (*rectius*: per "silenzio", ed in particolare la specie del c.d. "silenzio-inadempimento"[126]),

---

[125] Cfr. F. LA VALLE, *Azione d'impugnazione ed azione d'adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, op. cit., pagg. 158-159: «[n]*elle ipotesi in cui incomba all'Amministrazione un dato dovere di emanazione dell'atto, con che il dovere è adempiuto, tre sono i possibili atteggiamenti dell'Amministrazione. Essa può: 1) emanare un atto difforme rispetto a quello dovuto; 2) emettere un rifiuto, dichiarato o per facta concludentia, d'emanazione dell'atto; 3) mantenersi puramente e semplicemente inerte per quanto concerne quell'atto, cioè ometterne l'emanazione*». Più in generale, per un approfondimento sui "tipi" di fase decisoria conclusiva del procedimento amministrativo, si rinvia alle chiare pagine di V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010, pagg. 369 ss., ove l'Autore individua tre principali "modelli" di conclusione dell'azione amministrativa: la fase decisoria "provvedimentale", la fase decisoria "negoziata" e la fase decisoria "tacita".

[126] Sulla ricostruzione del "silenzio" dell'amministrazione come "inadempimento" resta fondamentale l'opera "rivoluzionaria" di F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, op. cit., cui si fa rinvio integralmente, anche per la bibliografia principale dell'epoca che ha segnato il superamento rispetto al passato modello che poneva un'equivalenza fra "silenzio" e "atto provvedimentale tacito". L'Autorevole dottrina (pagg. 99 ss.), nella sezione seconda del proprio rigoroso studio, pone le basi per una nuova costruzione del silenzio amministrativo, a partire dalla critica demolitoria nei confronti delle tesi all'epoca egemoni: «[s]*i è fin qui cercato di sgombrare il terreno dai materiali inadatti ad un'armonica costruzione giuridica dell'istituto in esame. È stata emarginata la nozione di manifestazione tacita di volontà, sulla scorta della tesi per cui non può un provvedimento amministrativo, tranne in ipotesi marginali, riconoscersi in via interpretativa nella inattività della pubblica Amministrazione; è stato respinto lo schema della presunzione di volontà, sul rilievo che l'inattività della pubblica Amministrazione non può essere equiparata, sia pure nei soli effetti, all'atto, che, in realtà, non sia intervenuto*». Di qui la propria lucida ricostruzione (in part. pag. 108) secondo la quale «[s]*e non è rispondente a logica l'iter obbligo-inerzia-atto, ben può invece la presenza dell'obbligo qualificare in qualche modo l'inerzia della pubblica Amministrazione. Esattamente come omissione di attività, modo di essere contrario alle norme attributive del potere, inadempimento dell'obbligo. Il silenzio viene quindi definito non come provvedimento di rifiuto, bensì come mancanza di un provvedimento, di qualsiasi provvedimento, sia positivo che negativo, e pertanto come mancanza di determinazioni dell'Autorità amministrativa sulla domanda del privato, come mancanza di pronuncia. Mancanza di pronuncia, che, per la presenza di un obbligo di porla in essere (obbligo di agire), si pone come omissione di pronuncia, e si configura come una pausa anormale nello sviluppo dell'attività amministrativa*». Si vd., anche, la ricostruzione di A.M. SANDULLI, *Sul regime attuale del silenzio-inadempimento della Pubblica Amministrazione*, in Riv. dir. proc., 1977, II, pag. 170: «[q]*uando* […] *nessuna norma attribuisca alla omissione di pronuncia su un'istanza un "valore legale tipico", il silenzio dell'Amministrazione non ha — come è ovvio e ben noto — altro valore che quello di inadempimento all'obbligo di pronunciarsi sull'istanza: si tratta cioè di un mero silenzio-inadempimento. A differenza dei casi di silenzio avente "valore legale tipico" reiettivo — nei quali può agire in via giustiziale per impugnare il rigetto della propria istanza — il richiedente non ha perciò da dolersi di altro, se non della mancata pronuncia, e non ha, in via di giustizia, altra possibilità, che quella di chiedere, puramente e semplicemente, la dichiarazione di illegittimità dell'omissione* […]». Si ricordi, infatti, che alle origini il giudice amministrativo ricostruiva il silenzio dell'amministrazione come "atto tacito di rifiuto" secondo la mentalità

laddove l'amministrazione abbia violato l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso[127], o quella per "provvedimento espresso", nel caso in cui quest'ultimo disponga un "diniego" dell'istanza presentata.

Nel primo caso, per reagire all'inerzia amministrativa, il Codice del processo amministrativo mette a disposizione un'apposita azione[128] — ma lo

---

dello "schema" impugnatorio dell'epoca, ove era requisito essenziale per l'accesso alla tutela giurisdizionale amministrativa la presenza di un atto da impugnare. Cfr., per tutti, U. BORSI, *Il preteso atto amministrativo tacito nel silenzio della pubblica amministrazione*, in Foro amm., 1931, IV, pagg. 77 ss. Nella giurisprudenza, invece, quantomeno Cons. St., sez. IV, 16 marzo 1893, n. 109, in Giust. amm., 1893, I, pag. 197. Fondamentale per il *revirement* segnalato, invece, Cons. St., Ad. Plen., 3 maggio 1960, n. 8, in Foro it., 1961, III, pag. 42, ove si precisa che «[…] *il silenzio non è un atto, cioè una dichiarazione della volontà dell'Amministrazione: il silenzio è un comportamento al quale la legge attribuisce certi effetti, sostanziali e processuali, indipendentemente dal reale contenuto di volontà*».

[127] Così, infatti, l'art. 2, comma 1, l. 7 agosto 1990, n. 241: «[o]*ve il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso* […]». L'obbligo di provvedere viene riconnesso, da una parte della dottrina, ai più generali principi di "doverosità" dell'esercizio del potere amministrativo o di "certezza" del diritto. Così, in particolare, B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II ed., *Diritto amministrativo generale*, I, Milano, Giuffrè, 2003, pag. 811 ove l'Autore ha cura di sottolineare che «[…] *carattere del provvedimento amministrativo è il dovere di essere emanato a seguito di un procedimento* […]», ossia «[…] *non solo che per l'emanazione di un provvedimento è necessario un procedimento, ma anche che l'emanazione di un provvedimento è necessaria tutte le volte che un procedimento cominci (o debba cominciare)*» per effetto dell'art. 2, della l. 241/1990 che pone esplicitamente tale obbligo inquadrabile come un «[…] *riflesso del carattere doveroso del potere amministrativo*[…]». In argomento, si rinvia, senza pretese di esaustività, anche ad A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, Giappichelli, 2013; D. VAIANO, *Il principio di tempestività dell'azione amministrativa*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, pagg. 477 ss.; A. POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, Jovene, 2007, pagg. 135 ss.; F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2005.

[128] Vd., precisamente, l'art. 31, comma 1, d.lgs. 104/2010: «[d]*ecorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo e negli altri casi previsti dalla legge, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere*». Si è a lungo dibattuto sulla natura di "mero accertamento" o di "condanna" dell'azione avverso il silenzio amministrativo, con un dibattito che non era di mero inquadramento teorico ma preparava la strada all'ammissione di un contenuto di condanna sempre più stringente (laddove si riesca a dimostrare la "spettanza" della propria pretesa) fino a raggiungere la forma dell'azione di adempimento. Cfr., infatti, A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 48, il quale sottolinea la differenza fra le sentenze di mero-accertamento e la situazione del silenzio-inadempimento serbato dalla P.A., poiché «[…] *la declaratoria dell'obbligo di provvedere, infatti, non è di per sé idonea a soddisfare la situazione giuridica del ricorrente, laddove intesa come vero e proprio accertamento* […] *e non come impositiva alla P.A. di un facere specifico, e cioè quale contenuto tipico di una sentenza di condanna. 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*

strumento di tutela non è invero nuovo[129] — che (se accolta nel merito) costringerà semplicemente la P.A. resistente a "provvedere", senza, tuttavia, prescrivere il "come" (*id est*: il contenuto provvedimentale della risposta all'istanza del ricorrente)[130]. In tal modo il contenuto "ordinatorio" della sentenza di merito, di per sé, non fa altro che costringere la P.A., in esito alla fase di cognizione processuale, a riaprire il procedimento amministrativo per pronunciarsi in via

ruolo fondamentale in quanto permetterebbe di qualificare l'azione avverso il silenzio in termini di azione di adempimento, cioè come azione di condanna all'emanazione del provvedimento richiesto». Così, per la chiara posizione dei "termini" del problema, già anche E. FERRARI, *La decisione giurisdizionale amministrativa: sentenza di accertamento o sentenza costitutiva?*, in Dir. proc. amm., 1988, IV, in part. pag. 586, quando notava che «[…] *se la sentenza fosse di semplice accertamento, il suo effetto sarebbe che l'inadempimento dell'amministrazione sarebbe acclarato con autorità di giudicato* […] *ma non par dubbio che questo non è il risultato al quale mira l'eventuale ricorrente, né quello che gli studi in materia di silenzio hanno cercato di assicurare alla relativa sentenza: anzi, se questo fosse veramente l'effetto, l'unico effetto della sentenza, vi sarebbero serie ragioni per dubitare della sussistenza dell'interesse a ricorrere*». Coglie in questo senso il problema dell'interesse del ricorrente avverso il silenzio-inadempimento anche S. MURGIA, *Crisi del processo amministrativo e azione di accertamento*, in Dir. proc. amm., 1996, II, pag. 288, quando rifletteva sulla circostanza che «[…] *ciò che potrebbe realizzare l'interesse del privato non è la semplice dichiarazione del suo diritto ad ottenere la decisione amministrativa, ma l'ordine giurisdizionale di provvedere*». Per una miglior comprensione del *proprium* delle "azioni di mero accertamento" si rinvia agli inquadramenti di teoria generale di A. FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, op. cit.; nonché di G. CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in Riv. dir. proc. civ., 1933, I, pagg. 25 ss.

[129] Si pensi, ad esempio, alla modifica recata alla c.d. "legge T.A.R." (l. 6 dicembre 1971, n. 1034) ad opera della l. 21 luglio 2000, n. 205 in tema di «[d]*isposizioni in materia di giustizia amministrativa*», la quale ha novellato l'impianto della prima attraverso l'inserimento di un art. 21-*bis* dedicato, appunto, al caso del silenzio-inadempimento e, ove, al comma 2 si disponeva che «[i]*n caso di totale o parziale accoglimento del ricorso di primo grado, il giudice amministrativo ordina all'amministrazione di provvedere di norma entro un termine non superiore a trenta giorni. Qualora l'amministrazione resti inadempiente oltre il detto termine, il giudice amministrativo, su richiesta di parte, nomina un commissario che provveda in luogo della stessa*». In dottrina, all'epoca, tra i molti commenti, G. GUCCIONE, *Il ricorso avverso il silenzio-inadempimento dell'amministrazione: breve ricostruzione storica dell'istituto ed applicazioni giurisprudenziali del rito ex art. 2 della legge 21 luglio 2000, n. 205*, in Dir. proc. amm., 2004, IV, pagg. 1083 ss.; F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in Dir. proc. amm., 2002, II, pagg. 239 ss.; G. GRECO, *L'articolo 2 della legge 21 luglio 2000, n. 205*, in Dir. proc. amm., 2002, I, pagg. 1 ss.

[130] Faceva notare L. MAZZAROLLI, *Intervento al Congresso "Problemi del nuovo processo amministrativo"*, in Imp. Amb. Pubbl. Amm., 1977, II, pag. 63, che la tutela nei confronti del silenzio-inadempimento risulta la forma di reazione all'agire amministrativo più semplice nel raggiungimento dell'esito favorevole ma la più complessa nella "vera" realizzazione della tutela. Vd., anche, G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, op. cit., pag. 20.

"esplicita" (senza vincoli, quanto al risultato di "accoglimento" o di "diniego") sull'istanza promossa dal privato[131].

Nel secondo caso, invece, l'esistenza di un provvedimento amministrativo espresso di "diniego"[132] potrebbe, *prima facie*, aprire la via tradizionale della tutela costitutiva d'annullamento per reagire al contenuto sfavorevole dell'atto (in quanto di "diniego" della propria "pretesa" veicolata per mezzo dell'istanza di avvio del procedimento) contestando i vari (se esistenti) profili "*contra jus*" del potere così come esercitato in concreto.

Tuttavia, mentre nel caso (analizzato poco sopra) della tutela degli interessi legittimi "oppositivi" la tutela costitutiva consente, nonostante l'ulteriore e distinto problema dei profili d'"instabilità" del riconoscimento della "spettanza", di conseguire il "bene della vita" desiderato per il tramite della domanda d'annullamento[133], qui invece il giudicato d'annullamento non intercetta neppure la "pretesa" del ricorrente, giacché equivale unicamente ad una rimozione di un ostacolo (negativo) verso il riconoscimento (in positivo) del "bene della vita"[134]. Quest'ultimo, eppure, non entra in questi casi a far parte

---

131 In disparte dell'utilità indiretta, nel caso del perseverare dell'inerzia anche successivamente al *dictat* giudiziale, consistente nella facoltà di promuovere il «giudizio di ottemperanza» per ottenere, dopo alcune fasi di mero "sollecito", una "sostituzione" della P.A. nella decisione per il tramite del c.d. "commissario *ad acta*".

132 In generale, si consulti F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, op. cit., *passim*, ma, in particolare, il Cap. I, dedicato alla ricostruzione dogmatica delle categorie giuridiche del "rifiuto", dell'"omissione di provvedimento" e delle "pronunce negative" in genere. Per la classificazione dei provvedimenti amministrativi (anche in base al loro contenuto) si rinvia a B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1993, in part. pag. 119, ove l'Autore spiega che «[…] *attualmente, l'amministrazione ha il dovere di concludere con un provvedimento espresso tutti i procedimenti, sia che questi conseguano obbligatoriamente ad una istanza ovvero che debbano essere iniziati d'ufficio. Il provvedimento espresso, esplicito, è dunque richiesto in tutti i casi di procedimento iniziato in modo obbligato dall'amministrazione agente.* […] *Ne segue che il provvedimento negativo è una delle probabili e possibili soluzioni, con cui si potrà esprimere la ponderazione degli interessi* […]».

133 La quale, come s'è detto, rappresenta — per tali *species* d'interessi legittimi — la tecnica processuale di tutela più coerente con il "tipo" di "pretesa" che sottostà a tale sotto-categoria di posizioni giuridiche soggettive.

134 Autorevole dottrina (F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, op. cit., pag. 267) già da tempo poneva all'attenzione che l'annullamento di un provvedimento di diniego «[…] *costituisce una premessa necessaria, non anche sufficiente alla realizzazione della tutela, poiché lascia*

dell'oggetto del processo "in via diretta", poiché l'eliminazione giurisdizionale di un atto di diniego non equivale, *ex se*, a riconoscimento "in positivo" della "spettanza" del provvedimento favorevole[135].

L'amministrazione, infatti, ben potrebbe ri-esercitare il potere amministrativo concludendo il nuovo procedimento con un provvedimento ancora di "diniego"[136] seppur fondato su circostanze differenti da quelle accertate e coperte dall'intervenuto giudicato d'annullamento, il quale[137] fonda un limitato effetto preclusivo unicamente intorno alle censure che rappresentano i "fatti costitutivi" del *petitum* caducatorio del ricorso (poi accolto) d'annullamento del primo "diniego" amministrativo.

Il pericolo insito in questa logica è chiaramente quello di celare in "ombra" la "pretesa" del ricorrente, costringendo quest'ultimo a continui ricorsi (e, dunque, processi) d'annullamento avverso gli infiniti episodi di ri-edizione del potere amministrativo che, volta a volta, perseverano nel negare l'utilità auspicata (ovviamente, se fondata in "diritto") traendo giustificazione ogni volta sulla base di una differente ragione di diniego. Il potere amministrativo, quindi, pare potersi giovare di una pluralità di fatti costitutivi della medesima "decisione sostanziale" i quali, seppur già sussistenti sin dal primo episodio di trasformazione in concreto

---

l'amministrato nella stessa posizione in cui egli versava, come portatore di un interesse materiale insoddisfatto, prima del provvedimento annullato dal giudice».

[135] Salvi, ovviamente, i (rari) casi ove possa ritenersi, seppur implicitamente e "*a contrario*", riconosciuta una spettanza "in positivo" per il tramite della tutela costitutiva a causa dell'assenza di ulteriori "alternative amministrative" di diniego.

[136] Cfr., in proposito, le intuizioni già espresse da F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, op. cit., in part. pag. 303, ove l'Autore fa presente che «[p]*er evitare l'esercizio dei poteri spettanti al giudice in sede di attuazione, l'autorità deve accertare, determinare e render rilevanti con la motivazione del nuovo atto tutte le ragioni di rifiuto che possono profilarsi nella situazione concreta: quanto minore è il valore "rappresentativo" del secondo diniego in rapporto a questa situazione, tanto maggiore è la probabilità che il giudice, accertata l'inesistenza di ragioni fondate, si sostituisca alla stessa autorità nell'accertamento e nella determinazione discrezionale delle condizioni cui è subordinato il provvedimento richiesto dal ricorrente. In ciò sta appunto il compenso al minor effetto determinativo che si collega alla prima sentenza nei casi di più grave violazione della legge; e in ciò sta al tempo stesso il limite, alla possibilità di un frazionamento del sindacato giudiziario in più giudizi successivi*».

[137] Se si accetta una lettura dello stesso che non ne ampli i "limiti oggettivi" per il tramite della *fictio* del "dedotto e deducibile" estesa anche alla parte resistente in giudizio (con ogni ovvio problema di compatibilità con il consolidato divieto di "integrazione postuma" della motivazione in corso di causa).

del potere, divengono — solo perché non spesi nella (prima) motivazione — una nuova "arma" nelle mani dell'amministrazione per negare "a singhiozzo" la pretesa del privato.

Questa situazione, foriera di grande "ingiustizia" oltreché di estrema difficoltà di tutela per il privato, dal passato fino all'epoca contemporanea ha rappresentato uno dei maggiori problemi di in-effettività della tutela all'interno del sistema di giustizia amministrativa italiano affannando gli studiosi della disciplina processuale e costringendoli a compiere tutte quelle costruzioni (e, talvolta, quelle "forzature dogmatiche", specie sul versante del "giudicato amministrativo"[138]) onde recuperare spazi di garanzia e di utilità del processo amministrativo nell'ottica (anche) delle moderne garanzie costituzionali.

Oggi, invece, questa patologica criticità di "sistema" può ritenersi (quantomeno in astratto) passibile di risoluzione.

Infatti, il (nuovo) Codice del processo amministrativo [139] consente espressamente[140] l'esperimento di un'azione di condanna dell'amministrazione al

---

[138] Cfr., appunto, le tesi degli Autori della modernità analizzate, nei vari *pro* e *contra*, all'interno del Cap. III, del presente lavoro. A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 29, rileva che nel momento anteriore alle (ultime) modifiche apportate dal Codice del processo amministrativo «[…] *l'ammissibilità dell'azione di adempimento restava priva di uno studio approfondito da parte della dottrina, la quale preferiva concentrarsi sul potenziamento dei tradizionali strumenti del processo impugnatorio piuttosto che sull'elaborazione di diversi modelli di tutela*».

[139] Vd., *amplius*, il par. 4.2. del presente Capitolo per un'impostazione generale sulle "aperture" del Codice del processo amministrativo quanto al "catalogo" o "sistema" di azioni a disposizione del ricorrente.

[140] Grazie, appunto, alle modifiche apportate dal c.d. "secondo correttivo" (d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160) al Codice (vd., infatti, la versione oggi vigente dell'art. 34, comma 1, lett. c), d.lgs. 104/2010) che hanno fugato ogni dubbio "iniziale" sull'ammissibilità (o meno) dell'azione pubblicistica di condanna al "*facere*". Anche se, può ritenersi che già prima della "novella" citata si era sostanzialmente pervenuti — in via giurisprudenziale — ad un'ammissione dell'azione di adempimento all'interno del nuovo sistema di diritto processuale amministrativo. Fondamentali, a tal fine, le sentenze T.a.r. Lombardia-Milano, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, in Foro amm. T.a.r., 2011, V, pagg. 1491 ss., con nota di A. CARBONE, *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*, *ivi*, pagg. 1499 ss.; Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, in Foro amm. C.d.s., 2011, III, pagg. 826 ss. e Cons. St., Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15, in Foro it., 2011, III, pagg. 501 ss., con nota di A. TRAVI, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, *ivi*, pagg. 517 ss. Per un commento sulle (principali) modifiche apportate dal "secondo correttivo" si rinvia a A. GIUSTI, *Il codice del processo amministrativo dopo il secondo correttivo*, in Federalismi.it, 2013, XXI, pagg. 1 ss.; F. MERUSI, *A volte ritornano ... il correttivo del correttivo del codice del processo amministrativo*, in

"*facere*", altresì detta "azione di adempimento"[141]. Un nuovo tipo di azione, dunque, da ascrivere all'interno del *genus* delle pronunce di condanna e da leggere, secondo la ripetuta logica della corrispondenza fra "interessi/bisogni/pretese" e strumenti di tutela processuale, nell'ottica della ritrovata simmetria (in passato mancante) per la completa tutela (in astratto) delle posizioni giuridiche d'interesse legittimo "pretensivo".

Finalmente, oggi, nel "sistema" delle azioni a disposizione del privato animato da obiettivi di risultato volti all'"ampliamento" della propria sfera giuridica — e sottostanti agli interessi legittimi "pretensivi" — v'è la possibilità di far entrare direttamente la propria "pretesa" all'interno dell'"oggetto" del processo amministrativo per il tramite di un *petitum* di condanna rivolto nei confronti dell'amministrazione resistente e volto direttamente al rilascio del provvedimento favorevole previo accertamento della "spettanza" del "bene della vita" preteso.

È evidente la metamorfosi che si genera sul «giudicato amministrativo» per effetto del mutamento (o, meglio: dell'ampliamento) degli strumenti rimediali messi a disposizione (rispetto al passato) dei potenziali ricorrenti titolari di posizioni d'interesse legittimo "pretensivo".

Nel nuovo "diritto processuale amministrativo", infatti, l'accoglimento dell'azione di adempimento[142] consente di far ritenere che il giudicato "materiale"

Giustamm.it, 2012, XI, pagg. 1124 ss.; F.G. SCOCA, *Il secondo correttivo del codice del processo amministrativo*, in Corr. giur., 2012, XII, pagg. 1413 ss.

[141] Sul modello tedesco di azione di adempimento (c.d. "*Verpliflichtungsklage*" di cui al par. 42, comma 2, della V.W.G.O.), assunto a termine di confronto obbligato per gli studi sulle azioni di condanna nei sistemi di giustizia amministrativa, cfr., *ex multis,* A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., in part. pagg. 89 ss.; A. MASUCCI, *La legge tedesca sul processo amministrativo*, in Quaderni dir. proc. amm., II, Milano, Giuffrè, 1991; nonché M. CLARICH, *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive ed orientamenti giurisprudenziali*, in Dir. proc. amm., 1985, I, pagg. 66 ss.

[142] Si precisa, per migliore chiarezza, l'impossibilità di un esperimento "in via autonoma" dell'azione *de qua*, la quale richiede sempre un necessario collegamento, in via pregiudiziale, con un'azione di annullamento (in caso di atto di diniego espresso) o avverso il silenzio (nel caso di fase decisoria per "inerzia") al fine di non tralasciare il momento di contestazione di legittimità sull'utilizzo del potere da parte della P.A. Così, esplicitamente, la regola codicistica prevista all'art. 34, comma 1, lett. c), del d.lgs. 104/2010, nella parte in cui

che si formerà intorno alla pronuncia d'accoglimento[143] troverà dei "limiti oggettivi" che includeranno *ex* art. 2909 c.c. un accertamento "pieno" e "definitivo"[144] della pretesa secondo un modello che corrisponde pienamente a quell'idea di giudicato amministrativo a "spettanza stabilizzata" che si vorrebbe costruire ed ambientare nel nuovo sistema di tutela giurisdizionale amministrativa.

Sennonché, questo risultato di effettivo e stabile riconoscimento della "pretesa" dei titolari d'interesse legittimo "pretensivo", chiaro dal punto di vista dello schema processuale astratto di corrispondenza tra "bisogni" e "rimedi",

---

dispone che «[l']*azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio*». La necessità (come condizione imprescindibile) dell'esperimento di altra contestuale azione (di annullamento o avverso il silenzio-inadempimento) ha portato la dottrina a definire l'azione di adempimento positivizzata nel Codice del processo amministrativo come azione a "struttura complessa". Così, con grande chiarezza, A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 196, ove l'Autore afferma che «[l']*azione di adempimento si configura, pertanto, come azione a struttura "complessa", formata da una prima fase volta ad accertare l'illegittimità del diniego o dell'inerzia (azione "presupposta") ed una seconda relativa invece alla fondatezza della spettanza del provvedimento richiesto (azione di condanna in senso stretto). In altri termini, rispetto al corrispondente istituto previsto nell'ordinamento tedesco, l'azione ex art. 30, 1° co., c.p.a. non ha struttura unitaria, e le due azioni (presupposta e di condanna) rimangono distinte, ancorché connesse. Tuttavia, è proprio nel collegamento tra le stesse che si forma la domanda giudiziale: la richiesta di annullamento o di accertamento dell'inerzia, infatti, si perde (o, perlomeno, dovrebbe perdersi) per andare a costituire un'unica pretesa "complessa", che costituisce l'oggetto del giudizio*». In senso analogo, anche, I. PAGNI, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, in Riv. dir. proc., 2012, II, pagg. 328 ss., la quale sottolinea che «[…] *diversamente dal modello tedesco, l'azione di adempimento italiana debba comunque agganciarsi all'annullamento dell'atto o alla pronuncia avverso il silenzio, dato il limite, generale alla tutela giurisdizionale degli interessi legittimi, che il giudice non possa pronunciare «con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati» (art. 34, comma 2°)*». In giurisprudenza, si vd., *ex multis*, Cons. St., sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002, in Foro it., 2013, II, pagg. 70 ss., ove si rammenta «[…] *il rispetto del limite processuale, rappresentato dalla necessità che detta azione di condanna, non esperibile in via autonoma, si accompagni ad altra azione di cui rappresenti il completamento nell'ambito dello stesso processo*».

[143] Qualora, ovviamente, il processo si dovesse concludere, nel merito, in senso favorevole al ricorrente. Sul punto, A. TRAVI, *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, in Riv. amm. Reg. Lomb., 2011, III-IV, pagg. 161-162., fa notare (evocando la dottrina di A. PROTO PISANI, *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, op. cit.) con grande lucidità che un profilo di centrale importanza dell'azione di adempimento è «[…] *rappresentato dall'esaurimento del potere amministrativo: infatti a una condanna, per definizione, non sopravvive alcuna posizione di potere giuridico*».

[144] Quantomeno a livello di riconoscimento "in diritto" della propria pretesa con qualità di stabilità per effetto della *res iudicata* formatasi intorno alla sentenza di merito. Altro discorso, più fattuale, è ovviamente quello relativo all'adempimento del comando giurisdizionale da parte della P.A. obbligata al "*facere*". Il tema, però, attiene all'ambito dell'«ottemperanza» più che a quello del piano di «efficacia» della sentenza e del connesso «giudicato amministrativo».

sconta, tuttavia, un problema di possibile "contrazione" (del giudicato a "spettanza stabilizzata") in tutti quei casi in cui, ovviamente, non dovesse essere accolta l'azione di adempimento proposta dal ricorrente.

Sul punto s'impone un doveroso chiarimento a scanso di ogni equivoco.

Non s'intende, infatti, riferirsi a tutte quelle situazioni nelle quali il mancato accoglimento dell'azione di adempimento dipenda (anche) dal mancato accoglimento della connessa azione di annullamento (del provvedimento di diniego) o dell'azione avverso il silenzio-inadempimento. In tali ipotesi, è ovvio che l'impossibilità della formazione di un giudicato di "spettanza" discenda dall'assenza d'illegittimità dell'operato amministrativo che, dopo le risultante istruttorie, non consente di ritenere (a differenza delle affermazioni di parte ricorrente) l'esistenza di un operato *contra jus* della P.A. titolare del potere.

Diversi, invece, i casi in cui ci si trovi difronte ad un esito differente "nel merito" circa l'accoglimento delle due (distinte anche se connesse pregiudizialmente) domande, d'annullamento o avverso il silenzio e (aggiuntiva) azione d'adempimento, con rigetto unicamente della domanda di adempimento ma con annullamento dell'atto di diniego (poiché viziato da illegittimità) o con ordine (seppur generico) di provvedere (per accertamento dell'illegittimo silenzio serbato dalla P.A.).

In questa diversa casistica, ove è palmare il carattere d'illegittimità del primo episodio di esercizio del potere, l'ostacolo alla formazione di un giudicato di "spettanza" risiede principalmente nel non-accoglimento (nel merito) dell'azione di adempimento per mancata dimostrazione della sussistenza dei presupposti della stessa, e più precisamente, della fondatezza della pretesa "in positivo" al rilascio del provvedimento favorevole.

Il problema, tuttavia, non è semplice poiché, mentre nel settore del diritto privato il modello dell'azione di "esatto" adempimento[145] favorisce l'attore grazie

[145] Cfr., in particolare, l'art. 1453 c.c. che, come noto, dispone che «[n]*ei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta*

ad un più semplice riconoscimento della fondatezza della propria "pretesa" come risultante della speculare più agevole individuazione della posizione giuridica d'"obbligo" del convenuto, nel campo del diritto processuale amministrativo, invece, la situazione si complica in misura esponenziale a causa della fisionomia del "potere amministrativo" che può presentare, in misura più o meno marcata, connotati di «discrezionalità amministrativa»[146].

La "riserva amministrativa"[147] della ponderazione "in concreto" degli interessi (pubblici e privati) coinvolti — per la particolare tecnica di formulazione

---

chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno. La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento; ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione. Dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione». In dottrina, si rinvia, per ogni approfondimento, quantomeno a C. ROMEO, I *presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, Milano, Giuffrè, 2008; R. FADDA, *L'azione di esatto adempimento*, in V. BUONOCORE, A. LUMINOSO, C. MIRAGLIA (a cura di), *Codice della vendita*, Milano, Giuffrè, 2001, pagg. 358 ss.; R. ALBERTO, *L'azione di esatto adempimento*, in M. BIN (a cura di), *La vendita. Garanzie e inadempimento*, Padova, Cedam, 1996, pagg. 1187 ss.; L. CAO, *Vendita di cosa viziata e azione di esatto adempimento*, in Giur. it., 1981, IV, pagg. 303 ss.;

146 Coglie molto bene la differenza A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 225, quando precisa la «[…] *fondamentale differenza tra azione di adempimento — per così dire — "privatistica" e l'omonimo rimedio "pubblicistico": rispetto all'istituto di cui all'art. 1453 cod. civ., ove in ragione della pariteticità delle posizioni del creditore e del debitore la condanna all'adempimento è sempre accordabile laddove materialmente possibile, il g.a. si deve infatti confrontare con l'esercizio del potere amministrativo, solitamente connotato da profili di discrezionalità, che non permettono di giungere a una pronuncia sulla fondatezza dell'istanza laddove la ponderazione degli interessi in gioco non sia ancora stata effettuata da parte della P.A.*».

147 Per una chiara e semplice definizione, E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011, pag. 57: «[d]*i riserva dell'amministrazione potrebbe in primo luogo parlarsi nei confronti della funzione giurisdizionale: in questo senso esiste un ambito sottratto al sindacato dei giudici, ordinari e amministrativi, costituito dal merito* […]». In generale, sulla "riserva di amministrazione", ci si riferisca all'approfondito lavoro di D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1996, *passim*, anche per gli aspetti storici e la bibliografia. Sui rapporti tra "amministrazione" e "giurisdizione" si rinvia alle interessanti riflessioni di G. TROPEA, *L'ibrido fiore della conciliazione: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione ed amministrazione*, in Dir. proc. amm., 2011, III, pagg. 965 ss. Invece, per uno studio sul "merito amministrativo", come ambito tradizionalmente "riservato" e (generalmente, salvi i rari casi di giurisdizione c.d. "estesa al merito", sulla quale, di recente, F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino, Giappichelli, 2013) insindacabile in sede giurisdizionale, valga riferirsi a B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013; oltre, ovviamente, ai più "tradizionali" studi di F.G. SCOCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in Nuova rass., 1981, pagg. 1376 ss.; G. CORAGGIO, *Merito amministrativo* (voce), in Enc. dir., XXVI, Milano, Giuffrè, 1970, pagg. 130 ss.; V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in Ann. dir. comp., 1948, XXII, pagg. 308 ss. (e, successivamente, ID., *Merito (diritto amministrativo*), in Nss. Dig. it., X, Torino, Utet, 1968, pagg 575 ss.); M.S. GIANNINI,

della norma attributiva del potere che lasci residuare un più o meno ampio spazio di libertà[148] in capo all'amministrazione agente — in una fattispecie concreta può essere avvertita, in sede processuale, come uno "*stop*" per il giudice per tutte quelle valutazioni che rischino di implicare una "sostituzione" dell'attività amministrativa e, di conseguenza, una violazione del principio di "separazione dei poteri"[149].

Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi, in Stato e dir., 1941, VI, pagg. 439 ss.; A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, op. cit.

[148] Per esempio a causa dell'utilizzo nella formulazione lessicale della norma attributiva del potere di c.d. "concetti giuridici indeterminati". Cfr., in proposito, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2015, pagg. 114-115, nella parte in cui, al fine di tracciare schematicamente una distinzione tra poteri amministrativi "vincolati" e poteri amministrativi "discrezionali", ci si sofferma sulla circostanza che «[i]*n generale, gli spazi di valutazione dei fatti costitutivi del potere sono tanto più ampi quanto più la norma d'azione fa ricorso ai cosiddetti "concetti giuridici indeterminati" (unbestimmte Rechtsbegriffe), espressione che di recente ha trovato ingresso anche nella giurisprudenza italiana. La norma definisce cioè i presupposti e i requisiti con formule linguistiche tali da non consentire di accertare in modo univoco il loro verificarsi in concreto*». Si vd., anche, l'importante lettura della discrezionalità amministrativa come "momento interpretativo", operata da F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, op. cit., pagg. 194-195, quando spiegava che «[n]*on sempre* […] *la "fattispecie astratta" della norma* […] *è completa, ma spesso la norma lascia al soggetto agente di completarla in alcuni elementi; in genere lasciandogli una certa libertà di decidere se alcune circostanze reali (fattispecie reale) siano dello stesso tipo di quelle costituenti la fattispecie della norma ovvero lasciandogli una certa libertà di adottare il provvedimento concreto (che diventa così, a sua volta, una fattispecie concreta) più idoneo a disciplinare la specie secondo le circostanze reali. Questa libertà lasciata al soggetto agente dalle norme amministrative si chiama "discrezionalità", e discrezionali si chiamano perciò i provvedimenti di amministrazione nei quali la corrispondenza alla norma giuridica non è rigidamente predisposta ma in almeno un elemento dipende da una valutazione concreta del soggetto agente.* […] *La sfera discrezionale appartiene solo al momento interpretativo della norma, da cui estrae tutti i possibili contenuti precettivi e ciò in presenza di norme a carattere sintetico di cui l'Amministrazione svela (o discerne) la possibile estensione. Non diversamente da quanto avviene per l'analogia che pure appartiene (sebbene con diversa funzione) al campo dell'ermeneutica*». Per la definizione classica della discrezionalità amministrativa come momento volitivo che si esercita mediante una "ponderazione degli interessi" (pubblici e privati) coinvolti nella fattispecie concreta, è d'obbligo riferirsi a M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939, in part. pag. 78. *Ivi*, infatti, l'Autore esprimeva chiaramente la propria concezione in merito alla discrezionalità amministrativa che, a Suo avviso, «[…] *s'identifica con la sostanza più squisita dell'attività amministrativa. Questa infatti consiste nella cura di interessi pubblici assunti come fini dello Stato; la parte più delicata di tale cura è appunto la ponderazione (del valore) dell'interesse pubblico nei confronti di altri interessi specifici, attribuita alla stessa autorità amministrativa cui spetta agire*». Più in generale sul tema, si consulti, senza pretesa di esaustività, E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisprudenziale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, Jovene, 2008; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, E.S.I., 1998; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere: la prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, Cedam, 1989.

[149] Coglie molto bene la criticità P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del Codice del processo amministrativo)*, in Dir. proc. amm., 2013, II, pag. 391, quando, dopo aver intuito che «[…] *è proprio intorno alla possibilità che il giudice si sostituisca (sin dalla fase di*

Pertanto, mentre con riguardo ai casi di attività amministrativa "vincolata" la dimostrazione, da parte del ricorrente, della fondatezza della propria pretesa pare un normale problema d'istruttoria processuale onde riuscire a veder accolta la propria domanda di condanna al "*facere*"[150], nei casi di attività amministrativa "discrezionale", invece, la "regola" si complica ulteriormente.

In tali casi, la maggiore difficoltà di provare la "spettanza" a fronte di un "tipo" di potere amministrativo con caratteri di discrezionalità può rappresentare un impedimento nell'utilizzo e nell'accoglimento nel merito dell'azione di adempimento con il rischio, in caso di mancata proposizione di tale rimedio e/o del suo rigetto ove proposto, di impedire la formazione di un giudicato a "spettanza stabilizzata" e ripiegare, dunque, sul modello della tutela degli interessi legittimi "pretensivi" per mezzo della sola azione di annullamento con tutti gli inconvenienti sopra dimostrati.

Tuttavia, il fatto che il Codice del processo amministrativo consenta la condanna al "*facere*" anche (previa, ovviamente, dimostrazione della "fondatezza della pretesa") in tutti quei casi nei quali «[…] *non residuino margini di discrezionalità* […]»[151] consente di collocare in giusto risalto la circostanza centrale tale per cui

---

cognizione) all'amministrazione, ordinandole di adottare un determinato atto, che si avvolge il nodo problematico più importante e interessante in tema di azione di adempimento nel diritto processuale amministrativo», pone all'attenzione del lettore il fatto che «[l]*'ampliamento degli strumenti di tutela nel nuovo processo amministrativo e la (ri)affermazione dei principi di effettività e satisfattività della tutela, ormai piena* […] *ed estesa alla cognizione del rapporto, oltre l'atto, con ricchezza di mezzi istruttori, pongono il tema dell'impatto sulla "riserva" di amministrazione e il problema del non eccesso di giurisdizione, ossia del rispetto del limite esterno e del principio di divisione dei poteri*».

[150] Che, come s'è visto, contribuirà a produrre un giudicato a "spettanza stabilizzata".

[151] Così l'art. 31, comma 3, del d.lgs. 104/2010, che fissa i limiti per l'accoglimento dell'azione di adempimento nel processo amministrativo (per effetto del rinvio operato dall'art. 34, comma 1, lett. c), alla disposizione dedicata all'enucleazione dei limiti per l'accertamento della fondatezza della pretesa in caso di azione accessiva a quella d'accertamento del c.d. "silenzio inadempimento"), statuendo che «[i]*l giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione*».

non v'è, in astratto, alcuna incompatibilità "a priori" tra azione di adempimento e poteri amministrativi discrezionali[152].

Anzi, la disposizione in questione sembra suggerire una lettura che ricostruisca la discrezionalità amministrativa non quale mero aspetto "statico" e "descrittivo" delle fattispecie legali di attribuzione dei poteri amministrativi, ma come concetto di tipo "dinamico", oltre che "concreto", attento al farsi della funzione amministrativa canalizzata all'interno dell'*iter* procedimentale.

In altre parole, anche un'attività discrezionale "in astratto" potrà risultare vincolata "in concreto"[153] per effetto delle modalità del suo "esaurimento"[154]

---

[152] Cfr. l'interessante e colta lettura di L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al facere*, in Dir. proc. amm., 2013, III, in part. pag. 654, ove l'Autore cerca di dimostrare che se «[…] *l'effetto conformativo poteva prodursi in presenza di provvedimenti discrezionali, oltre che vincolati, altrettanto concepibile si direbbe ora la condanna all'adempimento di tutti gli obblighi determinati* […] *o determinabili* […] *che gravano sull'esercizio del potere discrezionale*».

[153] Molto chiaramente, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., pag. 122: «[o]*ccorre* […] *porre la distinzione tra discrezionalità in astratto e vincolatezza in concreto. All'esito dell'attività istruttoria operata dall'amministrazione per accertare i fatti e acquisire gli interessi e gli altri elementi di giudizio rilevanti e all'esito della ponderazione di interessi può darsi che residui, secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità, un'unica scelta legittima tra quelle consentite in astratto dalla legge. Nel corso del procedimento la discrezionalità può cioè ridursi via via fino ad annullarsi del tutto (secondo la dottrina tedesca Ermessensreduzierung auf Null* […]*). In questo caso si parla di vincolatezza in concreto, da contrapporsi alla vincolatezza in astratto che si verifica, come si è visto, allorché la norma predefinisce in modo puntuale tutti gli elementi che caratterizzano il potere*».

[154] Esaurimento che rievoca la teorica, di matrice tedesca, del c.d. "*Reduzierung auf Null*", ossia una "riduzione a zero" in sede procedimentale dell'originaria discrezionalità amministrativa per effetto dell'assenza di alternative concrete. In dottrina, cfr., in argomento, A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 97, ove l'Autore, analizzando l'ordinamento tedesco, spiega che «[…] *anche una fattispecie caratterizzata dalla sussistenza di profili di valutazione in capo alla P.A. può atteggiarsi, nell'ipotesi di esaurimento di questi, come vincolata nel caso concreto. Questo concetto, definito come Ermessensreduzierung auf Null, cioè a dire "azzeramento della discrezionalità", costituisce, a ben vedere, l'elemento che fornisce all'istituto in esame i maggiori spazi di applicazione, consentendo al giudice di andare oltre l'astratta prospettazione normativa del rapporto tra P.A. e privato, per accedere invece ad una ricostruzione dello stesso che tenga conto delle valutazioni di interessi già effettuate dall'autorità amministrativa, nonché delle risultanze di fatto eventualmente acclarate anche direttamente in sede processuale; aspetti in relazione ai quali la discrezionalità nel caso di specie potrebbe rivelarsi "esaurita"*». Per completezza si vd., anche, S. RODOLFO MASERA, *Contenuto della sentenza amministrativa e sua esecuzione in Spagna, Francia e Germania*, in G.D. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, Cedam, 2010, pag. 205, nella parte in cui si rileva che «[l]*a discrezionalità amministrativa* […] *non limita l'indagine del giudice nell'ipotesi in cui possa prevedersi che solo una ben precisa determinazione, individuabile già in sede giurisdizionale, escluderebbe il rischio che l'amministrazione riesserciti il potere in modo viziato (ipotesi riconducibile alla c.d. Ermessensreduzierung auf Null o "discrezionalità apparente" dell'amministrazione*». Per una considerazione diretta del principio all'interno della giurisprudenza italiana, vd. T.a.r.

procedimentale grazie agli approfondimenti e/o agli apporti istruttori riversati in tale sede[155].

Per tale via, dunque, si recupera uno spazio interpretativo che accorda un'apertura nell'utilizzo del (nuovo) rimedio processuale essenziale per una tutela di "spettanza" degli interessi legittimi "pretensivi" e per la ri-costruzione di un corrispondente giudicato amministrativo "stabilizzato"[156].

Il problema della contrazione dei "limiti oggettivi" del giudicato, in tali circostanze, come nel caso degli interessi legittimi "oppositivi", risiede nella presenza di "alternative" di utilizzo del potere (in questo caso per riserva di spazi di discrezionalità) che possano portare a future ri-edizioni del potere stesso in frustrazione della "pretesa"[157] del privato riversata "inutilmente" nella sede

---

Trento, sez. I, 16 dicembre 2009, n. 305, in Dir. proc. amm., 2011, I, pagg. 316 ss., nella cui motivazione si cita «[…] *l'indirizzo elaborato dalla giurisprudenza tedesco - federale, peraltro in difetto di base normativa ad hoc, ma alla luce del 48 del VwVfG (legge sul procedimento amministrativo), che perviene in consimili casi alla "Reduzierung auf null" (riduzione a zero) della discrezionalità amministrativa; effetto quest'ultimo che si costituisce in ogni vicenda nella quale la persistenza in giuridica vita del provvedimento amministrativo illegittimo sia "schlechthinunerträglich" e, cioè, semplicemente insopportabile*». Per un commento alla pronuncia, cfr. G. MANFREDI, *Doverosità dell'annullamento vs. annullamento doveroso*, in Dir. proc. amm., 2011, I, pagg. 316 ss.

[155] A. ROMANO-TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, op. cit., pag. 350, in particolare ove l'Autore acutamente osservava che «[…] *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. È altresì chiaro che la prospettata funzione "suppletiva" del complesso degli atti preparatori rispetto alla motivazione consiste proprio e soltanto in questo: nel porre in luce una situazione concreta in cui nessun effettivo ambito di scelta residua all'amministrazione, la cui azione risulta quindi pienamente e direttamente sindacabile del giudice*».

[156] Cfr. G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, op. cit., pagg. 502 ss., il quale dapprima (in senso di apertura) sostiene che «[…] *l'equazione "attività discrezionale – incertezza di risultato" non è rappresentativa dell'attuale assetto dei rapporti tra cittadino e pubblica Amministrazione. Infatti gli istituti procedimentali (ad esempio, il preavviso di diniego, ex art. 10-bis legge 241/1990, la tendenziale vincolatività delle risultanze istruttorie ex art. 3, c. 1, della stessa legge, ecc.) e processuali* […] *sono idonei a fornire un buon grado di certezza in ordine alla spettanza del bene della vita, anche di fronte ad un'attività (originariamente) discrezionale*». Tuttavia, nel prosieguo del ragionamento (pag. 502) Egli pare più dubitativo sulla generalizzazione dei risultati di "spettanza" affermando che l'apposizione di tali premesse non significa «[…] *escludere che vi possano essere casi anche numerosi in cui permanga (a causa della non rinnovabilità del procedimento o per disfunzioni nel concreto svolgersi del giudizio amministrativo) l'incertezza del risultato* […]».

[157] La stessa giurisprudenza amministrativa più recente (vd., per ora, quantomeno Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 2014, n. 4987, in Foro amm., 2014, X, pagg. 2532 ss.) sembra mostrare consapevolezza del fatto che «[i]*n via di principio* […] *nulla osterebbe a che rideterminandosi l'Amministrazione fosse libera di porre a sostegno del proprio convincimento elementi "nuovi" non oggetto della*

processuale che, così ragionando, finisce con il perdere quella serie di "valori funzionali" che oggi il processo deve invece possedere[158].

Anche qui, la soluzione alle criticità presentate potrebbe essere rinvenuta allargando lo sguardo al momento antecedente la fase processuale, ossia comprendendo gli spazi di esaurimento della discrezionalità in sede procedimentale come momento "temporale" per preparare al meglio la "base" per un (successivo) processo ove sia possibile (a livello istruttorio) dibattere nel merito del possibile riconoscimento (o meno) della "spettanza" invocata dinanzi ad un'azione amministrativa con esaurimento "in concreto" della discrezionalità[159].

In seconda battuta, qualora residuino spazi inesauribili di discrezionalità in esito alla fase procedimentale, occorrerebbe ricostruire la successiva fase processuale, e *ivi* il momento dell'istruttoria, secondo una chiave di lettura che permetta di esaurire in tale sede ogni restante spazio di discrezionalità[160] onde

---

propria antecedente delibazione vulnerata dal giudicato e per tal via riconfermasse il contenuto dispositivo annullato. È ben ovvio, tuttavia, che potendo in teoria l'Amministrazione pronunciarsi un numero di volte in via di principio infinito sullo stesso affare, ove questa ogni volta ponesse a sostegno del "nuovo" provvedimento fatti "nuovi" (in quanto non precedentemente esaminati) verrebbe vanificata la portata accertativa e soprattutto conformativa di ogni decisione. Ogni controversia sarebbe destinata, in potenza, a non concludersi mai con un definitivo accertamento sulla spettanza — o meno — del "bene della vita"».

[158] Vd., appunto, il par. 4.1 del presente Capitolo.

[159] Riflette sul rapporto tra discrezionalità amministrativa e (possibile) "spettanza" G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, op. cit., pagg. 489-490, affermando che «[…] *il momento discrezionale può risultare dirimente rispetto all'emissione o meno del provvedimento richiesto o avversato (sempre che sussistono tutti gli altri presupposti previsti dalle norme sostanziali). Si tratterà dunque di pretesa condizionata, che si atteggia come una aspettativa giuridicamente tutelata (e non come una semplice chance, che evoca una insuperabile incertezza in ordine al conseguimento del risultato), dato che la scelta discrezionale non è certo arbitraria ma collegata a ben noti parametri e principi. Ma tale condizione vale solo all'inizio del procedimento, mentre nel corso dello stesso la fisionomia della situazione sostanziale risulterà completamente definita, sia in senso positivo, sia in senso negativo (e salvo, in questo secondo caso, la tutela giurisdizionale). Si tratta, in altri termini, di posizione a formazione progressiva (lo stesso vale anche nel caso di accertamenti riservati all'Amministrazione), ma quel che è certo è che nell'ambito del procedimento (o, al più, nell'ambito del giudizio, ove si tratti di scelta discrezionale censurabile) si dovrebbe stabilire con certezza se un determinato bene spetta o meno a chi ritiene di averne titolo* […]».

[160] P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del Codice del processo amministrativo)*, op. cit., pag. 397: «[…] *la via più diretta e radicale per ammettere in via generale l'azione di adempimento nel processo amministrativo è forse quella che punta ad esaurire nel giudizio di cognizione (sul rapporto) l'intera discrezionalità amministrativa residua, così da svuotare di contenuto ed evitare del tutto la fase del riesercizio della funzione*».

chiudere la vicenda contenziosa con un giudicato "stabilizzato", sia esso di accoglimento della pretesa del ricorrente o, laddove quest'ultima non risulti fondata, con un rigetto "stabilizzato" in favore dell'amministrazione resistente[161].

[161] D'altronde l'*aut-aut* prospettato sembrava già chiaro qualche anno addietro alla Migliore dottrina quando rifletteva circa l'ammissibilità (o meno) di un'azione di adempimento all'interno del processo amministrativo. Il riferimento è ad A. TRAVI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo fra azione di adempimento e azione risarcitoria*, in Dir. proc. amm., 2003, I, pag. 229, ove l'Autorevole dottrina affermava che l'accertamento della "spettanza" «[…] *in un giudizio che investe una posizione "dinamica" come il potere amministrativo, pone problemi non indifferenti. Dal punto di vista processuale postula o la capacità del giudice di introdurre d'ufficio nel processo con larghezza i fatti rilevanti* […]*, o l'introduzione di un severo meccanismo di preclusioni, che imponga all'amministrazione, in termini formali, o anche solo in via pratica, di enunciare subito nei suoi atti, in modo esaustivo, ogni ragione contraria alla pretesa del privato, senza possibilità di integrazioni successive*». Anche se, poi, l'Autore (pag. 230) concludeva in modo perentorio: «[n]*on mi sembra che il nostro ordinamento si ispiri a criteri del genere*».

4.3.2. (segue): Spunti per un "esaurimento" delle "alternative" amministrative all'interno della sede procedimentale. Verso un "onere preclusivo" di tipo procedimentale in capo alla P.A.

La necessità di assicurare una completa stabilità del «giudicato amministrativo» (specie, ove favorevole alla parte ricorrente) richiede all'interprete di dover concentrare l'attenzione — visti i rischi di "contrazione" dei «limiti oggettivi» che si possono produrre in esito ad un processo amministrativo di contestazione sull'utilizzo del potere — oltre la sola "fase processuale" abbracciando il (ben più ampio) segmento "procedimento amministrativo – processo amministrativo".

Infatti, poiché il processo amministrativo segue l'esercizio "in prima battuta" della funzione amministrativa[162] e, tema qui centrale per i riflessi in punto di efficacia "stabilizzante" del «giudicato amministrativo» (specie d'annullamento), fa (normalmente) seguire a sé un (nuovo) ri-esercizio del potere amministrativo "in seconda battuta", si comprende agevolmente il ruolo di (possibile) "parentesi"[163] che il processo rischia di assumere inserendosi come

---

[162] Salvo, ovviamente, il caso del "mancato esercizio" in forma espressa del potere per il formarsi di un silenzio-inadempimento allo scadere del termine di conclusione del procedimento.

[163] Si rinvia, ancora, all'idea (già esposta nel Cap. II del presente lavoro) di M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 1, il quale si soffermò con grande attenzione sulla circostanza che «[p]*otere giurisdizionale e potere amministrativo si intersecano in una sequenza in cui il processo amministrativo rappresenta una sorta di parentesi tra azione amministrativa antecedente alla proposizione del ricorso giurisdizionale e azione amministrativa successiva al giudicato amministrativo*». Riflette sul medesimo problema anche L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003, pag. 188: «[s]*e in principio vi è la libertà, 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, interrotto dal solo giudizio di ottemperanza* […]». In giurisprudenza, *ex multis*, T.a.r. Liguria-Genova, sez. I, 21 febbraio 2002, n. 164, in Foro amm. T.a.r., 2002, pagg. 436 ss., ove in motivazione si rimarca che «[n]*ella presente sede, pertanto, deve essere dato rilievo all'esigenza 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 consentisse all'Amministrazione di procedere più volte nell'emanazione di nuovi atti, anche conformi alle*

una *sub*-fase rispetto ad un *continuum* "frazionato" di episodi di concretizzazione di un dato potere amministrativo.

Questa situazione, già da tempo avvertita come possibile patologia per il ricorrente nell'ottica della funzionalità e satisfattività della tutela resa dalla giurisdizione adita[164], oggi pare sempre più inaccettabile proprio alla luce di quel novero di "valori funzionali"[165] che ogni moderna giurisdizione deve assicurare onde corrispondere, più in generale, anche ai principi costituzionali oltre che sovranazionali in tema di profili "qualitativi" della tutela giurisdizionale.

Nello specifico, dedicando l'attenzione al processo amministrativo, s'è potuto comprendere come le ipotesi — soprattutto dottrinali[166] — di costruzione di un giudizio con oggetto così ampio da ricomprendere (in ogni caso) l'intero "rapporto amministrativo", seppur appaganti in termini di finalità "stabilizzante" del giudicato, apparissero comunque eccessivamente forzate dal punto di vista del rigore e della correttezza dogmatica.

E, pertanto, parrebbe una prospettiva interessante quella d'indagare la fase (per così dire) "a monte" dell'avvio del processo, ossia quella ove si realizza "dinamicamente" la trasformazione del potere amministrativo in uno specifico provvedimento[167].

---

statuizioni della sentenza, ma egualmente sfavorevoli al ricorrente, in quanto fondati su aspetti sempre nuovi del rapporto […]. *A fronte della richiamata esigenza di effettività della tutela giurisdizionale, il punto di equilibrio tra il diritto del cittadino alla rapida definizione dell'affare dopo un giudicato d'accoglimento e la giustificata aspettativa del potere pubblico di esercitare la propria discrezionalità anche sugli aspetti del rapporto controverso prima non esaminati, comporta che 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*».

[164] Cfr., per una ripresa di alcuni Autori attenti ai problemi dell'effettività della giustizia amministrativa prima dell'emanazione del recente Codice del processo amministrativo, il Cap. III del presente lavoro.

[165] Si richiami, ancora, il "catalogo" dei "valori funzionali" del processo sinteticamente ripreso all'interno del paragrafo 4.1. del presente Capitolo.

[166] Il richiamo implicito è alla costruzione teorica del PIRAS, ripresa nei suoi passaggi essenziali all'interno dei parr. 3.4. e 3.4.1. del Capitolo III del presente lavoro.

[167] O, anche, nelle altre forme di "fase decisoria" alternativa a quella "provvedimentale" (accordi *ex* art. 11, l. 241/1990; silenzio-inadempimento; silenzi "significativi").

Difatti, s'è visto poco sopra[168] come i possibili limiti ad un «giudicato amministrativo» a "spettanza stabilizzata" siano rinvenibili, tanto nella presenza di "alternative amministrative" che residuino ai «limiti oggettivi» del giudicato nei casi di pluralità di fatti costitutivi dell'esercizio di un dato potere amministrativo; tanto nell'impossibilità di accordare la tutela nelle forme della condanna al *facere* (o, meglio, al rilascio del provvedimento favorevole) in tutti quei casi ove permangano margini (non "esauriti") di discrezionalità amministrativa.

Ambedue le situazioni non sembrano imputabili alla struttura del processo amministrativo dato che, oggi, grazie al "sistema" costruito dal (nuovo) Codice del processo amministrativo[169], è consentito rinvenire, quantomeno al livello degli schemi "astratti" di tutela, una simmetrica corrispondenza fra "pretese" e "tecniche di tutela" messe a disposizione per gli specifici "bisogni di protezione" dell'attore.

Il problema, dunque, può essere meglio collocato in una fase antecedente alla (possibile) "patologia" rappresentata dal contenzioso in sede processuale, ossia nel momento in cui viene esercitato il potere amministrativo all'interno di uno specifico procedimento amministrativo. Infatti, è proprio questa prima fase "fisiologica" dell'azione amministrativa — con il suo passaggio dall'"astratto" della fattispecie legale al "concreto" della fattispecie reale — che costituirà la "base" per ogni ambito di critica del ricorrente da riversare nella sede processuale e porre sotto la cognizione del giudice amministrativo.

Di qui, risulta più agevole comprendere la circostanza per cui, tanto più completo sarà l'approfondimento della fase dell'istruttoria procedimentale[170], quanto più esaustivi potranno essere, tanto l'ambito del "rapporto" posto *sub*

---

[168] Vd., appunto, il par. prec. del presente Capitolo.

[169] L'innovazione del dato "strutturale" è stata ripresa, seppur *breviter*, all'interno del par. 4.2, del presente Capitolo.

[170] E, simmetricamente, il conseguente apparato motivazionale che correderà il provvedimento amministrativo emanato in conclusione del procedimento stesso.

iudice[171], quanto l'esaurimento (per assenza di "alternative" lasciate "in sospeso") della discrezionalità amministrativa "originaria".

Del resto, già in passato Autorevole dottrina[172] cercò di allargare il discorso processuale abbracciando anche il segmento procedimentale come chiave per poter raggiungere risultati di maggiore ampiezza e stabilità del "giudicato amministrativo" favorevole al privato ricorrente e con l'obiettivo d'impedire ulteriori "code" di ri-edizione del potere amministrativo *post*-giudizio.

S'iniziò ad intuire sempre più, infatti, una certa "simmetria"[173] tra la posizione del ricorrente che promuove la domanda d'annullamento[174] in sede giurisdizionale e la P.A. che esercita un dato potere imperativo sul terreno "sostanziale".

Così, per effetto di un convincimento sempre più diffuso, dottrina e giurisprudenza affermarono che il ricorrente dovesse — a pena di scontare gli effetti preclusivi del "dedotto e deducibile"[175] — riversare nel proprio ricorso (a

---

[171] Sempre, ovviamente, nel rispetto delle scelte del ricorrente alla base del "principio dispositivo".

[172] Il riferimento è alla costruzione che ebbe la maggiore eco nel dibattito dottrinale successivo (in senso adesivo o contrario), ossia quella contenuta in M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., *passim*.

[173] Si assuma qui, anche se (forse) in chiave troppo semplificata, il ragionamento aldilà della condivisione (o meno) dell'inquadramento dogmatico dell'azione di annullamento e del potere amministrativo come forme di esercizio di un "diritto potestativo", poiché l'approfondimento teorico "a monte" sarebbe problema dogmatico di lunga digressione nell'economia del presente lavoro. Si rimanda, per ogni approfondimento sull'impostazione, a M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., in part. pag. 184, nella parte in cui l'Autore osserva, in via preliminare, che «[…] *il potere amministrativo si pone, nei confronti del procedimento, in una relazione che è perfettamente simmetrica rispetto alla relazione tra diritto all'invalidazione di un atto amministrativo e processo amministrativo*».

[174] All'epoca questo era l'unico strumento processuale di reazione all'esercizio del potere, tanto nel caso di interessi legittimi "oppositivi", quanto nel caso di interessi legittimi "pretensivi".

[175] Sul punto, cfr. il par. 3.4., in particolare nt. 245, del Cap. III, del presente lavoro. Cfr., anche, per maggiore chiarezza sul punto M. CLARICH, op. ult. cit., op. cit., pag. 183, ove l'Autore con grande chiarezza spiega il percorso che ha aperto la via «[…] *per far acquistare al risultato del processo amministrativo l'auspicata stabilità almeno per ciò che riguarda il lato passivo del rapporto amministrativo, rappresentato dal ricorrente, titolare del potere di agire in giudizio. Essa risulta assicurata dal principio secondo il quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile: dal momento che l'azione processuale amministrativa è individuata in base all'unico diritto di invalidazione o, per chi lo preferisca, in base all'effetto di annullamento al quale tende l'azione, il ricorrente è soggetto ad un vero e proprio onere di dedurre nel processo*

sostegno, dunque, del *petitum* d'annullamento) tutti i fatti costitutivi che giustifichino (in astratto) la domanda rivolta al giudice[176], realizzando così, con riguardo al lato "attivo" del processo, la ricercata stabilità che impedisce ogni futuro ricorso "*de eadem re*" nel caso di rigetto della propria domanda.

Il problema, tuttavia, è sempre stato quello di realizzare la medesima stabilità con riguardo al lato "passivo" del processo (ossia, più chiaramente, nei confronti della P.A. "resistente"), giacché — come si è già potuto mostrare — v'è da sempre una certa reticenza nell'estendere lo stesso meccanismo del "dedotto e deducibile" anche in capo all'amministrazione. Quest'ultima, infatti, date le caratteristiche del processo amministrativo, non sembra ai più assoggettabile ad un onere di dimostrazione "in positivo" della validità del proprio provvedimento (per mezzo dello strumento processuale delle "eccezioni")[177] aldilà dell'ambito di critica inserito nel ricorso di parte attrice, come passaggio per poter estendere la

---

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».

[176] I quali, come noto, sono rappresentati, nell'ambito dell'azione d'annullamento, dai singoli accadimenti storici inquadrati giuridicamente nelle categorie dei vizi di legittimità dell'atto amministrativo.

[177] Forte, infatti, la eco della regola del "divieto d'integrazione postuma" della motivazione in giudizio. Cfr., in proposito, il par. 3.4., in particolare la nt. 241, del Cap. III del presente lavoro. Anche M. CLARICH, op. ult. cit., pag. 189, ha presente la differenza di "modello" tra il processo civile, ove il convenuto è libero di contro-dedurre ogni fatto impeditivo, modificativo o estintivo della pretesa dell'attore (grazie alle "eccezioni processuali"), ed il processo amministrativo che, viceversa, «[…] *ha la struttura di processo a senso unico: la pubblica amministrazione ha il ruolo di difendere il provvedimento così com'è stato emanato, senza la possibilità di dedurre (in via di eccezione) nuovi elementi atti a giustificare l'emanazione dell'atto*». Cfr., in giurisprudenza, *ex pluribus*, Cons. St., sez. VI, 12 novembre 2009, n. 6997, in Foro amm. C.d.s., 2010, I, pagg. 148 ss., nella parte in cui si afferma che «[…] *la motivazione del provvedimento non può essere integrata nel corso del giudizio con la specificazione di elementi di fatto, dovendo la motivazione precedere e non seguire ogni provvedimento amministrativo, individuando con ciò il fondamento dell'illegittimità della motivazione postuma nella tutela del buona andamento amministrativo e nell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario*»; nonché T.a.r. Valle d'Aosta, sez. I, 14 giugno 2011, n. 42, in Foro amm. T.a.r., 2011, VI, pagg. 1820 ss., ove si giudicano irrilevanti le «[…] *motivazioni non contenute nell'atto gravato e che pertanto, a prescindere da ogni considerazione circa l'ammissibilità della motivazione postuma, non possono, per costante giurisprudenza, essere contenute in una memoria difensiva (ex multis T.A.R. Puglia Lecce, sez. I, 09 ottobre 2008 , n. 2802; T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 17 giugno 2008 , n. 2062, secondo cui "È da ritenere inammissibile l'integrazione postuma della motivazione di un provvedimento, in origine assolutamente carente, effettuata in giudizio attraverso memoria difensiva, posto che le giustificazioni addotte in corso di causa dall'Amministrazione devono trovare comunque un addentellato logico nel testo dell'atto amministrativo impugnato)*».

medesima regola preclusiva del "dedotto e deducibile" anche nei suoi confronti al fine di paralizzare gli spazi di manovra successivi al momento temporale di formazione di un ipotetico giudicato d'annullamento.

Tuttavia, se pare difficile creare un fascio di preclusioni processuali in capo alla P.A. resistente che "stimolino", per il tramite di una *fictio* giuridica (quale è la regola del "dedotto e deducibile"), una completa deduzione — oltre che da parte del ricorrente, anche da parte della stessa "resistente" — dell'intero rapporto giuridico amministrativo onde evitare l'effetto di "paralisi" globale scaturente dal giudicato, non per questo è necessario rinunciare a un tale ambizioso risultato, purché però ci si collochi nella diversa fase "procedimentale"[178].

---

[178] L'importanza di "integrare" (e non "separare") i due segmenti del procedimento amministrativo, da un lato, e del processo amministrativo, dall'altro, era già stata colta anche da Autorevole dottrina del secolo scorso. Si fa riferimento, in particolare, a M.P. CHITI, *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto processuale amministrativo*, in A. PIZZORUSSO, V. VARANO (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, Giuffrè, 1985, in part. pagg. 795-797, il quale aveva intuito che «[i]*l dato più originale posto dalla Costituzione attiene comunque al nesso indissolubile tra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale, come portato della configurazione giustiziale dell'amministrazione. Superando la tradizionale configurazione di separazione o alternatività tra procedimento e processo, la Costituzione favorisce l'interiorizzazione del momento contenzioso nel procedimento*». E, pertanto, (pag. 796) «[…] *il logico sviluppo del principio di piena garanzia dei cittadini è nel senso di una stretta combinazione tra procedimento e giurisdizione amministrativa, per un'amministrazione davvero procedimentalizzata e garantista che sia in grado di fondere — per dirla con Constant — la libertà degli antichi con la libertà dei moderni*». Coglie il bisogno di creare maggiore "interazione" fra le logiche del procedimento amministrativo e quelle del successivo processo, G. SANTANIELLO, *Il procedimento amministrativo: linee di sviluppo*, in Dir. proc. amm., 1985, IV, in part. pag. 503, quando spiegava al lettore dell'epoca la sensazione che dominasse una «[…] *netta separazione fra procedimento e processo, per cui ognuno dei settori del territorio dei rapporti fra cittadini e pubblica amministrazione è ordinato con proprie regole, in funzione di specifici scopi. I due istituti nel nostro ordinamento sono ancora privi di un tratto di congiunzione, mentre già in altri Paesi nello stesso arco di tempo il procedimento, in base ad una codificazione di principi, tende ad acquistare funzioni strumentali rispetto alla tutela giurisdizionale.* […] *Comincia ad affiorare una visuale rivolta a scorgere i punti principali di collegamento (o di integrazione nel sistema delle tutele) fra procedimento e processo, individuati nell'operazione di soggettivazione degli interessi coinvolti nell'azione amministrativa, nella definizione degli elementi di fatto e di diritto dell'episodio amministrativo, nelle acquisizioni istruttorie*». Del resto, anche M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in Riv. dir. proc., 1980, II, pagg. 263-264, concludeva nel senso che «[…] *non ci è dato rinunciare — come, in definitiva, propone e ritiene possibile la concezione dell'alternatività — né alla costruzione di un efficiente sistema giurisdizionale, né ad una disciplina del procedimento che consenta a questo di concorrere alla realizzazione dei valori di giustizia. La consapevolezza dei ruoli insostituibili e infungibili di entrambi gli istituti — procedimento e processo giurisdizionale — deriva dai principi stessi della nostra civiltà giuridica e della nostra cultura, per i quali, da una parte, la giustizia giurisdizionale è bene prezioso della*

Infatti, *ivi* vi sono una serie di principi, regole e argomenti giuridici che possono condurre all'identificazione di un c.d. "onere di preclusione procedimentale"[179] in capo all'amministrazione procedente che esplichi la sua

---

collettività e funzione primaria dei pubblici poteri e, dall'altra, l'amministrazione, come amministrazione di uno stato democratico e sociale, deve ordinarsi secondo fini di giustizia e secondo metodi di giustizia, il che significa soprattutto che deve aprirsi alla partecipazione e quindi processualizzarsi; e deriva dalle stesse norme costituzionali, ispirate a tali principi, le quali sembrano delineare un modello di rapporto fra procedimento e processo giurisdizionale caratterizzato non dalla separazione, ma dalla "associazione" e quindi dalla "complementarietà" e dalla "integrazione" dei due sistemi». L'intuizione fu poi maggiormente elaborata alla fine degli anni '80 da M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 189 ss. Tale Autore, infatti, prendendo spunto dalla dogmatica tedesca che (all'epoca) era già propensa a ricercare simmetrie tra i poteri delle amministrazioni e il potere di impugnativa in sede giurisdizionale (entrambi sussunti nel *genus* dei "diritti potestativi"), pose le basi per sviluppare con maggior precisione il ragionamento che porta a ricercare nella fase procedimentale la soluzione al problema della "stabilità" del «giudicato amministrativo». L'argomento centrale di tale teorica è il seguente: «[…] *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 (Waffengleicheit), 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, cioè nella fase di formazione dell'atto. La mancata deduzione di tutti i fatti costitutivi in tale fase finirebbe così per essere giuridicamente equiparata all'effettiva deduzione. In base a questo ragionamento* […] *si finisce per costruire un principio giuridico che pone in capo alla pubblica amministrazione l'onere di acclarare e di dedurre tutti i fatti costitutivi del potere già nella fase del procedimento. All'interno del procedimento amministrativo assume una nuova e più intensa colorazione il principio della completezza dell'istruttoria, così come il principio della sufficienza della motivazione va apprezzato alla luce della ben più ampia gamma di elementi di cui il provvedimento deve tener conto*». Sempre in tema, anche, V. CAIANIELLO, *Rapporti tra procedimento amministrativo e processo*, in Dir. proc. amm., 1993, II, pagg. 241 ss.

[179] *Contra*, L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, op. cit., pagg. 189-191. Tale Autore, infatti, nonostante ammetta (pag. 189) che «[s]*e la libertà è un prius, risulta coerente che la p.a. sia obbligata a esporre subito i motivi per i quali la richiesta del cittadino non è accoglibile*», tuttavia, conclude (pag. 190) nel senso della difficoltà di accogliere la «[…] *suggestiva (epperò non priva di seri argomenti a favore) fondazione di una preclusione di ordine procedimentale*». La stessa perplessità e prudenza si rinviene anche in C. CONSOLO, *Per un giudicato pieno e paritario a prezzo di un procedimento amministrativo all'insegna del principio di preclusione*, op. cit., pagg. 188-189, ove l'Autorevole dottrina spiega che «[s]*enza voler assumere atteggiamenti miopemente formalistici, o riduttivi rispetto alla capacità delle clausole generali di far scaturire precetti operativi, a noi pare che l'addentellato normativo di quell'onere procedimentale di completezza sia così riposto su basi troppo generali e, fatalmente, generiche* (qui, si evoca la nota costruzione del CLARICH). *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, al modo appunto di un onere specifico, una ferrea preclusione nei confronti della successiva possibilità di valorizzare quanto già era "deducibile" (rectius: valorizzabile) ad instar della preclusione del deducibile in giudizio che assolve una funzione strumentale indispensabile rispetto alla "tenuta" del giudicato di accertamento*».

efficacia già in occasione della "prima" manifestazione in concreto di un dato potere amministrativo.

La ratio che potrebbe giustificare un tale assunto è la seguente.

Poiché la Pubblica Amministrazione dispone di poteri amministrativi imperativi idonei ad incidere sulla sfera giuridica dei relativi destinatari, restringendola o negando un ampliamento (atteso) di essa, s'impone la necessità di giustificare ogni singolo episodio di esercizio del potere nel modo più completo possibile onde consentire, nell'ottica di una c.d. "parità della armi"[180], un potere di reazione in sede processuale (ovviamente, del soggetto che si ritenga leso dalla "decisione" amministrativa) "completo"[181]. Ossia, un "ambito di critica" all'uso del potere — canalizzato nelle diverse tecniche di tutela processuale disponibili — che possa addivenire, in conclusione, ad una soluzione definitiva (dunque, coperta da un giudicato "stabilizzante") circa la "spettanza" (in caso di accoglimento del ricorso) o meno (in caso di rigetto dello stesso) del proprio "bene della vita", senza che l'amministrazione possa in ogni caso riaprire l'"affare amministrativo" in coda al giudizio rimettendo in discussione il risultato processuale[182].

In base all'accennato "onere di preclusione procedimentale", invece, l'Amministrazione avrebbe uno stimolo a "problematizzare" sin da subito la propria scelta concreta giustificandola alla luce di tutti i possibili fatti costitutivi

---

[180] Sul principio di "parità delle armi" (*Waffengleicheit*) nella teoria del vincolo del giudicato in ordine ai motivi, cfr., *amplius*, S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, op. cit., pagg. 327-328, in part. nt. 68.

[181] M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 193: «[…] *il cittadino non soltanto è assoggettato all'imperatività del provvedimento e deve farsi carico di promuovere, in veste di ricorrente, entro un breve termine di decadenza, un giudizio volto a rimuovere gli effetti prodotti dal provvedimento illegittimo e di provare l'illegittimità di quest'ultimo, almeno nella misura richiesta dal c.d. onere del principio di prova; è altresì esposto, dopo aver conseguito una sentenza di annullamento, al rischio di una reiterazione del provvedimento da parte dell'amministrazione in tutti i casi in cui questa può addurre a fondamento del nuovo atto un altro fatto costitutivo, diverso cioè da quello ritenuto illegittimo dal giudice, che era esistente ed era conosciuto (o conoscibile) già al momento dell'emanazione del primo provvedimento*».

[182] Si pensi, ad esempio, ad una nuova ri-effusione del potere che tragga giustificazione da un differente fatto costitutivo e che consenta, perciò, di perseguire il medesimo "risultato sostanziale".

che la sorreggono, pena, nel caso volesse conservare (metaforicamente[183]) qualche "freccia" (ossia, qualche fatto costitutivo che le consentirebbe in futuro di sorreggere una medesima conclusione provvedimentale) nella propria "faretra" onde poter riaprire il procedimento *post*-giudicato, di incorrere in una preclusione per effetto della violazione della regola anzidetta[184]. Quest'ultima, infatti, opererebbe secondo un meccanismo analogo (seppur trasposto nella fase "sostanziale" dei rapporti giuridici) alla nota regola processuale del giudicato esteso al c.d. "deducibile" (oltre che, ovviamente, al "dedotto")[185].

---

[183] La metafora qui ripresa è stata ideata — per rendere efficacemente l'idea ricostruttiva proposta — da M. CLARICH, op. ult. cit., pag. 224. L'Autore, infatti, mostra come accogliendo la teoria dell'"onere di preclusione procedimentale" in capo alla P.A. «[…] *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, che veda annullato in sede giurisdizionale il provvedimento emanato, non è concessa, almeno in linea di principio, una seconda possibilità*». C. CONSOLO, *Per un giudicato pieno e paritario a prezzo di un procedimento amministrativo all'insegna del principio di preclusione*, op. cit., pag. 187, invece, ricorre ad una differente "metafora" per esemplificare la proposta ricostruttiva del CLARICH: «[i] *due gareggianti* […] *non solo verrebbero in questo modo infine posti a confronto sulla stessa pista, ma addirittura costretti a misurarsi in un solo giro di quella pista, assicurando allora ovviamente la subitanea e stabile preminenza alla sentenza rispetto al provvedimento illegittimo, o meglio all'illegittimo esercizio del potere amministrativo*».

[184] Con il limite, ovviamente, della c.d. "conoscibilità" del fatto costitutivo come base per l'operare del meccanismo preclusivo in analisi, in coerenza con la teoria in tema di giudicato esteso al c.d. "deducibile", la quale fonda la successiva preclusione unicamente intorno a quegli aspetti del rapporto che potevano essere conosciuti dalle parti secondo canoni di media diligenza. Valgano, sul punto, le considerazioni di teoria generale espresse da S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, op. cit., pag. 329, il quale, prendendo ad esempio il caso del licenziamento illegittimo, afferma che «[…] *non sono da ritenere preclusi i fatti già esistenti al tempo del primo processo, non addotti dal datore per giustificare il licenziamento, i quali non fossero da lui conosciuti; mancando la conoscenza, difetta la condizione minima per l'esercizio del potere e non è, quindi, possibile ipotizzare la preclusione di esso*».

[185] Dunque, secondo M. CLARICH, op. ult. cit., pag. 195, la stabilità del rapporto amministrativo dal lato della pubblica amministrazione può essere perseguita grazie all'operatività di questo meccanismo dato che «[…] *il divieto di reiterare l'atto annullato si fonda in parte sul giudicato e in parte sul principio procedimentale ora enunciato. 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*».

Tale onere procedimentale può essere "ancorato", per trarne una più solida giustificazione giuridica, ad una serie di principi cardine dell'agire amministrativo[186].

In primo luogo, forti sembrano essere gli stimoli a favore che provengono dall'esigenza di rispetto delle regole della "correttezza" e della "buona fede" (in senso oggettivo) nei rapporti amministrativi[187], siccome potrebbe ritenersi contrario ad un canone di tutela del "legittimo affidamento" consentire ad un soggetto istituzionale, quale è ogni P.A., una *discovery* in-completa (per reticenza di fatti costitutivi già presenti e, dunque, "deducibili") di tutte le ragioni che possano

[186] Si assuma, infatti, una lettura del procedimento amministrativo attenta alla prospettiva dell'attuazione di un rapporto amministrativo secondo gli *standards* propri dei principi costituzionali sull'attività amministrativa. In proposito, si leggano le importanti pagine di G. PASTORI, *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, Maggioli, 1987, pagg. 805 ss., oggi in G. PASTORI, *Scritti scelti*, op. cit., pagg. 361 ss. Tale Autorevole dottrina suggeriva una lettura del procedimento amministrativo, non tanto come (pagg. 362-363) «[…] *metodo di composizione logico-formale, in quanto legislativamente previsto e definito, delle manifestazioni dell'agire amministrativo*», bensì preferibilmente come "misura e attuazione di un rapporto", ossia (pag. 371) «[…] *più che come la garanzia formale e sostanziale dell'esercizio di un potere, come la misura e l'attuazione di un rapporto amministrativo nell'esercizio di un potere obiettivato*». La teoria "formale" del procedimento amministrativo trova, invece, la sua più compiuta formulazione in A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940. Fondamentali, sul tema della teoria del "procedimento amministrativo", anche i contributi di G. BERTI, *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in Dir. e soc., 1980, III, pagg. 439 ss.; ID., *Procedimento, procedura, partecipazione*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, pagg. 779 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1970; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, op. cit., pagg. 118 ss.

[187] In argomento, è d'obbligo il rinvio all'opera fondamentale di F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970, in part. pagg. 45 ss. e 120 ss., ripresa, poi, successivamente (con aggiornamenti) in ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, Giuffrè, 2001. In dottrina, importanti contributi volti ad approfondire la costruzione di un obbligo di "buona fede" e di tutela del "legittimo affidamento" nei rapporti amministrativi si ritrovano in M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, op. cit., pagg. 159 ss.; F. GAFFURI, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, Giuffrè, 2006; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2005; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, E.S.I., 1995. Di recente, su questi temi, anche, A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Ed. scient., 2016. In giurisprudenza si segnalano, fra le molte pronunce, quantomeno Cons. St., sez. VI, 24 settembre 1996, n. 1255, in Foro amm., 1997, V, pagg. 1434 ss.; Cons. St., sez. IV, 15 giugno 1994, n. 501, in Cons. St., 1994, I, pagg. 735 ss.

sorreggere una determinata decisione sfavorevole recanti profili di lesività nei confronti della sfera giuridica di un certo soggetto privato[188].

Più chiaramente, appare contraria ad ogni regola di trasparenza e correttezza la scelta di riservarsi alcuni fatti costitutivi, già presenti al momento della "prima" decisione, unicamente per consentire la realizzazione del medesimo "risultato" provvedimentale dopo un eventuale giudicato d'annullamento del "primo" episodio di esercizio del potere. Un giudicato, dunque, che presenta «limiti oggettivi» "ristretti"[189] esclusivamente ad alcuni "frammenti" di un ben più ampio (in ipotesi) rapporto amministrativo disegnato dalla fattispecie legale di attribuzione del potere.

L'Amministrazione dovrebbe, invece, in omaggio anche al principio d'imparzialità[190] che, *ex* art. 97 Cost., s'impone dall'"alto" sull'intera attività

---

[188] Un'adesione forte a questa lettura si rinviene in M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 214: «[s]*embra 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: che, specificamente, non sia consentita la contestazione in un momento successivo di altri fatti tali da giustificare l'esercizio del medesimo potere*».

[189] Per effetto della correlazione "speculare" rispetto ai motivi di ricorso posti a sostegno del *petitum* e in assenza di un ambiente processuale che consenta, comunque e indipendentemente dai profili di critica del ricorrente, una cognizione estesa all'intero rapporto amministrativo.

[190] Fondamentali, in materia, gli studi di U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, op. cit., in part., per quanto qui rileva, pagg. 274 ss., ma anche *passim*. Interessante anche la lettura di F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, op. cit., pag. 247, nella parte in cui si ricollega la "buona fede" amministrativa al principio d'imparzialità *ex* art. 97 Cost. In particolare, l'Autore ha cura di chiarire che, secondo la Sua interpretazione, l'«[…] *imparzialità non significa però che l'Amministrazione debba proporsi* […] *il perseguimento di interessi obiettivi ma significa soltanto che, pur mirando alla soddisfazione del proprio interesse, essa deve tener conto dei principi di equità, di buona fede, di parità di trattamento, ecc. che qualifica la sua azione come quella di un soggetto teso alla soddisfazione di fini collettivi*». Si ricordi, in proposito, anche la teoria (poi superata negli sviluppi del "sistema" di diritto amministrativo) di G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, op. cit., pagg. 100 ss., il quale negava giuridicità al principio di imparzialità *ex* art. 97 Cost. relegato, peraltro, unicamente al momento "organizzativo". Infatti, Egli concludeva (pagg. 108-109) nel senso che «[…] *l'obbiettività dell'amministrazione, perché divenga anche obbiettività dell'azione amministrativa, non può restare ancorata alla determinazione legale delle finalità amministrative, ma deve incrementarsi mediante una naturale obbiettività delle espressioni dinamiche dell'amministrazione e degli strumenti correlativi. Anche a tal proposito cioè bisogna concluder che l'attuazione delle norme disciplinanti finalisticamente l'attività amministrativa non è rimessa alla volontà soggettiva, ma all'organizzazione strumentale. Il che implica infine che l'imparzialità dell'amministrazione riposa interamente sull'organizzazione amministrativa e sui poteri che si coordinano nel seno di questa*». Segna un momento di apertura, invece, la ricostruzione (attenta

amministrativa, operare sempre un'istruttoria completa (in "fatto" e con riguardo al "fascio" degli interessi coinvolti) onde rappresentarsi l'intero ambito delle ipotesi che depongono in favore (come fatti costitutivi) di un certo esercizio del potere. E, così procedendo, laddove un dato potere sia disegnato "in astratto" dalla norma attributiva come "discrezionale", esaurire ogni spazio di discrezionalità per effetto della "completezza" del percorso di "trasformazione" procedimentale[191].

La garanzia della "completezza d'istruttoria"[192] si riversa, inoltre, come noto, nella necessaria (e corrispondente) estensione dell'onere motivazionale del

---

anche al formante giurisprudenziale dell'epoca) di G. SALA, *Imparzialità dell'amministrazione e disciplina del procedimento nella recente giurisprudenza amministrativa e costituzionale*, in Dir. proc. amm., 1984, III, pagg. 422 ss. In particolare, Egli segnala (pag. 434) come «[d]*a tempo del resto parte della dottrina* […] *ha posto in evidenza che l'obiettività dell'azione amministrativa, e il superamento quindi dell'antinomia dell'amministrazione "parte imparziale", deve cercarsi sul piano della disciplina del procedimento, in un'obiettivizzazione cioè dei processi di attuazione del potere amministrativo* […] *che consenta la ricostruzione, il più aderente al dettato normativo, degli interessi primari e secondari implicati nell'agire amministrativo*». Cfr., per una prima teorizzazione analoga, G. PASTORI, *La burocrazia*, Padova, Cedam, 1967, pagg. 89-90, ove si definisce l'"imparzialità" come tendenza «[…] *ad escluder nell'esercizio dei poteri ogni intrusione di interessi e di posizioni che impediscono la perfetta adesione al potere come fattispecie astratta dell'atto, talché ne derivano tutte le conseguenze, anche in ordine al componimento degli interessi pubblici e privati* […]».

[191] L'idea della "trasformazione" procedimentale del potere, ed in particolare della "discrezionalità" con quanto ne consegue in punto di "esaurimento" della stessa, è ben presente nella costruzione di G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, op. cit., pagg. 489-490, poiché tale Autore ritiene che nel corso del procedimento «[…] *la fisionomia della situazione sostanziale risulterà completamente definita, sia in senso positivo, sia in senso negativo (e salvo, in questo secondo caso, la tutela giurisdizionale). Si tratta, in altri termini, di posizione a formazione progressiva* […]*, ma quel che è certo è che nell'ambito del procedimento* […] *si dovrebbe stabilire con certezza se un determinato bene spetta o meno a chi ritiene di averne titolo*». Ed infatti, prosegue sostenendo (pagg. 501-502) che «[…] *l'equazione "attività discrezionale-incertezza di risultato" non è rappresentativa dell'attuale assetto dei rapporti tra cittadino e pubblica Amministrazione. Infatti gli istituti procedimentali (ad esempio, il preavviso di diniego, ex art. 10-bis legge 241/90, la tendenziale vincolatività delle risultanze istruttorie, ex art. 3, c. 1, della stessa legge, ecc.) e processuali* […] *sono idonei a fornire un buon grado di certezza in ordine alla spettanza del bene della vita, anche di fronte ad un'attività (originariamente) discrezionale*». Residua, tuttavia, una cautela di fondo laddove si richiama l'attenzione (pag. 502) sulla circostanza che, tutto quanto premesso, non esclude «[…] *che vi possano essere casi anche numerosi in cui permanga (a causa della non rinnovabilità del procedimento o per disfunzioni nel concreto svolgersi del giudizio amministrativo) l'incertezza del risultato* […]».

[192] Sulla connessione fra "imparzialità" e "completezza istruttoria" cfr. G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in Foro amm., 1987, II, pagg. 3165, oggi in ID., *Scritti scelti*, op. cit., pag. 357, laddove riferisce che «[…] *la giurisprudenza sembra aver colto ormai tutto il peculiare valore che, ai fini della più piena attuazione dell'imparzialità nonché del buon andamento, rivestono il*

provvedimento finale[193], il quale dovrà dar conto di tutte le ragioni di fatto e di diritto a sostegno della scelta adottata nella parte dispositiva dell'atto, onde consentire (almeno "potenzialmente") un ambito di critica completo ed esauriente in sede processuale. In questo modo sarà possibile dedurre (almeno tendenzialmente) il rapporto amministrativo nella sua interezza, non tanto perché il processo assuma il compito di accertare ufficiosamente gli spazi di rapporto amministrativo non dedotti dal ricorrente, ma perché, grazie alla completezza del procedimento amministrativo[194], il ricorrente potrà contestare nel suo intero l'esercizio di quel dato potere amministrativo onde veder (eventualmente) formarsi in suo favore un «giudicato amministrativo» che concluda la vicenda con effetto "stabilizzante" e, dunque, con vera utilità e "valore" dello strumento processuale.

Del resto, un tale "onere procedimentale" in capo alla P.A., seppur in passato poteva apparire come un'eccessiva forzatura — dato il suo collegamento unicamente con generalissimi principi che governano la funzione amministrativa

---

vincolo della completezza istruttoria ed il riferimento all'insieme delle condizioni di fatto come misura della ragionevolezza delle scelte discrezionali».

[193] Questa lettura consente, anche, di rilevare alcune interferenze con il tema (più generale) del rispetto, da parte della P.A., del principio di "eguaglianza", così come tradotto nella regola del "divieto di disparità di trattamento irragionevole". Coglie molto bene questo profilo M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 218, quando si accorge dei riflessi problematici che potrebbero scaturire dalla libertà per l'amministrazione di scegliere quante (e quali) tra le plurime ragioni a sostegno di un dato provvedimento amministrativo esternare (a fondamento dell'atto) all'interno della motivazione. Infatti, «[c]*iò potrebbe creare* […] *un'ingiustificata disparità di trattamento tra soggetti che, pur trovandosi nella medesima situazione di fatto e di diritto, siano destinatari di provvedimenti di identico dispositivo, ma corredati da una motivazione che dia conto, in taluni casi, di tutti, in altri, soltanto di alcuni* […] *fatti costitutivi del potere*». Più in generale, su quest'aspetto anche M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, pag. 73, il quale ritiene corretto riferire l'imparzialità amministrativa all'eguaglianza, anche se (poi) ritiene di dover indagare se sia preferibile un collegamento con l'eguaglianza in senso "formale" o, viceversa, in senso "sostanziale"; nonché E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1957, II, pag. 315, precisamente ove l'Autore afferma che «[c]*on l'entrata in vigore della Costituzione sarebbe sorto, o, quanto meno, stato esplicitato, in base all'art. 97 di essa, il dovere di imparzialità da parte della pubblica amministrazione* […] *sembra tuttavia che la norma costituzionale, a differenza questa volta che per la buona amministrazione, renda manifesto e assuma come vera norma giuridica rivolta ad ogni autorità amministrativa, il principio, ben preciso, di imparzialità, in virtù del quale la disparità di trattamento e la palese ingiustizia viziano l'atto ormai soltanto per violazione di legge*».

[194] Sia essa "autentica" o ottenuta per effetto dell'accennata "*fictio*" della preclusione conseguente all'"onere" procedimentale descritto *supra*.

(tutela dell'affidamento, imparzialità, etc.) —, oggi, invece, quantomeno con riguardo agli interessi legittimi "pretensivi", trae una giustificazione più solida grazie ad una precisa regola di diritto positivo inserita per effetto di una (delle diverse) "novelle" apportate alla l. 241/1990[195].

Ci si riferisce, infatti, all'introduzione del c.d. "preavviso di rigetto"[196], ossia l'obbligo procedimentale in capo all'amministrazione agente di comunicare all'istante (dunque, al titolare di un interesse legittimo "pretensivo") i motivi che ostano all'accoglimento della sua istanza prima di addivenire formalmente ad una decisione di diniego[197].

---

[195] In particolare, il riferimento va all'art. 6, della l. 11 febbraio 2005, n. 15, «[m]*odifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa*».

[196] Vd., precisamente, l'art. 10-*bis*, l. 241/1990, la cui rubrica è (appunto) «[c]*omunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*», che così dispone: «[n]*ei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali. Non possono essere addotti tra i motivi che ostano all'accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione*». Per un commento cfr., tra gli altri, anche, E. FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al preavviso di rigetto*, in Dir. amm., 2005, IV, pagg. 1003 ss.; V. FANTI, *La "nuova" comunicazione nel procedimento amministrativo*, in Urb. app., 2005, XI, pagg. 1252 ss.; G. BOTTINO, *Articolo 10-bis. (Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza)*, in V. ITALIA (a cura di), *L'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2005, pagg. 394 ss. Potrebbe essere d'interesse comprendere se i contenuti della disposizione di cui all'art. 10-*bis* l. 241/1990 possano essere inquadrati entro la categoria dogmatica delle c.d. "pretese partecipative", così come elaborata da A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996, *passim*. Per un inquadramento della disposizione entro il *genus* degli "obblighi procedimentali" e per le ricadute conseguenti (specie in termini di responsabilità), valga riferirsi a M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in Dir. amm., 2005, III, pagg. 557 ss.

[197] Sulla *ratio* della disposizione cfr., in particolare, S. TARULLO, *L'art. 10-bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in Giustamm.it, 2008, pag. 1, il quale osserva che «[a]*d un primo approccio non può negarsi che essa costituisca una ulteriore manifestazione di quel principio di trasparenza che già pervadeva la stesura originaria della legge n. 241/90* […]. *La norma sembra avere, inoltre, un obiettivo deflattivo del contenzioso. Sino ad oggi l'interessato, informato dei fattori ostativi all'accoglimento della domanda solo con il provvedimento finale, non ha potuto fare altro che percorrere la strada giurisdizionale o giustiziale (per contestarli o per lamentare il mancato esercizio dei poteri di integrazione documentale) ovvero in alternativa, una volta ripristinate le condizioni per il rilascio, dare avvio ad*

Tale adempimento endo-procedimentale, volendo evitare una lettura che intraveda in esso un inutile appesantimento burocratico senza reali spazi d'utilità[198], va ricostruito, non tanto come un semplice avviso che duplichi (peraltro) la funzione della comunicazione di avvio del procedimento *ex* art. 7, l. 241/1990[199], bensì come un momento d'imposizione di un *surplus* istruttorio

---

un procedimento del tutto nuovo e distinto. Ora l'introduzione di un regime di contraddittorio "rinforzato", se indubbiamente produce un appesantimento operativo dei procedimenti ad istanza di parte, sembra rispondere ad una effettiva esigenza di accrescimento della funzionalità procedurale, rivelandosi assai proficua anche nell'ottica del complessivo alleggerimento delle incombenze burocratiche. Il nuovo meccanismo infatti, nel promuovere possibili fenomeni di autocorrezione, previene la moltiplicazione dei procedimenti». Lega, invece, l'art. 10-*bis* alla partecipazione procedimentale V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della L. n. 241/90 – II parte*, in Giust. amm., 2005, I, pag. 14, il quale rileva che «[…] *essa costituisce un'importante estensione dell'istituto della partecipazione procedimentale in base al principio che la decisione amministrativa è sempre frutto di una dialettica tra le parti interessate. E può consentire altresì, in molti casi, attraverso il coinvolgimento del soggetto direttamente interessato, il superamento di dubbi e di difficoltà che ove non chiariti possono portare alla emanazione di provvedimenti negativi*». Sottolinea che la *ratio* dell'istituto consista in una più ampia applicazione del principio del "giusto procedimento", L. FERRARA, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza nel riformato quadro delle garanzie procedimentali*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, II, Padova, Cedam, 2007, pag. 85. Sulla creazione, ad opera dell'art. 10-*bis* l. 241/1990, di una forma di contraddittorio procedimentale sempre più vicino al modello para-giurisdizionale, G. BOTTINO, *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 amm. T.a.r., 2005, V, pag. 1555, ove si accenna alla circostanza per cui la nuova disposizione crea un «[…] *contraddittorio tra le parti che segue una logica paragiurisdizionale, sia per la congerie di termini prescritti dalla norma, che in ragione delle prerogative difensive assicurate all'interessato, in qualità di destinatario della comunicazione dei motivi ostativi*».

[198] Appare, infatti, dubitativa circa l'utilità della disposizione di cui all'art. 10-*bis* l. 241/1990 C. VIDETTA, *Note a margine del nuovo art. 10 bis della l. n. 241 del 1990*, in Foro amm. T.a.r., 2006, II, in part. pag. 847, ove l'Autrice, convinta che la norma rischi di concorrere ad un appesantimento della "macchina burocratica" (in contrasto con il principio di "economicità" dell'azione amministrativa) a causa di un eccesso di coinvolgimento del privato, giunge ad affermare che «[…] *non pare davvero che si sentisse la necessità di una norma come l'art. 10 bis, la quale sostanzialmente finisce per duplicare inutilmente le possibilità di contraddittorio tra istanti ed amministrazione*». Pone, invece, un richiamo ad una possibile perdita di "effettività" dei nuovi istituti partecipativi alla luce della tendenza alla "dequotazione" dei vizi formali e procedurali, D. VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, Cedam, 2008, pag. 39, quando sottolinea che «[…] *l'effettiva innovatività della disposizione di cui all'art. 10 bis della nuova l. n. 241/90 andrà a questo punto necessariamente valutata (anche) alla luce della interpretazione che verrà di essa offerta ai sensi ed ai fini dell'applicabilità alla fattispecie dell'art. 21 octies*».

[199] Per un commento, in dottrina, si veda, senza pretesa di esaustività, M. RENNA, *Le ragioni d'urgenza impeditive della comunicazione d'avvio del procedimento*, in Foro it., 2003, V, pagg. 305 ss.; G. GARDINI, *Comunicazione di avvio e partecipazione procedimentale: costi e benefici di una regola di democrazia*, in Giorn. dir. amm., 2001, V, pagg. 484 ss.; S. VERZARO, *In tema di comunicazione dell'avvio del procedimento amministrativo: l'art. 7 e la normativa previgente*, in Giur. it., 1997, IV, pagg. 225 ss.; A. CORPACI, *La comunicazione dell'avvio del procedimento alla luce dei primi riscontri*

oltreché di una *discovery* imposta in capo all'amministrazione procedente e giustificata sul più generale canone del "*clare loqui*"[200]. Solo attraverso una lettura così articolata sembra possibile collegare la regola di cui all'art. 10-*bis* all'obiettivo dell'esaurimento della discrezionalità (ove presente) e al consolidamento, al contempo, d'una "preclusione" in capo all'amministrazione che impedisca ogni

---

giurisprudenziali, in Le Regioni, 1994, II, pagg. 303 ss.; G. TERRACIANO, *Sull'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento*, in Foro amm., 1994, IX, pagg. 2177 ss.; F. MARIUZZO, *Commento all'art. 7 della L. n. 241/1990*, in V. ITALIA, M. BASSANI (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Giuffrè, Milano, 1991, pagg. 103 ss. In giurisprudenza, è interessante notare la considerazione svolta da Cons. St., sez. V, 21 aprile 2006, n. 2254, in Guida dir., 2006, XXX, pagg. 99 ss., in particolare nella parte in cui si spiega che «[l]*'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento sussiste ogni volta in cui la partecipazione di chi è assoggettato alla potestà della pubblica amministrazione sia in condizione di dare un utile contributo all'attività di quest'ultima. Ed invero, la previsione racchiusa nell'art. 7, comma 1, l. 7 agosto 1990 n. 241, elevando la comunicazione di avvio del procedimento a dignità di principio generale dell'ordinamento, strettamente connesso con i canoni costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, ha recepito nell'ordinamento un nuovo criterio di regolamentazione dell'azione dei pubblici poteri, incentrato sulla valorizzazione del metodo dialettico e sulla partecipazione dei soggetti diretti interessati al procedimento (anche in chiave deflativa del contenzioso). L'art. 7 L. n. 241/1990, d'altronde, impone l'obbligo della comunicazione dell'avvio del procedimento ai soggetti nei cui confronti il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti e a quelli che per legge debbono intervenirvi nonché agli altri soggetti, individuati o facilmente individuabili, che possano subirne pregiudizio, superando in tale maniera il modulo "di definizione unilaterale del pubblico interesse, oggetto, nei confronti dei destinatari di provvedimenti restrittivi, di un riserbo ad excludendum, già ostilmente preordinato a rendere impossibile o sommamente difficile la tutela giurisdizionale" degli interessati, introducendo il sistema della democraticità delle decisioni e della accessibilità dei documenti amministrativi. Ed invero, l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento si fonda sulla duplice esigenza, da un lato, di porre i destinatari dell'azione amministrativa in grado di far valere i propri diritti partecipativi, dall'altro, di consentire all'amministrazione di meglio comparare gli interessi coinvolti e di meglio perseguire l'interesse pubblico principale, a fronte degli altri interessi pubblici e privati eventualmente coinvolti*».

[200] Così, infatti, S. TARULLO, *L'art. 10-bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, op. cit., pag. 2: «[…] *la disposizione dell'art. 10-bis sembra avallare definitivamente l'idea che il "clare loqui" costituisca oramai un valore del procedimento amministrativo complessivamente considerato: esso va a connotare in modo pregnante il potere in divenire piuttosto che il solo provvedimento, che di quel potere costituisce prodotto estrinseco e terminale*». Sottolinea le conseguenze in termini di "affidamento" ingenerato in capo all'istante, P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza (art. 10-bis l. 241/90) tra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contradditorio "ad armi pari"*, in Giustizia-amministrativa.it, 2009, pag. 2, ritenendo di «[…] *poter assegnare alla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza se non la fonte di un vero e proprio obbligo di clare loqui, l'idoneità ad ingenerare affidamento — benché atto pacificamente endoprocedimentale — sulla non accoglibilità dell'istanza soltanto per i motivi "deducibili" indicati dall'amministrazione, confidando di sovvertire l'esito della decisione a seguito delle controdeduzioni*».

successivo diniego motivato sulla base di fatti costitutivi diversi da quelli rappresentati in sede di "parentesi" *ex* art. 10-*bis*[201].

---

[201] Molto chiaramente D. VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, op. cit., pagg. 46-47. Tale Autore ha cura di spiegare come dall'innovazione di cui all'art. 10-*bis* possa derivare un "principio di preclusione", ossia «[…] *una regola che impone la definizione della materia del contendere nel momento dell'emanazione del preavviso di rigetto, nel quale devono essere già presenti ed individuati tutti i motivi che l'amministrazione ritiene possano condurre al diniego del provvedimento ampliativo richiesto, in ordine ai quali, pertanto, dovrà svilupparsi il contraddittorio procedimentale, senza che all'amministrazione possa essere poi consentito di rinvenire, nel momento dell'emanazione del provvedimento finale, altri legittimi motivi di rifiuto*». Tale principio dovrebbe, ad avviso dell'Autore, fare da *pendant* al riconoscimento di un c.d. "onere procedimentale sostanziale", il quale imponga alla P.A. l'onere di «[…] *acclarare fin dal momento dell'esercizio del potere tutti i fatti costitutivi della decisione di provvedere* […] *in ordine ad una determinata situazione oggetto di potere amministrativo* […]. *Applicata ora all'istituto del preavviso di rigetto, una tale ricostruzione appare allora essere perfettamente calzante, anche in questo caso dovendosi ribadire che nel momento in cui viene comunicato il preavviso di rigetto scatta una preclusione per l'Amministrazione, che sviluppa i suoi effetti sul potere di adottare un diniego per motivi che siano differenti da quelli comunicati e sui quali non si è potuto dunque sviluppare il contraddittorio procedimentale. Il preavviso di rigetto, cioè, deve "cristallizzare" la materia del contendere, poiché altrimenti sarebbe violata quella che è veramente la regola prima di un vero e proprio contraddittorio, risultando vanificato l'istituto proprio nelle finalità garantistiche che ne ganno giustificato l'introduzione nell'ordinamento*». A favore, in dottrina, anche R. GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, in Giustizia-amministrativa.it, 2010, par. 2, il quale afferma che «[t]*ale disposizione* (aggiungiamo: l'art. 10-*bis*, l. 241/1990)*, pur avendo direttamente ad oggetto solo la completezza del contraddittorio procedimentale, ha importanti riflessi anche sul piano della tutela giurisdizionale. Essa, infatti, introduce il principio secondo cui la p.a non ha solo l'obbligo di emanare il provvedimento conclusivo del procedimento entro il termine all'uopo previsto, ma, quando si tratta di poteri che incidono su istanze ampliative della sfera giuridica del cittadino, deve altresì esercitare il proprio potere in maniera completa ed esaustiva, in modo da consentire al richiedente di contestare fin da subito in giudizio tutti i possibili profili ritenuti ostativi all'accoglimento della sua istanza, senza lasciare margini per una rinnovazione del provvedimento di diniego su basi diverse*». In senso analogo, collegando all'art. 10-*bis* il meccanismo proprio della c.d. teoria dell'"autovincolo", S. TARULLO, *L'art. 10-bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, op. cit., pagg. 8-9, nella parte in cui sostiene che «[…] *l'organo emanante non potrà svolgere considerazioni imperniate su elementi informativi e valutazioni omessi nel preavviso, che non siano diretto sviluppo delle osservazioni o delle produzioni documentali del privato; non potrà segnatamente, tenere conto di tutte le circostanze di fatto o le ragioni di diritto che, pur se conosciute antecedentemente alla comunicazione, siano state sottratte al vaglio dell'istante. In una parola, tutti questi elementi e dati non potranno più essere "recuperati" al momento dell'assunzione della determinazione conclusiva del procedimento, a meno di non inviare al privato una nuova comunicazione onde provocare un apposito contraddittorio (come d'altro canto sembra inevitabile anche al cospetto di fatti sopravvenuti)*». Molto chiare, sul punto, anche le osservazioni di G. PASTORI, *Attività amministrativa e tutela giurisdizionale nella legge 241/1990 riformata*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, op. cit., pag. 6, ove l'Autorevole dottrina legge la disposizione in commento nel senso che «[…] *l'amministrazione è tenuta ad esporre tutti i motivi e in una sola volta che a suo avviso giustifichino i provvedimenti negativi e a dar conto nel provvedimento finale delle ragioni per cui non abbia eventualmente accolto le osservazioni presentate dagli interessati, senza poter aggiungere nuovi motivi di rigetto dell'istanza, diversi e successivi*». Per un riconoscimento della "preclusione" in giurisprudenza, cfr., per tutte, T.a.r. Piemonte, sez. I, 7 febbraio 2007, n. 503, in Foro amm. T.a.r., 2007, II, pagg. 393 ss., ove si esplicita in motivazione che «[…] *è necessario, però, che il contenuto del provvedimento conclusivo di diniego si inscriva (per così dire) nello schema delineato dal preavviso di*

In tal modo, dunque, si andrebbe a creare, per il tramite di un meccanismo di scambi-informativi [202], una base giuridica che, con riguardo agli atti amministrativi "ampliativi", potrebbe tradurre in positivo la regola dell'"onere di preclusione procedimentale", favorendo, anche, l'utilizzo in sede processuale dell'azione di adempimento grazie alla più agevole dimostrazione dell'esaurimento "in concreto" della discrezionalità amministrativa[203].

---

rigetto, dovendosi ritenere precluso all'amministrazione fondare il diniego definitivo su ragioni del tutto nuove, non enucleabili dalla motivazione dell'atto endoprocedimentale, a scanso di frustrare irrimediabilmente la funzione partecipativa e dialogica che la legge assegna all'atto di preavviso». *Contra*, in dottrina, L. FERRARA, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza nel riformato quadro delle garanzie procedimentali*, op. cit., pagg. 90-91. Ad avviso di tale Autore, infatti, convince l'idea che «[…] *la posizione dell'amministrazione possa essere ricostruita in termini più svantaggiosi di quanto non sia la posizione del debitore in un rapporto obbligatorio civilistico: come al debitore è data la possibilità di adempiere tardivamente alla sua obbligazione, salvo le conseguenze risarcitorie per il ritardo nell'adempimento, altrettanto all'amministrazione deve essere riconosciuta anche successivamente la possibilità di esercitare in modo legittimo il suo potere, salva sempre la rilevanza sul piano del risarcimento del danno della tardiva definizione della satisfattività della richiesta avanzata*». Riconoscendo l'"onere di preclusione procedimentale" in capo alla P.A., invece, si «[…] *rischia che dalla lungamente rincorsa parità tra cittadino e pubblica amministrazione si passi a una disparità per così dire rovesciata (dove ad essere in posizione di inferiorità è la pubblica amministrazione)*». Ricostruisce anche la possibilità di una "via" alternativa a quella basata sull'"onere di preclusione procedimentale" in capo alla P.A. (che potrebbe convincere coloro che oppongano le ragioni degli interessi pubblici rilevanti coinvolti dalle funzioni amministrative), M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 580, ove si ipotizza, come differente lettura del meccanismo di cui all'art. 10-*bis*, «[…] *che l'amministrazione possa, rectius debba, procedere all'integrazione della motivazione in sede processuale, peraltro con il necessario recupero nella medesima sede della garanzia del contraddittorio sui nuovi motivi di diniego e con il corollario anch'esso necessario dell'applicazione del principio secondo il quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile*».

[202] L'importanza della "funzione di informazione", come fattore chiave per un'amministrazione "trasparente" e "democratica", è oggi colta esattamente, *ex multis*, da G. GARDINI, *Le regole dell'informazione*, Milano, Mondadori, 2005; B.G. MATTARELLA, *Informazione e comunicazione amministrativa*, in Riv. trim. dir. pubb., 2005, I, pagg. 1 ss.; F. MERLONI (a cura di), *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, Rimini, Maggioli, 2002; G. ARENA (a cura di), *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, Maggioli, 2001. Sia consentito, in argomento, rinviare anche a S. VACCARI, *L'evoluzione del rapporto tra la Pubblica Amministrazione e le persone nel prisma dello sviluppo della «trasparenza amministrativa»*, in Jus-online, 2015, III, pagg. 1 ss.

[203] Vd., appunto, le osservazioni contenute in M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 573, ove si rileva che «[i]*n definitiva, all'ampliamento dell'oggetto del procedimento, che esaurisce tutti i profili vincolati e discrezionali del potere, corrisponde, di necessità, un ampliamento dell'oggetto del processo, che include ormai, a questo punto, la cognizione dell'intero rapporto amministrativo*». Analogamente, E. LUBRANO, *Le azioni a tutela degli interessi pretensivi nel nuovo processo amministrativo*, Roma, Ist. ed. reg. it., 2012, pag. 163, il quale rileva che l'"esaurimento" procedimentale del potere amministrativo «[…] *consentirebbe, poi, di dare "piena ed effettiva" applicazione all'azione di adempimento, ora espressamente prevista dal Codice, in quanto realizzerebbe un sistema in cui, in via generale, la discrezionalità dell'Amministrazione si configurerebbe sempre come "esaurita" a seguito dell'emanazione del relativo provvedimento (in via diretta o anche a seguito*

Un passaggio importante, dunque, per il percorso volto all'ottenimento di un «giudicato amministrativo» sulla "pretesa" con qualità "stabilizzante" del risultato ottenuto, salva ovviamente la previa dimostrazione della "spettanza" del "bene della vita".

Quanto agli interessi legittimi "oppositivi"[204], invece, i principi generali della funzione amministrativa sopra richiamati possono ritenersi sufficienti a giustificare la più volte accennata preclusione procedimentale in capo alla P.A., vista la carica afflittiva che posseggono i poteri amministrativi che incidono in chiave unilaterale sulla sfera giuridica dei destinatari già titolari di un dato "bene della vita" che ambiscono a conservare.

Infatti, nel momento in cui un'amministrazione decida di avviare un procedimento destinato (potenzialmente) a sacrificare un "bene della vita" presente nel patrimonio giuridico di un certo soggetto, si ritiene che vi sia la

---

dell'eventuale ordine di provvedere da parte del Giudice nel caso di silenzio-inadempimento); di conseguenza, una volta appurata l'eventuale illegittimità di tutti i motivi ostativi al rilascio del provvedimento, il Giudice non potrà che condannare l'Amministrazione al rilascio dello stesso (anche direttamente nel dispositivo e non soltanto indirettamente, nella motivazione della sentenza, come ancora avviene nella maggior parte dei casi), garantendo così una giustizia "piena ed effettiva", al passo con i tempi di una giurisdizione ormai configurata sul rapporto ed avente ad oggetto la fondatezza della pretesa sostanziale del privato». Contrario, invece, alla lettura sopra riportata dell'art. 10-*bis*, l. 241/1990, A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 122, il quale ritiene che attraverso l'impiego del meccanismo *ex* art. 10-*bis* non si pervenga a conclusioni soddisfacenti in punto di esaustività dell'accertamento giurisdizionale. Egli, infatti, osserva che «[a]*nche se non si ignora, infatti, come il preavviso di rigetto sia in grado di estendere l'accertamento sulla pretesa compiuto indirettamente attraverso l'annullamento, non può non rilevarsi come la sua efficacia sia di molto ridimensionata dal fatto che la giurisprudenza tenda a considerarlo come adempimento non sempre necessario ai fini della validità dell'atto. Il vero è che l'utilizzo di questa così come delle altre* […] *disposizioni della L. n. 241/90 per ampliare l'oggetto del giudizio nient'altro rappresenta se non il tentativo di ricondurre surrettiziamente, attraverso strumenti di natura procedimentale, l'accertamento dell'intero rapporto alla domanda di annullamento, ad ulteriore prova dell'insufficienza del modello processuale impugnatorio (nonostante l'espediente dell'effetto conformativo) a rispondere all'esigenza di soddisfazione della pretesa del privato*».

[204] Auspica un'estensione del meccanismo *ex* art. 10-*bis* l. 241/1990 anche ai procedimenti ad iniziativa d'ufficio D. VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, op. cit., pag. 52, in quanto la limitazione della regola unicamente ai procedimenti ad istanza di parte rischia di «[…] *determinare la situazione, quasi paradossale, per la quale colui che partecipa ad un procedimento che potrebbe sfociare in un provvedimento dagli effetti sfavorevole nei suoi confronti si trova ad essere meno garantito di colui che richieda una concessione od un'autorizzazione e rischi unicamente di vedersela negare*». Così, anche, C. VIDETTA, *Note a margine del nuovo art. 10 bis della l. n. 241 del 1990*, op. cit., pag. 844.

necessità, anche nell'ottica del "diritto ad una buona amministrazione"[205], di realizzare forme di contraddittorio procedimentale, con caratteristiche di completezza oltre che di trasparenza e correttezza, che impongano, a pena di successiva "preclusione", di giustificare nei confronti del destinatario dell'atto, attraverso una motivazione qualitativamente completa ed esaustiva, tutti i profili che possono sorreggere quella data decisione.

Solo così, infatti, il privato destinatario degli effetti dell'atto amministrativo potrà avvalersi — nel senso più conforme alle garanzie costituzionali — delle forme e delle modalità di "reazione" nelle sedi giurisdizionali nei confronti della lesione subita[206].

La garanzia della "possibilità" del ricorso alla giurisdizione amministrativa, infatti, non deve essere intesa unicamente come "possibilità di accesso", bensì come opportunità di ottenere una sentenza che chiuda definitivamente (in senso favorevole o sfavorevole) una determinata vicenda litigiosa concreta grazie, appunto, ad un «giudicato amministrativo» che riesca a "stabilizzare" i risultati relativi a controversie decise.

Si potrà obiettare che questa ripresa della teoria dell'"onere di preclusione procedimentale" in capo alle amministrazioni procedenti rechi con sé il rischio di un aggravio procedimentale sproporzionato e, dunque, in contrasto con il principio, anch'esso di rango costituzionale, del c.d. "buon andamento" *ex* art. 97

---

[205] In generale, per ogni approfondimento sul tema, si vd., quantomeno, F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, I, pagg. 49 ss.; S. RICCI, *La "buona amministrazione": ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, Torino, Giappichelli, 2005; V. RAPELLI, *Il diritto ad una buona amministrazione comunitaria*, Torino, Giappichelli, 2004; A. ZITO, *Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2002, II-III, pagg. 425 ss. Più specificamente, sull'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, si rimanda a R. BIFULCO, *Art. 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti: commentario della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2001, pagg. 284 ss.

[206] Salvo, ovviamente, il dimostrare (poi) il carattere *contra jus* del provvedimento amministrativo al contempo lesivo della propria sfera giuridica.

Cost., nei suoi vari corollari rappresentati dall'"efficienza", "efficacia" ed "economicità" dell'azione amministrativa[207].

In particolare, si è consapevoli che un ambito di (possibile) critica all'accennato "onere preclusivo" potrebbe essere mosso opponendo la regola di cui all'art. 1, comma 2, della l. 241/1990[208], nella parte in cui si prescrive un "divieto di aggravio istruttorio", come contro-bilanciamento nei confronti dei fattori di "garanzia" procedimentale, in favore delle esigenze proprie di un'"amministrazione di risultato"[209] attenta anche ai versanti della *performance* e dell'efficienza[210].

---

[207] Contraria appare, in particolare, C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, op. cit., pag. 316. L'Autrice, infatti, manifesta la Sua contrarietà alla creazione di un "onere di preclusione procedimentale" in capo alla P.A., poiché, sempre a Suo avviso, «[n]*on vi è infatti alcuna ragione per imporre all'amministrazione di addurre, a fondamento di un suo provvedimento, ragioni che presuppongono lo svolgimento di un'istruttoria approfondita allorché il suo contenuto si imponga per ragioni che non richiedono alcun approfondimento istruttorio*».

[208] Laddove, come noto, si dispone che «[l]*a pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria*». In dottrina, cfr. F. SAITTA, *Interrogativi sul c.d. divieto di aggravamento: Il difficile obiettivo di un'azione amministrativa "economica" tra libertà e ragionevole proporzionalità dell'istruttoria*, in Dir. e soc., 2001, IV, pagg. 491 ss.

[209] Per "amministrazione di risultato" s'intende un nuovo modello gestionale e organizzativo della pubblica amministrazione che non sia solo attento all'applicazione della legge ma, sempre nel rispetto del principio di legalità e del principio di imparzialità, sia anche "*perfomance-oriented*", ossia indirizzata verso il risultato e gli obiettivi che le sono assegnati in adesione al principio costituzionale del "buon andamento", ossia con il migliore uso possibile dei mezzi disponibili (efficienza) e con il grado maggiore di soddisfazione della domanda della società (efficacia). Si segnalano, in dottrina, gli scritti di M. GIOIOSA, *Amministrazione di risultato e tutela giurisdizionale*, Napoli, Jovene, 2012; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, 2005, pagg. 555 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003; L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in Dir. proc. amm., 2005, I, pagg. 1 ss.; ID., *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in Dir. proc. amm., 1998, II, pagg. 299 ss.

[210] Tale critica era già presente, quando ancora non v'era nemmeno la l. 241/1990, nello scritto di G. PALEOLOGO, *Tempo logico dei provvedimenti successivi alle sentenze del giudice amministrativo favorevoli al ricorrente*, in AA.VV., *Il processo amministrativo. Scritti in onore di Giovanni Miele*, op. cit., pag. 400, nella parte in cui l'Autore, per giustificare il proprio assunto tale per cui «[l]'*Amministrazione potrà quindi provvedere di nuovo negativamente, per una ragione che non appariva nell'atto annullato*», ragionava *per absurdum* riflettendo sulle conseguenze che deriverebbero dal creare un onere di completo accertamento istruttorio di tutti i fatti costitutivi dell'esercizio del potere. E a tal riguardo, appunto, Egli (pag. 400, nt. 5) sosteneva che «[…] *l'Amministrazione sarebbe costretta a compiere una serie anche lunga di difficili valutazioni, subordinandole l'una all'altra in previsione della disapprovazione giurisdizionale di quelle precedenti, al fine di non precludersi la possibilità di provvedere in senso sfavorevole all'interessato in un dato argomento.* […] *Affidamento dell'amministrato e serietà del giudizio*

Sennonché, senza voler addentrarsi in un dibattito che involga il bilanciamento tra i diversi "principi" (in apparente conflitto) sull'agire amministrativo e che potrebbe — in conclusione — trovare diverse soluzioni di compromesso a seconda delle preferenze di politica-amministrativa dell'interprete, si vuole qui esporre unicamente un ragionamento che, sempre nell'ottica del calcolo di "efficienza"[211], individui la scelta interpretativa preferibile sulla base di un "*trade-off*" tra opzioni basato sul calcolo costi-benefici.

Infatti, si vuole mostrare come, ad uno sguardo più attento, non sia corretto l'assunto che legge il *surplus* istruttorio implicato dalla costruzione di un "onere di preclusione procedimentale" (anche nelle forme dell'art. 10-*bis*, l. 241/1990) come un ostacolo "sproporzionato" rispetto alle moderne esigenze di provvedere tempestivamente e nel modo più efficiente *bypassando* tutti gli "stalli" procedimentali non necessari e oltremodo gravosi in capo alla P.A. agente.

Ed invero, il modello "potere amministrativo – processo amministrativo – potere amministrativo" che — secondo logiche a priori ed astratte — potrebbe ritenersi il più conforme ai canoni di un'"amministrazione di risultato", ad

---

confliggono nella specie con esigenza di rapidità dell'azione amministrativa, e con l'interesse pubblico a che l'Amministrazione possa applicare la legge sia pure in ritardo, piuttosto che vedersene impedita (non si sa, poi, se definitivamente, o per un dato periodo), a causa d'una propria iniziale trascuratezza». *Contra*, M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, op. cit., pag. 196, il quale, diversamente, ritiene che «[…] *in base alla concezione tradizionale dei rapporti tra procedimento e processo amministrativo, l'azione amministrativa* […] *finisce assai spesso per dar origine ad una prima fase procedimentale che si conclude con l'emanazione dell'atto, ad una fase contenziosa che porta all'annullamento dell'atto e ad una seconda fase procedimentale tesa alla riemanazione dell'atto sulla base di presupposti diversi rispetto a quelli ritenuti illegittimi. E non vi è nessuna certezza che la stessa sequenza non possa ripetersi. È agevole pertanto osservare come, complessivamente, 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 successive fasi. Nella concezione che si ritiene preferibile la maggior pesantezza della prima fase procedimentale è controbilanciata dalla minor probabilità di un contenzioso successivo*».

[211] Come, peraltro, è tipico dell'approccio metodologico dei più recenti studi attenti anche ai profili dell'analisi economica del diritto. Per un approfondimento di tale approccio, applicato anche al diritto pubblico, cfr., quantomeno, G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, Il mulino, 2014; G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, Il mulino, 2009; AA.VV., *Annuario. Analisi economica e diritto amministrativo (2006). Atti del Convegno annuale (Venezia, 28-29 settembre 2006)*, Milano, Giuffrè, 2007.

un'analisi più completa ed attenta all'intero "ciclo di vita" di un dato provvedimento amministrativo presenta invece una serie di gravi inconvenienti.

Più esattamente, questo modello riassume l'idea di un provvedere da parte della P.A. senza necessità (a pena di preclusione) di giustificare l'esercizio dell'azione amministrativa sulla base di tutti i compresenti fatti costitutivi di quel dato potere, essendo sufficiente la mera allegazione di un solo fatto costitutivo che sorregga, in motivazione, la decisione concreta. Sviluppando però questo modello aldilà del solo (e "primo") momento procedimentale si scopre, in realtà, come in tutti quei casi in cui il provvedimento emanato sia (poi) trasposto in sede giurisdizionale a mezzo di un'impugnazione, emerga l'inefficienza poiché sarà necessario un nuovo procedimento amministrativo (giustificato, questa "seconda volta", sulla base di differenti fatti costitutivi) dopo la "parentesi" processuale per provvedere nuovamente, con il rischio di nuove (e continue) impugnative in sede giurisdizionale.

Viceversa, il differente modello "potere amministrativo – processo amministrativo con «giudicato stabilizzante»", seppur nella fase del "primo" esercizio di potere richieda un aggravio istruttorio maggiore (visto lo "stimolo" di completezza istruttoria recato dall'"onere di preclusione procedimentale"), tuttavia, comporterà un immediato esaurimento della funzione amministrativa grazie ad una giustificazione completa del provvedimento emanato sulla base di tutte le ragioni che possono sorreggere quella determinata decisione[212].

Proiettando questo schema aldilà del solo segmento procedimentale, è agevole comprendere che, a differenza del diverso modello appena esaminato, in caso di contestazione processuale la vicenda sarà conclusa all'esito del processo in via definitiva, in favore del ricorrente o della P.A. resistente, grazie ad un «giudicato amministrativo» che lasci spazio unicamente (semmai) ad una fase di

[212] O che potrebbero "astrattamente" sorreggerla ma che, ormai, risultano precluse per l'operatività dell'onere procedimentale anzidetto che "sbarra" la via a tutti i fatti costitutivi del potere "deducibili" in esito al procedimento.

esecuzione della sentenza e non a nuove ed incerte ri-edizioni del medesimo potere amministrativo sostanziale.

Risulta evidente la compensazione vantaggiosa tra l'iniziale "aggravio" istruttorio ed il successivo "risparmio" di energie amministrative *post*-giudizio oltre al collaterale acquisto d'incrementi sotto i profili della "certezza del diritto" e dell'*accountability* degli organi amministrativi[213].

Le esigenze della "stabilità" del rapporto amministrativo e (conseguentemente) della capacità "stabilizzante" del «giudicato amministrativo», che qui si è cercato di canalizzare nella (prima) sede procedimentale grazie ad un ragionamento che dilati l'attenzione verso il più ampio segmento "procedimento - processo", non sono comunque ignorate dalla giurisprudenza più recente, la quale si è posta il problema[214] di come evitare una riproposizione "seriale" e, tendenzialmente, "infinita" dei processi amministrativi per effetto dei continui ri-esercizi "frazionati" dei poteri amministrativi *post*-giudicato.

Eppure, la soluzione che la giurisprudenza (oggi) maggioritaria sembra accogliere è quella di consentire all'amministrazione resistente un c.d. "*second-shot*" di potere amministrativo[215], ossia la possibilità di un ri-esercizio del potere negli

---

[213] Ciò pare esser riconosciuto anche da C. CONSOLO, *Per un giudicato pieno e paritario a prezzo di un procedimento amministrativo all'insegna del principio di preclusione*, op. cit., pagg. 186-187, quando, analizzando la proposta ricostruttiva esposta dal CLARICH in *Giudicato e potere amministrativo* cit., l'Autore afferma che «[n]*on ha però torto C.* […] *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. Per tacere poi della minore (o talora infima) trasparenza ed imparzialità che ne ritrae spesso il processo di concretamento della funzione provvedimentale, come dimostra emblematicamente, per fare solo l'esempio più nitido, il caso delle sopravvenienze regolamentari urbanistiche*».

[214] Peraltro, quanto mai attuale visti gli *inputs* scaricati dalla più recente giurisprudenza di legittimità in ordine ai "valori" funzionali del processo come canoni ermeneutici di guida per l'interprete. Si riprenda, ancora, il breve approfondimento di apertura inserito all'interno del par. 4.1. del presente Capitolo.

[215] L'orientamento è stato inaugurato già alcuni anni addietro da Cons. St., sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134, in Foro it., 1999, III, pagg. 166 ss., che introdusse l'idea per cui «[…] *si deve far carico dell'esigenza 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 consentisse 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. A fronte di tale esigenza di effettività della tutela giurisdizionale, il punto di equilibrio tra il diritto del*

cittadino alla rapida definizione dell'affare dopo un giudicato d'accoglimento e la giustificata aspettativa del potere pubblico, di esercitare la propria discrezionalità anche sugli aspetti del rapporto controverso prima non esaminati va determinato come segue. Quando, dopo un annullamento giurisdizionale, l'autorità amministrativa debba riesaminare la vicenda, essa è tenuta a far ciò con un'attenzione tutta particolare. Non deve apparire negativamente prevenuta nei confronti dei privati che hanno dovuto rivolgersi al giudice; e dunque non deve esporli alla prospettiva di una pluralità d'altri giudizi ulteriori. 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». Cfr., inoltre, Cons. St., sez. VI, 3 dicembre 2004, n. 7858, in Foro amm. C.d.s., 2004, XII, pagg. 3601 ss.: «[n]*el caso specifico, dopo il primo giudicato favorevole all'odierno ricorrente, l'amministrazione ha già una volta dato esecuzione (ritenuto poi illegittima) a tale giudicato, e in quella sede aveva il dovere di esaminare l'affare nella sua interezza. Nella sede odierna, in cui si disputa della seconda esecuzione dell'originario giudicato, l'amministrazione non può esaminare questioni nuove, quale è quella del mancato superamento del periodo di prova, non toccate in sede di prima esecuzione del giudicato*». In merito alla sentenza *de qua*, cfr. l'annotazione di A. TRAVI, in Foro it., 1999, III, pagg. 166 ss. Ancora, recentemente, T.a.r. Liguria-Genova, sez. II, 5 giugno 2015, n. 541, in Foro amm., 2015, VI, pagg. 1757 ss., ove si riprende la medesima impostazione affermando che «[…] *secondo una giurisprudenza che il collegio condivide, il principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale amministrativa di cui all'art. 1 c.p.a. esige che "dopo il passaggio in giudicato di una sentenza nei confronti della P.A., occorre che la controversia fra l'amministrazione e l'amministrato trovi ad un certo punto una soluzione definitiva, e dunque occorre impedire che l'amministrazione proceda più volte all'emanazione di nuovi atti, in tutto conformi alle statuizioni del giudicato, ma egualmente sfavorevoli all'originario ricorrente, in quanto fondati su aspetti sempre nuovi del rapporto, non toccati dal giudicato. A tal fine è necessario affermare il principio secondo cui all'amministrazione — dopo un giudicato di annullamento da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo — ha l'obbligo di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, l'insieme delle questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati. Tale regola può soffrire di una limitata eccezione unicamente in relazione a rilevanti fatti sopravvenuti o che non sono stati esaminati in precedenza per motivi indipendenti dalla volontà dell'amministrazione ovvero su una nuova normativa" (cfr. Cons. di St., IV, 4.3.2014, n. 1018, che ha in tal modo temperato la teoria così detta del "one shot", ammessa in altri ordinamenti)*». In dottrina, G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, op. cit., pag. 522, nt. 140, giudica non sufficienti le conclusioni raggiunte dalla sentenza Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 2014, n. 4987, in Foro amm., 2014, X, pagg. 2532 ss. — analoghe a quelle qui sopra riportate — perché «[…] *in contrasto con la teoria del c.d. "one shot"*». Da ultimo, Cons. St., sez. VI, 11 gennaio 2016, n. 53, in Foro amm., 2016, I, pagg. 57 ss., nella parte in cui rileva come «[…] *occorre impedire che l'amministrazione possa procedere più volte all'emanazione di nuovi atti, se del caso conformi alle statuizioni del giudicato, ma parimenti sfavorevoli al ricorrente, in quanto fondati su aspetti sempre nuovi del rapporto, non toccati dal giudicato. Il punto di equilibrio va determinato imponendo all'amministrazione — dopo un giudicato di annullamento da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo — di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, tutte le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati (in tal senso: Cons. Stato, VI, 3 dicembre 2004, n. 7858)*». Proseguendo, poi, con l'interessante argomentazione tale per cui «[s]*i tratta di una conclusione che si pone in linea con i consolidati orientamenti del Consiglio di Stato, secondo cui — per la combinazione dei principi di garanzia e di efficienza amministrativa e perché sia effettiva la portata obbligante del giudicato — è necessario che la controversia fra l'amministrazione e l'amministrato presto raggiunga, senza irragionevoli dilazioni o reiterazioni, la soluzione definitiva. Occorre dunque impedire — come si è già osservato — che l'amministrazione possa procedere più volte all'emanazione di nuovi analoghi atti, se del*

spazi lasciati liberi dal primo giudicato spesso "incompleto" e, dunque, con «limiti oggettivi» contratti rispetto al più ampio rapporto amministrativo sostanziale. Tuttavia, onde evitare per l'appunto un'infinita "rincorsa" tra spendita del potere e replica processuale da parte del ricorrente, il secondo "*shot*" di potere deve essere completo ed esaustivo, ossia esauriente — a pena di successiva preclusione — ogni spazio di residua discrezionalità e/o fondato su tutti i rimanenti fatti costitutivi del potere non coperti dal giudicato.

Tale soluzione rappresenta, forse, una scelta di compromesso "pretorio" fra esigenze di continuità dell'azione amministrativa, da un lato, ed esigenze di "funzionalità", effettività e satisfattività del processo[216], dall'altro, che non convince pienamente, quantomeno per l'assenza di basi positive a sostegno di un'opzione interpretativa di tal fatta la quale risulta di pura creazione giurisprudenziale[217].

---

caso formalmente conformi alle statuizioni del giudicato, ma in pratica parimenti sfavorevoli al ricorrente vincitore (in quanto — ad esempio — fondati su aspetti nuovi del rapporto, non toccati dal giudicato)».

[216] Sottolinea l'esigenza (invero difficile) del bilanciamento tra le opposte esigenze sopra segnalate A. RUSSO, *La frontiera dell'ottemperanza verso una vera effettività della tutela giurisdizionale*, in Urb. app., 1999, XI, pag. 1231: «[…] *spesso diventa particolarmente complesso trovare un bilanciamento tra l'esigenza di dare tutela concreta ed effettiva al ricorrente risultato vittorioso nel giudizio ed il pur sempre persistente potere dell'Amministrazione di procedere dopo la pronuncia definitiva e di perseguire anche dopo di essa la cura dell'interesse pubblico affidatole*». Sembra assumere un atteggiamento di compromesso anche Cons. St., Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2, in Foro amm. C.d.s., 2013, I, pagg. 68 ss., quando, dopo aver premesso che «[…] *il problema portato all'attenzione di questo consesso risiede nella individuazione di un equilibrato assetto tra giudicato e riedizione del potere amministrativo, assetto che peraltro non può che essere delineato sul piano dei principi, poiché il concreto atteggiarsi del singolo giudicato nei confronti del sopravvenuto esercizio della funzione amministrativa non può che essere rimesso all'analisi della vicenda specifica*», giunge in un *obiter* (poiché il problema principale posto all'attenzione del Supremo Consesso era quello del rapporto tra azione di ottemperanza e — nuova — azione di cognizione) a sostenere che «[è] *ben consapevole l'adunanza delle tesi da tempo avanzate che, facendo leva sul principio di effettività della giustizia amministrativa, prospettano la necessità di pervenire all'affermazione del divieto di ogni riedizione del potere a seguito di un giudicato sfavorevole, ma non ritiene di poter aderire a tale indirizzo che appare contrastante con la salvezza della sfera di autonomia e di responsabilità dell'amministrazione e non imposto dalle pur rilevanti pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, come attestato dalla disciplina della materia in Paesi dell'Unione europea a noi più vicini (si pensi alla Francia ed alla Germania) nei confronti dei quali possiamo vantare un sistema di esecuzione del giudicato amministrativo — l'ottemperanza appunto — sicuramente più avanzato*».

[217] Manifesta aperta contrarietà nei confronti dell'orientamento in questione, che apre la via ad un c.d. "*second-shot*" di potere amministrativo "consumabile" *post*-giudizio, E. LUBRANO, *Le azioni a tutela degli interessi pretensivi nel nuovo processo amministrativo*, op. cit., pag. 155, nella parte in cui si dichiara che «[t]*ale soluzione — seppure aveva il pregio di configurare un obbligo per*

Non si comprende, infatti, perché, se l'obiettivo finale sia quello dell'esaurimento delle "alternative amministrative" e della discrezionalità onde evitare la patologia dell'assenza di definitività del risultato processuale, si consenta (poi) all'amministrazione un "*second-shot*"[218] di potere con necessità eventualmente di un nuovo giudizio che faccia seguito a tale ri-edizione[219].

---

l'Amministrazione di chiudere la questione almeno nell'emanazione del secondo provvedimento (quello in sede di riedizione del potere, successivamente ad una sentenza di annullamento del precedente provvedimento) — non risultava, però, rispondente agli attuali principi-obiettivo sanciti dagli artt. 1 e 2 del Codice, in quanto postulava una ingiustificata situazione di vantaggio in favore dell'Amministrazione (autorizzandola comunque al riesercizio del potere, seppure una sola volta, anche dopo l'annullamento del provvedimento in sede giurisdizionale) nei confronti del privato (costretto ad una ulteriore impugnazione del secondo provvedimento negativo, con relativa spendita di risorse di tempo e finanziarie), nonché con relativo aggravio della "macchina" della Giustizia Amministrativa (richiamata a giudicare in ordine a questioni relative ad un rapporto, che avrebbe dovuto essere definito integralmente in sede amministrativa con l'emanazione del provvedimento e, in sede giurisdizionale, con l'emanazione della sentenza)».

[218] A. RUSSO, *La frontiera dell'ottemperanza verso una vera effettività della tutela giurisdizionale*, op. cit., pag. 1235, in proposito, richiamando la metafora dell'arco con le frecce ideata da M. CLARICH (vd. nt. 183 del presente Capitolo) già alcuni anni addietro, mostra che, secondo l'orientamento del c.d. "*second-shot*", «[s]*arebbero due le frecce di cui disporrebbe l'Amministrazione: solo quando è stata utilizzata anche la seconda scatterebbe la preclusione connessa all'onere procedimentale di acclarare tutti i fatti costitutivi del potere già esistenti al momento del suo esercizio e dei quali la medesima Amministrazione abbia avuto conoscenza effettiva ovvero di cui avrebbe potuto acquistare conoscenza utilizzando i mezzi istruttori di cui dispone*». Ciò premesso anche tale Autore non sembra pienamente convinto di tale soluzione di compromesso giurisprudenziale, poiché, a Suo avviso, «[…] *non si comprende la ragione per cui in capo al ricorrente sia posto l'obbligo di far valere al momento del ricorso tutti i profili di illegittimità dell'atto impugnato, ed a ciò non corrisponda invece l'onere procedimentale dell'Amministrazione di acclarare fin da principio tutti i fatti costitutivi del potere, anziché introdurre analoga preclusione sul piano procedimentale solo dopo l'intervento di una prima pronuncia definitiva di annullamento*». Di recente, critica l'orientamento giurisprudenziale in questione anche B. CIFERNI, *La "discrezionalità esaurita" ed il suo accertamento nel processo amministrativo: considerazioni e spunti ricostruttivi alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in Giustamm.it, 2016, par. 2, affermando che «[…] *tale soluzione assicura alla p.a. un'evidente (e forse ingiustificata) situazione di vantaggio rispetto al privato, autorizzando la stessa, seppur per una sola volta, al riesercizio del potere sulla base di fatti non addotti in precedenza. Ora, poiché tale ultima circostanza, ossia il non avere esaminato il "problema" amministrativo nella sua interezza, segnala un evidente caso di "maladmistration", ovvero di amministrazione non efficiente, è evidente come la soluzione offerta dalla giurisprudenza finisca per tollerare per un arco temporale più o meno lungo un modus agendi che risulta nel contempo illegittimo ed inefficiente. Detto in altri termini l'esaurimento della discrezionalità interverrebbe solo dopo il protrarsi, nel rapporto tra pubblica amministrazione e privato, di una situazione asimmetrica a tutto vantaggio della parte pubblica. Ma ciò non è tutto. L'orientamento citato mostra di valorizzare un concetto di "esaurimento della discrezionalità", che, più che valere in concreto, si configura piuttosto come "strumento sanzionatorio" nei confronti dell'amministrazione. La giurisprudenza sembra, insomma, aver voluto introdurre una sorta di "termine prescrizionale" da imporre alla riedizione del potere amministrativo, più che accertare in giudizio la reale assenza di alternative per la p.a. e dunque l'esaurimento della discrezionalità in concreto*».

[219] Ritiene, invece, C. CONSOLO, *Per un giudicato pieno e paritario a prezzo di un procedimento amministrativo all'insegna del principio di preclusione*, op. cit., pag. 191, che «[l]*'azione amministrativa, oggi,*

Parrebbe, forse, dogmaticamente più corretto, sempre che si persegua l'idea della necessità di costruire un giudicato "stabilizzato" ed un agire amministrativo "esauriente", aderire allora ad un'idea più forte di "*one-shot*" amministrativo[220], ossia quella tesi proposta *supra* volta ad identificare un "onere

---

da noi, verosimilmente ha ancora (o meglio, sempre più) bisogno del processo al fine di rimodulare la sua originaria impronta, raramente impeccabile: precludere alla p.a. la possibilità di giovarsi proprio degli svolgimenti processuali (almeno di quelli del primo processo) al fine di rimeditare fattivamente, e non solo retrospettivamente, l'assetto impresso al rapporto dal suo provvedimento significherebbe privarla di uno strumento orientatore importante e del frutto del contraddittorio e del vaglio giudiziale».

[220] Così, in letteratura, F. PATRONI GRIFFI, *Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*, op. cit., pagg. 9-10, ove l'Autore, convinto della necessità di rafforzare le sinergie tra procedimento e processo, ritiene che «[…] *la soluzione va cercata nel costringere l'amministrazione, nella fase del procedimento, a una disamina completa dell'istanza del privato, sì da esaurire one shot i margini di valutazione discrezionale e consentire una disamina completa della questione in sede giurisdizionale. Sotto questo profilo è interessante la tesi di chi suggerisce di valorizzare il disposto dell'art. 10bis l.241/90, sul preavviso di rigetto, per imporre alla pubblica amministrazione di esaminare funditus l'istanza del privato; se non lo fa, la questione è portata tutta davanti al giudice: il privato potrà chiedere il provvedimento e la pubblica amministrazione potrà opporre alla richiesta anche i motivi non esposti nel diniego o nel preavviso di rigetto. In altri termini, l'azione di condanna all'emanazione del provvedimento diventa una sorta di braccio armato della disposizione di cui all'art. 10bis e — per dirla con una dottrina — "si impone all'amministrazione di consumare la sua discrezionalità rispetto al caso concreto"*». Sposa la medesima ricostruzione, anche, E. LUBRANO, *Le azioni a tutela degli interessi pretensivi nel nuovo processo amministrativo*, op. cit., pagg. 161-162, nella parte in cui si aderisce all'idea tale per cui «[…] *al fine di perseguire i principi-guida posti a base del Codice, ovvero garantire una tutela piena ed effettiva del privato nei confronti dell'Amministrazione (art. 1 CPA), nonché l'applicazione dei principi di parità delle parti, di concentrazione e di ragionevole durata del giudizio (art. 2 CPA) — deve assumersi come principio generale il fatto che l'emanazione di un provvedimento amministrativo concreti, di per sé, l'avvenuto esaurimento di ogni profilo relativo all'esplicazione del potere autoritativo e della relativa discrezionalità (amministrativa e/o tecnica) in esso contenuta, secondo il principio del c.d. "one shot". In base a tale principio, l'Amministrazione deve esaurire la propria discrezionalità nel procedimento relativo all'emanazione del provvedimento, comunicando subito tutti gli eventuali motivi ostativi al rilascio del provvedimento favorevole, prima ai sensi dell'art. 10 bis della legge n. 241/1990 (ragioni del preavviso di rigetto) e poi ai sensi dell'art. 3 della stessa legge (motivazione del provvedimento finale), senza che possano essere ammesse "code" di riesercizio del potere*». Per una definizione della teoria del c.d. "*one shot only*", si vd. P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del Codice del processo amministrativo)*, op. cit., pag. 425, nt. 50: «[…] *nota tesi, così detta, in gergo, del "one shot only" per l'amministrazione, secondo cui l'amministrazione, una volta pronunciatasi sull'affare con il suo provvedimento, in caso di impugnazione verrebbe immediatamente spogliata della funzione, assegnata da subito al giudice, chiamato a riprovvedere direttamente sull'affare, senza alcun remand all'amministrazione (ritenuta, in quanto parte in causa, non più imparziale e inadatta a pronunciarsi nuovamente sull'affare dedotto*». Avendo postulato questa definizione, l'Autore, comunque, non sembra convinto della soluzione in questione, giacché ritiene che abbia «[…] *il lieve difetto di rendere il GA un duplicato autoreferenziale dell'amministrazione: la funzione pubblica non sarà più svolta dall'amministrazione, nel parametro dell'art. 97 Cost., ma — su semplice reclamo — dal Giudice amministrativo, dagli avvocato e dai loro consulenti tecnici*». *Contra*, in giurisprudenza, T.a.r. Sardegna-Cagliari, sez. I, 18 giugno 2015, n. 880, in Foro amm., 2015, VI, pagg. 1812 ss., ove *clariter* si sostiene che «[n]*ell'ordinamento italiano* […] *non trova riconoscimento la teoria c.d. del "one shot" (ammessa in altri ordinamenti), secondo cui l'Amministrazione può pronunciarsi negativamente una sola volta, facendo in*

di preclusione procedimentale" già "in prima battuta" in capo all'amministrazione procedente come mezzo per poter (eventualmente) concludere l'intera vicenda in un successivo giudizio amministrativo conforme ai "valori" dell'effettività, definitività e stabilità.

Infatti, appare preferibile tale soluzione interpretativa in quanto vi sono principi e regole procedimentali che possono meglio giustificare questo modello che non un "compromissorio" agire "in seconda battuta" ("*second-shot*") che, altro non sembra, che non una seconda *chance* concessa in favore dell'amministrazione come privilegio per rimediare alle incompletezze della prima fase procedimentale[221], senza però chiarire adeguatamente la base giuridica[222] che

---

detta occasione emergere tutte le possibili motivazioni che si oppongono all'accoglimento della istanza del privato. Nel sistema italiano, invece, il principio è stato "temperato" accordandosi all'Amministrazione due chances: si è infatti costantemente affermato che l'annullamento di un provvedimento amministrativo a carattere discrezionale che abbia negato la soddisfazione di un interesse legittimo pretensivo non determina la sicura soddisfazione del bene della vita, ma obbliga semplicemente l'amministrazione a rinnovare il procedimento tenendo conto della portata conformativa della sentenza»; nonché Cons. St., sez. III, 23 giugno 2014, n. 3187, in Foro amm., 2014, VI, pagg. 1688 ss., ove, analogamente, si ribadisce che «[…] *nell'ordinamento italiano non trova riconoscimento la teoria c.d. del "one-shot" (una sola chance) viceversa ammessa in altri ordinamenti, principio che nel sistema italiano è stato temperato accordandosi all'amministrazione due "chances", con l'effetto che l'annullamento di un provvedimento amministrativo a carattere discrezionale, che abbia negato la soddisfazione di un interesse legittimo pretensivo, non determina la sicura soddisfazione del bene della vita ambito, obbligando semplicemente l'amministrazione a rinnovare il procedimento tenendo conto della portata conformativa della sentenza, potendo essa, quantomeno in sede di prima riedizione del potere e per una sola volta, evidenziare ulteriori elementi preclusivi, "facendo in detta occasione emergere tutte le possibili motivazioni che si oppongono all'accoglimento dell'istanza del privato" (così, da ultimo, Cons. Stato, IV, 4 marzo 2014, n. 1018)*».

[221] Cfr., anche, F. SAITTA, *Ancora sulla condanna dell'amministrazione ad adottare il provvedimento richiesto dal ricorrente: un'azione di adempimento che c'è, ma non si vede?*, in Giur. it., 2012, XII, pag. 2679, nella parte in cui l'Autore s'interroga se «[…] *non sia giunto il momento di spingersi oltre, affermando una volta per tutte che non v'è ragione per dare alla pubblica amministrazione che abbia sbagliato bersaglio una seconda cartuccia da sparare. Se non si fa altro che parlare di un processo che non ha più ad oggetto l'atto, bensì il rapporto, perché ci si deve accontentare del fatto che l'amministrazione non può più disporre, come in passato, di una sorta di riserva infinita di ragioni ostative? Se si vuole che l'azione di adempimento diventi davvero il "braccio armato" del preavviso di rigetto, è necessario dismettere una volta per tutte l'idea che, concluso il procedimento amministrativo e financo il processo di legittimità, il potere amministrativo si rieffonda; idea che giustamente è apparsa legata ad una concezione del processo che volge ormai al tramonto*».

[222] Infatti, L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al facere*, op. cit., pag. 622, osserva che le soluzioni adottate dalla giurisprudenza commentata in corpo non paiono convincenti dal punto di vista giuridico, poiché seppur sono «[…] *mosse dal lodevole intento di abbandonare "ogni lettura formalistica che obbligasse il ricorrente vincitore ad instaurare sempre nuovi giudizi di cognizione per ottenere l'annullamento dei nuovi atti adottati dall'amministrazione", lettura che "ripugnerebbe" al principio di effettività della tutela, sono prive di fondamento teorico*».

consenta di fondare un onere preclusivo unicamente in "seconda battuta" (e non, allora, seguendo sempre tale logica, un "*third-shot*"[223], e così via).

Se proprio non dovesse convincere l'idea della costruzione di un "onere di preclusione procedimentale" che consenta l'esercizio di potere amministrativo unicamente "*one-shot*", in funzione della costruzione di un giudicato amministrativo "a spettanza stabilizzata", allora parrebbe comunque un'alternativa preferibile quella di elaborare una regola più "morbida", ma che — comunque — esaurisca il (residuo) "*second-shot*" all'interno della sede processuale facendo leva sulla fase istruttoria *ivi* presente e non, come vorrebbe la giurisprudenza citata, sulla "riserva" di ri-esercizio consumabile (seppur integralmente) *post-iudicium* (ossia, negli spazi non coperti dai «limiti oggettivi» del «giudicato amministrativo»).

Analogamente, A. TRAVI, *L'esecuzione della sentenza*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, V, Milano, Giuffrè, 2000, pag. 4643-4644, rileva il carattere "compromissorio" delle posizioni anzidette, giustificate unicamente da «[…] *considerazioni pratiche di ordine equitativo*» più che il «[…] *risultato di una considerazione organica dell'istituto in esame*».

[223] Ed il problema, infatti, si è posto in giurisprudenza, nei casi in cui l'eventuale "secondo" giudicato d'annullamento non intervenga intorno a vizi afferenti alla "pretesa", bensì unicamente sulla base di vizi procedurali realizzati nella seconda ri-effusione di potere amministrativo. Cfr., per tutti, Cons. St., sez. IV, 29 gennaio 2015, n. 439, nella parte in cui si pone il seguente quesito: «[…] *il principio per cui l'Amministrazione a seguito di un giudicato annullatorio può riesaminare la questione, ma ove ciò faccia deve riesaminarla per intero, e, ove quest'ultima sia attinta da un giudicato annullatorio, l'Amministrazione non può nuovamente fare emergere elementi contrastanti la pretesa del privato, né provvedere negativamente, ha portata assoluta? O si riferisce al caso in cui il "secondo annullamento" attenga al merito della pretesa, (e non anche a vizii procedimentali che inducono a sostenere che il quomodo di adozione dell'azione sia viziato, ma non anche a dichiarare infondate le nuove motivazioni che ledono l'aspettativa del privato)?* […] *La questione, come è agevole intuire, è molto delicata. L'esigenza di garantire il principio di rieffusività del potere amministrativo (che è corollario della tendenziale inesauribilità del medesimo) e quella (in teoria con la prima confliggente) di assicurare che le liti abbiano un termine garantendo il rispetto del giudicato giurisdizionale sono state alla base della empirica teoria, elaborata dalla avveduta giurisprudenza amministrativa, che impone l'esame integrale della controversia successivamente ad un primo annullamento giurisdizionale. Il potenziale conflitto le due rilevanti esigenze sopramenzionate si ripropone, aggravato, nel caso di specie. Invero nella presente fattispecie, non v'è stato un "secondo e finale esame" giurisdizionale sui profili di merito sottesi alla iniziativa dell'amministrazione confliggente con la posizione del privato: valutando questo unico aspetto, dovrebbe affermarsi che laddove detta iniziativa sia stata vulnerata in sede giurisdizionale per motivi meramente procedimentali ed afferenti al quomodo di adozione della iniziativa amministrativa, permarrebbe integro il potere dell'Amministrazione di pronunciarsi nuovamente sull'affare*».

4.3.3. (segue): La valorizzazione delle eccezioni e degli strumenti dell'istruttoria processuale come (ulteriore) via per l'esaurimento del potere in funzione di un giudicato di "stabilità". Resistenze legate al (superabile) "divieto d'integrazione postuma della motivazione" del provvedimento amministrativo.

Nel paragrafo precedente si è cercato, nel tentativo di costruzione di un giudicato amministrativo a "spettanza stabilizzata", di identificare un "onere di preclusione procedimentale" che stimolasse l'amministrazione agente ad esercitare in chiave completa il proprio potere amministrativo già in occasione della prima fase procedimentale — a pena di preclusione per tutti i fatti costitutivi del potere "deducibili" — onde poter concludere in via definitiva l'intera vicenda in esito al (ovviamente eventuale) successivo giudizio amministrativo.

Tuttavia, qualora si ritenesse preferibile una lettura che valorizzi — come ottimale contro-bilanciamento dell'accennata esigenza di completezza degli accertamenti procedimentali e della (conseguente) motivazione — l'esigenza di evitare aggravi istruttori eccessivi in capo alla P.A., si vuole qui mostrare come vi sia comunque una strada interpretativa alternativa per non rinunciare all'ambizioso e satisfattivo obiettivo di costruzione di un giudicato amministrativo a "spettanza stabilizzata".

Ci si riferisce all'idea di concentrarsi, per riflettere sull'esaurimento della discrezionalità amministrativa "residua" e/o delle varie "alternative" amministrative che sono a disposizione dell'amministrazione agente, sulle potenzialità della fase istruttoria all'interno del (nuovo) processo amministrativo[224].

[224] Importanti studi monografici sull'istruttoria nel processo amministrativo, anche se anteriori al Codice del processo amministrativo, sono rappresentati da L. BERTONAZZI, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, Giuffrè, 2005; G. VIRGA, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991; C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991; L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, Cedam, 1977; F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, op. cit.

Infatti, oggi si è assistito a molti cambiamenti rispetto ad un passato ove il giudice amministrativo accedeva con reticenza al "fatto"[225] e ove la capacità "conoscitiva" della fase istruttoria era fortemente contratta poiché si ergeva lo "schermo" del provvedimento amministrativo come filtro per ogni approfondimento istruttorio di tipo diretto del giudice amministrativo. Quest'ultimo, logicamente, finiva (quasi sempre) per conoscere in via documentale la realtà amministrativa visto che, nell'allora vigente sistema di giustizia amministrativa, le risultanze dell'istruttoria procedimentale svolta dall'amministrazione dominavano sulla successiva (e, per le ragioni anzidette, alquanto debole) istruttoria processuale.

Per una lettura delle disposizioni in tema d'istruttoria inserite all'interno del (recente) Codice del processo amministrativo, cfr. R. BRIANI, *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo. Una lettura alla luce dell'art. 111 della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2013; L. GIANI, *La fase istruttoria*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2013; A. CHIZZINI, L. BERTONAZZI, *L'istruttoria*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, op. cit., pagg. 659 ss.; P. CHIRULLI, *L'istruttoria*, in R. CARANTA (diretto da), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, Zanichelli, 2011, pagg. 521 ss.

[225] Lo ricordava molto bene M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., 1979, pag. 263, quando l'Autorevole dottrina, venendo a rimarcare i limiti maggiori del processo amministrativo d'impugnazione dell'epoca, aveva cura di sottolineare che «[…] *anche quando vi è l'atto e quindi la possibilità di sindacato, l'accesso sindacatore del giudice al comportamento amministrativo e al potere di cui questo è esercizio più o meno corretto non è diretto, ma è "mediato" dall'atto, il quale diventa il principale se non l'esclusivo oggetto del sindacato con tutte le limitazioni* […] *per ciò che riguarda la cognizione del giudice, l'istruttoria, il contenuto ed il valore della pronuncia, etc.*»; affermando poi (pag. 340) in chiave maggiormente assertiva che «[…] *il giudice amministrativo italiano si manifesta restio ad operare un ampio controllo diretto sul giudizio di fatto compiuto dall'amministrazione*». Sulla diffidenza del giudice amministrativo all'accesso "pieno" al "fatto, anche, A. ROMANO-TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, op. cit., pag. 230, il quale finiva per imputarla ad una sorta di «[…] *atteggiamento d'ossequio nei confronti dell'autorità*». Di recente, su questi temi, L. GIANI, *Giudice amministrativo e cognizione del fatto (il pensiero di Antonio Romano)*, in Dir. amm., 2014, III, in part. pag. 538, ove si ricorda che «[…] *nelle sedi processuali* […] *non risulta ancora del tutto superata quella "deferenza" che il giudice amministrativo ha nei confronti dell'accertamento del fatto condotto dall'amministrazione, in concreto ritenuta titolare di quel complesso di conoscenze, di quell'expertise, che induce a non dubitare delle sue operazioni di accertamento del fatto, così sottratte, nella maggior parte dei casi dietro il baluardo dell'apprezzamento dell'interesse e dell'opinabilità del criterio applicato, al sindacato diretto, riproponendo, soprattutto nelle ipotesi di pseudo-discrezionalità, gli schemi propri di una verifica esterna dell'azione dell'amministrazione condotta facendo ricorso ai criteri della logica formale propri del sindacato estrinseco*». Per un approfondimento in generale sull'argomento si rinvia agli studi, seppur datati, di F. LEVI, *Attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967, *passim*.

Tuttavia, attraverso un percorso di sviluppo degli strumenti a disposizione del giudice amministrativo e, soprattutto, grazie all'erosione costante[226] delle logiche proprie di un modello di giudizio amministrativo meramente "impugnatorio" ed incentrato sull'"atto" si è contribuito all'evoluzione — nel senso di un avvicinamento sempre maggiore ai canoni ed agli schemi di una "vera" e "completa" istruttoria processuale simile (per quanto possibile) al diritto processuale civile — delle potenzialità e dell'utilità della fase istruttoria del giudizio amministrativo[227].

Ciò è di grande interesse per lo studio che si sta cercando di sviluppare in quanto, nel passaggio dalle "forme" di tutela processuale "in astratto" alla concreta "vita" processuale dei rimedi azionati dal ricorrente, si è visto[228] come uno tra gli ostacoli principali all'accertamento della fondatezza (o meno) della pretesa del ricorrente — e, dunque, alla produzione finale di un giudicato con le auspicate caratteristiche di completezza e capacità "stabilizzante" — sia rappresentato dai residui (*post* procedimento amministrativo concluso) di discrezionalità in capo all'amministrazione[229].

Se, in tali casi, non dovesse convincere la spiegazione volta ad impedire, per le ragioni viste nel paragrafo precedente, all'amministrazione ogni ulteriore

---

[226] Si è cercato di mostrare, attraverso le analisi svolte all'interno dei Capp. II e III (ma anche, nel par. 4.2. del presente Capitolo) del lavoro, la parabola evolutiva che, complice anche una sempre maggiore sensibilità verso letture costituzionalmente orientate, ha portato al mutamento di mentalità circa il "ruolo" e la finalità da assegnare alla giurisdizione amministrativa, sempre più convintamente inquadrata in senso "soggettivo", più che come mero controllo "oggettivo" di legalità amministrativa.

[227] Fa emergere, con chiarezza, quest'accennata evoluzione del sistema dell'istruttoria del processo amministrativo l'ordinanza del T.a.r. Lombardia-Milano, sez. III, 6 aprile 2011, n. 904, in Dir. e giust. *online*, 2011, 3 maggio 2011, nella parte in cui sottolinea che all'interno del Codice del processo amministrativo «[…] *una formula assai innovativa è quella che consente al giudice di disporre anche l'assunzione di altri mezzi di prova contemplati dal codice civile. Si tratta di una norma di chiusura che vuole assicurare l'accesso al fatto in modo pieno, a conferma di un nuovo paradigma del giudizio incentrato sul rapporto senza il diaframma delle risultanze procedimentali*».

[228] Si rinvia, in proposito, alle osservazioni svolte all'interno del par. 4.2. del presente Capitolo.

[229] Pensando al caso degli interessi legittimi "pretensivi", ad esempio, il "residuo" di discrezionalità rappresenta il maggior ostacolo all'accoglimento dell'azione di adempimento come tecnica di tutela più coerente con il "bisogno di protezione" invocato dal privato ricorrente nella sede giurisdizionale.

"*shot*" di potere amministrativo per effetto della preclusione del "deducibile" procedimentale, allora il quesito diviene il seguente: il giudice amministrativo ha strumenti e/o capacità per poter "provocare" la "maturazione"[230] della vicenda concreta esaurendo ogni residuo spazio di discrezionalità o ogni "alternativa" amministrativa all'interno del giudizio di cognizione nella sede giurisdizionale?[231]

Il quesito, come già anticipato, colloca l'interprete nell'ambito dell'analisi delle potenzialità della fase dell'istruttoria processuale ed, *ivi*, impone anzitutto di riflettere sul delicato problema di evitare che il giudice amministrativo, attraverso l'utilizzo dell'ampio strumentario processuale oggi fornitogli dal Codice, realizzi una "sostituzione" della P.A. per quanto concerne tutti quei "profili valutativi" che possono essere celati dietro alle esigenze dell'accertamento istruttorio.

La soluzione, forse, risiede nella opportuna valorizzazione degli "strumenti" processuali che consentano al giudice amministrativo di "provocare" l'amministrazione resistente a compiere ogni "residua" valutazione utile al fine di far esaurire la restante discrezionalità ed ogni "alternativa" amministrativa onde poter (poi) compiere un giudizio sul *proprium* della "spettanza" della "pretesa" ambita dal ricorrente.

A tal fine potrebbero dimostrarsi utili i mezzi istruttori di tipo "officioso"[232] di cui all'art. 63 c.p.a.[233], quali la «richiesta di documenti» e i

---

[230] Il concetto di "maturità" della questione trae fondamento dal lessico utilizzato dal legislatore tedesco ("*spruchreif*") per descrivere i presupposti per l'accoglimento di un'azione di condanna al *facere* specifico (cfr., infatti, il par. 113, comma 5, del VwGO, laddove prescrive per l'accoglimento dell'azione di adempimento «[…] *wenn die Sache spruchreif ist*»). Vd., sul punto, A. TRAVI, *Verso una convergenza dei modelli di processo amministrativo?*, in G.D. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, op. cit., pag. 16, nt. 23.

[231] Vd., per il metodo d'indagine nella formulazione del quesito, A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 242, laddove l'Autore s'interroga «[…] *se l'attuale struttura processuale limiti la verifica della maturità della causa alla situazione di fatto delineata dalle risultanze procedimentali, ovvero se il g.a. possa provocare tale maturazione, facendo eventualmente esaurire — per così dire — la discrezionalità residua*».

[232] Per un chiarimento sull'esistenza di poteri officiosi del giudice amministrativo, come "temperamento" al "principio dispositivo" in materia istruttoria alla luce del "principio acquisitivo", cfr. N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2012, pag. 272, ove l'Autore spiega che «[n]*el processo amministrativo, coesistono due principi apparentemente di segno opposto, ma che in realtà si integrano vicendevolmente: da un lato, quello dispositivo, che tiene conto del fatto che*

«chiarimenti», da leggersi come meccanismi che permettono di instaurare un dialogo di tipo "dinamico" con l'amministrazione che coinvolga ed intercetti una serie di profili rilevanti dell'azione amministrativa (forse) lasciati "in ombra" lungo l'*iter* della conclusa fase procedimentale, in omaggio a canoni di miglior chiarezza sull'intera vicenda del rapporto amministrativo nell'obiettivo di poter (poi) giudicare sulla "spettanza" invocata.

Tuttavia, aldilà di questi poteri officiosi che, probabilmente, potrebbero contribuire al realizzo di una maggior comprensibilità intorno ad aspetti già in altro modo entrati all'interno del "*thema decidendum*"[234], v'è un altro strumento che si potrebbe tentare di innestare all'interno della fase istruttoria al fine di contribuire sul piano dogmatico alla costruzione di una teoria del "*second-shot*"

---

si tratta di un giudizio ad iniziativa di parte, alla quale essenzialmente spetta poi di curarne l'ulteriore svolgimento dopo la fase propriamente propositiva, e che il giudice amministrativo è tenuto a pronunciarsi sulla base degli atti e documenti prodotti in giudizio a cura delle parti e sui fatti così come rappresentati soprattutto dal ricorrente, nonché, naturalmente, sulla scorta degli elementi di prova acquisiti; dall'altro il principio acquisitivo, connesso ai poteri esercitabili, come si diceva anche d'ufficio, dal giudice». La felice formulazione del concetto di principio dispositivo temperato dal "metodo acquisitivo" si deve a F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, op. cit., (oggi in) ID., *Scritti giuridici*, op. cit., in part. pagg. 257 ss. ove si palesa la *ratio* dell'esigenza di contemperamento tra un modello simil-inquisitorio con il modello dispositivo nel fatto che (pag. 258) «[…] *sul terreno materiale le parti si trovano in una posizione di non equivalenza tale che all'una di esse, e precisamente al privato, è sommamente difficile, per non dire che in talune ipotesi è perfino impossibile, procurarsi la disponibilità del materiale di fatto necessario al processo*». Di qui (pag. 267) la descrizione del "metodo acquisitivo" ambientato nel processo amministrativo: «[…] *sul presupposto che il giudice non può agire fuori del processo, è imposto alle parti l'onere di introdurre i fatti nel processo: sulla quale introduzione si eserciterà poi la funzione acquisitiva del giudice. Anche nel metodo acquisitivo dunque, per ragione di quest'onere, si instaura un rapporto tra parti e giudice, ma, mentre nel metodo dispositivo al potere di introduzione è connesso, in conseguenza della riconosciuta autonomia, un potere-onere della parte di disporre dei fatti introdotti, potere il cui esercizio determina un vincolo nel giudice, nel metodo acquisitivo la parte ha una semplice facoltà di introduzione e il suo esercizio determina perciò soltanto l'esistenza di un presupposto di fatto per l'esercizio del potere-dovere (ufficio) del giudice*».

[233] Art. 63, comma 1, c.p.a. Mezzi di prova: «[f]*ermo restando l'onere della prova a loro carico, il giudice può chiedere alle parti anche d'ufficio chiarimenti o documenti*». Vd., per una spiegazione, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, op. cit., in part. pagg. 265 ss.; nonché A. POLICE, *I mezzi di prova e l'attività istruttoria*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, op. cit., in part. pagg. 455 ss.

[234] Vd., però, la critica che muove D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, pag. 576, alla lettura che riduce le potenzialità del mezzo istruttorio dei "chiarimenti", visto che l'utilizzazione di tale strumento «[…] *è sempre stata limitata dalla convinzione di dover mantenere la relativa richiesta entro i rigorosi limiti costituiti dalla precisazione di circostanze che non fossero dubbie nel provvedimento impugnato, ma che, al più, fossero poi risultate in una certa misura incerte alla luce della contrapposta rappresentazione dei fatti fornita dal ricorrente*».

amministrativo ad "esaurimento processuale"[235]: si fa riferimento alla tecnica del c.d. "*remand*".

Questa pratica, infatti, ha già dimostrato, nella differente sede cautelare[236], di rappresentare un valido strumento per "provocare" la riconsiderazione delle

---

[235] Sul punto è d'importanza fondamentale l'argomentazione seguita da T.a.r. Lombardia-Milano, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, in Foro amm. T.a.r., 2011, V, pagg. 1491 ss.: «[s]*e pure non può dirsi attualmente condivisa dalla comunità giuridica l'opinione secondo cui l'amministrazione esaurirebbe con il primo provvedimento di rigetto la propria discrezionalità (è la tesi autorevolmente proposta da quanti interpretano il preavviso di rigetto ex art. 10 bis l. 241/90 come norma obbligante l'amministrazione ad indicare, in sede di preavviso di rigetto e con il finale diniego, tutti i motivi ostativi), essendo dai più riconosciuta (anche dopo un primo annullamento) la possibilità di emettere un nuovo atto di diniego per motivi diversi da quelli indicati, tuttavia, deve ritenersi vincolata l'attività amministrativa successiva al secondo annullamento sulla medesima istanza pretensiva. Quest'ultimo assunto si riallaccia a quell'orientamento pragmatico e ragionevole della giurisprudenza amministrativa secondo il quale, in tali casi, il punto di equilibrio fra gli opposti interessi va determinato imponendo all'amministrazione (dopo un giudicato da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo) di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione ai profili non ancora esaminati (cfr. Cons. Stato, V, 134/99; Cons. Stato, VI, 7858/04). Le argomentazioni sopra ampiamente svolte sull'evoluzione del processo consentono di applicare il medesimo principio anche nella consimile ipotesi in cui l'amministrazione venga reinvestita della questione a seguito di "remand" (tecnica cautelare che si caratterizza proprio per rimettere in gioco l'assetto di interessi definiti con l'atto gravato, restituendo quindi all'amministrazione l'intero potere decisionale iniziale)*». Vd., inoltre, il "compromesso" per l'esaurimento in sede processuale della residua discrezionalità raggiunto dalla sentenza T.a.r. Puglia-Lecce, sez. I, 27 febbraio 2002, n. 842, in Foro amm. T.a.r., 2002, pagg. 678 ss., la quale ritiene «[…] — *conformemente ad una recente tendenza della giurisprudenza, che ha trovato importanti echi anche in dottrina — che alla pronuncia giurisdizionale (sia pure, come nella specie, di tipo cautelare, purché sufficientemente stabile, per essere stata confermata in appello, ovvero per essere decorso il termine della relativa impugnativa) sopravviva un'altra possibilità di diverso assetto degli interessi sostanziali, ma che detta ulteriore chance rappresenti, tuttavia, l'ultima possibilità concessa all'Amministrazione (si tratta d'una conseguenza della decisione del Giudice, che trasforma definitivamente, grazie al suo intervento, quel che era un giudizio intorno all'atto, in un giudizio intorno al rapporto, id est intorno alla sussistenza ed ai limiti del concreto interesse, che può manifestarsi nelle forme più disparate, del quale si domanda tutela)*». In proposito, in un commento alla pronuncia, G. DE GIORGI CEZZI, *Sulla "inesauribilità" del potere amministrativo*, in Urb. app., 2002, VIII, pag. 964, pone l'accento sul dato centrale che «[i]*l Tribunale amministrativo infatti, come si è già sottolineato, riconduce l'effetto preclusivo all'onere per l'amministrazione di esaminare definitivamente l'"affare" all'esito di una pronuncia interinale (ancorché "sufficientemente stabile", non essendo stata appellata la relativa ordinanza): è così inevitabile che il problema dell'effetto preclusivo finisca per toccare la portata del giudizio cognitorio, invece che quella del giudizio d'ottemperanza o comunque esecutivo, in cui si radicava invece l'indirizzo "mediano" del Consiglio di Stato. Qui viene dunque in gioco la consumazione del potere all'interno del giudizio che tocca il proprium del processo amministrativo e cioè la stabilità o meno del comando proveniente dall'amministrazione che, a sua volta, coincide con la stabilità o meno dell'assetto degli interessi che il comando contiene. Nella visione della giurisprudenza richiamata, l'esigenza di stabilità è mediata da un'ulteriore ma definitiva possibilità di diverso assetto degli interessi che spetta all'amministrazione, con la conseguenza che — quando quest'ultima non prospetti nessun diverso assetto di interessi o, addirittura, com'è accaduto nel caso in esame, dichiari di voler aderire a quello scaturente da una prima pronuncia anche se cautelare —, perde la propria indefinita "libertà" e i suoi tempi da "logici" divengono quelli degli uomini e delle loro istituzioni*».

fattispecie da parte della P.A. contribuendo all'emersione, all'interno della "cognizione processuale", di fatti o valutazioni che non erano state analizzate nel corso della precedente fase procedimentale[237].

Eppure, per tale via lo strumento cautelare si è, spesso, trasformato in un *escamotage* per accordare forme di tutela "sommaria" ed anticipata[238], offrendo

---

[236] Cfr., per un approfondimento sulle misure cautelari di tipo "propulsivo" ed a "contenuto positivo" lo scritto di A. TRAVI, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, in Dir. proc. amm., 1997, I, pagg. 168 ss. Di grande interesse sul tema, anche, il contributo di M. RENNA, *Spunti di riflessione per una teoria delle posizioni soggettive "strumentali" e tutela cautelare degli interessi "procedimentali" pretensivi*, in Dir. proc. amm., 1995, IV, in part. pag. 837, ove l'Autore, con specifica attenzione per le posizioni giuridiche "strumentale", ritiene «[…] *aperta la via per identificare nella tutelabilità, in sede cautelare, dei diritti procedimentali, un "alveo naturale" per la "giustiziabilità" degli obblighi procedurali imposti all'amministrazione, nel rinnovato legame fra procedimento e processo indotto dalla riforma portata con la L. n. 241 del 1990*».

[237] Si vd., infatti, la ricognizione operata da E. LUBRANO, *Le azioni a tutela degli interessi pretensivi nel nuovo processo amministrativo*, op. cit., pag. 156, il quale mostra come «[l]*a giurisprudenza successiva al Codice* […] *muove verso un'ottica di esaurimento del potere autoritativo e delle facoltà discrezionali dell'Amministrazione quantomeno in sede processuale, nella quale il Giudice — anche con la tecnica del "remand" o mediante richieste di chiarimenti ai sensi dell'art. 63 del Codice (ai sensi del quale "il giudice può chiedere alle parti anche d'ufficio chiarimenti o documenti") — può costringere l'Amministrazione ad esaurire la propria discrezionalità su una determinata questione, comunicando tutti gli eventuali motivi ostativi (anche ulteriori rispetto a quelli espressi originariamente nel provvedimento impugnato)*». Un chiaro esempio è offerto dalla sentenza T.a.r. Lombardia-Milano, sez. III, 10 aprile 2012, n. 1045, in Dir. e giust. *online*, 2012, 7 maggio, quando, dopo aver premesso che «[è] *ben possibile* […] *che anche una attività "in limine litis" connotata da discrezionalità possa, a seguito della progressiva concentrazione in giudizio delle questioni rilevanti (ad esempio, mediante il combinato operare di ordinanza propulsiva e motivi aggiunti), risultare, all'esito dello scrutinio del Giudice, oramai "segnata" nel suo sviluppo*», afferma anche (analogamente alla sentenza riportata *supra* Ta.r. Lombardia-Milano 1428/2011) che «[l]*e argomentazioni sopra ampiamente svolte sull'evoluzione del processo consentono di applicare il medesimo principio anche nella consimile ipotesi in cui l'amministrazione venga reinvestita della questione a seguito di "remand" (tecnica cautelare che si caratterizza proprio per rimettere in gioco l'assetto di interessi definiti con l'atto gravato, restituendo quindi all'amministrazione l'intero potere decisionale iniziale)*».

[238] Vd. D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, op.cit., pagg. 736-738: «[…] *dopo i citati interventi giurisprudenziali, la "metafora" della "dazione della sentenza provvisoria condizionata", più che limitarsi ad evocare un'immagine, sia divenuta ormai la maniera descrittivamente più precisa per rappresentare i contenuti di provvedimenti che assai più si avvicinano a quelli a carattere decisorio-sommario di quanto non rimangano ancorati alle caratteristiche della provvisorietà ed interinalità proprie della forma di tutela cui formalmente vorrebbero appartenere.* […] *con riferimento alle misure a contenuto positivo ormai compiutamente emerse nell'esperienza giurisprudenziale, si fatichi non poco nell'ammettere che ci si trovi effettivamente difronte a forme di tutela cautelare e del perché tutte le soluzioni che, forse inconsapevolmente, sono state progressivamente adottate dalla giurisprudenza nella concreta conformazione dell'istituto inducano a ritenere ormai pressoché compiuto il suo percorso evolutivo del "giudizio cautelare a tutela degli interessi pretensivi" verso i procedimenti decisori (sommari), risultando le sue caratteristiche, al contrario, del tutto estranee alla logica propria dei procedimenti dalla struttura e dalla funzione effettivamente cautelare, che sfociano in provvedimenti provvisori fino alla pronuncia del provvedimento decisorio finale*».

negli anni addietro di più di quanto potesse (nella passata "sistematica" processuale povera di azioni e corrispondenti effetti della sentenza) offrire la tutela di "merito" [239], con ogni dubbio circa i ruoli di "continenza" e "strumentalità" connaturati alla fase cautelare.

Oggi, invece, nel mutato scenario processuale ove la "pretesa" ha fatto il proprio ingresso all'interno dell'«oggetto» del processo amministrativo e ove il catalogo delle azioni processuali si è arricchito rispetto alla passata egemonia

[239] Solleva efficacemente la problematica S. RAIMONDI, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel Codice del processo amministrativo*, op. cit., pagg. 917-918. L'Autore, infatti, al fine di paragonare il nuovo sistema di diritto processuale amministrativo con la realtà della passata giustizia amministrativa fa notare come «[c]*on la riforma introdotta con la legge n. 205 del 2000, si veniva a realizzare una inammissibile discrasia tra la pronunzia di merito e la pronunzia cautelare, perché, mentre con la pronunzia di merito il giudice amministrativo poteva soltanto annullare l'atto, facendo salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa, nell'ambito del giudizio cautelare, invece, il giudice, con la riforma introdotta con la legge 205 del 2000, può non limitarsi più a disporre la sospensione dell'atto (la sospensione è omologa all'annullamento), ma può disporre "le misure più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso". Avevamo quindi la sentenza caratterizzata dalla tipicità e l'ordinanza caratterizzata dall'atipicità. Stante il carattere atipico dell'ordinanza cautelare, nella giurisprudenza dei TAR e del Consiglio di Stato sono apparse pronunzie che in sede di merito non avrebbero potuto esserci, se non attraverso il giudizio di ottemperanza, vale a dire attraverso una sentenza diversa ed ulteriore rispetto a quella di annullamento*». Così, anche, già efficacemente F. GOISIS, *Vincolo di strumentalità e misure cautelari di contenuto "propulsivo" nel processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2008, III, pagg. 861-862, quando rifletteva sulla circostanza per cui esisteva un «[…] *problema, in passato certo più diffusamente discusso, della compatibilità tra misure cautelari ordinatorie-sostitutive-propulsive ed i principi di strumentalità e quindi interinalità della tutela cautelare rispetto alla tutela di merito.* […] *Tuttavia, un conto è la atipicità della tutela cautelare, che consente oggi di superare la fragilità strutturale della sospensiva a fungere da strumento non meramente inibitorio; altra questione, invece, è quella dei contenuti che tale tutela (atipica) può presentare, per non esorbitare dai confini della strumentalità e interinalità. La acquisita atipicità della tutela cautelare non sembra dunque di per sé capace di togliere rilievo ai dubbi in punto di coerenza tra tutela cautelare avverso i provvedimenti negativi come elaborata in giurisprudenza, e principio di strumentalità, anche se certamente rappresenta un passaggio importante e (a rigore) necessario in vista della legittimazione legislativa di poteri cautelari esorbitanti da un rapporto di strumentalità rigorosamente riferito al solo dispositivo di annullamento*». Per un inquadramento di teoria generale del processo in ordine al requisito di "strumentalità" delle pronunce cautelari, si rinvia all'opera dogmatica fondamentale di P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, Cedam, 1936, *passim*, ma in particolare pagg. 21-22, ove l'Illustre Autore teorizzava che «[…] *la tutela cautelare è, nei confronti del diritto sostanziale, una tutela mediata: più che a far giustizia, serve a garantire l'efficace funzionamento della giustizia. Se tutti i provvedimenti giurisdizionali sono uno strumento del diritto sostanziale che attraverso di essi si attua, nei provvedimenti cautelari si riscontra una strumentalità qualificata, ossia elevata, per così dire, al quadrato: essi sono infatti, immancabilmente, un mezzo predisposto per la miglior riuscita del provvedimento definitivo, che a sua volta è un mezzo per l'attuazione del diritto; sono cioè, in relazione alla finalità ultima della funzione giurisdizionale, strumenti dello strumento*».

dell'azione di annullamento[240], è forse possibile — in un'ottica di "atipicità" degli strumenti istruttori[241] — estendere in via analogica la tecnica del "*remand*" dalla *sub*-fase cautelare a quella istruttoria[242], ossia come mezzo istruttorio funzionale all'esigenza di "esaurimento" di ogni residuo di discrezionalità e di ogni (possibile) "coda" amministrativa all'interno del giudizio di cognizione[243].

Assumendo questa lettura si potrebbe dunque accordare, sia una maggiore realizzazione del "valore processuale" della "concentrazione"[244], evitando quella lunga e defatigante rincorsa tra ricorrente ed amministrazione che si traduce in

---

[240] Si pensi, ad esempio, all'azione di adempimento. Più in generale, per ogni considerazione circa la nuova "struttura" ed il nuovo "impianto" del processo amministrativo *post* Codice, cfr. il par. 4.2. del presente Capitolo.

[241] In argomento è d'obbligo riferirsi, per ogni approfondimento, alla monografia di G. D'ANGELO, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 2008, *passim*. Più in generale, si vd., anche, G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, Giuffrè, 1999.

[242] *Contra*, ovviamente, la possibile obiezione di snaturare, seguendo tale approccio, lo strumento cautelare.

[243] In dottrina, auspica questo risultato A. CARBONE, *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*, op. cit., pagg. 1517-1518, il quale molto acutamente ritiene che «[…] *a seguito della previsione dell'atipicità degli strumenti da parte della l. n. 205/00, la prassi intervenuta nella giurisprudenza amministrativa sia stata quella di ammettere misure, soprattutto in relazione alla tutela di situazioni di interesse legittimo pretensivo, che difficilmente possono ricondursi a strumenti cautelari in senso tecnico, strumenti, cioè, che secondo l'insegnamento processualcivilista si caratterizzano per la necessaria interinalità e diretta strumentalità rispetto alle misure adottabili nel giudizio di merito. Così ad esempio nel caso in cui non si imponga di emanare il provvedimento in via provvisoria, ma si ordini all'Amministrazione di valutare particolari profili che potrebbero portare ad un ripensamento sul diniego (c.d. ordinanze propulsive o remand). Provvedimenti di tal genere, infatti, non costituiscono un'anticipazione della tutela richiesta, ma servono piuttosto a provocare una riconsiderazione della fattispecie da parte della P.A.; a causare, in altre parole, una emersione dei fatti che non erano stati oggetto di analisi (o comunque non erano stati opportunamente tenuti presenti) dall'autorità amministrativa. Più correttamente si dovrebbero allora considerare i remand, perlomeno in alcune particolari tipi di controversie, 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. Come tali, questo genere di ordinanze non si differenzierebbero dagli schiarimenti o dalla verificazione, di cui si è detto: si tratta, in ogni caso, di addivenire ad un esaurimento del potere discrezionale attraverso l'ottenimento di una pronuncia amministrativa su tutti gli aspetti controversi della questione. Ne consegue che il remand dovrà essere considerato* […] *quale mezzo idoneo a provocare l'ulteriore emersione di profili controversi, piuttosto che una misura cautelare vera e propria*». Già, in tal senso, D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, op.cit., pag. 580, nt. 18, quando riferiva che, a Suo avviso, «[…] *sicuramente anche esigenze istruttorie vengono soddisfatte, infatti, allorché i giudici amministrativi ordinano all'amministrazione il "riesame" del provvedimento di diniego adottato dall'amministrazione sull'istanza avanzata dal privato, emergendo anche in questo caso, evidentemente, l'esigenza di acquisire il "materiale" necessario, dal punto di vista dei profili di diritto rilevanti nella questione, per la formazione del convincimento che porterà alla decisione dell'istanza di tutela cautelare, dapprima, e nel merito, poi, sulla questione di legittimità proposta in giudizio*».

[244] Vd., appunto, il par. 4.1. del presente Capitolo.

infiniti episodi contenziosi e di (successivo) ri-esercizio del potere[245], sia il contemporaneo rispetto del principio di "separazione dei poteri", poiché il giudice amministrativo non si andrebbe a "sostituire" agli spazi valutativi riservati alla P.A. ma, grazie appunto al "*remand*", sarebbe l'amministrazione stessa ad essere "stimolata" nella risposta[246].

Nondimeno, a questa logica di "esaurimento per concentrazione"[247] in sede processuale di ogni residuo spazio di discrezionalità amministrativa,

---

[245] Prassi contrariata, appunto, anche dalla più recente giurisprudenza (così, *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 23 febbraio 2012, n. 985, in Foro amm. C.d.s., 2012, II, pagg. 311 ss.) che sottolinea la fondamentale necessità che sia «[…] *l'intera vicenda amministrativa e non un suo singolo episodio ad essere posta all'attenzione del giudice*». Anche T.a.r. Lombardia-Milano, 1428/2011, ha colto, nell'esame diacronico dell'evoluzione del sistema di effettività della tutela della giustizia amministrativa, la circostanza che «[…] *il comune obiettivo delle successive tendenze legislative e giurisprudenziali sia stato quello di far convergere nel giudizio di cognizione, per quanto possibile, tutte le questioni dalla cui definizione possa derivare una risposta definitiva alla domanda del privato di acquisizione o conservazione di un certo bene della vita*». Il richiamo è, nuovamente, all'esigenza di assicurare quelli che — *supra* (vd. par. 4.1. del presente Capitolo) — sono stati definiti come "valori funzionali" del processo, e che la sentenza in analisi intercetta laddove spiega che «[…] *l'iscrizione tra i valori giuridici ordinanti del principio di concentrazione e di ragionevole durata (art. 111 cost.) osta a che una controversia sulla medesima pretesa sostanziale possa essere frazionata in più giudizi di merito in spregio al diritto di difesa ed alle esigenze di efficiente impiego delle risorse della giustizia*».

[246] Giacché, come ben ricorda A. CARBONE, op. ult. cit., pag. 243, l'istruttoria che il giudice amministrativo si trova a svolgere «[…] *è comunque istruttoria processuale, non procedimentale, anche in un sindacato che si esplichi in positivo nei confronti dell'azione amministrativa. Laddove il giudice debba esaminare profili per cui venga in esame un'attività valutativa non ancora svolta da parte della P.A., il solo modo che avrà per effettuare il suo giudizio sarà quello di provocare il compimento di tale attività*».

[247] Enumera i vari "sintomi" che consentono di inferire la tendenza alla concentrazione di ogni questione "residua" in giudizio T.a.r. Lombardia-Milano, 1428/2011, attraverso un elenco di istituti e/o disposizioni, sostanziali o processuali, funzionali allo scopo: «[…] *la combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti avverso l'atto di riesercizio del potere hanno consentito di focalizzare l'accertamento, per successive approssimazioni, sull'intera vicenda di potere; è divenuta pacifica 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, giacché ciò che è precluso al giudice amministrativo è soltanto il giudizio di valore e di scelta che "specializza" la funzione amministrativa, mentre l'interpretazione e l'accertamento dei presupposti della fattispecie di cui il potere è effetto spetta al giudice; le nuove tecniche di sindacato, punto di emersione della "amministrazione di risultato" e della acquisita centralità che il bene della vita assume nella struttura dell'interesse legittimo, hanno indotto il giudice ad un vaglio di ragionevolezza più penetrante rispetto al mero riscontro di illogicità formale, in cui la qualificazione di invalidità dipende, più che dalla difformità rispetto ad un parametro normativo, dalla devianza rispetto all'obiettivo il cui solo perseguimento legittima il potere della Autorità; nella stessa prospettiva si colloca la regola per cui il provvedimento è valido (o, comunque secondo altra prospettazione, 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. 241/90, che attribuisce alla p.a. la possibilità di introdurre nel processo anche fatti non dedotti nell'atto o versati nel procedimento per dimostrare che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso); l'art. 10 bis della legge sul procedimento, nel*

continua purtroppo a porre una forte resistenza la tradizionale giurisprudenza[248] che ha contribuito a consolidare nel processo amministrativo il c.d. "divieto di integrazione postuma" della motivazione[249].

Infatti, ogni qualvolta si è tentato d'imporre all'amministrazione resistente di "problematizzare" tutte le ragioni che ostino all'accoglimento dell'istanza del privato (in caso di atti amministrativi "ampliativi") o, viceversa, che sorreggano una data decisione ablatoria per il privato vantante un interesse legittimo di tipo "oppositivo", la giurisprudenza maggioritaria ha sempre opposto il perentorio divieto d'integrazione, in sede giudiziaria, della motivazione che sorregge l'atto amministrativo, quasi come un *favor* nei confronti del ricorrente[250] protetto dal

---

caso di procedimenti ad istanza di parte, imponendo alla p.a. di preavvisare il privato di tutti i possibili motivi di reiezione dell'istanza, ha consentito al processo di giovarsi della estensione del contraddittorio procedimentale a tutti i profili della disciplina del rapporto; […] *la codificata possibilità per il giudice amministrativo di accertare la fondatezza dell'istanza del privato nell'ambito del giudizio sul silenzio è stata salutata come una conferma delle ricerche più avanzate su oggetto e ruolo del processo (l'art. 2 comma 5 della l. 241/1990, ribadito dall'art. 31 c.p.a.)*».

[248] Cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1396, in Foro Amm., 2001, pagg. 371 ss.; Cons. St., sez. VI, 1 agosto 1999, n. 1026, in Cons. St., 1999, I, pagg. 1219 ss.; Cons. St., sez. IV, 26 giugno 1990, n. 519, in Foro amm., 1990, pagg. 1450 ss.; Cons. St., sez. V, 13 novembre 1990, n. 776, in Cons. St., 1990, I, pagg. 1235 ss.

[249] Per una chiara definizione (del concetto) di "integrazioni" della motivazione si rinvia a M. OCCHIENA, *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 amm. T.a.r., 2003, II, pag. 528, ove si definiscono come le «[…] *modifiche al discorso argomentativo elaborato dall'amministrazione a sostegno del dispositivo provvedimentale 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*». Cfr., anche, la definizione (ed il problema) della c.d. "motivazione successiva" nell'inquadramento offerto da M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo* (voce), in Enc. dir., XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, in part. pagg. 258 ss. La letteratura in materia è vastissima. Si rinvia, quantomeno, a M. CAPORALE, *Dal Consiglio di Stato un tentativo di canonizzazione della motivazione postuma*, in Giur. it., 2014, VII, pagg. 1694 ss.; G. FERRARI, *Integrazione della motivazione del provvedimento amministrativo nel corso del giudizio*, in Giur. mer., 2012, X, pagg. 2189 ss.; N. PAOLANTONIO, *L'integrazione postuma della motivazione ed il problema dei cc.dd. vizi formali*, in Giustamm.it, 2007; V. PARISIO, *Motivazione postuma, qualità dell'azione amministrativa e vizi formali*, in Foro amm. T.a.r., 2006, IX, pagg. 3087 ss.; G. TROPEA, *La c.d. "motivazione successiva" tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, in Dir. amm., 2003, III, pagg. 531 ss.; S. GIACCHETTI, *Fontanazzi giuridici: l'integrazione in corso di giudizio del provvedimento impugnato*, in Dir. proc. amm., 1995, I, pagg. 18 ss.; A. ZITO, *L'integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta*, op. cit., pagg. 577 ss.

[250] Così, fra gli altri, M. OCCHIENA, op. ult. cit., pag. 530, il quale si oppone alla regola d'ammissione delle integrazioni postume della motivazione in quanto, a Suo avviso, «[i]*l divieto di*

dover contraddire su ragioni "nuove" ed a "sorpresa" non riversate all'epoca dell'esercizio della funzione amministrativa all'interno della giustificazione del provvedimento.

Sennonché tale logica, in quanto retaggio di un modello di processo amministrativo di tipo "impugnatorio" ove l'oggetto del giudizio era rappresentato dal controllo sull'atto impugnato, può (forse) ritenersi oggi superabile[251] alla luce dell'evoluzione del "sistema" che induce a ritenere più

---

emendare […] *la motivazione in giudizio è regola fondamentale per assicurare la protezione del cittadino nei confronti dell'operato dei pubblici poteri*», mentre, viceversa, l'ammissione dell'integrabilità in giudizio della motivazione «[…] *pare inevitabilmente collidere con le "ragioni del cittadino" e con le esigenze di tutela di quest'ultimo nei confronti del potere pubblico siccome sancite dagli artt. 24 e 113 Cost., nonché anche con il principio delle "condizioni di parità processuale" posto dal primo capoverso dell'art. 111 Cost.*». *Contra*, anche, A. ZITO, *L'integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta*, op. cit. pagg. 586-587, il quale ritiene che «[c]*on l'ammettere l'integrazione della motivazione in corso di giudizio, essa, infatti, finisce per attenuare di molto la portata dell'obbligo di cui all'art. 3 della 241. Anzi, a ben guardare, una decisione del genere, nel divenire orientamento consolidato, potrebbe* […] *aprire la strada ad una prassi dell'amministrazione fatta di provvedimenti poco o nulla motivati, senza che ad essa possa contrapporsi una sanzione incidente immediatamente sull'atto ma soltanto rimedi facenti leva sulla responsabilità dei funzionari*». Critico appare, invece, G. CORSO, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, op. cit., pag. 428: «[l]*e eccezione in senso proprio* […] *sono ritenute inammissibili nel processo amministrativo, e di conseguenza l'amministrazione resistente e il controinteressato* […] *non sono abilitati ad allargare il thema decidendi (a far valere un fatto che il giudice non potrebbe conoscere d'ufficio, e la cui esistenza esclude che il fatto costitutivo allegato dal ricorrente possa produrre gli effetti ai quali in sé è pienamente idoneo). In concreto ciò significa che l'ente pubblico resistente ad una domanda di annullamento di un silenzio-rifiuto o di un atto esplicito di rifiuto non può efficacemente spiegare le ragioni per cui non ha provveduto, non può dedurre fatti o circostanze idonee ad escludere che in ogni caso il ricorrente possa aver titolo al provvedimento richiesto, con quel contenuto. Questo orientamento, unito all'altro per cui è inibito alla difesa dell'amministrazione integrare giudizialmente la motivazione del provvedimento impugnato, limita il potere del giudice di conoscere del rapporto tra ricorrente e amministrazione; e di stabilire, o negare, quindi, la spettanza al privato del provvedimento richiesto. Dietro l'apparenza di maggior tutela del ricorrente (tale è, a prima vista, il significato del principio che nega la possibilità di integrazione giudiziale della motivazione dell'atto impugnato) viene ridotta la portata del giudicato* […]».

[251] A favore, in dottrina, G. VIRGA, *Motivazione successiva e tutela della pretesa alla legittimità sostanziale del provvedimento amministrativo*, op. cit., pagg. 520-521, ove l'Autore prende atto della circostanza per cui «[v]*enuta meno la originaria concezione che riteneva immutabile il provvedimento impugnato così come rappresentato nell'atto che lo racchiudeva, sarebbe conseguentemente venuto meno il "presupposto sistematico" o comunque la "giustificazione" che faceva discendere come logico corollario della concezione stessa il divieto per l'Amministrazione di potere utilmente modificare nel corso del giudizio il provvedimento impugnato, integrandone la motivazione*». Analogamente, già V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, op. cit., 1988, pag. 411, ove già s'intuiva che «[…] *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*».

corretto[252] ravvisare come «oggetto» del giudizio amministrativo la "pretesa"[253] vantata dal ricorrente in ordine ad un dato "bene della vita" (da conservare o da conseguire per il tramite dell'amministrazione).

Infatti, una regola di giudizio — quale è, appunto, quella che vieta ogni supposta "integrazione postuma" della motivazione — ancorata ad uno schema di giudizio meramente "caducatorio" di atti non appare più corretta laddove si ragioni in termini di "pretesa". Nel nuovo diritto processuale amministrativo, infatti, è possibile adottare una logica più consona ad un modello realmente "processuale"[254] — come avviene, del resto, nel vicino processo civile — ove, a fronte di una "pretesa" vantata dall'attore, il convenuto (in questo caso

---

[252] Così si è cercato di ricostruire il "sistema" all'interno del par. 4.2. del presente Capitolo.

[253] In proposito, vd. T.a.r. Veneto-Venezia, sez. I, 10 giugno 1987, n. 648, in Foro Amm., 1988, pagg. 1439 ss., ove, in merito all'ammissibilità (o meno) dell'integrazione postuma della motivazione, si esplicita che «[l]*'unica seria obiezione che al riguardo potrebbe muoversi è quella che aderendo a tale impostazione verrebbe consentito ad una delle parti, vale a dire all'amministrazione, di modificare il thema decidendum. Senonché tale obiezione è giustificata solo enfatizzando l'individuazione dell'oggetto del giudizio nel provvedimento impugnato, mentre è noto che la dottrina e la giurisprudenza sempre più sottolineano che quello viene in rilievo essenzialmente in quanto atto d'esercizio della funzione amministrativa e che l'oggetto reale del giudizio è la pretesa sostanziale che la parte ricorrente fa valere nel processo*». In senso analogo, qualche anno dopo, Cons. giust. amm. Sic., sez. giur., 20 aprile 1993, n. 149, in Cons. St., 1993, I, pagg. 569 ss., laddove si afferma che «[…] *il vero oggetto del giudizio è la pretesa con cui il ricorrente allega, per i motivi da lui indicati, l'illegittimità di un provvedimento amministrativo, chiedendo la conseguente rimozione della situazione antigiuridica da esso creata. Sicché sarebbe venuto meno il presupposto sistematico sul quale si fondava l'orientamento tradizionale* (aggiungiamo: volto ad impedire l'integrazione postuma della motivazione)». A favore della centralità della "pretesa", anche (e di recente), la sentenza T.a.r. Lombardia-Milano, 1428/2011, nella parte in cui si prende atto che «[l]*'ordinamento processuale amministrativo, tuttavia, si è progressivamente affrancato dal paradigma del mero accertamento giuridico di validità dell'atto. Si tratta di un percorso che ha visto lungamente confrontarsi, da un lato, la visione che concepisce il giudizio amministrativo come strumento di garanzia della legalità della azione amministrativa (e, conseguentemente, intende l'interesse legittimo come "regola di coesistenza", volta a conciliare l'interesse privato con quello pubblico); dall'altro, l'idea di una giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali*».

[254] Interessanti le osservazioni di F. LEDDA, *Efficacia del processo ed ipoteca degli schemi*, in AA.VV., *Per una giustizia amministrativa più celere ed efficace*, Milano, Giuffrè, 1993, oggi in ID., *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, pag. 312, il quale ritiene che il processo amministrativo non debba essere influenzato «[…] *in alcun modo dal fatto che sul piano del diritto sostanziale la determinazione fissata col provvedimento deve essere osservata come vincolante. Ciò vale quanto dire che l'amministrazione, nel rapporto con i contraddittori, versa in una posizione di eguaglianza giuridica cui deve fare riscontro necessariamente la parità di fatto; e che le sue ragioni non possono essere sorrette da una presunzione di qualunque sorta o dalla "autoattestazione" di cui parlava Mayer con riguardo ad un problema di ordine diverso*».

l'amministrazione resistente) dovrà, a mezzo delle eccezioni processuali[255], esporre tutte le ragioni che possano condurre al rigetto, anche sulla base di ulteriori "fatti costitutivi" del potere non ancora "spesi", della pretesa avanzata dal ricorrente[256].

---

[255] E, nel fare ciò, seguendo le regole dell'«onere della prova» *ex* art. 2697 c.c. allegando e provando i fatti impeditivi, modificativi o estintivi della "pretesa" vantata dalla parte ricorrente. In generale sul principio dell'"onere della prova" cfr., quantomeno, S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali art. 2697-2698*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna, Zanichelli, 1987, VI, pagg. 3 ss.; G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, Jovene, 1974; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, Cedam, 1942.

[256] In tal modo la parte resistente cercherà di opporsi con ogni argomento giuridico a disposizione ad un'ipotetica sentenza d'accoglimento visto il successivo formarsi di un giudicato a "spettanza stabilizzata" che non consentirà più alcun successivo diniego (ovviamente per le ragioni già "deducibili" poiché resta salvo, dunque, il diverso tema delle c.d. "sopravvenienze"). Molto interessanti le osservazioni di G. CORSO, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, op. cit., pag. 430, il quale, già alcuni addietro, intuiva molto acutamente che «[n]*on sembra corretto affermare che la disciplina processualcivilistica 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*». In giurisprudenza, appare di grande interesse la pronuncia T.a.r. Molise-Campobasso, sez. I, 9 maggio 2011, n. 238, in Riv. giur. Molise e Sannio, 2011, II, pagg. 70 ss., specialmente nella parte in cui afferma che «[…] *anche a prescindere dalla teorica dell'esaurimento del potere di accertamento in capo all'amministrazione, ricorre una fattispecie di accertata carenza di argomentazioni idonee a confutare la fondatezza della pretesa fatta valere dal ricorrente, al contrario assistita da un quadro indiziario che induce a ritenere ragionevole la sussistenza del nesso di dipendenza della patologia dal servizio espletato* […] *così da rendere superfluo il ricorso alla CTU. La ammissibilità di un giudizio sulla fondatezza della pretesa sostanziale è stata predicata da tempo dalla teorica giurisprudenziale dell'esaurimento del potere in presenza di reiterati annullamenti giurisdizionali di provvedimenti negativi, in linea con quell'orientamento dottrinale che, da altra angolazione, ritiene ammissibile il sindacato sostitutivo in tutti i casi in cui l'amministrazione, in presenza del decorso di un lasso di tempo ritenuto in concreto congruo rispetto alla complessità dell'iter procedimentale, non abbia potuto opporre valide ragioni di interesse pubblico ostative alla soddisfazione dell'interesse pretensivo e sempre che il materiale istruttorio acquisito sia tale da ritenere il problema di amministrazione maturo per la decisione. Giova a tal fine anche la prova logica di tipo indiziario in quanto nel giudizio di compatibilità dell'interesse privato pretensivo con l'interesse pubblico ben potrà il giudice, al fine di accogliere la domanda di tutela, trarre elementi indiziari dalla inerzia o dalla impossibilità per l'amministrazione titolare del potere di accertamento di rappresentare circostanze di fatto o standard di giudizio idonei a confutare la attendibilità e l'efficacia probante delle circostanze addotte dal privato per sostenere la fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere. In tale prospettiva la possibilità di una tutela satisfattiva deve ritenersi assicurata anche nelle ipotesi di esercizio di poteri discrezionali, come pure in quelle in cui l'accertamento dei fatti presuppone il ricorso a regole tecniche opinabili, in quanto è onere della pubblica amministrazione rappresentare in concreto ed in un tempo ragionevole le circostanze di fatto ostative che rendono operante l'effetto preclusivo alla soddisfazione dell'interesse pretensivo, collegato dalla legge all'esercizio di un potere posto a tutela dell'interesse pubblico astratto, normativamente tipizzato. Se i fatti addotti 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 discendente dall'esercizio del potere discrezionale non può che recedere per consentire il*

Del resto, una conferma di diritto positivo [257] circa il possibile superamento di ogni resistenza ancora legata al ("tralaticio" [258]) divieto d'integrazione postuma della motivazione pare essere suggerita dalla regola di cui al "riformato" 21-*octies*, comma 2, della l. 241/1990[259], nella parte in cui si ammette che «[i]*l provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata*

pieno esercizio delle concorrenti situazioni giuridiche soggettive dei soggetti privati». Per un commento alla pronuncia citata, si vd. B. CIFERNI, *La "discrezionalità esaurita" ed il suo accertamento nel processo amministrativo: considerazioni e spunti ricostruttivi alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, op. cit., par. 4, ove si ritiene che, seguendo tale orientamento giurisprudenziale, si riesca a disconoscere «[…] *qualsivoglia prerogativa di vantaggio della pubblica amministrazione, ed anzi affermando che il potere della p.a. non può che recedere, ove quest'ultima non sia stata in grado di confutare in giudizio la pretesa del ricorrente che sia assistita invece da esaustivo materiale probatorio, unitamente ad argomentazioni caratterizzate da coerenza logica e sorrette da idonee giustificazioni. In definitiva, ad avviso del Tar Molise, la pubblica amministrazione è tenuta a fornire, nel corso del processo, tutti gli elementi probanti in suo possesso idonei a giustificare il negato soddisfacimento della pretesa del ricorrente. Ove ciò non dovesse avvenire — o avvenisse in modo inidoneo, insufficiente o incongruo — il comportamento processuale della p.a. non potrà che essere valutato dal giudice ai fini del riconoscimento della pretesa sostanziale del privato*».

[257] Così, per tutte, T.a.r. Campania-Napoli, sez. IV, 20 novembre 2006, n. 9984, in giustizia-amministrativa.it, nella parte in cui, per quanto qui d'interesse, si mostra che «[…] *il tradizionale principio del divieto di motivazione postuma (già scalfito dall'affermazione della responsabilità della pubblica Amministrazione per lesione di interessi legittimi e dalla codificazione dell'istituto dei motivi aggiunti) deve considerarsi definitivamente superato alla luce dell'art. 21 octies, comma 2. In particolare secondo tale orientamento — premesso che il difetto di motivazione non si configura, di per sé, come un vizio sostanziale (che, ove sussistente, conduce all'annullamento del provvedimento impugnato), bensì come uno dei vizi sulla forma degli atti cui fa riferimento l'art. 21 octies, comma 2 — deve ritenersi che attraverso l'introduzione della regola del raggiungimento dello scopo si sia realizzata una trasformazione del processo amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto, sicché l'Amministrazione intimata può oggi rappresentare in corso di giudizio ogni elemento utile per evidenziare la palese infondatezza della pretesa del ricorrente*».

[258] Definisce il divieto d'integrazione postuma della motivazione come il frutto di un'impostazione "acritica" e "tralaticia" A. ROMANO-TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, op. cit., pag. 394, basandosi sull'assunto della «[…] *sostanziale mancanza di argomentazioni a suffragio di un simile asserto, comunemente sostenuto tramite il richiamo alla costante giurisprudenza*».

[259] Si rinvia, per ogni approfondimento teorico in argomento, alla recente ed interessante monografia di P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2015. Sul tema, anche, senza pretesa di esaustività, F. MIDIRI, *L'art. 21 octies della legge sul procedimento amministrativo è una disposizione di carattere sostanziale o processuale?*, in Foro amm. C.d.s., 2007, I, pagg. 254 ss.; F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Articolo 21 octies, comma 2*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, Giappichelli, 2005; V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in Dir. pubbl., 2004, I, pagg. 187 ss. Dubitano sulla legittimità costituzionale della disposizione (per attriti con l'art. 113 Cost.), F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in Giust. amm., 2005, I, pagg. 48 ss. Più in generale sul "formalismo" dell'azione amministrativa, cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, Giappichelli, 2006.

comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato». Tale regola, riconosciuta anche per gli atti amministrativi discrezionali, consente di ritenere che l'amministrazione possa riversare in sede processuale contenuti differenti da quelli inclusi nel provvedimento emanato non soltanto con riguardo all'azione di condanna al *facere*, bensì anche per il tradizionale modello di tutela d'annullamento[260]. Difatti, se la disposizione consente alla P.A. d'integrare la motivazione in giudizio "*in malam partem*", ossia per negare l'annullamento avanzato dal ricorrente onde soddisfare la propria "pretesa" alla conservazione di un dato "bene della vita", allora *a fortiori* sarebbe irragionevole negarla "*in bonam partem*", ossia come ostacolo all'accoglimento della pretesa giustificato sulla base dell'impossibilità di eccepire nuove ragioni amministrative in sede processuale per tentare di paralizzare la pretesa avversaria lasciando, dunque, residuare "alternative" amministrative per un successivo ri-esercizio di potere[261].

---

[260] Si vd., sul punto, A. SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Milano, Franco Angeli, 2013, pag. 247, nella parte in cui si riflette sulla circostanza che spesso «[…] *si renderà necessario integrare gli elementi di fatto introdotti nel processo dall'amministrazione ex art. 21-octies, 2° comma della l. n. 241/1990, al fine cioè di dimostrare che la mancata comunicazione di avvio del procedimento non ha inciso, a fronte di un'attività discrezionale, sull'adeguata sistemazione degli interessi in gioco. In tal caso, infatti, la giurisprudenza riconosce all'amministrazione la possibilità di introdurre nel processo anche fatti non dedotti nell'atto o versati nel procedimento se utili a dimostrare che il contenuto del provvedimento non sarebbe potuto essere diverso*». Sul tema dell'onere della prova in relazione alla regola di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, della l. 241/1990 si rimanda, invece, a L. FERRARA, *L'allegazione dei fatti e la loro prova nella disciplina dell'annullabilità non pronunciabile: problematiche processuali e trasformazioni sostanziali*, in Dir. proc. amm., 2010, I, pagg. 229 ss.

[261] Cfr., ancora, A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 255, il quale pare convinto della necessità di superare il tradizionale "divieto di integrazione postuma" della motivazione alla luce di una serie di considerazioni ed in particolare facendo leva sul dato di diritto positivo rappresentato dall'art. 21-*octies*, comma 2, l. 241/1990. Egli sottolinea in proposito che, se tale meccanismo può operare «[…] *in malam partem, per evitare l'annullamento dell'atto, non sarebbe ragionevole negarlo per favorire il ricorrente, al fine, cioè, di ottenere la condanna all'adempimento. Il vero è che, una volta spostata l'attenzione dall'atto alla pretesa sostanziale, di integrazione della motivazione non sembra neppure più corretto parlare, venendo in rilievo unicamente e semplicemente le affermazioni dell'una e dell'altra parte volte ad ottenere l'accoglimento o il rigetto della domanda giudiziale. Il problema della c.d. motivazione postuma, infatti, riguarda esclusivamente una realtà provvedimentale e l'inammissibilità dell'istituto è stata per lungo tempo fondata (e in parte continua ad esserlo ancor oggi) "sulla natura demolitoria del processo amministrativo che impone di fare esclusivo riferimento al contenuto dell'atto che racchiude la statuizione amministrativa*».

Ciò premesso, un ulteriore elemento che potrebbe "responsabilizzare" l'amministrazione nel soddisfare pienamente le regole dell'onere della prova "problematizzando" i fatti costitutivi della pretesa del ricorrente discenderebbe, anche, dall'applicazione del principio di c.d. "non contestazione"[262] *ex* art. 64, comma 2, c.p.a.[263], che, come noto, comporta una "*relevatio ab onere probandi*" in capo al ricorrente con riguardo a tutti i fatti non contestati dalla controparte costituita [264] , salvo, ovviamente, il libero convincimento del giudice amministrativo[265] sulla fondatezza della pretesa[266].

---

[262] Sul quale, in dottrina, cfr. quantomeno G. TROPEA, *Considerazioni sul principio di non contestazione nel processo amministrativo. Anche alla luce delle sue prime applicazioni giurisprudenziali,* in Dir. proc. amm., 2012, III, pagg. 1142 ss.; F. FOLLIERI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2012, III, pagg. 1012 ss. Per il medesimo principio all'interno del processo civile cfr. A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in Riv. dir. proc., 2011, I, pagg. 76 ss.; M. TARUFFO, *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2011, I (s), pagg. 101 ss.; G. REALI, *La non contestazione nel giusto processo civile*, in Giusto proc. civ., 2006, II, pagg. 227 ss.; A. PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in Foro it., 2003, I, pagg. 603 ss.

[263] Art. 64, comma 2, c.p.a. Disponibilità, onere e valutazione della prova: «[s]*alvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti nonché i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite*».

[264] In giurisprudenza cfr., *ex pluribus*, T.a.r. Campania-Napoli, sez. VII, 22 marzo 2012, n. 1444, in Foro amm. T.a.r., 2012, III, pagg. 914 ss.: «[i]*n forza del disposto di cui all'art. 64 comma 2 c.p.a., come evidenziato da attenta dottrina, i fatti non contestati devono essere posti a fondamento della decisione, senza che residui alcuna discrezionalità per il giudicante, cosa che invece è consentita solo dall'ultimo comma dell'art. 64, secondo cui "il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento e può desumere argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo". Peraltro la collocazione topografica del disposto dell'art. 64 comma 2 deve portare a ritenere che nell'ambito del processo amministrativo i fatti non contestati confluiscono nel concetto di prova, menzionato nel comma 1 dell'art. 64, con la conseguenza che una volta che la parte abbia adempiuto al suo onere di allegazione, la non contestazione ad opera dall'altra parte costituita, dei fatti allegati dalla controparte, fa assurgere a prova piena quanto dedotto dalla stessa, senza che al riguardo al giudice sia consentito di fare ricorso ai suoi poteri acquisitivi per accertare quanto non oggetto di contestazione (con la conseguenza che non può accogliersi la richiesta di parte ricorrente volta alla reiterazione dell'ordinanza istruttoria)*». Nello stesso senso, già T.a.r. Campania-Napoli, sez. IV, 28 ottobre 2011, n. 5051, in Foro amm. T.a.r., 2011, X, pag. 3193 ss. In dottrina A. CARRATTA, *Il principio di non contestazione nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1955, pag. 282, sostiene che «[…] *una cosa è dire che i fatti non contestati non hanno bisogno di essere provati (relevatio ab onere probandi); altra cosa dire che il giudice è obbligato a considerarli veri (ficta confessio). Nel primo caso si restringe l'area del thema probandum, a favore dell'avversario, ma si lascia intatto il potere del giudice di valutar, sulla base degli elementi in suo possesso* […] *se i fatti non contestati siano veri o falsi*». Il medesimo ragionamento viene fatto proprio, per il processo amministrativo, da A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 261, il quale, avendo giustamente premesso che «[…] *in mancanza di contestazione del fatto avversario, si avrebbe in sostanza, in favore dell'altra parte, una relevatio ab onere probandi idonea ad escludere i fatti non contestati dal thema probandum*», ha comunque cura di precisare che «[c]*iò tuttavia non andrebbe a inficiare i poteri decisori del giudice, il quale, pur non potendo considerare come non provati tali fatti,*

Qualora gli elementi di prova addotti da ambedue le parti — secondo i meccanismi della disponibilità e dell'onere della prova prescritti dal combinato degli artt. 63 e 64 c.p.a. — non siano comunque sufficienti per far ritenere "esaurito" ogni spazio di discrezionalità, residuerebbe sempre la possibilità per il giudice amministrativo, come si è anticipato, di utilizzare in funzione suppletiva gli strumenti officiosi di "maturazione" della causa[267] (chiarimenti, *remand*, etc.) al fine di provocare "forzosamente" l'esaurimento residuo della discrezionalità amministrativa e/o le restanti "alternative" amministrative che ancora ostino al possibile raggiungimento di un finale giudicato "stabilizzante".

---

conserverebbe il potere di valutare, in relazione alle altre prove e secondo il suo prudente apprezzamento, la verità o meno degli stessi».

[265] Sul quale, resta fondamentale lo studio di R. VILLATA, *Riflessioni introduttive allo studio del principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., 1990, II, pagg. 201 ss.

[266] Anche se, forse, il contegno omissivo della parte resistente in giudizio potrebbe agevolare tale giudizio per il tramite di "argomenti di prova" in favore della parte ricorrente (cfr., all'uopo, l'art. 64, comma 4, c.p.a., laddove prescrive che «[i]*l giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento e può desumere argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo*»). Ritiene, sul punto, A. POLICE, *I mezzi di prova e l'attività istruttoria*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, op. cit., pag. 446 che «[…] *mentre il giudice ordinario, che presidia un processo ispirato al principio dispositivo puro, dove non opera il divieto di prove ad efficacia legale, accoglie la ricostruzione della dottrina processualcivilistica che guarda alla non contestazione in termini di fictia confessio (o comunque di fonte presuntiva), come tale idonea a fondare da sola la decisione del giudice, viceversa, il giudice amministrativo, che* […] *ancora oggi del processo amministrativo resta nella sostanza "signore della prova", assume un atteggiamento decisamente più cauto al riguardo, intendendo i fatti non contestati non accertati come veri nel processo, bensì come fatti da valutare secondo la regola del prudente apprezzamento. Così intesa, la non contestazione non costituisce né una prova legale (o una fonte presuntiva) né un comportamento da valutare alla stregua di un argomento di prova*». L'espressione "signore della prova", riferita al giudice amministrativo, fa eco al celebre scritto di M. NIGRO, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, in Foro it., 1967, V, pagg. 9 ss., oggi in ID., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1996, I, pagg. 683 ss.

[267] Come emerge, del resto, in certa giurisprudenza recente, quale, ad esempio, T.a.r. Napoli-Campania, 9948/2006, nella parte in cui si ritiene che «[…] *il giudice amministrativo a seguito dell'esame dei motivi di ricorso può ritenere acclarato che attraverso tale provvedimento sia stato comunque raggiunto lo scopo dell'azione amministrativa. Ciò posto, resta solo da evidenziare che a tale conclusione il giudice può pervenire — stante il chiaro tenore letterale della prima previsione dell'art. 21 octies, comma 2, che non presuppone necessariamente (come già evidenziato in precedenza) una specifica attività processuale dell'Amministrazione — sia grazie ad una integrazione postuma della motivazione del diniego autonomamente effettuata da parte dell'Amministrazione intimata, sia grazie alle risultanze di un'attività istruttoria disposta d'ufficio* […]».

4.4. I riflessi di "sistema" della ri-costruzione suggerita, ossia il riequilibrio "fisiologico" tra fasi processuali: cognizione "completa" ed ottemperanza "esecutiva" attraverso la sostituzione del "giudicato a formazione progressiva" con un giudicato amministrativo a "limiti oggettivi" completi e stabili.

L'accoglimento della proposta ricostruttiva presentata e volta alla creazione di un «giudicato amministrativo» — che s'è definito — a "spettanza stabilizzata" genera importanti riflessi anche sulla fase, invero fortemente contigua al tema in analisi, dell'«ottemperanza» contribuendo a realizzare un ri-equilibrio tra le "funzioni" proprie delle rispettive fasi processuali (s'intende: la cognizione e l'ottemperanza) in linea con il ruolo "fisiologico" di esse assegnato dagli schemi di teoria generale (delle fasi) del "processo".

La "parabola" di evoluzione di tale fase processuale è a tutti nota, complice l'elaborazione (inizialmente) giurisprudenziale[268] dell'ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo (poi avallata, in un secondo momento, dalla

[268] Cfr. le storiche sentenze del Cons. St., sez. IV, 9 marzo 1928, nn. 182 e 183, in Foro it., 1928, III, pagg. 102 ss. che hanno esteso anche alle sentenze del giudice amministrativo il rimedio di cui all'art. 27, n. 4, del R.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (T.u. delle leggi sul Consiglio di Stato) dedicato originariamente ad «[…] *ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato del Tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico*». Saluta l'intervento del Consiglio di Stato come "autentica rivoluzione copernicana" A. PAJNO, *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, in Foro amm., 1987, I, pag. 1647. Critico, invece, M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, op. cit., pag. 1159, il quale, secondo una formula poi divenuta "celebre", sottolineò come «[…] *l'applicazione dell'art. 27 n. 4 a queste sentenze (aggiungiamo: del giudice amministrativo) è avvenuta non per estensione diretta, né per analogia* […]*, ma per un fatto di pura e semplice (direi di bruta) normazione giurisprudenziale*». E, pertanto, (pag. 1160) «[…] *il giudizio di ottemperanza è uno dei tanti ibridi — per non dire mostri — che il modo disordinato di formazione della giustizia amministrativa ha prodotto e dobbiamo tenercelo e cercare di razionalizzarlo noi per quanto è possibile* […]». Più in generale, sull'influenza costruttiva della componente giurisprudenziale nel diritto amministrativo, sempre utile è il richiamo alle pagine di S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 2001, pagg. 1 ss.; M. D'ALBERTI, A. PAJNO, *Il giudice amministrativo tra tutela giurisdizionale e creazione giurisprudenziale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 1996, pagg. 301 ss.; nonché F. MERUSI, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, in AA.VV., *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano, Giuffrè, 1983, pagg. 122 ss.

"sanzione positiva" di livello legislativo[269]), specie per quanto concerne il vivace dibattito[270], soprattutto dottrinale[271], circa il problema della "natura" del giudizio in questione.

Si ricordino, infatti, le prime costruzioni [272] che inquadravano l'ottemperanza come *species* di un più ampio giudizio di "cognizione" che la

---

[269] La "sanzione legislativa" dell'istituto avvenne, come noto, per mezzo dell'art. 37, della l. 6 dicembre 1971, n. 1034 (c.d. "legge T.a.r."), nella parte in cui prescrisse che «[q]*uando i ricorsi siano diretti ad ottenere lo adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato degli organi di giustizia amministrativa, la competenza è del Consiglio di Stato o del tribunale amministrativo regionale territorialmente competente secondo l'organo che ha emesso la decisione, della cui esecuzione si tratta. La competenza è peraltro del tribunale amministrativo regionale anche quando si tratti di decisione di tribunale amministrativo regionale confermata dal Consiglio di Stato in sede di appello*».

[270] Così, infatti, lo definisce L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, op. cit., pag. 44, ove ricorda come «[t]*utt'altro che esaurito, e anzi decisamente vivace, si presenta invece fin dal primo sguardo il dibattito che investe l'ulteriore profilo che caratterizza in modo essenziale il giudizio di ottemperanza, consistente nella natura esecutiva oppure cognitoria del giudizio stesso*». Per la posizione del problema cfr. M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, op. cit., pag. 265, i quali già avevano intuito l'importanza «[…] *di stabilire se il giudizio d'ottemperanza possa, ove occorra, assumere il carattere di un giudizio di "prosecuzione" del giudicato o se i suoi limiti invalicabili rimangono fissati dagli accertamenti contenuti nella sentenza passata in giudicato*». Contrario, invece, S. GIACCHETTI, *La crisi di effettività della giustizia amministrativa e il ruolo del giudizio di ottemperanza*, in Foro amm., 1988, I, in part. pag. 1607, il quale ritiene privo di utilità pratica il dibattito relativo all'inquadramento della natura del giudizio di ottemperanza.

[271] La letteratura sul giudizio di ottemperanza è vastissima. Ci si limita in questa sede a segnalare, senza pretesa alcuna di esaustività, quantomeno i contributi (oltre a quelli citati *infra*) di M. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, Torino, Giappichelli, 2014; M. CLARICH, G. URBANO, *L'esecuzione delle sentenze amministrative tra giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione ordinario*, in Giur. it., 2014, VII, pagg. 1700 ss.; S. CASTRO, *Il giudizio di ottemperanza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2012; A. MAZZA LABOCCETTA, *Il giudizio di ottemperanza tra potere amministrativo ed effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, E.S.I., 2012; M. ANTONIOLI, *Spigolature sul nuovo giudizio di ottemperanza*, in Dir. proc. amm., 2011, IV, pagg. 1291 ss.; G. COCOZZA, *Effettività della tutela e giudizio di ottemperanza. Nuove prospettive alla luce del codice del processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2011, IV, pagg. 1321 ss.; C.E. GALLO, *Ottemperanza (giudizio di) (diritto processuale amministrativo)*, in Enc. Dir., Ann., II, Milano, Giuffrè, 2008, pagg. 818 ss.; R. URSI, *L'esecuzione immediata della sentenza amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2003; B. MARCHETTI, *L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato*, Padova, Cedam, 2000; M. CLARICH, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in Dir. proc. amm., 1998, III, pagg. 523 ss.; A. TRAVI, *Il giudizio di ottemperanza ed il termine per l'esecuzione del giudicato*, in Giorn. dir. amm., 1995, X, pagg. 976 ss.; S. PELILLO, *Il giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1990; G. ROMEO, *L'ottemperanza, oggi*, in Dir. proc. amm., 1988, I, pagg. 37 ss.; F. FRANCARIO, *Inerzia e inottemperanza al giudicato: spunti per una riflessione sull'atto di ottemperanza*, in Foro Amm., 1985, VI, pagg. 746 ss.; S. GIACCHETTI, *Un abito nuovo per il giudizio di ottemperanza*, in Foro Amm., 1979, XII, pagg. 2611 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Giudizio di ottemperanza e sentenze dei tribunali amministrativi regionali*, in Trib. amm. reg., 1975, VII-VIII, pagg. 188 ss.

ricomprende e la collega come parte di un *continuum* processuale che prosegue[273], sempre con riguardo a profili di cognizione, anche successivamente alla "prima" fase culminata nella sentenza passata in giudicato.

Tuttavia, la soluzione interpretativa che ebbe la maggiore fortuna all'epoca, tanto da recare grande influenza nel dibattito successivo oltre che una consistente adesione (anche) in giurisprudenza[274], è quella che ricostruisce

---

[272] Così, in particolare, C. CALABRÒ, *Il giudizio di ottemperanza*, in AA.VV., *Studi per il centocinquantenario del Consiglio di Stato*, op. cit., pagg. 2034-2035, nella parte in cui si spiega come «[…] *l'attuazione della sentenza amministrativa passa sostanzialmente (quand'anche la forma e il procedimento siano giurisdizionali) attraverso una riedizione del potere amministrativo* […]*, che è un'attività oggettivamente diversa, persino quando si tratti di adempimenti (ma per lo più occorrono rivalutazioni), dall'esecuzione forzata, che non ha la funzione di riconsiderare la situazione, bensì quella di adeguare il fatto al diritto*». Simile anche la posizione (già ripresa, *amplius*, all'interno del Cap. III, par. 3.1.) di A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, in AA.VV., *Atti del convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, op. cit., pagg. 17 ss. Nello stesso ordine d'idee sembra essere anche L. MAZZAROLLI, *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in Dir. proc. amm., 1990, II, pagg. 240-241, ove l'Autore, criticando alcuni orientamenti dottrinali tendenti a sottolineare le somiglianze tra il giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo e l'esecuzione forzata civile, ribadisce come «[…] *sembra invece eccessivo ritenere che l'estensione dell'azione di ottemperanza al giudicato amministrativo costituisca una rivoluzione copernicana e che nel 1928 il Consiglio di Stato abbia inventato l'esecuzione forzata amministrativa*». A Suo avviso, infatti, v'è comunque «[…] *maggiore affinità tra i predetti giudizi (aggiungiamo: tra l'ottemperanza alle sentenze del giudice ordinario e l'ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo) che tra il giudizio di ottemperanza e il processo di esecuzione disciplinato dal codice di procedura civile. Con ciò non voglio qui negare che il giudizio di ottemperanza si atteggi anche con i tratti di un processo di esecuzione; ritengo solo che questi non siano tali da far venir meno la rilevata affinità tra i due ricorsi per l'ottemperanza e da consentire, per contro, di considerare l'ottemperanza al giudicato amministrativo come l'esecuzione forzata del giudice amministrativo*». Vd., anche, l'enfasi posta sugli aspetti della cognizione del giudizio di ottemperanza da parte di F.G. SCOCA, *Aspetti processuali del giudizio di ottemperanza*, in AA.VV., *Il giudizio di ottemperanza. Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1983, in part. pag. 208 ss., laddove rimarcava come «[i]*n realtà il giudizio di ottemperanza è un giudizio di cognizione, che si lega ad un altro giudizio di cognizione; si pongono, due giudizi di cognizione logicamente successivi l'uno all'altro*». Analogamente, lo stesso Autore in ID., *Il giudizio di ottemperanza*, in V. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *Una giustizia per la pubblica amministrazione*, Napoli, Guida ed., 1983, pag. 120, definiva il giudizio di ottemperanza come «[…] *la prosecuzione idealmente immediata e necessaria del primo giudizio* […]».

[273] Ciò, infatti, lo si poteva già intuire dallo stesso titolo del lavoro di C. CALABRÒ, *L'ottemperanza come "prosecuzione" del giudizio amministrativo*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1981, IV, pagg. 1167 ss.

[274] Cfr., *ex pluribus*, (ancora) di recente Cons. St., sez. V, 21 agosto 2009, n. 5013, in Foro amm. C.d.s., 2009, VII-VIII, pagg. 1736 ss., nella parte in diritto ove espone che «[…] *il giudizio di ottemperanza ha natura mista, di esecuzione e di cognizione e perché la regola posta dal giudicato amministrativo richiede il più delle volte da parte del giudice dell'ottemperanza una esplicitazione od un completamento*»; nonché, quale anno addietro, Cass., Sez. Un., 31 marzo 2006, n. 7578, in Foro it., 2006, XI, pagg. 3118 ss., la quale ritiene che «[…] *il giudizio amministrativo — già previsto dal R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, art. 27, n. 4, e poi L. 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 37 — preordinato ad*

l'ottemperanza amministrativa come giudizio a "natura mista"[275], per effetto della logica coerenza con la dogmatica (all'epoca fortemente condivisa) del c.d. "giudicato a formazione progressiva"[276].

---

ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato, ha natura, sotto il profilo della struttura formale, di giudizio di cognizione, ancorché possa presentare la sostanza della mera esecuzione in relazione ai contenuti concreti del giudicato al quale l'amministrazione deve ottemperare. Tale natura discende dal presupporre il giudizio di ottemperanza, talvolta margini di discrezionalità amministrativa, sempre la possibilità di scegliere i modi concreti di esecuzione, cosicché l'intervento del giudice amministrativo è diretto ad imporre alla p.a. di eseguire quanto comandato dal giudicato, sostanzialmente costringendola ad eseguire spontaneamente l'obbligo, cioè dall'interno e non ab externo». Ammetteva la possibilità per il giudice dell'ottemperanza di integrare il giudicato Cons. St., Ad. Plen., 17 gennaio 1997, n. 1, in Foro it., 1997, II, pagg. 261 ss., quando precisava che «[…] *il giudice amministrativo può adottare, in sede di interpretazione integrativa del precetto racchiuso nella sentenza da eseguire, una statuizione analoga a quella che potrebbe emettere in un nuovo giudizio di cognizione, risolvendo eventuali problemi interpretativi che sarebbero comunque devoluti alla propria giurisdizione*». Definisce come "polisemico" il giudizio di ottemperanza Cons. St., Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2, in Foro Amm. C.d.S., 2013, I, pagg. 68 ss., sulla base del presupposto per cui «[…] *risulta evidente dall'esame della disciplina codicistica* […] *che il giudizio di ottemperanza (cui sono state già dedicate le sentenze nn. 2, 18 e 24 del 2012 dell'adunanza plenaria) presenta un contenuto composito, entro il quale convergono azioni diverse, talune riconducibili alla ottemperanza come tradizionalmente configurata; altre di mera esecuzione di una sentenza di condanna pronunciata nei confronti della Pubblica Amministrazione; altre ancora aventi natura di cognizione, e che, in omaggio ad un principio di effettività della tutela giurisdizionale, trovano nel giudice dell'ottemperanza il giudice competente, e ciò anche a prescindere dal rispetto del doppio grado di giudizio di merito (principio che peraltro, come è noto, non ha copertura costituzionale).* […] *In conclusione, l'esame della disciplina processuale dell'ottemperanza, di cui agli artt. 112 ss. cpa (ai quali occorre doverosamente aggiungere l'art. 31, co. 4), porta ad affermare la attuale polisemicità del "giudizio" e dell' "azione di ottemperanza", dato che, sotto tale unica definizione, si raccolgono azioni diverse, talune meramente esecutive, talaltre di chiara natura cognitoria, il cui comune denominatore è rappresentato dall'esistenza, quale presupposto, di una sentenza passata in giudicato, e la cui comune giustificazione è rappresentata dal dare concretezza al diritto alla tutela giurisdizionale, tutelato dall'art. 24 Cost. Di conseguenza il giudice dell'ottemperanza, come identificato per il tramite dell'art. 113 cpa, deve essere attualmente considerato come il giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano il proprio presupposto*».

[275] Il riferimento è, ovviamente, alla felice costruzione del NIGRO, già analizzata nel Cap. precedente del presente lavoro (in particolare, all'interno del par. 3.3.). Si riporta, al solo fine di richiamare l'attenzione, il passaggio centrale della costruzione dell'Autore (vd., appunto, M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, op. cit., pag. 1190) ove insiste «[…] *nella definizione del giudizio di ottemperanza come giudizio misto di cognizione e di esecuzione. Misto, in un doppio senso. Nel senso che il giudice dell'ottemperanza cumula un'attività cognitoria (quando scioglie "le riserve" e colma le insufficienze del giudicato: sotto questo profilo, integra il giudicato stesso) e una attività esecutiva (quando assume le misure necessarie a tradurre effettivamente nella realtà il diritto posto dal primo giudice e da esso stesso giudice dell'ottemperanza). E misto nel senso che, come si comprende, i due aspetti sono spesso così strettamente congiunti da far ritenere impossibile o notevolmente difficile distinguerli*». Si riprenda, anche, ID., *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, op. cit., pag. 1190, nt. 33, per la definizione del giudizio di ottemperanza come un "giudizio necessariamente di esecuzione ed eventualmente di cognizione". Anche in giurisprudenza v'erano segnali che palesavano una difficoltà d'inquadramento dogmatico del giudizio di ottemperanza amministrativa sottolineandone i caratteri *sui generis*. In particolare, si ricordi la posizione espressa da Cons. St.,

Più precisamente, tale impostazione scaricava sulla fase dell'ottemperanza un ruolo di "supplenza" ed un *surplus* di funzioni/poteri onde "arricchire" e "completare" il contenuto della conclusa fase di cognizione, patologicamente "povero" a causa dei limiti "strutturali" dovuti principalmente al mero carattere impugnatorio della tutela resa[277].

Pertanto, a fronte di un «giudicato amministrativo» "contratto" era doveroso, al fine di recuperare spazi di effettività di tutela per il ricorrente vittorioso (spesso, purtroppo, solo "formalmente"), configurare un'ottemperanza

---

Ad. Plen., 14 luglio 1978, n. 23, in Foro it., 1979, III, pagg. 73 ss., nella parte in cui poneva in risalto che «[…] *il giudizio di ottemperanza ha caratteri "assolutamente particolari, non riconducibili a quelli del giudizio di cognizione né a quelli del processo di esecuzione disciplinato dal codice di procedura civile", e che, pur avendo il procedimento di ottemperanza natura giurisdizionale (e non amministrativa), si tratta tuttavia di un procedimento sui generis che si proietta nella fase di realizzazione positiva e pratica della sentenza da eseguire*».

[276] Concetto elaborato sempre dal NIGRO ed analizzato specificamente all'interno del par. 3.3. del Cap. III del presente lavoro cui si fa nuovamente espresso rinvio. Qui basti il riferimento al passaggio di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., 1979, pag. 288, ove l'Autore ritiene che sia necessario adottare la formula "giudicato a formazione progressiva" poiché «[…] *il giudicato amministrativo è il risultato tanto della pronuncia sul ricorso di legittimità quanto di quella nel giudizio di ottemperanza*». *Contra*, M. LIPARI, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, op. cit., pag. 8, nella parte in cui si ritiene un limite della tesi in commento il fatto che «[i]*l rinvio della tutela alla fase dell'ottemperanza, poi, accentua il rischio delle sopravvenienze, di fatto e di diritto, che potrebbero comprimere la pretesa della parte vittoriosa. Nel contesto dell'impostazione bifasica della tutela, infine, l'amministrazione potrebbe giustificare la propria inesecuzione del giudicato, trincerandosi dietro la genericità degli effetti conformativi della sentenza di cognizione e l'assenza di direttive puntuali sulle modalità di esecuzione. Dunque la riserva critica più forte non riguarda tanto la "bulimia" del giudizio di ottemperanza, ma, piuttosto, l'anoressia del giudizio di cognizione. L'esigenza che emerge, quindi, è quella di accrescere i contenuti della decisione di cognizione, senza, per questo, impoverire necessariamente le risorse della pronuncia di ottemperanza*». Anche se, poi (pag. 21), l'Autore ritiene che, anche dopo l'emanazione del Codice del processo amministrativo, «[…] *il giudizio di ottemperanza, nel suo complesso conservi e rafforzi, i caratteri "misti" del processo di cognizione e di quello di esecuzione*».

[277] Cfr., in argomento, le costruzioni teoriche presentate all'interno del Cap. III del presente lavoro, ma anche il par. 4.2. del presente Capitolo per un miglior raffronto tra il "sistema" (passato) di giustizia amministrativa e l'impostazione del (nuovo) "diritto processuale amministrativo". Ci si limiti, qui, a riportare il ragionamento di G. CORSO, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, op. cit., pag. 421, il quale riteneva che il processo di grande "trasformazione" che aveva interessato in quegli anni il giudizio di ottemperanza celasse «[…] *una sorta di rassegnata accettazione dei limiti del processo amministrativo di cognizione: limiti ritenuti talmente ferrei — e talmente inadeguati al bisogno di tutela del cittadino — da imporre una compensazione in due ambiti ad esso esterni, il giudizio incidentale di sospensione, e il giudizio di ottemperanza*». Ed, infatti, Egli ritiene che «[l]*a ricca e interessante giurisprudenza sul giudizio di ottemperanza del Consiglio di Stato, del Consiglio di giustizia amministrativa e dei tribunali amministrativi regionali può essere letta in questa chiave: come un tentativo di soluzione, in fase di esecuzione, di problemi che attengono alla fase di cognizione, all'oggetto dell'accertamento, ai limiti oggettivi del giudicato amministrativo*».

"ricca"[278] che completasse, e svolgesse "in positivo"[279], quegli accertamenti che nella parte motiva della sentenza costitutiva sono stati svolti unicamente in "negativo", ossia come tappe del percorso di accertamento giudiziario che, nel contesto della "forma di tutela" costitutiva, conduceva all'accoglimento del (solo ammesso) *petitum* caducatorio.

Sennonché tale costruzione, seppur una volta concluso tale percorso "bifasico" poteva condurre empiricamente a risultati di soddisfazione della "pretesa", comunque esponeva il ricorrente ad un lungo, costoso e defatigante percorso processuale prima di poter giungere alla "vera" realizzazione del "bisogno di protezione" o, detto altrimenti, al conseguimento del "bene della vita" ambito dall'attore per il tramite della richiesta di tutela giurisdizionale. Peraltro, l'accennato completamento della cognizione nella fase dell'ottemperanza, vista la necessità di svolgimento "in positivo" delle regole "implicite" ed "elastiche" ricavabili dal formatosi giudicato amministrativo, spesso implicava anche un bilanciamento con alcune sopravvenienze (di fatto o di diritto) e, più in generale, con ragioni d'interesse pubblico che si ponevano d'ostacolo alla finale realizzazione in concreto della "pretesa" del ricorrente, nell'ottica di un equilibrato "compromesso" tra esigenze di effettività della tutela,

---

[278] Si vd., in proposito, M. LIPARI, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, op. cit., pag. 7, ove l'Autore ritiene che dal punto di vista della P.A. «[…] *la scansione bifasica tra una cognizione "povera" e un'ottemperanza "ricca" è ritenuta coerente con l'idea secondo cui, di regola, l'esecuzione della pronuncia deve essere "mediata" dal potere di valutazione della parte pubblica, solo in un secondo tempo sindacabile — ma sempre "a posteriori" — dal giudice dell'ottemperanza. Insomma, secondo l'impostazione affermatasi in via pretoria, la riscontrata "aridità" della pronuncia di cognizione risulta largamente controbilanciata dal processo di ottemperanza, sempre più arricchito di contenuti e di potenzialità, tanto per il privato ricorrente, quanto per la pubblica amministrazione*». Spiegava, invece, le fasi della cognizione e della (successiva) ottemperanza nei termini dell'"atrofia" della prima e dell'"ipertrofia" della seconda, G. ABBAMONTE, *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in AA.VV., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, I, Milano, Giuffrè, 1988, in part. pag. 17.

[279] Il discorso intercetta logicamente il vicino tema del c.d. "effetto conformativo" della sentenza d'annullamento, come ambito di efficacia che consente di "recuperare" contenuti di tipo "ordinativo" all'interno di una sentenza costitutiva e (fisiologicamente) poco consona a proiettarsi sul successivo svolgimento del potere amministrativo (aldilà dell'ambito proprio dell'"efficacia preclusiva" tradizionalmente intesa). Si rinvia agli specifici paragrafi 3.3. e 3.3.1. del Cap. III del presente lavoro per ogni approfondimento a riguardo.

da un lato, e di salvaguardia degli interessi pubblici [280] soggettivati dalle amministrazioni coinvolte in giudizio, dall'altro.

Tutto questo, ovviamente, trovava un rafforzamento deciso anche nell'idea della necessità di salvaguardare la "riserva" di esecuzione della sentenza in capo all'amministrazione[281], complici all'uopo una serie di indici testuali[282] che,

---

[280] *Contra*, T.a.r. Sardegna-Cagliari, sez. I, 15 febbraio 1995, n. 146, in Trib. amm. reg., 1995, I, pagg. 2033 ss., il quale, in favore dell'effettività della tutela, ricorda come «[…] *se si lasciasse all'Amministrazione la facoltà di ottemperare al giudicato solo dopo aver valutato il "pubblico interesse", la tutela del privato sarebbe nella maggior parte dei casi vanificata*».

[281] Cfr., in giurisprudenza, per la tendenza evocata a sottolineare la "permanenza" del potere amministrativo, Cons. St., sez. VI, 19 gennaio 1995, n. 40, in Cons. St., 1995, I, pagg. 91 ss., laddove osservava che nell'ambito della giustizia amministrativa «[…] *le pronunce intervengono in un continuo concretarsi del potere amministrativo prima e dopo la vicenda che ha dato ingresso al giudizio*».

[282] In particolare si fa riferimento, sia all'art. 88 del R.d. 17 agosto 1907, n. 642, "*Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*", ove si prescriveva che «[l]*'esecuzione delle decisioni* (s'intende: del Consiglio di Stato) *si fa in via amministrativa, eccetto che per la parte relativa alle spese*»; che all'art. 45, comma 1, del R.d. 26 giugno 1924, n. 1054, «*Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato*», che specificava come siano sempre fatti «[…] *salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa*» (sulle formule in questione, già s'era richiamato lo studio di V. SIMI, *Il significato della salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa*, op. cit., pagg. 87 ss.). In dottrina, M. CLARICH, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, op. cit., pag. 528, riteneva che tali disposizioni «[…] *sembrano dar corpo al principio dell'incoercibilità degli obblighi nascenti in capo all'amministrazione dalla sentenza di annullamento pronunciata dal giudice amministrativo*». Lo stesso T.a.r. Lombardia-Milano 1428/2011, nel ripercorrere l'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa, ricorda molto bene come «[l]*'opinione tradizionale escludeva di poter riconnettere alla sentenza amministrativa l'effetto di imporre una disciplina del rapporto tra amministrazione e cittadino "sostitutiva" della disciplina dettata dall'atto annullato. Anche quando si condivideva la natura sostanziale dell'interesse portato dal cittadino istante, si reputava che il Giudice conoscesse del rapporto tra amministrazione e cittadino solo attraverso lo "schermo" del problema di validità dell'atto amministrativo. Tale impostazione, alla cui stregua la soluzione della crisi di cooperazione tra Autorità e cittadino non approdava alla risoluzione in modo positivo e sostanziale del conflitto bensì si arrestava all'accertamento parentetico del profilo esteriore dell'atto, trovava conforto sia nella lettera dell'art. 45 t.u. Cons. St., secondo cui "la sentenza amministrativa fa salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione", sia nella collocazione istituzionale ("nell'amministrazione") di un giudice il cui intervento non poteva precludere la persistente disponibilità in capo all'Autorità della disciplina dell'assetto degli interessi pubblici ed individuali. Tale "concorrenza" tra potere amministrativo e potere giurisdizionale era, altresì, sottolineata dal fatto che l'esecuzione della sentenza doveva avvenire "in via amministrativa" (art. 88 reg. proc. Cons. St.), quindi non negli stessi termini in cui il comune cittadino è soggetto al giudicato civile*». Si ricordi, in argomento, che il nuovo Codice del processo amministrativo non riproduce più la passata disposizione di cui al riportato art. 88 del (passato) regolamento di procedura, prevedendo in luogo una più semplice e generale formula all'art. 112, comma 1, c.p.a., ove si dispone che «[i] *provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti*». Saluta positivamente l'espunzione della "passata" formula M. LIPARI, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, op. cit., pagg. 14-15, nella parte in cui sostiene che «[l]*'eliminazione della norma costituisce l'esito di un percorso interpretativo che ne aveva progressivamente circoscritto il rilievo precettivo. La previsione in esame, infatti, poteva essere letta come affermazione di un principio di "riserva" di esecuzione in*

secondo alcune letture[283], contribuivano a manifestare una certa diffidenza[284] nei confronti dell'esercizio dei poteri di "sostituzione" del giudice amministrativo nei confronti della funzione amministrativa, specie laddove fosse necessario inserirsi all'interno di spazi valutativi di tipo discrezionale[285].

Tuttavia, occorre far notare come, sempre nell'ambito della "struttura" processuale dell'epoca, v'erano già alcune differenti letture che, in antitesi al quadro appena richiamato, ponevano con enfasi l'accento sulla natura propriamente "esecutiva"[286] (e non "mista") del giudizio di ottemperanza, così da

---

capo all'amministrazione. Il giudizio di ottemperanza, quindi, avrebbe avuto quale oggetto principale la valutazione delle condotte e delle omissioni dell'amministrazione in ordine al compimento delle attività esecutive. Se è acquisito che l'esecuzione costituisce oggetto di un dovere e non di una facoltà, la formula dell'articolo 88 del regolamento di procedura diventa superflua (se non fuorviante), essendo compresa nell'ambito del generale dovere di esecuzione stabilito ora dall'articolo 112, comma 1, del codice».

[283] Si ricordi, ad esempio, la grande attenzione dedicata alla salvezza della libertà di "ri-edizione" del potere amministrativo nella costruzione teorica espressa da F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)*, op. cit., pagg. 893 ss., analizzata all'interno del par. 3.2. del Cap. III del presente lavoro.

[284] Lo ricorda molto bene, segnalando però anche lo sviluppo giurisprudenziale successivo, M. CLARICH, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, op. cit., pag. 539, il quale, dapprima riporta il dato per cui «[…] *per prassi il giudice amministrativo tende a tenere un atteggiamento di self-restraint. Fino agli anni Settanta, per esempio, il giudice dell'ottemperanza riteneva di poter adottare solo i provvedimenti esecutivi che fossero una conseguenza diretta del giudicato e non involgessero valutazioni discrezionali*». Tuttavia, l'Autore ha ha cura di precisare anche che «[i]*n seguito, questo limite è stato via via superato e il potere sostitutivo diretto (o tramite il commissario ad acta) è stato esercitato anche in presenza di spazi residui (anche ampi) di discrezionalità in capo alla pubblica amministrazione*».

[285] Sottolinea l'esistenza di un'evidente "antinomia" tra i gruppi di norme dell'epoca dedicate, da un lato, all'attuazione del giudicato, e dall'altro, alla permanente "inesauribilità" del potere G. SCIULLO, *Il comportamento dell'amministrazione nell'ottemperanza*, in Dir. proc. amm., 1997, I, pagg. 66-67. Infatti, l'Autore ricorda come nei testi dell'epoca vi fosse un primo gruppo di norme che «[…] *esprime la posizione giuridica del dovere, e cioè il vincolo di prestare osservanza alle statuizioni derivanti dal giudicato, mentre il secondo esprime la permanenza del potere, e precisamente quello di perseguire anche dopo la pronuncia definitiva la cura dell'interesse pubblico demandata all'amministrazione*». Di qui la riflessione per cui «[l]*e accennate posizioni si collocano in evidente tensione dialettica. Non paiono reciprocamente componibili in linea logica*». Anche se, comunque, l'Autore conclude ritenendo che «[…] *l'antinomia è destinata necessariamente a sciogliersi nel senso che il dovere di ottemperanza fa premio sul potere di provvedere* […]» poiché «[…] *i principi di legalità dell'azione amministrativa (artt. 97, 98 e 28 Cost.) e di effettività della tutela giurisdizionale (artt. 24, 101, 103 e 1 13 Cost.), "comportano esplicitamente l'assoggettamento dell'Amministrazione* […] *a tutti i vincoli posti dagli organi legittimati a creare diritto, fra i quali, evidentemente, gli organi giurisdizionali"*».

[286] In dottrina, una prima manifestazione decisa in tal senso emerse nel celebre saggio di G. VERDE, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, op. cit., pag. 644, ove l'Autorevole dottrina riteneva «[…] *innegabile che, continuando a limitare il discorso al giudizio di ottemperanza alle decisioni rese dai giudici amministrativi, la giurisprudenza vada modellando il relativo*

recuperare una maggiore coerenza con lo "schema" generale dei "processi di esecuzione", il cui modello può essere rinvenuto all'interno del libro III del Codice di procedura civile.

Questo orientamento di "rottura" con le prime tradizioni interpretative è mosso dall'ambizione di cercare di svelare i "falsi problemi"[287] dietro cui si cela

---

giudizio sullo stampo di un processo speciale d'esecuzione». Egli riteneva (pagg. 646-647) che dall'osservazione del fenomeno dell'ottemperanza amministrativa «[…] *un dato emerge in maniera incontestabile: la giurisprudenza, pur riaffermando la "singolarità" del giudizio di ottemperanza al giudicato amministrativo, pone in primo piano sempre più di frequente le finalità esecutive che ne sono alla base, e modella soluzioni procedimentali — quali la nomina di ausiliari, la risoluzione degli incidenti esecutivi, l'inappellabilità o la parziale appellabilità della sentenza, il rispetto di un contraddittorio "sui generis" — che sono chiaramente ricavate dalla disciplina del processo esecutivo*». Inoltre, forte era anche la presa di posizione espressa da A. PAJNO, *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, op. cit., pagg. 1645 ss. Egli, infatti, riteneva (pag. 1645) che, alla luce di una serie di elementi nonché di una precisa tendenza giurisprudenziale in atto, si potesse concludere per la «[…] *configurazione del giudizio di ottemperanza come un processo di esecuzione*», poiché, «[…] *dopo il giudicato del giudice amministrativo non c'è più spazio per la cognizione giurisdizionale, con la conseguenza che, se giudizio deve esserci, questo non può che essere di esecuzione*». Concorde, anche, G. CORSO, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, op. cit., pagg. 433 ss., il quale, peraltro, ritiene che l'allargamento giurisprudenziale delle "maglie" del giudizio di ottemperanza discenda principalmente dal problema del «[…] *trasferimento alla fase di esecuzione di istanze che dovrebbero esser fatte valere in fase di cognizione*». Nello stesso senso, infine, M. CLARICH, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, op. cit., pag. 550: «[n]*el ricostruire il giudizio di ottemperanza ci sembra dunque più corretta l'impostazione che ne sottolinea la funzione esecutiva in senso stretto. Essa esclude che il giudice, sostituendosi all'amministrazione, percorra per intero* […] *il tratto di azione amministrativa successivo alla parentesi giurisdizionale anche al di là dei confini segnati dal giudice fino al punto da valutare se in presenza di interessi pubblici preminenti occorra addirittura attenuare l'obbligo di esecuzione*». Sempre d'obbligo, ovviamente, riferirsi in argomento anche alle acute pagine di R. VILLATA, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in Dir. proc. amm., 1989, III, pag. 374, ove l'Illustre dottrina ammette che «[…] *la tesi del carattere esecutivo del giudizio di ottemperanza, un tempo fortemente minoritaria, ha acquisito negli ultimi tempi numerosi consensi e sembra senz'altro da preferire*». Del resto, questi erano temi cari all'Autore, come già dimostrato nell'ampio e approfondito lavoro monografico, R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, op. cit., in part. pagg. 348 ss.

[287] Molto chiaramente A. PAJNO, op. ult. cit., pag. 1648. L'Autore, infatti, rimarca più volte come «[…] *l'azione per l'ottemperanza delle decisioni del giudice amministrativo realizza un vero e proprio processo d'esecuzione. La nozione di esecuzione forzata — quale è stata descritta dalla migliore dottrina processuale — appare del tutto idonea a dar compiutamente ragione del fenomeno dell'ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo, mentre le difformità, in proposito rilevate, si risolvono, in realtà, nella postulazione di falsi problemi. È stato, in proposito, più volte osservato, che l'affermazione secondo cui il giudizio di ottemperanza non si risolverebbe in un giudizio di esecuzione deriverebbe dalla diversità della funzione dell'ottemperanza rispetto a quella del processo esecutivo. La funzione del giudizio di ottemperanza non consisterebbe, infatti, come avviene invece per l'esecuzione forzata, nel porre coattivamente in essere le statuizioni contenute nella sentenza passata in giudicato, ma in quella, diversa, di sostituire il giudice amministrativo all'amministrazione inottemperante, nel porre in essere gli adempimenti strumentalmente necessari per realizzare la conformazione al giudicato*». Contro tale "falso problema" l'Autore si oppone fermamente spiegando che «[a]*lla base di un tal modo di pensare sta, in primo luogo, una o quanto meno incompleta*

ogni differente spiegazione che, viceversa, cerca di rinvenire una pretesa specialità del giudizio di ottemperanza rispetto allo schema dell'esecuzione forzata civile. In particolare, tale Dottrina cerca di mostrare come, in disparte della forma di esecuzione per "espropriazione", tutta l'area dell'esecuzione degli obblighi di *facere*[288] , *ex* art. 612 c.p.c.[289], sia caratterizzata dalla compresenza di spazi di scelta

---

nozione dell'esecuzione forzata, che la identifica, sostanzialmente, con l'esecuzione per obbligazioni di somme di denaro, e che oblitera, invece, l'esecuzione in forma specifica ed in particolare l'esecuzione forzata di obblighi di fare e di non fare. Soltanto nell'espropriazione […] *si pone, infatti, un problema di semplice realizzazione coattiva delle statuizioni contenute nel giudicato, sostanziandosi l'esecuzione in una mera aggressione del patrimonio del debitore, e la relativa attività del giudice nel mero controllo della disciplina formale che regola il procedimento. Una tale situazione non si verifica, invece, nell'esecuzione in forma specifica, dal momento che in essa, ed in particolare nell'esecuzione di obblighi di fare o di non fare, il procedimento vede un intervento determinante del giudice nella fissazione, in concreto, degli adempimenti da porre in essere per realizzare la soddisfazione sostanziale dell'interesse del vincitore*».

[288] A. PAJNO, *ibidem*: «[l]*'esecuzione forzata di obblighi di fare o di non fare, si attua, non diversamente da quanto avviene per l'ottemperanza ai giudicati dei giudici amministrativi, attraverso l'intervento del giudice che fissa i criteri direttivi per ottenere la conformazione al decisum: sotto questo profilo, la disposizione contenuta nell'art. 612 c.p.c., secondo cui il giudice determina in contraddittorio con la parte obbligata le modalità dell'esecuzione di una sentenza di condanna per violazione di obblighi di fare o di non fare, al di là dell'àmbito immediato cui essa si riferisce, sembra essere la norma di regime che governa, in via generale, tutte le forme d'esecuzione che si realizzano per il tramite dell'intervento (direttivo) del giudice*». Del resto l'intuizione era già stata colta anche da M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, op. cit., pag. 1189, nella parte in cui tale Autorevole dottrina aveva cura di riflettere sulla circostanza per cui la «[c]*aratteristica dei procedimenti di esecuzione specifica è* […] *l'ampio spazio di valutazione che il legislatore lascia al giudice per stabilire i modi e, addirittura, la stessa possibilità di inserire una così penetrante attività sostitutiva nella realtà giuridica e di fatto esistente (artt. 610 e 612 c.p.c.; art. 2933 c.c.): il quale è compito qualitativamente non molto dissimile da quello che spetta al giudice dell'ottemperanza*»; nonché da G. VERDE, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, op. cit., pag. 646, quando faceva risaltare l'analogia sussistente tra l'ottemperanza e «[…] *l'esperienza giurisprudenziale sugli artt. 612-3 c.p.c., là dove l'attuale disciplina positiva non è riuscita ad organizzare un tipo di processo atto a separare chiaramente la cognizione dalla esecuzione*». Analogamente, R. VILLATA, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, op. cit., pag. 376, precisa che «[…] *proprio nel processo civile, accanto all'espropriazione, esiste l'esecuzione forzata degli obblighi di fare o di non fare, caratterizzata per un verso dalla presenza di provvedimenti giurisdizionali costitutivi, per altro verso (art. 612 c.p.c.) da uno spazio di valutazione lasciato al giudice dell'esecuzione, che fissa i criteri direttivi circa le modalità per ottenere la conformazione al deciso e addirittura, in ipotesi limite, esamina la stessa possibilità dell'attività sostitutiva*». Di recente, ancora, L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al facere*, op. cit., pagg. 661-662, spiega che «[s]*arà poi il giudice dell'ottemperanza a stabilire in questo secondo caso le modalità di esecuzione (i modi di esercizio del potere amministrativo); così come fa il giudice civile nell'esecuzione relativa a obbligazioni di fare/non fare o nell'espropriazione forzata. Senza voler tornare sulle ragioni che fanno escludere ogni violazione del principio della separazione dei poteri nella sostituzione del giudice dell'esecuzione nell'esercizio amministrativo del potere discrezionale (intangibile e riservato rispetto, viceversa, al giudice della cognizione), è sufficiente ricordare che anche nel processo civile la condanna lascia margini di libertà al debitore (come trovare il denaro con cui adempiere a una obbligazione pecuniaria, per esempio), annullati dall'esecuzione forzata*». Già alcuni anni addietro, Egli, in ID., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della*

giudiziaria sulle modalità e sui criteri direttivi per attuare le decisioni che non vanno, comunque, ad intaccare il sicuro inquadramento del giudizio nell'ambito dei processi (più genericamente) di "esecuzione".

In particolare, l'accennato problema della ri-edizione del potere amministrativo, apparente connotato peculiare del giudizio amministrativo, in realtà altro non rappresenta se non il "bisogno di cooperazione"[290] della parte

---

giurisdizione amministrativa, op. cit., pagg. 248-249, riteneva che «[c]*iò che è soprattutto mancata è l'attenta considerazione della peculiarità dell'esecuzione forzata degli obblighi di fare/non fare e degli sforzi giurisprudenziali volti a risolvere le problematiche apertesi in siffatto contesto. In ragione di tale peculiarità, che costituisce la diretta conseguenza dei "profili di originalità del facere"* […]*, il giudice svolge, infatti,* […]*, accertamenti relativi al contenuto dell'obbligo e allo stesso adempimento avvenuto in forma spontanea (a opera, cioè, del debitore). Non è, dunque, e intanto, da stupirsi se in presenza di un facere a carattere giuridico, anziché materiale, come è nel nostro caso, la cognizione ne esca a maggior ragione esaltata. Deve, invece, meravigliare l'isolamento del giudizio di ottemperanza, al posto del suo accostamento all'esecuzione forzata degli obblighi di fare/non fare*». Pertanto, l'Autore (pag. 253), avendo premesso che lo studio «[…] *dell'art. 612 c.p.c. dimostra che la cognizione non è estranea all'esecuzione forzata degli obblighi di fare/non fare: esattamente come non lo è al giudizio di ottemperanza*», ritiene necessario abbandonare «[…] l*a convinzione che il giudizio di ottemperanza sia un istituto dai tratti particolari*» e, dunque, concludere nel senso che «[…] *il giudizio di ottemperanza è processo di "esecuzione" almeno quanto lo è il processo di esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*».

[289] Art. 612 c.p.c. «[c]*hi intende ottenere l'esecuzione forzata di una sentenza di condanna per violazione di un obbligo di fare o di non fare, dopo la notificazione del precetto, deve chiedere con ricorso al giudice dell'esecuzione che siano determinate le modalità dell'esecuzione. Il giudice dell'esecuzione provvede sentita la parte obbligata. Nella sua ordinanza designa l'ufficiale giudiziario che deve procedere all'esecuzione e le persone che debbono provvedere al compimento dell'opera non eseguita o alla distruzione di quella compiuta*». In dottrina, cfr., tra tutti, G. BORRÈ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, Jovene, 1966, in part. pag. 225, nella parte in cui si spiega come «[…] *le caratteristiche sostanziali dell'obbligazione di fare non garantiscono la possibilità di esaurire, in un comando preventivo, l'intera gamma dei profili che condizionano il soddisfacimento dell'obbligazione stessa*». Sul tema, per ogni approfondimento da parte della dottrina processual-civilistica, si consultino, quantomeno, A. MONDINI, *L'attuazione degli obblighi infungibili*, Milano, Giuffrè, 2014; M. TARUFFO, *Note sull'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, in Giur. it., 2014, III, pagg. 744 ss.; R. METAFORA, *L'esecuzione degli obblighi di fare (fungibili) e di non fare*, in Judicium.it., 2012, pagg. 1 ss.; C. MANDRIOLI, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in Dig. disc. priv. (sez. civ.), Torino, Utet, 1991; F.P. LUISO, *Esecuzione forzata: II) Esecuzione forzata in forma specifica*, in Enc. giur., Roma, Treccani ed., 1989, pagg. 1 ss.; L. FERRONI, *Obblighi di fare e eseguibilità*, Napoli, E.S.I., 1983; V. DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, Giuffrè, 1953.

[290] Ancora A. PAJNO, *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, op. cit., pagg. 1649-1650, cerca di confutare l'obiezione secondo cui «[…] *la qualificazione del giudizio di ottemperanza in termini di processo esecutivo sarebbe inappropriata, dal momento che l'attuazione della sentenza amministrativa passerebbe sostanzialmente attraverso una riedizione del potere amministrativo, che costituirebbe un'attività oggettivamente diversa dall'esecuzione forzata, avendo quest'ultima non la funzione di riconsiderare la situazione, ma quella, diversa, di adeguare il fatto al diritto*». Egli, invece, oppone a tale visione l'idea per cui «[l]*a circostanza che l'attuazione delle sentenze del giudice amministrativo passi attraverso la "riedizione del potere amministrativo", nient'altro vuol dire, infatti se non che l'interesse sostanziale del vincitore è soddisfatto esclusivamente attraverso l'adozione, dopo la sentenza, di un ulteriore atto amministrativo, conforme ai criteri*

soccombente per attuare il *dictum* giudiziale, con possibilità finale, visto l'inquadramento dell'ottemperanza nel "catalogo" dei casi di giurisdizione "estesa al merito"[291], di una possibile surroga[292] del giudice amministrativo alla P.A. inadempiente, personalmente o, come di solito avviene, per il tramite di un c.d. "commissario *ad acta*" [293].

---

direttivi enunciati nella sentenza medesima; ovvero, il che è lo stesso, che la realizzazione dell'interesse del vincitore abbisogna della cooperazione della parte soccombente». Ne deriva, dunque, che «[…] *non è soltanto l'ottemperanza alle decisioni del giudice amministrativo a passare attraverso una "riedizione" del relativo potere, essendo un tal modo di procedere caratteristico di tutte le ipotesi in cui il giudicato implichi l'accertamento di obblighi positivi a carico del soccombente*».

[291] In dottrina, G. COCOZZA, *Effettività della tutela e giudizio di ottemperanza. Nuove prospettive alla luce del Codice del processo amministrativo*, op. cit., pag. 1322, ritiene, in proposito, che «[i]*l giudizio di ottemperanza, come è noto,* […] *è la più importante ipotesi di giurisdizione di merito, in quanto il Giudice, in sede di ottemperanza, può sostituirsi all'Amministrazione inadempiente per l'emanazione dei provvedimenti necessari per dare esecuzione al contenuto della sentenza, direttamente, o tramite la nomina di un commissario ad acta*». Si rinvia, per ogni approfondimento sul tema, nonché per la bibliografia principale, al recente volume monografico di F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, op. cit., *passim*. Per un approfondimento della letteratura più datata cfr., invece, O. TENTOLINI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1942.

[292] Si tratta, infatti, del momento processuale nel quale è fortemente avvertita l'esigenza di dare concretezza al *dictum* giudiziale rimasto ineseguito e, quindi, di riflettere sul "come" trasferire efficacemente nel reale il principio di effettività della tutela del privato. Importante, sul punto, il ragionamento di B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, Giuffrè, 1997, pagg. 143-144, il quale sottolinea come «[…] *ogni esecuzione in senso stretto è* […] *sostituzione del soggetto obbligato e inadempiente, e la sua appartenenza alla funzione giurisdizionale non può essere messa in crisi dalla peculiarità dell'attività surrogata*».

[293] Sull'inquadramento del commissario *ad acta* v'è stato (fino al recente passato) un accesso confronto e dibattito in sede dottrinale. Infatti, dinanzi a tesi volte a qualificarlo come "organo straordinario dell'amministrazione" (nell'esigenza di un maggior rispetto del principio di separazione dei poteri; così, *ex multis*, G. VACIRCA, *L'impugnazione dei provvedimenti adottati dal commissario giudiziale ad acta*, in Foro amm., 1982, III, pagg. 257 ss.), v'erano altre letture favorevoli al suo inserimento nella cerchia degli "ausiliari del giudice" (al fine, soprattutto, di ricondurre il controllo degli atti adottati da questi nella sede dell'ottemperanza; in dottrina, in questo senso, M. MAFFEZZONI, *Il commissario ad acta organo del giudice dell'ottemperanza*, in Foro amm., 1986, I-II, pagg. 296 ss.), infine, anche, costruzioni di natura "ibrida" (così S. GIACCHETTI, *Il commissario ad acta nel giudizio di ottemperanza: si apre un dibattito*, in Foro amm., 1986, IX, paggg. 1967 ss.). Oggi, invece, a seguito dell'adozione del Codice del processo amministrativo, il dibattitto può dirsi cessato, poiché l'art. 21 del Codice, stabilendo che «[n]*ell'ambito della propria giurisdizione, il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all'amministrazione, può nominare come proprio ausiliario un commissario ad acta*», fa rinvio all'articolo 20, comma 2, ossia alle regole in tema di "ricusazione" applicabili (anche) ai "consulenti" e "verificatori" del giudice, con ciò propendendo per la tesi (tra quelle sopra richiamate) a favore della natura del commissario *ad acta* come "ausiliario del giudice".

Ovviamente, non è in questa sede possibile, per ragioni di economia del presente lavoro, saggiare in tutti gli aspetti peculiari e specifici l'ampio dibattito — con tutti gli interessanti corollari in cui esso si ramifica — che qui s'è deciso di riportare unicamente per sommi capi onde consentire i ragionamenti che seguono.

Giova, però, precisare come il problema della "natura" del giudizio di ottemperanza rivesta particolare interesse anche per lo studio del «giudicato amministrativo», poiché il rapporto tra le "fasi processuali" della cognizione e dell'ottemperanza riflette, da un angolo visuale allargato all'intera "vita" del processo, il problema della "completezza" e "stabilità" del giudicato stesso. Quest'ultimo, infatti, con un'immagine metaforica, potrebbe essere rappresentato come l'"anellodi congiunzione"[294] tra le due fasi processuali in esame.

Ragionando secondo una logica di equilibri tra "fasi processuali" è d'immediata comprensione come la situazione passata, ove l'ottemperanza esercitava un ruolo di "completamento cognitorio"[295] forte in funzione di supplenza nei confronti delle insufficienze del giudizio di cognizione, rappresentasse un bilanciamento di compromesso non pienamente soddisfacente (anche se, per l'epoca, praticamente necessario) onde ri-quilibrare una grave patologia del "sistema"[296].

---

[294] Similmente, per il metodo, G. CORSO, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, op. cit., pag. 421: «[…] *una parte almeno della problematica che viene agitata attorno al processo di esecuzione (o di ottemperanza) può esser ricondotta alla fase di cognizione; e può essere, almeno in parte, chiarita sol che si approfondisca l'indagine sui limiti oggettivi di efficacia della decisione*».

[295] *Contra*, con argomentazioni di grande pregio giuridico, R. VILLATA, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, op. cit., pag. 379, il quale ritiene che la funzione del giudizio di ottemperanza debba essere circoscritta al ruolo di «[…] *tradurre in atto le statuizioni contenute nel giudicato, non di integrarlo con ulteriori, quasi che fosse lo strumento per la completa sostituzione (non soltanto in executivis) dell'amministrazione nel singolo caso, indipendentemente dalle censure sollevate ab origine e dai limiti stessi della giurisdizione di legittimità*».

[296] Che il "vero" problema fosse da ricercare nella "debolezza" del giudizio di cognizione dell'epoca era rimarcato da una parte della più illuminata dottrina, ed in particolare da G. VERDE, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, op. cit., pag. 656, il quale, anticipando i tempi, già osservava che «[…] *la decisione del giudice amministrativo si riduce, il più delle volte, ad una sorta di larva; è una esigua e sottile cartilagine inidonea ad essere tradotta in precetti o comandi concretamente attuabili. È chiaro che di questa situazione si scontino le conseguenze in sede esecutiva, perché dopo la sentenza la p.a. non perde la possibilità di provvedere con una discrezionalità quasi*

Difatti, la corretta "fisiologia" di ogni apparato processuale dovrebbe essere tale da consentire la soddisfazione (per quanto possibile) di ogni "domanda di protezione" già all'interno della sede di cognizione[297], riservando alla fase esecutiva il diverso ruolo di soddisfazione "forzata" (o, anche, per "surroga") delle pretese già riconosciute in sentenza laddove la parte soccombente perduri nell'inadempienza (in questo caso alla sentenza pronunciata).

Il fatto che all'interno del processo amministrativo una parte in causa, ossia l'amministrazione resistente, sia titolare di poteri amministrativi non incide sulla bontà del modello, poiché, sempre sul piano della fisiologia dei rapporti tra giurisdizione e amministrazione, è il giudicato che, una volta intervenuto, dovrebbe limitare il potere e non viceversa[298], come vorrebbero i fautori di una

---

assoluta, che il giudicato non ha potuto e (molte volte) non ha voluto consumare. Il valore "politico" di una costruzione in termini esecutivi del giudizio di ottemperanza potrebbe essere anche quello di porre ai giudici il problema della effettiva incidenza delle loro decisioni sulla situazione concreta. In altre parole, essi, nel formulare i dispositivi delle loro sentenze, dovrebbero proiettarle nel momento esecutivo, sforzandosi di far sì che le stesse producano effetti non minori dell'annullamento o della riforma dell'atto da parte dell'amministrazione, che solo consente al giudice di "dare atto della cessata materia del contendere" […]». Cfr., anche, gli interessanti spunti di M. CLARICH, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, op. cit., pagg. 547-548, il quale sostiene che «[i]*l giudizio di ottemperanza riferito alle sentenze degli organi della giurisdizione amministrativa ha portato certamente a un incremento del grado di tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. L'effettività della tutela del cittadino postula peraltro che la fase dell'esecuzione della sentenza segua a una fase di cognizione nella quale gli accertamenti compiuti dal giudice della legittimità, pur nel rispetto del principio della domanda, siano estesi a tutti i profili rilevanti per stabilire se il "bene della vita" che il cittadino vuol conseguire o difendere gli spetti o meno. Se il processo amministrativo rappresenta, con un'immagine efficace, una sorta di parentesi tra azione amministrativa antecedente alla proposizione del ricorso giurisdizionale e azione amministrativa successiva al giudicato amministrativo, occorre che questo secondo tratto di azione amministrativa venga incanalato dalla sentenza di accoglimento passata in giudicato, per quanto possibile, in un percorso obbligato o comunque tracciato in modo rigoroso*».

[297] Come già correttamente alcuni anni addietro intuiva G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, op. cit., pag. 209, quando sosteneva che «[d]*ai riferiti problemi di coordinamento del giudizio di legittimità con quello di ottemperanza emerge, a mio modo di vedere, la conferma che l'unica strada praticabile per un ampliamento della tutela delle posizioni sostanziali dei cittadini non è quella di un gonfiamento del giudizio di ottemperanza, ma sibbene quella di un ampliamento della portata cognitoria e decisoria del giudizio di legittimità*».

[298] Così, molto correttamente, G. CORSO, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, op. cit., pag. 428, quando suggeriva di iniziare ad adottare un "ribaltamento di prospettiva", poiché «[n]*on è il giudicato che viene ad essere limitato dal potere amministrativo, ma è all'opposto il potere amministrativo che viene ad essere limitato dal giudicato: nel senso che ai vincoli al suo svolgimento, che nascono dalla legge in un ordinamento ispirato al principio di legalità viene ad aggiungersi quello più cogente, perché assai più specifico, che nasce dal giudicato. Vincolo giudiziale la cui intensità è proporzionale*

persistente "riserva" di funzione amministrativa per meglio salvaguardare le esigenze di tutela degli interessi pubblici coinvolti.

A scanso di ogni equivoco, la specialità del diritto amministrativo non è negata ma, anzi, deve permanere vista l'importanza della "funzione" svolta dagli apparati amministrativi nella quotidiana "cura in concreto degli interessi", ma essa va giustamente collocata e circoscritta al settore proprio del diritto sostanziale. Tale "specialità", invece, non vale a "piegare" la dogmatica processuale[299] e lo "schema" funzionale dell'ambiente del processo ove, proprio per la garanzia tipica della giurisdizione, il ricorrente ha diritto a contraddire in condizione di parità con una controparte, in questo caso rappresentata da una pubblica

alla ampiezza dell'accertamento, ed è massima quando tale accertamento investa nella sua totalità il rapporto tra cittadino e amministrazione (in relazione a un determinato bene della vita e alla sua spettanza)». Peraltro, il grande dibattito intorno al problema dell'ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo è una peculiarità dell'ordinamento italiano, giacché in altri ordinamenti v'è una cultura ed un'etica del rispetto delle decisioni giudiziarie che rende il processo di esecuzione amministrativa un'eccezione statisticamente infrequente. Cfr., per un approfondimento, G. QUADRI, *L'ottemperanza nel diritto comparato*, in AA.VV., *Il giudizio di ottemperanza. Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, op. cit., pag. 112, nella parte in cui, volgendo l'attenzione aldilà dello Stato italiano, l'Autore spiega che «[…] *trasgredire o anche solo ignorare una sentenza di un giudice, in materia amministrativa come in materia civile, non è diverso nella coscienza civile anglo-sassone dal formulare un vero e proprio insulto verso il giudice e identico è il reato che si configura, cioè l'oltraggio alla Corte (contempt of the court)*». Cfr., invece, la ricostruzione del problema nell'ottica di M. CLARICH, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, op. cit., pag. 549, il quale convinto della tesi per cui «[…] *una cognizione completa è la miglior premessa per un'esecuzione puntuale*», s'interroga se «[…] *la mancata o inesatta esecuzione della sentenza passata in giudicato dipenda sempre e soltanto da atteggiamenti dell'amministrazione poco rispettosi dell'ideale della legalità oppure anche, almeno in taluni casi, da incertezze obiettive in ordine al contenuto precettivo e agli effetti della sentenza pronunciata dal giudice amministrativo in sede di cognizione*»

[299] Di grande interesse, in argomento, il ragionamento svolto da A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 146, laddove l'Autore ritiene che nel (nuovo) diritto processuale amministrativo vi siano una serie di elementi che «[…] *confermano il definitivo superamento della concezione del giudizio amministrativo quale "parentesi demolitoria" all'interno dell'azione amministrativa, come, cioè, episodio di un'attività amministrativa in fieri. Il "nuovo" processo amministrativo, invece, trova inquadramento in un modello strutturale di piena valorizzazione della pretesa del privato che, insoddisfatta sul piano sostanziale nel rapporto con la P.A., chiede di essere tutelata in sede processuale in modo pieno, al pari di quanto accade nel giudizio civile. Il potere amministrativo, in questo quadro, non è più quella forza inesauribile che fa valere la sua specialità finanche piegando le regole processuali e rendendo, in quale modo, peculiari anch'esse. Al contrario, la specialità rimane fuori, nel diritto sostanziale, ed è idonea a caratterizzare in quella sede i rapporti tra privati e Amministrazione. Una volta che però l'azione amministrativa entra nella realtà processuale, la parte pubblica non si presenta più come detentrice di un'autorità giuridica, dotata, cioè, di una maggiore forza istituzionale, ma, al pari della parte privata, attende dal giudice la risoluzione della controversia, la cui eventuale esecuzione non sarà mai espressione di un potere autoritativo, bensì unicamente attuazione del giudicato*».

amministrazione, al fine di soddisfare, ove possibile ma (ove possibile per l'appunto) con i giusti corollari valoriali dell'effettività e della satisfattività, le proprie "pretese" giuridicamente fondate. Ciò, senza vedersi opporre al proprio giudicato favorevole ragioni di "specialità" che non dovrebbero assumere alcuna forza propria in ambito processuale.

Del resto, la qualificazione dell'ottemperanza come processo di "esecuzione forzata amministrativa"[300] sembra essere sempre più comprovata dall'evoluzione (anche di diritto positivo) del "sistema" di tutela giurisdizionale amministrativa[301].

Nel moderno "diritto processuale amministrativo", infatti, si è cercato di collegare, nell'ottica della già accennata "strumentalità" del processo al diritto sostanziale, la "pretesa" del privato alla tecnica di tutela processuale più conforme al "bisogno di protezione" attraverso un catalogo di azioni plurime[302], al fine di superare ogni uso dogmaticamente "distorto" della sola azione d'annullamento

---

[300] Secondo il lessico adottato da A. PAJNO, *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, op. cit., in part. pag. 1648.

[301] Concorda in tal senso V. LOPILATO, *Giudizio di ottemperanza*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, op. cit., pagg. 1108-1109, il quale sostiene che «[…] *la valorizzazione di alcune disposizione contenute nel Codice, unitamente all'esigenza di assicurare i principi di separazione dei poteri e del doppio grado di giudizio, conducano a ritenere che nel giudizio di ottemperanza non possano entrare aspetti di cognizione non esaminati nel giudizio ordinario. Questa soluzione interpretativa, per esigenza di coerenza del sistema, deve valere sempre a prescindere dall'atteggiamento dell'amministrazione, attivo o passivo, nell'ambito del procedimento o dopo il passaggio in giudicato della sentenza*». Ciò premesso, Egli conclude affermando che «[i]*l giudizio di ottemperanza, qualunque sia la nozione di "cognizione" che si prende in esame, è un giudizio di sola esecuzione, sia pure speciale, con poteri di merito del giudice limitati alla sostituzione dell'amministrazione nei limiti del giudicato e con possibilità di proporre in esso esclusivamente azioni esecutive. La suddetta qualificazione costituisce l'esito dell'analisi delle norme del Codice e, a sua volta, essa stessa fornisce un elemento aggiuntivo per interpretare le norme del codice che presentano un contenuto di non univoca lettura*».

[302] Sul collegamento tra il nuovo "sistema" di tutele processuali (più consono alla strumentalità con il diritto sostanziale) ed il tema della "natura" del giudizio di ottemperanza, cfr. l'interessante passaggio di A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., pag. 136, nella parte in cui l'Autore ricostruisce il nuovo impianto disegnato dal Codice del processo amministrativo come un «[…] *un giudizio* […] *dove la pretesa sostanziale possa essere direttamente collegata a quella processuale attraverso l'esperimento dell'azione corrispondente, così da lasciare alla fase esecutiva la funzione che istituzionalmente le compete, senza che invece essa sia chiamata a sopperire ad eventuali mancanze del giudizio di cognizione*».

anche per far fronte ad esigenze di tutela che "fisiologicamente" richiederebbero, invece, una forma di condanna "in positivo" al *facere* della P.A. resistente[303].

Ciò premesso ed in parallelo, si è assistito anche all'evoluzione dell'oggetto del processo amministrativo, caratterizzato da una sempre maggiore centralità della "pretesa" dell'attore — in luogo della passata questione di legittimità dell'atto amministrativo impugnato —, e che, pertanto, orienta sempre più l'interprete verso tutte quelle costruzioni teoriche (siano esse attente all'antecedente fase "procedimentale" [304] o, comunque, alla successiva fase istruttoria processuale[305]) volte a consentire l'esaurimento delle "alternative" amministrative e/o della discrezionalità residua onde far emergere la "spettanza" (o meno) della "pretesa" veicolata in giudizio e, di conseguenza, a connotare il successivo giudicato dei caratteri della "completezza" e della "stabilità".

Tutto questo "arricchimento" della fase di cognizione non è senza riflessi sul dibattito — sopra brevemente ripreso — del rapporto tra fasi processuali e, nello specifico, della relazione sussistente tra "cognizione" e (successiva) "ottemperanza" alla sentenza amministrativa[306].

Precisamente, è agevole intuire come la completezza della cognizione comporti la risoluzione della passata patologia rappresentata dalla diffusa insicurezza in ordine al contenuto precettivo e agli effetti del giudicato, causa,

---

[303] Sempre A. CARBONE, op. ult. cit., pagg. 142-143, ritiene che «[p]*roprio la configurazione di un'azione di condanna all'adempimento rende allora possibile ricondurre l'attività stricto sensu cognitiva alla corrispondente fase processuale, in quanto permette* […] *di rapportare la pretesa sostanziale alla domanda processuale, senza bisogno che la prima, non completamente ricompresa nella seconda, debba ricercare in un ulteriore giudizio l'effettiva soddisfazione. In altri termini, è attraverso l'azione di adempimento che può superarsi la concezione del giudizio di ottemperanza quale "ibrido" prodotto dalla disordinata formazione della giustizia amministrativa, per accedersi ad una sua ricostruzione quale giudizio esecutivo in senso proprio*».

[304] Così nella proposta ricostruttiva enucleata all'interno del par. 4.3.2. del presente Capitolo.

[305] Così, infatti, nel successivo par. 4.3.3. (sempre del presente Capitolo).

[306] Anche M. LIPARI, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, op. cit., pag. 4, ritiene che «[i]*l codice del processo amministrativo influisce in modo determinante sulla costruzione del preciso rapporto tra il giudizio di cognizione e l'azione di ottemperanza, nella prospettiva della realizzazione piena del principio di effettività della tutela*».

peraltro, delle incertezze sul "comportamento"[307] successivo al giudicato della P.A. ed alla (quasi sempre) necessaria integrazione e "chiarezza" svelata nella fase (conseguente ed a ciò preposta) dell'ottemperanza.

Tuttavia, la costruzione di un giudicato amministrativo a "spettanza stabilizzata" in uno con l'attenzione (sempre maggiore) ai "valori funzionali" del processo oggi non consentono più un simile equilibrio ed impongono diversamente all'interprete la necessità di aderire (complici alcune basi interpretative nuove e rafforzate) alla tesi che identifica l'ottemperanza *ex* artt. 112 ss. c.p.a. come *species* dei "processi di esecuzione".

Ed invero, la richiamata esigenza del rispetto dei "valori funzionali" del processo osta ad un'effettività della tutela ricercata attraverso un lungo percorso bi-fasico[308] (cognizione più ottemperanza "mista"), ma, anzi, si oppone a tale via ponendo in rilievo la primaria esigenza dell'implementazione del valore di "concentrazione processuale".

Lo stesso art. 34, comma 1, lett. e), del Codice del processo amministrativo esprime al meglio tale esigenza, nella parte in cui prevede che il giudice, nei limiti della domanda, «[…] *dispone le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario ad acta, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine*

---

[307] Il termine è volutamente evocativo del pregevole scritto di G. SCIULLO, *Il comportamento dell'amministrazione nell'ottemperanza*, op. cit., pagg. 64 ss., al cui interno l'Autore si occupa di studiare l'ottemperanza nell'ottica dell'amministrazione.

[308] Ben ri-evocato da M. LIPARI, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, op. cit., pag. 6, quando richiama l'impostazione passata del sistema di giustizia amministrativa, ossia l'impostazione c.d. "classica" ove «[…] *la piena tutela giurisdizionale degli interessi legittimi doveva svolgersi, normalmente, attraverso un faticoso percorso "bifasico": I. in sede di cognizione, l'interessato può ottenere solo la pronuncia costitutiva di annullamento del provvedimento lesivo; II. nella eventuale e successiva fase di ottemperanza al giudicato, la parte può esigere una pronuncia ulteriore, volta ad adeguare la realtà giuridica e materiale ai contenuti della decisione favorevole*». L'Autore, invece, proprio in quanto (pag. 23) «[…] *il processo deve assicurare il principio di realizzazione integrale della pretesa, così come configurata sul piano sostanziale*», giunge ad affermare che «[l]*'idea della completezza della tutela non giustifica più la struttura "bifasica" del giudizio cognitorio. In tal senso si deve indicare il rilievo forte del principio di concentrazione, affermato dall'articolo 7, comma 7*». In conclusione, «[i]*l giudizio di cognizione non può essere artificiosamente spezzato sempre in due segmenti distinti. Anzi, la norma autorizza un passaggio ancora più ambizioso: anticipare alla fase della cognizione la stessa prefigurazione di alcuni degli aspetti esecutivi della sentenza*».

assegnato per l'ottemperanza»[309]. Ciò è sintomatico e conferma la tendenza al recupero di una sentenza "ricca" di contenuti e che espliciti al meglio ogni aspetto essenziale per l'esecuzione del *dictum*, contribuendo a realizzare altresì una (più generale) propensione verso l'"anticipo di esecuzione"[310] già in sede di cognizione.

Una volta che venisse accolta, dunque, la ri-costruzione suggerita del giudicato amministrativo a "spettanza stabilizzata", unitamente alle più moderne letture attente a combinare nella forma più satisfattiva i valori dell'effettività e della concentrazione giudiziaria, si potrebbe — visti peraltro, gli spunti di diritto positivo inclusi all'interno del (nuovo) Codice del processo amministrativo —

---

[309] Cfr., in proposito, T.a.r. Lombardia-Milano 1428/2011, laddove spiega che «[…] *la nuova "visione" del processo sta, soprattutto, nell'aver radicato tra le attribuzioni del giudice della cognizione il potere, una volta spendibile solo nella successiva sede dell'ottemperanza, di disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, ivi compresa la nomina di un commissario ad acta (art. 34 comma 1 lettera e). La previsione, con tutta evidenza, consente di esplicitare "a priori", ovvero nel dispositivo della sentenza, gli effetti conformativi e ripristinatori da cui discende la regola del rapporto, e non più "a posteriori", in sede di scrutinio della condotta tenuta dall'amministrazione dopo la sentenza di annullamento; ne consegue la possibilità di concentrare in un solo episodio giurisdizionale tutta quella attività di cognizione che prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza*».

[310] Come rilevato da R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel Codice del processo amministrativo*, op. cit., pag. 1730, infatti, la norma in commento «[…] *determina, in un'ottica di effettività e rapidità della tutela, un anticipo alla sede della cognizione di poteri prima attribuiti solo in sede di esecuzione e, quindi, nell'ampliare i poteri decisori del giudice, rende l'azione di annullamento più efficace ove il giudice decida di esercitare detti poteri*». M. LIPARI, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, op. cit., pag. 33, invece, ha fiducia nel fatto che «[u]*na sentenza di cognizione accresciuta da statuizioni "idonee" potrebbe scongiurare la stessa necessità di agire poi in ottemperanza o potrebbe condurre a prefigurare un'ottemperanza dai connotati strettamente esecutivi*». Sull'"anticipo di esecuzione", anche L. VIOLA, *Nuovi poteri sanzionatori del giudice amministrativo, astreintes e giudizio di ottemperanza*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2012, III-IV, pag. 594, rileva come i contenuti dell'art. 34 c.p.a. «[…] *(che si presentano come direttamente attuativi del principio di concentrazione della tutela oggi dettato dall'art. 7, comma 7 c.p.a.) abbiano sostanzialmente modificato la delimitazione dei limiti rispettivi dei giudizi di cognizione e ottemperanza finora conosciuta (spesso sintetizzata nella formula del "giudicato a formazione progressiva"), permettendo l'anticipazione dei provvedimenti propri della fase dell'ottemperanza al momento dell'adozione della sentenza conclusiva del giudizio di merito che oggi, oltre ad assumere un forte contenuto di atipicità, è da ritenersi comprensiva anche dei poteri propri della fase dell'ottemperanza*». Per un commento più generale all'art. 34 del c.p.a., si rinvia a R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo (D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)*, Milano, Giuffrè, 2010, in part. pagg. 258 ss. Infine, per un raffronto tra il sistema italiano di esecuzione della sentenza amministrativa e quello francese, specie con riguardo al (nuovo) "anticipo di esecuzione" italiano e il c.d. potere di "*injonction* a priori" del sistema francese, cfr. N. SPADARO, *L'esecuzione della sentenza amministrativa in Italia e in Francia*, in Dir. proc. amm., 2015, IV, pagg. 1483 ss., ma, soprattutto, pag. 1509.

deporre per un'impostazione dogmatica che confermi la natura di "processo di esecuzione" dell'ottemperanza, riponendo dunque ogni fiducia sulla completezza della "prima" fase di cognizione.

Seguendo tale proposta ricostruttiva, inoltre, dovrebbe essere relegato al ruolo di *extrema ratio* l'istituto — anch'esso positivizzato all'interno del Codice del processo amministrativo — dell'ottemperanza c.d. "chiarificatrice"[311]. Infatti, all'art. 112, comma 5, c.p.a.[312], nell'ottica deflattiva[313] dell'*actio iudicati* derivante dagli stimoli verso forme di collaborazione attiva della parte soccombente[314], si

---

311 Sottolinea i vantaggi che possono discendere da tale istituto F. FIGORILLI, *La difficile mediazione della Plenaria fra effettività della tutela e riedizione del potere nel nuovo giudizio di ottemperanza*, in Urb. app., 2013, VIII-IX, pag. 960. L'Autore, infatti, ravvisa le seguenti utilità attese dalla (nuova) "ottemperanza chiarificatrice": «[i]*n primo luogo, a seguito dell'iniziativa assunta da una delle parti, è possibile conoscere chiaramente quegli elementi in grado di guidare la successiva azione, riducendo così il rischio di dover procedere alla nomina del commissario ad acta cui affidare il compito di eseguire la sentenza, evitando altresì l'eventualità di incorrere in eventuali violazioni o elusione del giudicato. Per altro verso, tale meccanismo contribuisce a garantire mezzi efficaci per una definizione celere delle controversie, obiettivo questo che ha rappresentato da subito uno degli intenti perseguiti in via prioritaria dal legislatore chiamato a fornire risposte concrete sul piano dell'effettività della tutela. Ovviamente tale ricostruzione assegna al giudice dell'ottemperanza il ruolo di concorrere ad una più puntuale attuazione della sentenza divenuta incontrovertibile, fermo restando che è proprio quest'ultima a determinare il contenuto prescrittivo da cui discendono gli effetti conformativi cui dovranno ispirarsi le successive determinazioni dei pubblici poteri. Di conseguenza, la previsione di una eventuale ulteriore occasione per il giudice di ritornare, su istanza delle parti soccombenti, sulla propria pronuncia (divenuta incontrovertibile) può avere un senso, solo se preordinata a prevenire eventuali elusioni/violazioni del giudicato, senza con ciò minimante interferire sul contenuto della decisione già assunta*». In giurisprudenza cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569, in Foro it. 2012, XII, pagg. 612 ss., ove si spiega la *ratio* dell'istituto codificato all'art. 112, comma 5, c.p.a., ossia quella «[…] *di consentire, in attuazione del principio di celerità nella definizione delle controversie, alla parte che deve eseguire la sentenza di ottenere le indicazioni necessarie ad evitare di porre in essere attività di violazione o elusione del giudicato*». Analogamente, anche, Cons. St., sez. V, 19 giugno 2013, n. 3339, in Foro amm. C.d.s., 2013, VI, pagg. 1657 ss.; Cons. St., sez. IV, 17 dicembre 2012, n. 6468, in Foro amm. C.d.s., 2012, XII, pagg. 3228 ss. Per un'analisi della nuova disposizione concernente la c.d. "ottemperanza informativa", si rinvia a M. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, op. cit., pagg. 209 ss. Per una comparazione tra l'istituto domestico positivizzato all'art. 112, comma 5, c.p.a. e lo strumento francese del c.d. "*aide à l'execution*", cfr. N. SPADARO, *L'esecuzione della sentenza amministrativa in Italia e in Francia*, op. cit., pag. 1483.

312 Art. 112, comma 5, c.p.a. «[i]*l ricorso di cui al presente articolo può essere proposto anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza*».

313 In tal senso V. LOPILATO, *Giudizio di ottemperanza*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, op. cit., pag. 1076, il quale ritiene che la novità introdotta dal Codice del processo amministrativo «[…] *persegue una finalità deflattiva del contenzioso e non presuppone un inadempimento ma un'incertezza relativamente al contenuto della sentenza da ottemperare*».

314 Chiara la lettura di M. ANTONIOLI, *Spigolature sul nuovo giudizio di ottemperanza*, op. cit., pagg. 1313-1314. L'Autore, infatti, commenta le novità apportate dal Codice del processo amministrativo al giudizio di ottemperanza, ed in particolare l'ampliamento dell'oggetto del

consente di domandare al giudice una serie di "chiarimenti" in ordine al "come" ottemperare alla sentenza resa in esito alla conclusa fase di cognizione[315].

Sennonché, la suggerita ricostruzione di tale istituto come "eventualità residuale" discende dalla necessità di evitare possibili derive patologiche nel caso di un abuso di utilizzo dell'istituto. Infatti, il presupposto celato dietro la disposizione in commento è rappresentato dall'idea che la sentenza di merito presenti ambiti di oscurità e d'incertezza che possano rappresentare un freno od un ostacolo alla spontanea esecuzione di essa da parte del soccombente a causa di una lamentata difficoltà di comprensione circa il comportamento ottemperante da adottare.

Tuttavia, nella costruzione che qui si vuole suggerire per recuperare un (ritenuto) migliore equilibrio tra le fasi processuali, la sentenza di cognizione e il giudicato amministrativo (o meglio, parlando di esecuzione, l'ambito oggettivo di efficacia della sentenza[316]) debbono essere già per carattere loro completi,

---

relativo giudizio discendente dalla (nuova) possibilità «[…] *che la materia del contendere sia rappresentata dalla mera identificazione dell'attività da svolgere, onde consentire l'esatto adempimento degli obblighi aventi fonte nella pronunzia resa fra le parti. Si tratta, dunque, di una significativa dilatazione dell'area investita dal rimedio, il cui perimetro ricomprende un'azione esperibile anche dalla pubblica amministrazione. Sicché, l'ente pubblico ricorre non già per lamentare l'omesso adeguamento della situazione di fatto a quella di diritto, ma semplicemente per chiarire l'ambito, la portata e gli effetti del dictum, ai quali gli atti autoritativi si debbono conformare. Nell'evenienza ricordata, quindi, non viene allegata l'inottemperanza dalla parte ricorrente, ma la mera necessità di puntualizzare la precettività del decisum, la quale viene ad assurgere al rango di causa petendi*».

[315] Ovviamente, l'applicazione giurisprudenziale dell'istituto è attenta ad evitare che la richiesta di chiarimenti *ex* art. 112, comma 5, c.p.a., non si trasformi in un espediente per richiedere al giudice interrogativi astratti sul giudicato, in luogo di quesiti applicativi sulle modalità esecutive. Così, infatti, Cons. St., sez. VI, 25 ottobre 2012, n. 5469, in Dir. e giust. *online*, 2012, 26 novembre: «[i] *quesiti interpretativi da sottoporre al giudice dell'ottemperanza ai sensi dell'art. 112 comma 5 c.p.a. devono attenere alle modalità dell'ottemperanza, e devono pertanto avere i requisiti della concretezza e della rilevanza. Non si possono sottoporre al giudice dell'ottemperanza questioni astratte di interpretazione del giudicato, ma questioni specifiche che siano effettivamente insorte durante la fase dell'esecuzione del giudicato*».

[316] Visto che, a partire dalle modifiche introdotte dalla l. 21 luglio 2000, n. 205 (in particolare, dall'art. 10), l'accesso al giudizio di ottemperanza è consentito, non solo (come nel sistema delle origini) nei confronti delle sentenze del giudice amministrativo passate in giudicato, ma anche per le sentenze non sospese dal Consiglio di Stato (in grado di appello) anche se non ancora passate in giudicato, alla luce dell'estensione del generale principio di "esecutività" delle sentenze di primo grado all'ambito della giurisdizione amministrativa. Per un'analisi della problematica dell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo "non definitive", prima

esaurienti e chiari, visti gli obiettivi auspicati di "stabilità" del rapporto amministrativo e della "spettanza" (ove questa sia stata accertata come giuridicamente fondata). È proprio il giudice amministrativo della cognizione che, valorizzando anche il dettato sull'"anticipo di esecuzione" di cui all'appena citato art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a., dovrebbe chiarire *ex ante* ogni obbligo susseguente (alla sentenza) in capo all'amministrazione resistente per poter consentire l'immediata esecuzione (preferibilmente spontanea) della parte soccombente in giudizio.

Detto altrimenti, la fisiologia del sistema dovrebbe far leva più sulla corretta valorizzazione degli spunti di cui agli istituti di "concentrazione" e di "anticipo dell'esecuzione" che non sul rinvio alla fase successiva dell'ottemperanza, in ciò traendo la giustificazione da un'eccessiva enfasi scaricata sulla presenza della possibilità normativa (contenuta nell'art. 112, comma 5, c.p.a.) di chiedere, *ivi*, ogni chiarimento in merito all'esecuzione.

Tutto ciò potrebbe, forse, rappresentare un *input* positivo verso l'obiettivo di un più corretto ri-equilibro tra le fasi processuali, grazie anche al nuovo ruolo assunto dal giudicato amministrativo a "spettanza stabilizzata", che consentirà al contempo anche di realizzare una migliore implementazione (rispetto al passato) dei "valori funzionali"[317] del processo anche per quanto concerne la giurisdizione amministrativa.

---

delle modifiche apportate dalla l. 205/2000, si consulti B. MARCHETTI, *L'esecuzione della sentenza amministrativa non definitiva nell'ordinamento italiano e francese*, in Dir. pubbl., 1999, I, pagg. 125 ss.

[317] Contribuendo, dunque, ad adeguare il sistema agli insegnamenti della Corte Costituzionale, la quale, già da alcuni anni, sottolinea (così, in Corte Cost., 8 settembre 1995, n. 419, in Giur. it., 1996, I, pagg. 49 ss.) come «[…] *una volta intervenuta una pronuncia giurisdizionale la quale riconosca come ingiustamente lesivo dell'interesse del cittadino un determinato comportamento dell'amministrazione, o che detti le misure cautelari ritenute opportune e strumentali all'effettività del la tutela giurisdizionale, incombe sull'amministrazione l'obbligo di conformarsi ad essa; ed il contenuto di tale obbligo consiste appunto nell'attuazione di quel risultato pratico, tangibile, riconosciuto come giusto e necessario dal giudice. Ma proprio in base al già ricordato principio di effettività della tutela giurisdizionale deve ritenersi connotato intrinseco della stessa funzione giurisdizionale, nonché dell'imprescindibile esigenza di credibilità collegata al suo esercizio, il potere di imporre, anche coattivamente in caso di necessità, il rispetto della statuizione contenuta nella pronuncia e, quindi, in definitiva, il rispetto della legge stessa. Una decisione di giustizia che non possa essere portata ad effettiva esecuzione (eccettuati i casi di impossibilità dell'esecuzione in forma specifica) altro non sarebbe che un'inutile enunciazione di principi, con conseguente violazione degli artt. 24 e 113 della*

Solo per tale via, infatti, sarà possibile avere finalmente un sistema di "autentico" diritto processuale amministrativo realmente conforme ai canoni (costituzionali e sovranazionali) di effettività e satisfattività, nonché pienamente idoneo a soddisfare, ove possibile, i "bisogni di protezione" degli individui nei confronti delle patologie, delle inerzie e, più in generale, delle "ingiustizie" della funzione amministrativa che si spera, attraverso gli sviluppi continui del diritto sostanziale e della "cultura amministrativa", diminuiranno sempre più nel miraggio di un'azione amministrativa sempre legittima oltre che "giusta".

Costituzione, i quali garantiscono il soddisfacimento effettivo dei diritti e degli interessi accertati in giudizio nei confronti di qualsiasi soggetto; e quindi anche nei confronti di qualsiasi atto della pubblica autorità, senza distinzioni di sorta, pur se adottato da un organo avente rilievo costituzionale qual è il C.S.M.. In questi termini la previsione di una fase di esecuzione coattiva delle decisioni di giustizia, in quanto connotato intrinseco ed essenziale della stessa funzione giurisdizionale, deve ritenersi costituzionalmente necessaria».

CENNI CONCLUSIVI

L'analisi del «giudicato amministrativo» e degli effetti della sentenza resa in esito al giudizio di cognizione ha fornito un angolo visuale ottimale per la comprensione della "struttura" del processo amministrativo (tanto delle "origini", quanto "odierno") e del tipo (o meglio: della qualità) della tutela offerta.

In particolare, è emersa la peculiarità del modo in cui si è affrontato il problema del «giudicato» all'interno del processo amministrativo, ossia la patologica tendenza a far assumere a quest'ultimo il ruolo di "parentesi" nel ripetersi a "circolo vizioso" della sequenza "potere amministrativo — processo amministrativo — potere amministrativo", con evidente rischio di forte frustrazione della qualità "stabilizzante" propria dell'istituto del «giudicato» così come configurato negli studi di teoria generale del processo.

In particolare, la dottrina, sin dall'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, si è assunta l'arduo compito di valutare quanto la sentenza conclusiva della fase di cognizione fosse in grado di vincolare la ri-edizione del potere dell'amministrazione resistente al fine di poter, conseguentemente, comprendere il *quantum* di stabilità del risultato processuale favorevole che l'impianto di giustizia amministrativa era in grado di accordare al cittadino vittorioso in giudizio (o, viceversa, all'amministrazione in caso di dichiarata infondatezza delle azioni proposte). L'attenzione si è rivolta quindi, soprattutto, ad indagare i c.d. «limiti oggettivi» del giudicato, ossia l'ambito delle preclusioni discendenti dalla sentenza amministrativa che consentivano di porre limiti al ri-esercizio libero del potere amministrativo *post*-giudizio.

Era agevole infatti comprendere il rapporto inversamente proporzionale che sussiste tra i due termini, secondo cui alla maggiore dilatazione dei «limiti oggettivi» corrispondeva un minor spazio residuo (di libertà) per il potere della P.A.

Tuttavia, il problema dell'in-effettività della tutela giurisdizionale offerta dalla giurisdizione amministrativa e, soprattutto, della mancata attitudine "stabilizzante" del «giudicato amministrativo» trovava la sua ragion d'essere primaria nella tradizionale struttura "cassatoria" del processo amministrativo. Il che, specie per le posizioni giuridiche d'interesse legittimo "pretensivo", ha finito per scaricare l'enucleazione "in positivo" delle regole di disciplina del rapporto amministrativo nella fase di ottemperanza (visti i suoi caratteri di giurisdizione "anche in merito" che consentivano un ampliamento dei poteri cognitori e decisori del G.A. pesantemente contratti nella precedente fase di cognizione).

All'interno di quel modello di processo amministrativo, dunque, la riflessione sul «giudicato amministrativo» era confluita nel più ampio dibattito sull'«oggetto del processo», tra fautori di una concezione fortemente legata all'"atto" e, viceversa, autori propensi ad una dilatazione dello stesso comprensiva dell'intero "rapporto amministrativo" sostanziale. Il dibattito "giudizio sull'atto — giudizio sul rapporto" è divenuto ben presto un punto di confronto obbligato per ogni interprete che in ultim'analisi o doveva schierarsi a favore della maggior aderenza alla struttura "povera" del processo (quanto a tecniche processuali a disposizione del ricorrente ed a mezzi/poteri istruttori delle parti e del giudice), con evidente maggiore salvaguardia delle possibilità di esercizio del potere amministrativo lasciate libere dalle maglie del «giudicato amministrativo» a limiti oggettivi "contratti"; oppure doveva farsi carico di un'opera di costruzione teorica — a tratti forzata — per recuperare spazi di vincolo preclusivo e di stabilità ulteriore in capo alla sentenza resa all'esito del giudizio, sfruttando alcuni meccanismi di tipo preclusivo, quale la nota preclusione del c.d. "dedotto e deducibile".

S'è visto, tuttavia, come ambedue le impostazioni — qui riproposte in termini schematizzati (prescindendo dalle più svariate sfumature esistenti nelle tante teorie che si sono affacciate sul tema) — prestavano il fianco ad una serie di

limiti e di conseguenti critiche che hanno impedito di chiudere con una soluzione realmente appagante il dibattito.

All'introduzione del (nuovo) Codice del processo amministrativo il dibattito sul tema, che negli ultimi anni si stava eccessivamente chiudendo entro la dicotomia (ormai "logora") del "giudizio sull'atto — giudizio sul rapporto", può essere invece ripreso e affrontato su basi rinnovate.

Il Codice, grazie soprattutto alla pluralità di azioni sistematizzate nel suo articolato, ha consentito di porre in risalto (e di far confluire) all'interno dell'«oggetto del processo» la "pretesa" che anima il ricorrente fornendo un apparato rimediale in grado di ricreare una fisiologica strumentalità tra diritto sostanziale e diritto processuale e di ripristinare, altresì, rispetto al passato, una coincidenza tra "bisogni di protezione" e "tecniche processuali" a disposizione.

In tal modo, nell'ambito di un processo dominato dal principio dispositivo e senza forzature della cognizione giudiziale, s'è potuto mettere a disposizione del ricorrente una serie di azioni il cui *petitum* consente (almeno in "astratto") di porsi in chiave coerente con il "bene della vita" auspicato. Ed è giocoforza, dunque, vedere "a valle" del giudizio un contenuto della sentenza di cognizione idoneo (nella parte "dispositiva") ad attribuire la "spettanza" invocata (purché, in sede istruttoria, si sia riusciti a convincere l'organo giudicante in ordine alla fondatezza della propria domanda).

Si è cercato peraltro di mostrare come la presenza di una pluralità di azioni, seppur permetta di recuperare coerenza sul piano strutturale tra "bisogni" e *petitum* corrispondente, lasci residuare il rischio che il "bene della vita" riconosciuto possa essere conservato/acquisito unicamente in forma "precaria" e non con reale "stabilità" *pro futuro*.

Ed è qui che s'intercetta in pieno il tema del «giudicato amministrativo».

Onde evitare di perseverare con teorie che ricostruiscano i «limiti oggettivi» del «giudicato amministrativo» in chiave ristretta con connessi spazi dilatati di libertà di ri-edizione del potere amministrativo (fornendo

giustificazione alle nuove spendite di potere motivate sulla base di "altri" fatti costitutivi a fondamento del medesimo potere) si è cercato di prospettare due alternative ipotesi ricostruttive per cercare di raggiungere l'ambizioso obiettivo di un «giudicato amministrativo» — che si potrebbe definire definire — a "spettanza stabilizzata".

In primo luogo, nel dubbio che il principio della preclusione del "dedotto e deducibile" sia applicabile anche all'amministrazione resistente (in assenza di appositi fondamenti di diritto positivo che consentano tale affermazione), s'è proposto di enucleare un analogo onere ambientato, però, nella precedente fase "procedimentale". Ponendo l'accento, dunque, su di una serie di principi propri della funzione amministrativa e, per quanto concerne gli interessi legittimi pretensivi, anche su alcuni istituti di diritto positivo (quale, per tutti, il c.d. "preavviso di rigetto" *ex* art. 10-bis l. 241/1990), si è giunti ad enucleare un "onere di preclusione procedimentale" in capo alla P.A. procedente che contribuisca ad evitare, grazie alla spendita (reale o fittizia) di tutti i possibili fatti costitutivi che possano sorreggere un dato esercizio di potere amministrativo, ogni coda di ri-esercizio *post*-giudicato a detrimento della "spettanza" riconosciuta.

Tuttavia, qualora la costruzione di un detto "onere di preclusione procedimentale" possa essere criticata in ragione di prevalenti esigenze di economia (d'istruttoria) procedimentale onde evitare eccessivi aggravi contrari alle logiche del "risultato" (anche se, da un punto di vista di efficacia, in realtà, il modello "potere — processo — potere" dà adito a maggiori dispendi di energie giuridiche), s'è ipotizzata anche una soluzione alternativa che consenta, comunque, di traguardare gli obiettivi di stabilità coerenti anche con il quadro dei c.d. "valori funzionali" del processo sempre più cari alla più recente giurisprudenza.

In particolare, s'è cercato di valorizzare adeguatamente la fase dell'istruttoria processuale, e, *ivi*, soprattutto i poteri istruttori officiosi, per

stimolare un esaurimento degli spazi residui di discrezionalità e/o delle "alternative" amministrative residue all'interno del giudizio di cognizione onde giungere, sempre, ad una sentenza a "limiti oggettivi" completi e stabilizzanti. Un ruolo particolare, in tale ricostruzione, potrebbe essere assegnato all'istituto del c.d. "*remand*", da intendersi come strumento ordinario utilizzabile nella fase istruttoria del processo di cognizione e non (solo) in sede cautelare, al fine di evitare ogni possibile problema di "sostituzione" del giudice amministrativo alla P.A. (in contrasto con il principio di separazione dei poteri) e di poter, inoltre, provocare l'amministrazione nel riconsiderare tutti quegli aspetti del rapporto non emersi all'interno della prima fase procedimentale.

I riflessi di "sistema" delle ipotesi ricostruttive qui suggerite per un giudicato amministrativo "a spettanza stabilizzata" dovrebbero risultare apprezzabili anche perché consentirebbero di realizzare un miglior equilibrio tra fasi processuali e, più precisamente, tra la fase della cognizione e la (successiva) fase dell'ottemperanza. Infatti, quest'ultima non si troverebbe più ad assumere un compito di completamento cognitorio in funzione di supplenza delle lacune del (precedente) giudizio di cognizione, bensì acquisterebbe il ruolo di "vero" processo di esecuzione finalizzato a tradurre "in fatto" il *dictat* giudiziale in tutti quei casi di mancato spontaneo adempimento da parte del soggetto soccombente.

Tale conclusione è coerente d'altronde con il principio generale secondo cui l'esecuzione della sentenza amministrativa rappresenta un *posterius* logico rispetto al *prius* identificato dai «limiti oggettivi» del giudicato (o meglio: dall'ambito di «efficacia oggettiva» della sentenza). Tanto più sarà completa la "regola" fissata nella sentenza emessa in sede di cognizione, quanto più sarà vincolata e guidata la P.A. nell'adempimento degli obblighi nascenti dal giudicato, con un residuale giudizio di ottemperanza che svolga il ruolo di *extrema ratio* in funzione di sostituzione ai perduranti e patologici casi di continua inadempienza della P.A.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

AA.VV., *Annuario. Analisi economica e diritto amministrativo (2006). Atti del Convegno annuale (Venezia, 28-29 settembre 2006)*, Milano, Giuffrè, 2007.

AA.VV., *Atti del convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962.

AA.VV., *Pregiudizialità e connessione nel processo civile. Atti del 16 Convegno nazionale della Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Trieste, 2-3 ottobre 1987*, Rimini, Maggioli, 1989.

ABBAMONTE G., *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in AA.VV., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, I, Milano, Giuffrè, 1988.

ALBERTO R., *L'azione di esatto adempimento*, in M. BIN (a cura di), *La vendita. Garanzie e inadempimento*, Padova, Cedam, 1996.

ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965.

ALLENA M., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Ed. Sc., 2012.

ALLORIO E., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, Giuffrè, 1957.

ALLORIO E., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, Giuffrè, 1935.

ALLORIO E., *Natura della cosa giudicata*, in Riv. dir. proc. civ., 1935.

ALLORIO E., *Per una teoria dell'accertamento giudiziale*, in Jus, 1955.

ALLORIO E., *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in ID., *Problemi di diritto*, Milano, Giuffrè, 1957.

ALPA G., *Il revirement della Corte di Cassazione sulla responsabilità per la lesione di interessi legittimi*, in Resp. civ. prev., 1999.

ALPA G., SANINO M., STELLA RICHTER P., *Prime riflessioni sulla sentenza n. 500 delle sezioni unite della Cassazione relativa alla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi*, in Giust. civ., 1999.

AMORTH A., *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1939.

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 contradditorio "ad armi pari"*, in Giustizia-amministrativa.it, 2009.

ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, Jovene, 1960.

ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, Jovene, 1954.

ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, I, Napoli, Jovene, 1979.

ANDRIOLI V., *Esecuzione forzata giurisdizionale ed esecuzione del giudicato amministrativo*, in AA.VV., *Atti del convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, op. cit.

ANDRIOLI V., *Il principio del «ne bis in idem» e la dottrina del processo*, in Annali triestini, 1941.

ANDRIOLI V., *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, Jovene, 1961.

ANELLI C., *L'efficacia della cosa giudicata con particolare riguardo ai limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, in AA.VV., *Studi in onore di Antonino Papaldo*, Milano, Giuffrè, 1975.

ANTONIAZZI S., *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2005.

ANTONIOLI M., *Spigolature sul nuovo giudizio di ottemperanza*, in Dir. proc. amm., 2011.

ARENA G. (a cura di), *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, Maggioli, 2001.

ATTARDI A., *Diritto processuale civile*, I, 2ª ed., Padova, Cedam, 1997.

ATTARDI A., *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1990.

ATTARDI A., *La cosa giudicata*, in Jus, 1961.

ATTARDI A., *La revocazione*, Padova, Cedam, 1959.

AULETTA G., *Poteri formativi e diritti potestativi*, in Riv. dir. comm., 1939.

AURITI F., *Discorso di inaugurazione*, in Giust. amm., 1894.

AZZARITI G., *Dalla discrezionalità al potere: la prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, Cedam, 1989.

AZZENA A., *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1976.

BACCARINI S., *Giudizio amministrativo e abuso del processo*, in Dir. proc. amm., 2015.

BACCARINI S., *Scelta delle azioni e valutazione della necessità dell'annullamento per la tutela del ricorrente*, in Dir. proc. amm., 2011.

BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1966.

BARBERO D., *Studi di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1953.

BARONE G., *Autorità amministrativa contenziosa, rinnovazione del procedimento, obbligo di conformarsi al giudicato: un problema di limiti*, in Foro amm., 1968.

BARTOLINI A., *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2002.

BARTOLO DA SASSOFERRATO, in *De re iudicata* (D. 42, 1, 1), n. 1, fol. 105, *Commentaria in primam Digesti Novi partem*, Venetiis, 1575.

BAUR F., *Formzwang und Fallgerechtigkeit*, in Staatsanzeiger für Baden-Württemberg, 1961.

BEKKER E.I., *Die processualische consumption im classischen römischen recht*, Berlin, Hertz, 1853.

BELLAVITIS M., *L'identificazione delle azioni*, Padova-Venezia, 1924.

BENVENUTI F., *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1959.

BENVENUTI F., *Autotutela* (voce), in Enc. Dir., V, Milano, Treccani ed., 1959.

BENVENUTI F., *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova, Cedam, 1996.

BENVENUTI F., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in Rass. dir. pubbl., 1950.

BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1952.

BENVENUTI F., *Funzione. 1) Teoria generale* (voce), in Enc. Giur., Roma, Treccani, 1989.

BENVENUTI F., *Giudicato (dir. amm.)*, in Enc. dir., XVIII, Milano, Giuffrè, 1969.

BENVENUTI F., *L'impatto del procedimento nell'organizzazione e nell'ordinamento (quasi una conclusione autobiografica)*, in AA.VV., *Scritti in onore di Luigi Mengoni. Le Ragioni del diritto*, III, Milano, Giuffrè, 1995.

BENVENUTI F., *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1953, oggi in ID., *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, Vita e Pensiero, 2006.

BENVENUTI F., *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, Lib. Univ. Ed., 1975, oggi in ID., *Scritti giuridici*, op. cit.

BENVENUTI F., *Per un diritto amministrativo paritario*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, oggi in ID., *Scritti giuridici*, op. cit.

BENVENUTI F., *Scritti giuridici*, 5 voll., Milano, Vita & Pensiero, 2006.

BENVENUTI F., *Sul concetto di sanzione*, in Jus, 1955.

BENVENUTI F., *Valore delle pronunce ex art. 27 n. 4 T.U. del Consiglio di Stato e loro esecuzioni*, in AA.VV., *Atti del convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, op. cit.

BERTI G., *Connessione e giudizio amministrativo*, Padova, Cedam, 1970.

BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968.

BERTI G., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in Dir. e soc., 1980.

BERTI G., *Procedimento, procedura, partecipazione*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975.

BERTONAZZI L., *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, Giuffrè, 2005.

BETHMANN-HOLLWEG M.A. (VON), *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. Der römische Civilprozess*, I, Bonn, Marcus, 1864.

BETTI E., *D. 42, I 63 - Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, Stab. Tip. Bianchini, 1922.

BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, Roma, Foro it., 1936.

BIFULCO R., *Art. 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A. (a cura di), *L'Europa dei diritti: commentario della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2001.

BOBBIO N., *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1955.

BODDA P., *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1950.

BONSIGNORI A., *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, Bologna, Zanichelli, 1999.

BORRÈ G., *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, Jovene, 1966.

BORSI U., *Il preteso atto amministrativo tacito nel silenzio della pubblica amministrazione*, in Foro amm., 1931.

BORSI U., *La giustizia amministrativa*, VII, Padova, Cedam, 1941.

BÖTTICHER E., *Kritische Beiträgezur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess*, Berlin, Liebmann, 1930.

BOTTINO G., *Articolo 10-bis. (Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza)*, in ITALIA V. (a cura di), *L'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2005.

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 amm. T.a.r., 2005.

BOWER G.S., *The doctrine of res iudicata*, London, Butterworth, 1924.

BOZZI C., *Interesse e diritto* (voce), Nss. Dig. It., VIII, Torino, Utet, 1962.

BOZZI G., *Conseguenze della sopravvenienza di norme edilizie ed urbanistiche nei confronti del giudicato amministrativo di annullamento di diniego di licenza edilizia*, in Foro amm., 1971.

BRIANI R., *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo. Una lettura alla luce dell'art. 111 della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2013.

BRINZ A. (VON), *Lehrbuch der Pandekten*, I, Erlangen, Deichert, 1873.

BÜLOW O., *Absolute Rechtskraft des Urtheils*, Freiburg, Mohr, 1894.

BUONCRISTIANI D., *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, Giappichelli, 2001.

BUSNELLI F.D., *Considerazioni sul significato e sulla natura della cosa giudicata*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1961.

BUSNELLI F.D., *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, in Riv. dir. civ., 2000.

CACCIAVILLANI C., *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, Cedam, 2004.

CACCIAVILLANI C., *Giurisdizione sui contratti pubblici*, in giustizia-amministrativa.it, 2008.

CAIANIELLO V., *Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo: suggestioni del pensiero di Aldo Sandulli*, in Dir. proc. amm., 1994.

CAIANIELLO V., Intervento al Convegno sui "*Problemi del nuovo processo amministrativo*", in Imp., amb. e p.a., 1977.

CAIANIELLO V., *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in Foro amm., 1980.

CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, Torino, 1994.

CAIANIELLO V., *Rapporti tra procedimento amministrativo e processo*, in Dir. proc. amm., 1993.

CALABRÒ C., *Giudicato - Diritto processuale amministrativo* (voce), in Enc. Giur., XV, Roma, Treccani, 2003.

CALABRÒ C., *Il giudizio di ottemperanza*, in AA.VV., *Studi per il centocinquantenario del Consiglio di Stato*, III, Roma, Ist. pol. e Zecca dello Stato, 1981.

CALABRÒ C., *L'ottemperanza come "prosecuzione" del giudizio amministrativo*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1981.

CALAMANDREI P., *Il processo come giuoco*, in Riv. dir. proc., 1950.

CALAMANDREI P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, Cedam, 1936.

CALAMANDREI P., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1943.

CALAMANDREI P., *Limiti tra giurisdizione e amministrazione*, in ID., *Studi sul processo civile*, I, Padova, Cedam, 1930.

CAMMELLI M., *Amministrazione di risultato*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, 2005.

CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, Vallardi, s.d.

CAMMEO F., *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato e della G.P.A.*, in Giur. it., 1937.

CANNADA BARTOLI E., *Aspetti processuali dell'art. 27, n. 4 della legge sul Consiglio di Stato*, in Riv. it. sc. giur., 1949.

CANNADA BARTOLI E., *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1950.

CAO L., *Vendita di cosa viziata e azione di esatto adempimento*, in Giur. it., 1981.

CAPACCIOLI E., *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, Milano, Giuffrè, 1963.

CAPACCIOLI E., *Per l'effettività della giustizia amministrativa (Saggio sul giudicato amministrativo)*, in ID., *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1978; già in Imp. amb. e p.a., 1977.

CAPOGRASSI G., *Giudizio processo scienza verità*, in Riv. dir. proc., 1950.

CAPONIGRO R., *Il principio di effettività della tutela nel Codice del processo amministrativo*, in Foro amm. C.d.S., 2011.

CAPORALE M., *Dal Consiglio di Stato un tentativo di canonizzazione della motivazione postuma*, in Giur. it., 2014.

CAPPELLINI P., *Teoria e scienza del diritto (teoria generale)* (voce), in Enc. Dir., vol. XLIV, Milano, Giuffrè, 1992.

CAPUTI JAMBRENGHI M.T.P., *Il principio del legittimo affidamento*, in RENNA M., SAITTA F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, op. cit.

CARBONE A., *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*, in Foro amm. T.a.r., 2011.

CARBONE A., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012.

CARBONE A., *La nullità e l'azione di accertamento nel processo amministrativo*, in Dir. amm., 2009.

CARBONE A., *Pluralità delle azioni e tutela di mero accertamento nel nuovo processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2013.

CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike, 2015.

CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, Napoli, Morano, 1958.

CARNELUTTI F., *Efficacia diretta ed efficacia riflessa della cosa giudicata*, in ID., *Studi di diritto processuale*, I, Padova, Cedam, 1925.

CARNELUTTI F., *Efficacia, autorità ed immutabilità*, in Riv. dir. proc. civ., 1935.

CARNELUTTI F., *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, Foro it., 1956.

CARNELUTTI F., *La prova civile*, 2ª ed., Roma, Ed. ateneo, 1947.

CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile*, IV, Padova, Cedam, 1930 (rist.).

CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1925.

CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1936.

CARPENTIERI P., *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del Codice del processo amministrativo)*, in Dir. proc. amm., 2013.

CARPI F., *Esecutorietà (dir. proc. civ.)* (voce), in Enc. giur., XIII, Roma, Treccani ed., 1989.

CARPI F., *L'efficacia «ultra partes» della sentenza civile*, Milano, Giuffrè, 1974.

CARPI F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, Giuffrè, 1979.

CARRATTA A., *Il principio di non contestazione nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1955.

CASETTA E., *Attività e atto amministrativo*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1957.

CASETTA E., *Diritti pubblici subbiettivi* (voce), in Enc. dir., XII, Milano, Giuffrè, 1964.

CASETTA E., *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1952.

CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011.

CASETTA E., *Sulla potestà di annullamento d'ufficio, di revoca e di rinuncia della pubblica amministrazione di fronte al giudicato amministrativo*, in Rass. dir. pubbl., 1951.

CASSARINO S., *Attuali problemi del processo amministrativo*, in Foro amm., 1994.

CASSARINO S., *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1956.

CASSESE S., *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in PASQUINI G., SANDULLI A. (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 2001.

CASSESE S., *Le ingiustizie della giustizia amministrativa italiana*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1984.

CASTRO S., *Il giudizio di ottemperanza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2012.

CASTRONOVO C., *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in Eur. dir. priv., 1999.

CATANIA A., *Manuale di teoria generale del diritto*, Bari, Laterza, 2010.

CAVALLO B., *Provvedimenti e atti amministrativi*, in SANTANIELLO G. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1993.

CENDON P., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, Giuffrè, 2012.

CERINO CANOVA A., *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, Torino, Utet, 1980.

CERRI A., *Potere e potestà*, in Enc. giur., Roma, Treccani ed., 1998.

CERULLI IRELLI V. (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo: commento alla legge 21 luglio 2000 n. 205*, Torino, Giappichelli, 2000.

CERULLI IRELLI V., DE LUCIA L. (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2009.

CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, in Dir. proc. amm., 2012.

CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*, in Dir. proc. amm., 2004.

CERULLI IRELLI V., *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2014.

CERULLI IRELLI V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010.

CERULLI IRELLI V., *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in Dir. pubbl., 2004.

CERULLI IRELLI V., *Osservazioni generali sulla legge di modifica della L. n. 241/90 – II parte*, in Giust. amm., 2005.

CERULLI IRELLI V., *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea,* in Riv. it. dir. pubbl. com., 2008.

CHEVALLIER J., *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970.

CHIEPPA R., *Il codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo (D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)*, Milano, Giuffrè, 2010.

CHIOVENDA G., *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in Riv. dir. proc. civ., 1933.

CHIOVENDA G., *Cosa giudicata e preclusione*, in Riv. it. sc. giur., 1933.

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, 3ª rist., Napoli, Jovene, 1947.

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, Jovene, 1935.

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1933.

CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, 3ª ed., Napoli, Jovene, 1923.

CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965.

CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1928.

CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1906.

CHIOVENDA G., *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, Foro it., 1931.

CHIRULLI P., *L'istruttoria*, in CARANTA R. (diretto da), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, Zanichelli, 2011.

CHITI M.P., *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto processuale amministrativo*, in PIZZORUSSO A., VARANO V. (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, Giuffrè, 1985.

CHIZZINI A., *Art. 2907 c.c.* (commento), in CIAN G., TRABUCCHI A. (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, 8ª ed., Padova, Cedam, 2007.

CHIZZINI A., BERTONAZZI L., *L'istruttoria*, in SASSANI B., VILLATA R. (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, op. cit.

CHIZZINI A., *L'intervento adesivo*, Padova, Cedam, 1992.

CHIZZINI A., *Sentenza nel diritto processuale civile*, in Dig. Civ., Torino, Utet, 1998.

CIFERNI B., *La "discrezionalità esaurita" ed il suo accertamento nel processo amministrativo: considerazioni e spunti ricostruttivi alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in Giustamm.it, 2016.

CIRILLO G.P. (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, Cedam, 2014.

CIRILLO G.P., CHIEPPA R. (a cura di), *Le autorità indipendenti*, Padova, Cedam, 2010.

CIRILLO G.P., *Introduzione*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, op. cit.

CIVITARESE MATTEUCCI S., *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, Giappichelli, 2006.

CLARICH M., , *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "riletta" dalla Corte Costituzionale. La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata*, in Giorn. dir. amm., 2004.

CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989.

CLARICH M., *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive ed orientamenti giurisprudenziali*, in Dir. proc. amm., 1985.

CLARICH M., *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in Dir. proc. amm., 1998.

CLARICH M., *La giustizia*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003.

CLARICH M., *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in Giustizia-amministrativa.it, 2010.

CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2015.

CLARICH M., *Nei "bisogni di tutela" l'asse portante del sistema*, in Guida al diritto - Dossier, 2011.

CLARICH M., *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1995.

CLARICH M., *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2005.

CLARICH M., URBANO G., *L'esecuzione delle sentenze amministrative tra giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione ordinario*, in Giur. it., 2014.

COCOZZA G., *Effettività della tutela e giudizio di ottemperanza. Nuove prospettive alla luce del codice del processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2011.

CODACCI PISANELLI A., *Le decisioni del Consiglio di Stato e il loro preteso annullamento giudiziario*, in Giur. it., 1893.

CODINI E., *Scelte amministrative e sindacato giurisprudenziale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, Jovene, 2008.

COESTER R., *Die Rechtskraft des Staatsakte*, München, Duncker & Humblot, 1927.

COGLIOLO P., *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata secondo il diritto romano e il codice civile italiano con accenni al diritto intermedio*, Torino, Fratelli Bocca, 1883.

COHN E.J., *Die materielle Rechtskraft im englischen Recht*, in *Festschrift für Hans Carl Nipperdey*, I, Berlin und München, Beck, 1965.

COLAVECCHIO A., *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, Giappichelli, 2013.

COLESANTI V., *Sentenza civile (revocazione della)* (voce), in Nss. Dig. it., XVI, Torino, Utet, 1969.

COMOGLIO L.P., *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in Riv. dir. proc., 2008.

COMOGLIO L.P., *Contraddittorio* (voce), in Dig. disc. priv., IV, Torino, Utet, 1989.

COMOGLIO L.P., *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino, Giappichelli, 2004.

COMPORTI G.D., *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, Giappichelli, 2003.

CONSOLO C., *Domanda giudiziale* (voce), in Dig. disc. priv., VII, Torino, UTET, 1991.

CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, Cedam, 2012.

CONSOLO C., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. Parte I. Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1991.

CONSOLO C., *Per un giudicato pieno e paritario a prezzo di un procedimento amministrativo all'insegna del principio di preclusione*, in Dir. proc. amm., 1990.

CORAGGIO G., *Merito amministrativo* (voce), in Enc. dir., XXVI, Milano, Giuffrè, 1970.

CORPACI A., *La comunicazione dell'avvio del procedimento alla luce dei primi riscontri giurisprudenziali*, in Le Regioni, 1994.

CORSO G., *Abuso del processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2016.

CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2013.

CORSO G., *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in Foro it., 1989.

CORSO G., *Validità (dir. amm.)*, in Enc. dir., XLVI, Milano, 1993.

COSTA S., *Contributo al concetto di capo di sentenza nel processo civile*, Sassari, Gallizzi, 1931.

COSTA S., *Diritto processuale civile*, Torino, Utet, 1980.

CROME C., *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, Tübingen, Mohr, 1900-1912.

D'ALBERTI M., PAJNO A., *Il giudice amministrativo tra tutela giurisdizionale e creazione giurisprudenziale*, in BESSONE M. (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 1996.

D'ALESSIO F., *Competenza amministrativa*, in Nov. dig. it., III, Torino, Utet, 1938.

D'ALESSIO F., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Torino, Un. tip. ed., 2° ed., 1934.

D'ALTERIO E., *La funzione di regolazione delle corti nello spazio amministrativo globale*, Milano, Giuffrè, 2011.

D'ANGELO F., *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino, Giappichelli, 2013.

D'ANGELO G., *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 2008.

D'ONOFRIO P., *Identificazione delle azioni in rapporto alla teoria della litispendenza e della cosa giudicata*, Benevento, Coop. tip., 1924.

DARESTE R., *La justice administrative en France; ou, Traité du contentieux de l'administration*, Paris, Durand, 1862.

DE GIORGI CEZZI G., *Sulla "inesauribilità" del potere amministrativo*, in Urb. app., 2002.

DE LUCA G., *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, Giuffrè, 1963.

DE PRETIS D., *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2002.

DE STEFANO G., *Note sull'abuso del processo*, in Riv. dir. proc., 1964.

DENTI V., *Ancora sull'efficacia della decisione di questioni preliminari di merito*, in Riv. dir. proc., 1970.

DENTI V., *I giudicati sulla fattispecie*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1957.

DENTI V., *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, Giuffrè, 1953.

DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2003.

DOMAT J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Chez Jean Baptiste Coignard, 1689.

ENRIQUES E., *La sentenza come fatto giuridico*, Padova, Cedam, 1937.

EVANGELISTA S., *Motivazione della sentenza* (voce), in Enc. Dir., Milano, Giuffrè, 1977.

FABBRINI G., *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano, Giuffrè, 1973.

FADDA R., *L'azione di esatto adempimento*, in BUONOCORE V., LUMINOSO A., MIRAGLIA C. (a cura di), *Codice della vendita*, Milano, Giuffrè, 2001.

FAIREN GUILLEN V., *Doctrina general del derecho procesal*, Barcelona, Bosch, 1990.

FALCON G.D., *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in Dir. proc. amm., 2001.

FALCON G.D., *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2009.

FALZEA A., *Accertamento* (voce), in Enc. Dir., Vol. I, Milano, Giuffrè, 1958.

FALZEA A., *Efficacia* (voce), in Enc. Dir., Vol. XIV, Milano, Giuffrè, 1958.

FALZEA A., *Giusto processo*, in AA.VV., *Il giusto processo. Atti del Convegno (Roma, 28-29 marzo 2002)*, Roma, Acc. naz. Lincei, 2003.

FALZEA A., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1999.

FALZEA A., *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1970.

FANTI V., *La "nuova" comunicazione nel procedimento amministrativo*, in Urb. app., 2005.

FAZZALARI E., *Appunti di teoria generale del processo*, Pisa, Coop. Lib. Univ., 1966.

FAZZALARI E., *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1956.

FAZZALARI E., *La giurisdizione volontaria*, Padova, Cedam, 1953.

FAZZALARI E., *Processo (Teoria generale)*, in Nss. Dig. It., vol. XIII, Torino, Utet, 1966.

FAZZALARI E., *Processo civile (diritto vigente)*, in Enc. Dir., XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987.

FAZZALARI E., *Revocazione (dir. proc. civ.)* (voce), in Enc. dir., XL, Milano, Giuffrè, 1989.

FAZZALARI E., *Sentenza civile*, in Enc. Dir., Milano, Giuffrè, 1989.

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., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al facere*, in Dir. proc. amm., 2013.

FERRARA L., *L'allegazione dei fatti e la loro prova nella disciplina dell'annullabilità non pronunciabile: problematiche processuali e trasformazioni sostanziali*, in Dir. proc. amm., 2010.

FERRARA L., *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza nel riformato quadro delle garanzie procedimentali*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, II, Padova, Cedam, 2007.

FERRARI E., *La decisione giurisdizionale amministrativa: sentenza di accertamento o sentenza costitutiva?*, in Dir. proc. amm., 1988.

FERRARI G., *Integrazione della motivazione del provvedimento amministrativo nel corso del giudizio*, in Giur. mer., 2012.

FERRI C., *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, Cedam, 1970.

FERRI C., *Sentenze a contenuto processuale e cosa giudicata*, in Riv. dir. proc., 1966.

FERRI C., *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, Cedam, 1975.

FERRONI L., *Obblighi di fare e eseguibilità*, Napoli, E.S.I., 1983.

FIGORILLI F., *La difficile mediazione della Plenaria fra effettività della tutela e riedizione del potere nel nuovo giudizio di ottemperanza*, in Urb. app., 2013.

FOLLIERI F., *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2012.

FORSTHOFF E., *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, München und Berlin, C.H. Beck, 1966.

FORTI U., *Il ricorso al Consiglio di Stato contro il mancato adempimento dell'obbligo della autorità amministrativa di conformarsi al giudicato della autorità giudiziaria*, in ID., *Studi di diritto pubblico*, II, Roma, Ed. Foro it., 1937.

FOYER J., *De l'autorité de la chose jugée en matière civile, essai d'une définition*, Paris, Thèse, 1954.

FRACCHIA F., *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi alla risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*, in Foro it., 1999.

FRACCHIA F., *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione "esclusiva" alla giurisdizione del giudice amministrativo*, in Foro it., 2004.

FRACCHIA F., OCCHIENA M., *Articolo 21 octies, comma 2*, in PAOLANTONIO N., POLICE A., ZITO A. (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, Giappichelli, 2005.

FRACCHIA F., OCCHIENA M., *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in Giust. amm., 2005.

FRANCARIO F., *Inerzia e inottemperanza al giudicato: spunti per una riflessione sull'atto di ottemperanza*, in Foro Amm., 1985.

FREDIANI E., *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al preavviso di rigetto*, in Dir. amm., 2005.

FREUDENSTEIN C.G., *Die Rechtskraft nach der Reichscivilprocessordnung und ihre Wirkungen auf die subjectiven Rechte*, Hamburg, Preußischer Kulturbesitz, 1884.

FROMONT M., *La convergence des systèmes de justice administrative en Europe*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2001.

GAFFURI F., *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, Giuffrè, 2006.

GALETTA D.U., *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2005.

GALLIANO SANTORO M., *La forza obbligatoria delle decisioni della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in Riv. dir. pubbl., 1921.

GALLO C.E., *Giudicato amministrativo e successione di leggi nel tempo*, in Foro it., 1980.

GALLO C.E., *La prova nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991.

GALLO C.E., *Ottemperanza (giudizio di) (diritto processuale amministrativo)*, in Enc. Dir., Ann., II, Milano, Giuffrè, 2008.

GARBAGNATI E., *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*, 5ª ed., Milano, Giuffrè, 1979.

GARBAGNATI E., *La giurisdizione amministrativa: concetto ed oggetto*, Milano, Giuffrè, 1950.

GARBAGNATI E., *Sull'impugnazione dei provvedimenti emessi in forma di ordinanza*, in Giur. it., 1949.

GARCÍA DE ENTERRÍA E., *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2010.

GARDINI G., *Comunicazione di avvio e partecipazione procedimentale: costi e benefici di una regola di democrazia*, in Giorn. dir. amm., 2001.

GARDINI G., *Le regole dell'informazione*, Milano, Mondadori, 2005.

GASPARRI G., *Competenza in materia amministrativa*, in Enc. Dir., VIII, Milano, Giuffrè, 1961.

GASPARRI P., *Corso di diritto amministrativo*, III, Padova, Cedam, 1956.

GERI BIGLIAZZI L., *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1967.

GHIRGA M.F., *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, Giuffrè, 2012.

GHIRGA M.F., *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale,* Milano, Giuffrè, 2004.

GIACCHETTI S., *Fontanazzi giuridici: l'integrazione in corso di giudizio del provvedimento impugnato*, in Dir. proc. amm., 1995.

GIACCHETTI S., *Il commissario ad acta nel giudizio di ottemperanza: si apre un dibattito*, in Foro amm., 1986.

GIACCHETTI S., *L'oggetto del giudizio amministrativo*, in AA.VV., *Studi per il centocinquantenario del Consiglio di Stato*, Roma, Ist. pol. e Zecca dello Stato, 1981.

GIACCHETTI S., *La crisi di effettività della giustizia amministrativa e il ruolo del giudizio di ottemperanza*, in Foro amm., 1988.

GIACCHETTI S., *La legge sul procedimento tre anni dopo*, in Foro amm., 1994.

GIACCHETTI S., *Un abito nuovo per il giudizio di ottemperanza*, in Foro Amm., 1979.

GIANI L., *Giudice amministrativo e cognizione del fatto (il pensiero di Antonio Romano)*, in Dir. amm., 2014.

GIANI L., *La fase istruttoria*, in SCOCA F.G. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2013.

GIANNINI M.S., *Contenuto e limiti del giudizio di ottemperanza*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1960.

GIANNINI M.S., *Corso di diritto amministrativo. L'attività amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1970.

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1970.

GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in Riv. dir. proc., 1963.

GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939.

GIANNINI M.S., *La giustizia amministrativa*, Roma, Jandi Sapi ed., 1972.

GIANNINI M.S., *Motivazione dell'atto amministrativo* (voce), in Enc. dir., XXVII, Milano, Giuffrè, 1977.

GIANNINI M.S., PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in Enc. dir., vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970.

GIANNINI M.S., *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in Stato e dir., 1941.

GIANNINI M.S., *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940), in Quad. fior., 1973.

GIGLI A., *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Ed. scient., 2016.

GILIBERTI B., *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013.

GIOIOSA M., *Amministrazione di risultato e tutela giurisdizionale*, Napoli, Jovene, 2012.

GIORGIANNI M., *Il negozio d'accertamento*, Milano, Giuffrè, 1939.

GISONDI R., *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, in Giustizia-amministrativa.it, 2010.

GIUSTI A., *Il codice del processo amministrativo dopo il secondo correttivo*, in Federalismi.it, 2013.

GLEIJESES A., *Per una teoria dell'azione processuale amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1961.

GLEIJESES A., *Profili sostanziali del processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 1962.

GNEIST R. (VON), *Lo stato secondo il diritto, ossia, La giustizia nell'amministrazione politica* (trad. a cura di ARTOM I.), Bologna, Zanichelli, 1880.

GOGGIAMANI F., *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2005.

GOISIS F., *Vincolo di strumentalità e misure cautelari di contenuto "propulsivo" nel processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2008.

GOLDSCHMIDT J., *Der prozess als Rechtslage*, Berlin, J. Springer, 1925.

GOZZI M., *Il frazionamento del credito in plurime iniziative giudiziali, tra principio dispositivo e abuso del processo*, in Riv. dir. proc., 2008.

GRAZIOSI A., *Pluralità di azioni a tutela dello stesso diritto (frazionato) o abuso del diritto di azione?*, in AA.VV., *Studi in onore di Modestino Acone*, Napoli, Jovene, I, 2010.

GRECO G., *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, I, 2013.

GRECO G., *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in Dir. amm., 2014.

GRECO G., *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto*, in ANDREIS M. (a cura di), *Trasformazioni dell'amministrazione e nuova giurisdizione*, Milano, Giuffrè, 2004.

GRECO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980.

GRECO G., *L'articolo 2 della legge 21 luglio 2000, n. 205*, in Dir. proc. amm., 2002.

GRECO G., *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in Dir. proc. amm., 1992.

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

GUCCIONE G., *Il ricorso avverso il silenzio-inadempimento dell'amministrazione: breve ricostruzione storica dell'istituto ed applicazioni giurisprudenziali del rito ex art. 2 della legge 21 luglio 2000, n. 205*, in Dir. proc. amm., 2004.

GUICCIARDI E., *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in Arch. dir. pubbl., 1937.

GUICCIARDI E., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, in Giur. it., 1941.

GUICCIARDI E., *L'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato dei Tribunali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, Cedam, 1939.

GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1953.

GUICCIARDI E., *Norme di relazione e norme di azione: giudice ordinario e giudice amministrativo*, in Giur. it., 1951.

HALSBURY, *Estoppel*, in *The laws of Englands*, XV, London, Butterworth, 1956.

HEINITZ E., *Considerazioni attuali sui limiti oggettivi del giudicato*, in Giur. it., 1955.

HEINITZ E., *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, Cedam, 1937.

HELLWIG K., *Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts*, III, Leipzig, A. Deichert, 1903.

HELLWIG K., *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, Leipzig, 1901.

HUC T., *Commentaire théorique et pratique du code civil*, Paris, F. Pichon, 1894.

IANNOTTA L., *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in Dir. proc. amm., 1998.

IANNOTTA L., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in Dir. proc. amm., 2005.

IMPAGNATIELLO G., *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 2010.

IRTI N., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in Riv. dir. civ., 2014.

JAEGER N., *La riconvenzione nel processo civile*, Padova, Cedam, 1930.

JELLINEK G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, J.C.B. Mohr, 1892, trad. (a cura di VITAGLIANO G.) JELLINEK G., *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milano, Soc. ed. lib., 1912.

JORI M., *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995.

KELLER F.L. (VON), *Über «litis contestation» und Urtheil nach classischem römischem Recht*, Zürich, Geßner, 1827.

KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (a cura di R. TREVES), Torino, Einaudi, 1952.

KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, Edizioni di comunità, 1963.

KLITSCHE DE LA GRANGE A., *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, in Riv. dir. proc., 1959.

KOHLER J., *Der Prozess als Rechtsverhältnis*, Mannheim, 1888.

KOHLER J., *Kompensation und Prozess*, in Zeitschrift für deutschen Civilprozess, 1894.

KUHN T., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, Einaudi, 1969.

LA VALLE F., *Azione di impugnazione e azione di adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, in Jus, 1965.

LA VALLE F., *Il vincolo del giudice amministrativo ai motivi di parte*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1966.

LA VALLE F., *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza delle libertà e dei diritti*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1969.

LAFERRIÈRE E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault et cie, 1896.

LANCELLOTTI F., *Esecuzione provvisoria* (voce), in Nss. Dig. it., VI, Torino, Utet, 1960.

LANCELLOTTI F., *Sentenza civile*, in Nss. Dig. it., Torino, Utet, 1969.

LEDDA F., *Efficacia del processo ed ipoteca degli schemi*, in AA.VV., *Per una giustizia amministrativa più celere ed efficace*, Milano, Giuffrè, 1993, oggi in ID., *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002.

LEDDA F., *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1964.

LENER A., *Potere (dir. priv.)*, in Enc. dir., XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985.

LENOAN H., *La procédure devant le Conseil d'Etat: statuant au contentieux en première et dernière instance*, Paris, Dalloz, 1954.

LENT F., *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgherlichen Recht und Zivilprozess*, Leipzig, 1916.

LEONE C., *Il principio di continuità dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2007.

LESSONA S., *Giudicato di legittimità dell'atto amministrativo e potere di autoimpugnativa*, in Foro it., 1949.

LEVI F., *Attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967.

LIEBMAN E.T., *Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata*, in Riv. dir. proc. civ., 1936.

LIEBMAN E.T., *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, Giuffrè, 1935.

LIEBMAN E.T., *Efficacia ed autorità della sentenza*, rist., Milano, Giuffrè, 1962.

LIEBMAN E.T., *Giudicato* (voce), in Enc. Giur., Roma, Treccani, 1989.

LIEBMAN E.T., *L'azione nella teoria del processo civile*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, II, Padova, Cedam, 1950.

LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1980.

LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, Milano, Giuffrè, 2007.

LIPARI M., *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, in Federalismi.it, 2010.

LOPILATO V., *Giudizio di ottemperanza*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, op. cit.

LUBRANO E., *Le azioni a tutela degli interessi pretensivi nel nuovo processo amministrativo*, Roma, Ist. ed. reg. it., 2012.

LUCIANI F., *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, Torino, Giappichelli, 2010.

LUCIANI F., *Funzione amministrativa, situazioni soggettive e tecniche giurisdizionali di tutela*, in Dir. proc. amm., 2009.

LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, I, Milano, Giuffrè, 2007.

LUISO F.P., *Esecuzione forzata: II) Esecuzione forzata in forma specifica*, in Enc. giur., Roma, Treccani ed., 1989.

LUISO F.P., *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso i terzi,* Milano, Giuffrè, 1981.

M. NIGRO, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, in Foro it., 1967, oggi in ID., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1996.

MAFFEZZONI M., *Il commissario ad acta organo del giudice dell'ottemperanza*, in Foro amm., 1986.

MANCINI P.S., PISANELLI G., SCIALOJA A. (a cura di), *Commentario del Codice di procedura civile per gli stati sardi*, IV, Torino, Utet, 1857.

MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 1978.

MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile*, Torino, Utet, 1987.

MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, I, 19ª ed., Torino, Giappichelli, 2007.

MANDRIOLI C., *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in Dig. disc. priv. (sez. civ.), Torino, Utet, 1991.

MANDRIOLI C., *L'azione esecutiva*, Milano, Giuffrè, 1956.

MANDRIOLI C., *Riflessioni in tema di «petitum» e di «causa petendi»*, in Riv. dir. proc., 1984.

MANDRIOLI C., *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1976.

MANFREDI G., *Doverosità dell'annullamento vs. annullamento doveroso*, in Dir. proc. amm., 2011.

MANGANARO F., *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, E.S.I., 1995.

MANNORI L., SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma, Laterza, 2006.

MANZIN M., PUPPO F. (a cura di), *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Milano, Giuffrè, 2008.

MARCHETTI B., *L'esecuzione della sentenza amministrativa non definitiva nell'ordinamento italiano e francese*, in Dir. pubbl., 1999.

MARCHETTI B., *L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato*, Padova, Cedam, 2000.

MARI G., *Giudice amministrativo ed effettività della tutela. L'evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013.

MARIUZZO F., *Commento all'art. 7 della L. n. 241/1990*, in ITALIA V., BASSANI M. (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Giuffrè, Milano, 1991.

MARRONE M., *Dal divieto di agere acta all'auctoritas rei iudicatae. Alle radici delle moderne dottrine del giudicato*, in AA.VV., *Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, II, Napoli, Jovene, 1997.

MARRONE M., *L'effetto normativo della sentenza (Corso di diritto romano)*, Palermo, Manfredi ed., 1960.

MASUCCI A., *Il processo amministrativo in Francia*, Milano, Giuffrè, 1995.

MASUCCI A., *La legge tedesca sul processo amministrativo*, in Quaderni dir. proc. amm., II, Milano, Giuffrè, 1991.

MATTA D., *Le principe "juger l'administration c'est aussi administrer"*, mémoire de D.E.A., Sociologie du droit, Paris 2, 1989.

MATTARELLA B.G., *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, in Giorn. dir. amm., 2004.

MATTARELLA B.G., *Il provvedimento*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II ed., *Diritto amministrativo generale*, I, Milano, Giuffrè, 2003.

MATTARELLA B.G., *Informazione e comunicazione amministrativa*, in Riv. trim. dir. pubb., 2005.

MATTIROLO L., *Trattato di diritto giudiziale*, V, Torino, F.lli Bocca, 1905.

MATTIROLO L., *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, III ed., V, Torino, F.lli Bocca, 1883.

MAYER O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895.

MAYER O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, München, Duncker & Humblot, 1924.

MAZZA LABOCCETTA A., *Il giudizio di ottemperanza tra potere amministrativo ed effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, E.S.I., 2012.

MAZZAMUTO M., *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in Dir. proc. amm., 2012.

MAZZAMUTO S., *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, Jovene, 1978.

MAZZAROLLI L., *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in Dir. proc. amm., 1990.

MAZZAROLLI L., *Il processo amministrativo come processo di parti e l'oggetto del giudizio*, in Dir. proc. amm., 1997.

MAZZAROLLI L., *Intervento al Congresso "Problemi del nuovo processo amministrativo"*, in Imp. Amb. Pubbl. Amm., 1977.

MENCHINI S., *Accertamenti incidentali* (voce), in Enc. Giur., I, Roma, Treccani 1995.

MENCHINI S., *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, Giuffrè, 1987.

MENCHINI S., *Il giudicato civile*, Torino, Utet, 2002.

MENCHINI S., *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in Foro it., 2015, anche in Nuovi quad. del Foro it., 2015.

MENCHINI S., *Regiudicata civile*, in Dig. disc. priv., Torino, Utet, 1998.

MENESTRINA F., *La pregiudiciale nel processo civile*, Vienna, Manz, 1904.

MENGONI L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica: saggi*, Milano Giuffrè, 1996.

MEREGAZZI R., *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in MIELE G. (a cura di), *La giustizia amministrativa*, op. cit.

MERLONI F. (a cura di), *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, Rimini, Maggioli, 2002.

MERUSI F., *A volte ritornano ... il correttivo del correttivo del codice del processo amministrativo*, in Giustamm.it, 2012.

MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, Giuffrè, 2001.

MERUSI F., *Il codice del giusto processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2011.

MERUSI F., *In viaggio con Laband…*, in Giorn. dir. amm., 2010.

MERUSI F., *L'"ingiustizia" amministrativa in Italia*, in MERUSI F., SANVITI G., *L'"ingiustizia" amministrativa in Italia: per la riforma del processo amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1986.

MERUSI F., *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970.

MERUSI F., *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, in AA.VV., *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano, Giuffrè, 1983.

METAFORA R., *L'esecuzione degli obblighi di fare (fungibili) e di non fare*, in Judicium.it., 2012.

MEUCCI L., *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in Giust. amm., 1891.

MEUCCI L., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, F.lli Bocca, 1892.

MICHELI G.A., *Corso di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1959.

MICHELI G.A., *Efficacia, validità, revocabilità dei provvedimenti di giurisdizione volontaria*, in Riv. dir. proc., 1947.

MICHELI G.A., *Esecuzione forzata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna, Zanichelli, 1953.

MICHELI G.A., *L'onere della prova*, Padova, Cedam, 1942.

MIDIRI F., *L'art. 21 octies della legge sul procedimento amministrativo è una disposizione di carattere sostanziale o processuale?*, in Foro amm. C.d.s., 2007.

MIELE G. (a cura di), *La giustizia amministrativa*, Vicenza, Neri Pozza, 1968.

MIELE G., *Brevi note sull'ammissibilità di decisioni di condanna da parte del giudice amministrativo*, in Jus, 1963.

MIELE G., *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in Riv. dir. comm., 1944.

MIGLIORINI L., *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, Cedam, 1977.

MONDINI A., *L'attuazione degli obblighi infungibili*, Milano, Giuffrè, 2014.

MONTANARI B., *Profili di teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995.

MONTELEONE G., *Esecuzione provvisoria* (voce), in Dig. civ., VII, Torino, Utet, 1991.

MONTELEONE G., *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padova, Cedam, 1978.

MONTELEONE G., *Riflessioni sull'obbligo di motivare la sentenza (motivazione e certezza del diritto)*, in Giusto proc. civ., 2013.

MONTESANO L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, Utet, 1994.

MONTESANO L., *Luci ed ombre in leggi e proposte di tutele differenziate nei processi civili*, in Riv. dir. proc., 1979.

MONTESANO L., *Sentenze endoprocessuali nei giudizi civili di merito*, in Riv. dir. proc., 1971.

MORO S., *L'incompetenza tra forma e sostanza*, Padova, Cedam, 2008.

MORTARA L., *Ancora alcune osservazioni sui rapporti fra la giurisdizione civile ordinaria e la giustizia amministrativa*, in Giur. it., 1898.

MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I, Milano, Vallardi, s.d.

MOTULSKY H., *Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Paris, Dalloz 1968.

MURGIA S., *Crisi del processo amministrativo e azione di accertamento*, in Dir. proc. amm., 1996.

NAPOLITANO G., ABRESCIA M., *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, Il mulino, 2009.

NAPOLITANO G., *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, Il mulino, 2014.

NATOLI U., *Il diritto soggettivo*, Milano, Giuffrè, 1943.

NIGRO M., *Decisione amministrativa* (voce), in Enc. Dir., XI, Milano, Giuffrè, 1962.

NIGRO M., *Domanda (principio della) — Diritto processuale amministrativo*, in Enc. Giur., XII, Roma, Treccani, 1989.

NIGRO M., *Esperienze e prospettive del processo amministrativo*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1981.

NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1979.

NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1983.

NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, Mulino, 1994.

NIGRO M., *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1981.

NIGRO M., *Il giudice amministrativo oggi*, in Foro it., 1978.

NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1960.

NIGRO M., *La giurisdizione amministrativa di merito*, in Nuova rass. di leg. dottr. e giur., 1970.

NIGRO M., *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in Riv. dir. proc., 1978.

NIGRO M., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in Riv. dir. proc., 1980.

NIGRO M., *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in Foro it., 1975.

NIGRO M., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966.

NIGRO M., *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27 n. 4 della legge sul Consiglio di Stato*, in Rass. dir. pubbl., 1954.

NIGRO M., *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1980.

NIKISCH A., *Die Aufrechnung im Prozess*, in *Festschrift für Heinrich Lehmann*, Berlin, 1956.

NIKISCH A., *Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß*, in Archiv für die civilistische Praxis, 1955.

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 amm. T.a.r., 2003.

ORLANDO V.E. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, Soc. ed. lib., 1901.

ORLANDO V.E. (a cura di), *Trattato*, *Principii di diritto amministrativo*, Barbèra, Firenze, 1921.

ORLANDO V.E., *Contenzioso amministrativo* (voce), in Dig. it., VII, Torino, Utet, 1895-1898.

ORSI BATTAGLINI A., MARZUOLI C., *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in Dir. Pubbl., 1999.

OTTAVIANO V., *La giurisdizione di merito nella giustizia amministrativa*, in MIELE G. (a cura di), *La giustizia amministrativa*, op. cit.

OTTAVIANO V., *Merito (diritto amministrativo*), in Nss. Dig. it., X, Torino, Utet, 1968.

OTTAVIANO V., *Note sull'art. 27 n. 4 del T.U. del Consiglio di Stato*, in Giur. cass. civ., 1951.

OTTAVIANO V., *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in Ann. dir. comp., 1948.

PACIFICI MAZZONI E., *Istituzioni di diritto civile italiano*, III, Firenze, Cammelli, 1871.

PAGENSTECHER M., *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, Berlin, F. Vahlen, 1904.

PAGLIANTINI S., *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della. Cassazione … a mo' di bussola per rivedere Itaca*, in Contratti, 2015.

PAGNI I., *Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in Giur. it., 2015.

PAGNI I., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, in Riv. dir. proc., 2012.

PAJNO A., *Il codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa. Una introduzione al libro I*, in Dir. proc. amm., 2011.

PAJNO A., *Il codice del processo amministrativo tra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, in Giorn. dir. amm., 2010.

PAJNO A., *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, in Foro amm., 1987.

PAJNO A., *La giustizia amministrativa all'appuntamento della codificazione*, in Dir. proc. amm., 2010.

PAJNO A., *Le nuove disposizioni correttive ed integrative al codice del processo amministrativo*, in Giorn. dir. amm., 2013.

PAJNO A., *Per una lettura "unificante" delle norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in Giorn. dir. amm., 2006.

PALEOLOGO G., *Tempo logico dei provvedimenti successivi alle sentenze del giudice amministrativo favorevoli al ricorrente*, in AA.VV., *Il processo amministrativo: scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, Giuffrè, 1979.

PALMIERI A., PARDOLESI R., *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*, in Foro it., 2015.

PAOLANTONIO N., *Abuso del processo (dir. proc. amm.)*, in Enc. Dir. (ann.), Milano, Giuffrè, 2008.

PAOLANTONIO N., *L'integrazione postuma della motivazione ed il problema dei cc.dd. vizi formali*, in Giustamm.it, 2007.

PAOLANTONIO N., *L'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura dei lavori parlamentari*, Milano, Giuffrè, 1991.

PARISIO V. (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004.

PARISIO V., *Motivazione postuma, qualità dell'azione amministrativa e vizi formali*, in Foro amm. T.a.r., 2006.

PASTORI G., *Attività amministrativa e tutela giurisdizionale nella legge 241/1990 riformata*, in PERFETTI L.R. (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, Cedam, 2008.

PASTORI G., *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vittorio Ottaviano*, I, Milano, Giuffrè, 1993, pagg. 1081 ss., oggi in ID., *Scritti scelti*, op. cit.

PASTORI G., *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in Foro amm., 1987, oggi in ID., *Scritti scelti*, op. cit.

PASTORI G., *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, in Jus, 2008.

PASTORI G., *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in ALLEGRETTI U., ORSI BATTAGLINI A. (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, Maggioli, 1987, pagg. 805 ss., oggi in PASTORI G., *Scritti scelti*, op. cit.

PASTORI G., *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano, Giuffrè, 1994, oggi in ID., *Scritti scelti*, op. cit.

PASTORI G., *La burocrazia*, Padova, Cedam, 1967.

PASTORI G., *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale*, in Dir. ec., 2002, oggi in ID., *Scritti scelti*, op. cit.

PASTORI G., *La giustizia amministrativa in trasformazione (considerazioni di sintesi)*, in CORLETTO D., SALA G., SCIULLO G. (a cura di), *La giustizia amministrativa in trasformazione: giornate in ricordo di Sebastiano Cassarino*, Padova, Cedam, 2006, oggi in PASTORI G., *Scritti scelti*, op. cit.

PASTORI G., *La procedura amministrativa. Introduzione generale*, Vicenza, Neri Pozza, 1964, oggi in ID., *Scritti scelti*, op. cit.

PASTORI G., *Scritti scelti*, 2 voll., Napoli, Jovene, 2010.

PASTORI G., *Tendenze recenti della pubblica amministrazione italiana*, in *Annuario 2009 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Ed. scient., 2010, pagg. 361 ss., oggi in ID., *Scritti scelti*, op. cit.

PATRONI GRIFFI F., *Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*, in Giustizia-amministrativa.it, 2010.

PATTI S., *Prove. Disposizioni generali art. 2697-2698*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna, Zanichelli, 1987.

PELILLO S., *Il giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1990.

PERFETTI L.R., *Funzione e còmpito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2014.

PERROT R., *Chose jugée*, in *Enc. Dalloz de proc. civ.*, 2 ed., Paris, 1978.

PERROT R., *Chose jugée*, in Revue Procédures, III, 2009.

PERROT R., FRICERO N., *Autorité de la chose jugée* (voce), in *Jurisclasseur. Procédure civile*, fasc. 554, Paris, 1998.

PESCATORE M., *La logica del diritto*, Torino, Un. tip. ed., 1863.

PFLÜGER H.H., *Causa iudicati*, Weimar, Hermann Böhalu, 1922.

PHOTIER R.J., *Traité des obligations*, Paris, Debur l'aînè, 1761.

PICARDI N., «*Audiatur et altera pars*». *Le matrici storico-culturali del contraddittorio*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2003.

PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, 2 voll., Milano, Giuffrè, 1962.

POLICE A., *Annullabilità e annullamento*, in Enc. dir., Ann., I, Milano, Giuffrè, 2007.

POLICE A., *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in CERULLI IRELLI V. (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, Jovene, 2007.

POLICE A., *I mezzi di prova e l'attività istruttoria*, in CIRILLO G.P. (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, op. cit.

POLICE A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, voll. I-II, Padova, Cedam, 2000-2001.

POLICE A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, E.S.I., 1998.

PONTICELLI P.G., *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, Milano, Giuffrè, 1958.

POTOTSCHNIG U., *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1969.

PROTO PISANI A., *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in Foro it., 2003.

PROTO PISANI A., *Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processo*, in Dir. e giur., 1978.

PROTO PISANI A., *Appunti sulla tutela di condanna*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1978.

PROTO PISANI A., *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in Foro it., 2012.

PROTO PISANI A., *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, Jovene, 1991.

PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, 6ª ed., Napoli, Jovene, 2014.

PROTO PISANI A., *Note in tema di limiti soggettivi della sentenza civile*, in Foro it., 1985.

PROTO PISANI A., *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, Jovene, 1965.

PROTO PISANI A., *Osservazioni sui limiti oggettivi del giudicato*, in Foro it., 1972.

PROTO PISANI A., *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite*, in Foro it., 2015.

PROTTO M., *Il rapporto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008.

PROVENZALI G., *Osservazioni sul giudicato rispetto al dedotto e deducibile*, in Monit. Trib., 1961.

PROVENZANO P., *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2015.

PROVINCIALI R., *Il giudizio di rinvio*, Padova, Cedam, 1936.

PUGLIESE G., *Due testi in materia di «res iudicata»*, in AA.VV., *Studi in memoria di Guido Zanobini*, V, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 491 ss.

PUGLIESE G., *Giudicato civile (dir. vig.)*, Enc. Dir., vol. XVIII, Milano, Giuffrè, 1969.

PUGLIESE G., *Giudicato civile (storia)*, in Enc. Dir., vol. XVIII, Milano, Giuffrè, 1969.

QUADRI G., *L'ottemperanza nel diritto comparato*, in AA.VV., *Il giudizio di ottemperanza. Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, op. cit.

RAGANELLI B., *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, Torino, Giappichelli, 2012.

RAGGI L., *Diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1933.

RAIMONDI S., *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel Codice del processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2011.

RAMAJOLI M., *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in CARANTA R. (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, 2011.

RAMAJOLI M., VILLATA R., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006.

RANELLETTI O., *Ancora sui concetti discretivi e sui limiti della competenza delle autorità giudiziaria e amministrativa*, in Foro it., 1893.

RANELLETTI O., *L'impugnativa di un atto amministrativo nella competenza esclusiva della giurisdizione amministrativa*, in Riv. dir. pubbl., 1931.

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 Riv. trim. dir. pubbl., 1951.

RAPELLI V., *Il diritto ad una buona amministrazione comunitaria*, Torino, Giappichelli, 2004.

REALI G., *La non contestazione nel giusto processo civile*, in Giusto proc. civ., 2006.

RECCHIONI S., *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova, Cedam, 1999.

REDENTI E., *Diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1952.

REDENTI E., *Il giudicato sul punto di diritto,* in Riv. trim. dir. proc. civ., 1949, pubblicato anche in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, II, Padova, Cedam, 1950.

REDENTI E., *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, Società ed. lib., 1911.

REDENTI E., *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 2° ed., 1939.

RENNA M., *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e "civilizzazione"*, in DELLA CANANEA G., DUGATO M. (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Napoli, E.S.I., 2006.

RENNA M., *Le ragioni d'urgenza impeditive della comunicazione d'avvio del procedimento*, in Foro it., 2003.

RENNA M., *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in Dir. amm., 2005.

RENNA M., SAITTA F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012.

RENNA M., *Spunti di riflessione per una teoria delle posizioni soggettive "strumentali" e tutela cautelare degli interessi "procedimentali" pretensivi*, in Dir. proc. amm., 1995.

RICCI E., *Principî di diritto processuale generale*, Torino, Giappichelli, 1995.

RICCI G.F., *Diritto processuale civile*, I, Torino, Giappichelli, 2005.

RICCI G.F., *Le prove atipiche*, Milano, Giuffrè, 1999.

RICCI S., *La "buona amministrazione": ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, Torino, Giappichelli, 2005.

ROCCO A., *La sentenza civile*, Torino, Bocca, 1906.

ROCCO A., *La sentenza civile. Studi*, Milano, Giuffrè, 1962.

ROCCO A., *Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale*, Modena, Soliani, 1904.

RODOLFO MASERA S., *Contenuto della sentenza amministrativa e sua esecuzione in Spagna, Francia e Germania*, in FALCON G.D. (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, Cedam, 2010.

ROEHRSSEN G., *Giurisdizione amministrativa*, in Nss. dig. it., VII, Torino, Utet, 1961.

ROEHRSSEN G., *La giustizia amministrativa nella Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1988.

ROMANO A., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in Dir. proc. amm., 1994.

ROMANO A., *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1958.

ROMANO A., *Sono risarcibili, ma perché devono essere interessi legittimi?*, in Foro it., 1999.

ROMANO S., *La teoria dei diritti pubblici soggettivi*, in ORLANDO V.E. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, Soc. ed. lib., 1900.

ROMANO S., *Poteri. Potestà*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983.

ROMANO S., *Poteri. Potestà*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947.

ROMANO TASSONE A., *Giudizio di ottemperanza e sentenze dei tribunali amministrativi regionali*, in Trib. amm. reg., 1975.

ROMANO TASSONE A., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987.

ROMEO C., I *presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, Milano, Giuffrè, 2008.

ROMEO G., *L'ottemperanza, oggi*, in Dir. proc. amm., 1988.

ROMUALDI G., *Dall'abuso del processo all'abuso del sistema giustizia*, Torino, Giappichelli, 2013.

RONCO A., *(Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processi distinti*, in Giur. it., 2008.

ROSENBERG L., SCHWAB K.H., *Zivilprozessrecht*, 13ª ed., Munchën, Beck, 1981.

ROSSI G., *Giudice e processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2012.

RUBINO D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, Giuffrè, 1939.

RÜMELIN M.F.G. (VON), *Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des Bgb*, Tübingen, Mohr, 1905.

RUSSO A., *La frontiera dell'ottemperanza verso una vera effettività della tutela giurisdizionale*, in Urb. app., 1999.

SAITTA F., *Ancora sulla condanna dell'amministrazione ad adottare il provvedimento richiesto dal ricorrente: un'azione di adempimento che c'è, ma non si vede?*, in Giur. it., 2012.

SAITTA F., *Interrogativi sul c.d. divieto di aggravamento: Il difficile obiettivo di un'azione amministrativa "economica" tra libertà e ragionevole proporzionalità dell'istruttoria*, in Dir. e soc., 2001.

SAITTA N., *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2012.

SALA G., *Imparzialità dell'amministrazione e disciplina del procedimento nella recente giurisprudenza amministrativa e costituzionale*, in Dir. proc. amm., 1984.

SALANDRA A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi con speciale riguardo al vigente diritto Italiano*, Torino, Un. tip. ed., 1904.

SANDULLI A. (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2013.

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*, op. cit.

SANDULLI A.M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, Morano editore, 1963.

SANDULLI A.M., *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940.

SANDULLI A.M., *In tema di licenze edilizie "ora per allora"*, in Giur. it., 1972.

SANDULLI A.M., *Per la delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi*, in Rass. dir. pubbl., 1948.

SANDULLI A.M., *Sul regime attuale del silenzio-inadempimento della Pubblica Amministrazione*, in Riv. dir. proc., 1977.

SANINO M., *Il giudizio di ottemperanza*, Torino, Giappichelli, 2014.

SANTANGELI F., *L'interpretazione della sentenza civile*, Milano, Giuffrè, 1996.

SANTANIELLO G., *Il procedimento amministrativo: linee di sviluppo*, in Dir. proc. amm., 1985.

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1957.

SASSANI B., *Arbor actionum. L'articolazione della tutela nel Codice del processo amministrativo*, in Riv. dir. proc., 2011.

SASSANI B., *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, Giuffrè, 1997.

SASSANI B., *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, Cedam, 1990.

SASSANI B., *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la translatio, le Sezioni Unite riscrivono l'articolo 111 della Costituzione*, in Dir. proc. amm., 2012.

SASSANI B., VILLATA R. (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012.

SATTA F., *Brevi note sul giudicato amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2007.

SATTA F., *L'esecuzione del giudicato amministrativo di annullamento*, in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, Cedam, 1972.

SATTA F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, Cedam, 1969.

SATTA S., *Diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1967.

SATTA S., *Domanda (diritto processuale civile)*, in Enc. Dir., XIII, Milano, Giuffrè, 1964.

SATTA S., *Efficacia e autorità della sentenza (a proposito di una recente pubblicazione)*, in Riv. dir. comm., 1935.

SATTA S., *Premesse generali alla dottrina dell'esecuzione forzata*, in Riv. dir. proc. civ., 1932.

SAU A., *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Milano, Franco Angeli, 2013.

SAVIGNY F.C. (VON), *System des heutigen Römischen Rechts*, VI, Berlin, Veit, 1847 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale*, VI, Torino, Unione tipografico ed., 1896).

SCHANZER C., *La posizione costituzionale della IV sezione del Consiglio di Stato*, in La Legge, 1901.

SCHIMA H., *Compiti e limiti di una teoria generale dei procedimenti*, in Riv. trim. di dir. e proc. civ., 1953.

SCHMIDT R., *Die Klagänderung*, Leipzig, Duncker&Humblot, 1888.

SCIALOJA V., *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in Riv. dir. pubbl., 1931.

SCIALOJA V., *Per una riforma delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, in Riv. dir. pubbl., 1909.

SCIALOJA V., *Sulla funzione della IV sezione del Consiglio di Stato*, in Giust. amm., 1901.

SCIULLO G., *Il comportamento dell'amministrazione nell'ottemperanza*, in Dir. proc. amm., 1997.

SCOCA F.G., *Aspetti processuali del giudizio di ottemperanza*, in AA.VV., *Il giudizio di ottemperanza. Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1983.

SCOCA F.G., *Il giudizio di ottemperanza*, in SPAGNUOLO VIGORITA V. (a cura di), *Una giustizia per la pubblica amministrazione*, Napoli, Guida ed., 1983.

SCOCA F.G., *Il secondo correttivo del codice del processo amministrativo*, in Corr. giur., 2012.

SCOCA F.G., *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in Dir. proc. amm., 2002.

SCOCA F.G., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1971.

SCOCA F.G., *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in Nuova rass., 1981.

SCOCA F.G., *Risarcibilità e interesse legittimo*, in Dir. pubbl., 2000.

SCOGNAMIGLIO A., *Appunti per una prima lettura dell'art. 34, comma 1, lett. c), d) ed e): le sentenze di condanna e condanna al risarcimento dei danni*, in Giustizia-amministrativa.it, 2010.

SCOTTI E., *Tra tipicità e atipicità delle azioni nel processo amministrativo (a proposito di ad. plen. 15/2011)*, in Dir. amm., 2011.

SECKEL E., *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, Darmstadt Wiss, Buchgemeinschaft, 1954.

SEGNI A., *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro it., 1953.

SEGNI A., *Della tutela giurisdizionale*, in SCIALOJA A., BRANCA G., GALGANO F. (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il foro Italiano, 1960.

SEGNI A., *Regiudicata civile*, in *Scritti giuridici*, I, Torino, Utet, 1965.

SIGISMONDI G., *Jus superveniens e giudicato amministrativo*, in Giorn. dir. amm., 1999.

SILVESTRI M., *I frammenti di una giurisdizione oggettiva nel processo amministrativo*, in Giustamm.it, 2015.

SIMI V., *Il significato della salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa*, in AA.VV., *Atti del convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, op. cit.

SPADARO N., *L'esecuzione della sentenza amministrativa in Italia e in Francia*, in Dir. proc. amm., 2015.

SPASIANO M.R., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003.

SPAVENTA S., CROCE B. (a cura di), *La politica della Destra. Scritti e discorsi*, Bari, Laterza, 1910.

SPERTI A., *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, in Riv. dir. cost., 2006.

STELLA RICHTER P., *L'aspettativa di provvedimento*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1981.

STELLA RICHTER P., *L'inoppugnabilità*, Milano, Giuffrè, 1970.

TACCHI VENTURI P.C., *I limiti oggettivi del giudicato*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1960.

TARUFFO M., *Elementi per una definizione di abuso del processo*, in AA.VV., *L'abuso del diritto,* Padova, Cedam, 1998.

TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, Cedam, 1975.

TARUFFO M., *Motivazione della sentenza* (voce), in Enc. giur., Roma, Treccani ed., 1990.

TARUFFO M., *Note sull'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, in Giur. it., 2014.

TARUFFO M., *Onere della prova*, in Dig. disc. priv., XII, Torino, Utet, 1995.

TARUFFO M., *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2011.

TARULLO S., *L'art. 10-bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in Giustamm.it, 2008.

TEDOLDI A., *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in Riv. dir. proc., 2011.

TENTOLINI O., *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1942.

TERRACIANO G., *Sull'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento*, in Foro amm., 1994.

TISSIER A., MOREL R., *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*; III, Paris, Libr. du Rec. Sirey, 1929.

TORCHIA L., *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in Giustizia-amministrativa.it, 2010.

TOVAJERA M., *Sui rapporti tra la IV e la V Sezione del Consiglio di Stato e sulla natura della loro funzione*, in La Legge, 1910.

TRAVI A., *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, in Riv. amm. Reg. Lomb., 2011.

TRAVI A., *Decisione amministrativa* (voce), in Dig. disc. pubbl., IV, Torino, Utet, 1989.

TRAVI A., *Il giudicato amministrativo*, in Dir, proc. amm., 2006.

TRAVI A., *Il giudizio di ottemperanza ed il termine per l'esecuzione del giudicato*, in Giorn. dir. amm., 1995.

TRAVI A., *L'esecuzione della sentenza*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, V, Milano, Giuffrè, 2000.

TRAVI A., *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d.lg. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204*, in Foro it., 2004.

TRAVI A., *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo fra azione di adempimento e azione risarcitoria*, in Dir. proc. amm., 2003.

TRAVI A., *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in AA.VV., *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Milano, Giuffrè, 2011.

TRAVI A., *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, in Foro it., 2011.

TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014.

TRAVI A., *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, in Dir. proc. amm., 1997.

TRAVI A., *Verso una convergenza dei modelli di processo amministrativo?*, in FALCON G.D. (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, Cedam, 2010.

TRENTIN S., *La cosa giudicata nelle decisioni delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, Pisa, Tip. F.lli Nistri, 1910.

TRIMARCHI BANFI F., *Il diritto ad una buona amministrazione*, in CHITI M.P., GRECO G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007.

TRIMARCHI BANFI F., *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, Giappichelli, 2000.

TRIMARCHI M., *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, ETS, 2013.

TROCKER N., *I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale*, in ALLORIO E. (a cura di), *Studi in onore di Enrico Allorio*, I, Milano, Giuffrè, 1989.

TROPEA G., *Considerazioni sul principio di non contestazione nel processo amministrativo. Anche alla luce delle sue prime applicazioni giurisprudenziali,* in Dir. proc. amm., 2012.

TROPEA G., *L'abuso del processo amministrativo. Uno studio critico*, Napoli, Jovene, 2015.

TROPEA G., *L'ibrido fiore della conciliazione: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione ed amministrazione*, in Dir. proc. amm., 2011.

TROPEA G., *La c.d. "motivazione successiva" tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, in Dir. amm., 2003.

TROPEA G., *Spigolature in tema di abuso del processo*, in Dir. proc. amm., 2015.

TUOZZI P., *L'autorità della cosa giudicata nel civile e nel penale*, Torino, Un. tip. ed., 1900.

URSI R., *L'esecuzione immediata della sentenza amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2003.

VACCARI S., *L'evoluzione del rapporto tra la Pubblica Amministrazione e le persone nel prisma dello sviluppo della «trasparenza amministrativa»*, in Jus-online, 2015.

VACCARI S., *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale satisfattoria*, in Dir. proc. amm., 2015.

VACCHELLI G., *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, in ORLANDO V.E. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, Soc. ed. lib., 1901.

VACIRCA G., *L'impugnazione dei provvedimenti adottati dal commissario giudiziale ad acta*, in Foro amm., 1982.

VAIANO D., *Il principio di tempestività dell'azione amministrativa*, in RENNA M., SAITTA F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, op. cit.

VAIANO D., *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1996.

VAIANO D., *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in PERFETTI L.R. (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, Cedam, 2008.

VAIANO D., *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002.

VELLANI M., *Appunti sulla natura della sentenza*, Milano, Giuffrè, 1958.

VELTRI G., *Le azioni di accertamento, adempimento, nullità ed annullamento nel codice del processo amministrativo*, in Giustizia-amministrativa.it, 2011.

VERDE G., *Domanda (principio della) — Diritto processuale civile*, in Enc. Giur., XII, Roma, Treccani, 1989.

VERDE G., *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, Jovene, 1974.

VERDE G., *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, in Riv. dir. proc., 1980.

VERDE G., *Profili del processo civile*, I, 6ª ed., Napoli, Jovene, 2002.

VERZARO S., *In tema di comunicazione dell'avvio del procedimento amministrativo: l'art. 7 e la normativa previgente*, in Giur. it., 1997.

VIDETTA C., *Note a margine del nuovo art. 10 bis della l. n. 241 del 1990*, in Foro amm. T.a.r., 2006.

VILLATA R., *"Lunga marcia" della Cassazione verso la giurisdizione unica ("dimenticando" l'art. 103 della Costituzione)?*, in Dir. proc. amm., 2013.

VILLATA R., *Due anni dopo*, in Dir. proc. amm., 2003.

VILLATA R., *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1971.

VILLATA R., *La corte di Cassazione non rinuncia al programma di imporre al Consiglio di Stato le proprie tesi in tema di responsabilità della pubblica amministrazione attribuendo la veste di questione di giurisdizione a un profilo squisitamente di merito*, in Dir. proc. amm., 2009.

VILLATA R., *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte Costituzionale*, in Dir. proc. amm., 2004.

VILLATA R., *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo*, in AA.VV., *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano, Giuffrè, 1982.

VILLATA R., *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in Dir. proc. amm., 1989.

VILLATA R., *Riflessioni introduttive allo studio del principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., 1990.

VINCENT J., GIUNCHARD S., *Procédure civil*, Paris, Dalloz, 1981.

VIOLA L., *Nuovi poteri sanzionatori del giudice amministrativo, astreintes e giudizio di ottemperanza*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2012.

VIRGA G., *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991.

VIRGA P., *Integrazione della motivazione nel corso del giudizio e tutela dell'interesse alla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato*, in Dir. proc. amm., 1993.

VIRGA P., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966.

VISENTINI G., *Lezioni di teoria generale del diritto*, Padova, Cedam, 2000.

VOCINO C., *Considerazioni sul giudicato*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1962.

VOGEL P., *Juger l'administration c'est aussi administrer*, mémoire de D.E.A., Droit processuel, Paris 2, 1987.

VOLPE F., *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 2004.

VOLPINO D., *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*, Padova, Cedam, 2008.

WEBER M., *Economia e società*, trad. it., II, Milano, Ed. com., 1974.

WETZELL G.W., *System des ordentlichen Civilprocess*, Leipzig, 1878.

ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, VIII ed., vol. II, Milano, Giuffrè, 1958.

ZEUNER A., *Wiederholung der Kündigung und Rechtskraft im Kündigungsschutzstreit*, in M.D.R., 1956.

ZITO A., *Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2002.

ZITO A., *L'integrazione in giudizio della motivazione: una questione ancora aperta*, in Dir. proc. amm., 1994.

ZITO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996.

ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Pregiudizialità e rinvio (contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, Bologna, Bononia press, 2011.